



[www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it)

Alessandro Massari  
Sonia Lazzini

# LA TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DOPO L'ART. 46, C.1BIS, DEL CODICE CONTRATTI PUBBLICI

A cura di Avv. Alessandro Massari

E book

Raccolta di materiali e giurisprudenza



## **Copyright 2012 by Maggioli S.p.a**

Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.  
Azienda con sistema di qualità certificata ISO 9001:94  
47822 Santarcangelo di Romagna (RN) – Via del Carpino, 8  
Tel 0541 628111 – Fax 0541 622060

E-mail: [clienti.editore@maggioli.it](mailto:clienti.editore@maggioli.it)

Diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento, totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i paesi.

## **Indice**

### **Presentazione**

#### **Codice dei Contratti Pubblici: Articolo 46 c.1bis - Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione**

#### **La tipizzazione delle cause di esclusione**

Slide a cura di Alessandro Massari (con estratti dal documento di consultazione dell'AVCP del 29.9.2011)

#### **TAR Umbria sez. I 22/12/2011 n. 401**

Capitolato speciale - Sottoscrizione in tutte le pagine- Offerta non conforme- Determina incertezza sul contenuto dell'offerta - Esclusione - Va disposta

#### **TAR Lazio Roma sez. I bis 15/12/2011 n. 9791**

Cauzione provvisoria - Attestazione poteri funzionario che rilascia polizza - Carenza - Non costituisce elemento co-integrativo dell'offerta - Bando di gara - Obbligo di autenticazione sottoscrizione polizza a pena di esclusione - Contrasto con art. 46, c.1bis dlgs. 163/2006 - Nullità clausola

#### **TAR Sicilia Palermo sez. III 7/12/2011 n. 2304**

Offerte - Modalità di presentazione - Firma lembi chiusura - In aggiunta alla sigillatura con ceralacca - Costituisce maggiore garanzia di segretezza

#### **TAR Lazio Roma sez. I bis 6/12/2011 n. 9597**

Esclusione ai sensi art. 41bis dlgs 163/2006 - Mancata allegazione fotocopia documento di identità - Concreta la fattispecie dell' "incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali", - Esclusione - Va disposta

#### **TAR Veneto sez. I 2/12/2011 n. 1791**

Tassatività cause di esclusione - Applicazione art. 46, c.1bis dlgs. 163/2006 - Rilevanza della pubblicazione del bando sulla giurisdizione - Irrilevanza data invio alla Guue  
Tassatività cause di esclusione - Applicazione art. 46, c.1bis dlgs. 163/2006 - Cauzione provvisoria di importo deficitario - Non è colpita dalla sanzione di esclusione dall'art. 75, c.1, dlgs. 163/2006 - Esclusione riferita solo alla mancata produzione impegno a prestare la cauzione definitiva ex art. 75, c.8, dlgs. 163/2006

#### **TAR Lazio Latina sez. I 1/12/2011 n. 991**

Appalti di ll.pp. - Obbligo di presa visione dei luoghi - Disciplina ex art. 71, c.2, dpr 554/1999 (e art. 107, c.2, dpr 207/2010) - Clausola del bando che impone l'allegazione all'offerta dell'attestazione di sopralluogo - E' nulla ai sensi dell'art. 46, c. 1bis, dlgs. 163/2006

#### **TAR Puglia Lecce sez. III 25/11/2011 n. 2059**

Gara di appalto - Cause di esclusione - Stretta interpretazione - Disciplina ex art. 46, c.1bis Dlgs. 163/2006 - Ulteriori ipotesi di esclusione- Nullità - Mancata indicazione della figura del direttore tecnico - Non può costituire causa di esclusione dalla gara

#### **TAR Veneto sez. I 16/11/2011 n. 1687**

Gara d'appalto - Cause di esclusione per inadempimenti formali - Principio di tassatività ex art. 46, c.1bis, dlgs. 163/2006 - Valutazione sostanzialistica della documentazione presentata - Fattispecie

### **TAR Abruzzo Pescara sez. I 9/11/2011 n. 632**

Gara d'appalto - Cause di esclusione - Mancata produzione referenze bancarie - Esclusione - Illegittimità' - Contrasto con art. 46, c.1bis, dlgs. 163/2006

### **TAR Umbria sez. I 13/10/2011 n. 330**

1. Gara d'appalto - Requisiti generali - Dichiarazione insussistenza cause esclusione ex art. 38 dlgs. 163/2006 - Formulazione lex specialis - Obbligo di dichiarare tutte le condanne penali riportate - Omissioni - Conseguenze  
2. Gara d'appalto - Obbligo di dichiarazione tutte condanne riportate - Omissione - Esclusione - Applicabilità art. 46, c.1bis dlgs. 163/2006 - Va esclusa - Ragioni

### **TAR Lazio Roma sez. III ter 7/10/2011 n. 7785**

Gara d'appalto - Cause di esclusione per motivi formali - Tassatività ex art. 46, c.1-bis - Favor participationis - Prevalenza dell'interesse sostanziale rispetto a canoni meccanicamente formalistici

### **TAR Sicilia Catania sez. I 2/8/2011 n. 2057**

Gara di appalto - Documentazione amministrativa - Incertezza sulla conformità all'originale di un documento presentato con l'offerta - Non comporta esclusione - Principio di tassatività normativa delle clausole di esclusione ai sensi dell'art. 46 comma 1-bis d.lgs. 163 del 2006

## **Approfondimenti**

a cura di Sonia Lazzini

### **Cauzione deficitaria e tassatività cause di esclusione**

**Le clausole escludenti discrezionali, anche in materia di cauzioni, sono nulle se il bando è stato pubblicato sulla GURI dopo il 14 maggio 2011**

**E' fondato il ricorso avverso un'esclusione per carenza delle referenze bancarie**

**Tassatività delle cause di esclusione, importo della cauzione provvisoria e favor participationis**

**Tassatività delle cause di esclusione e richiesta dell'autentica notarile della firma del fideiussore**

**Tassatività delle cause di esclusione: non può essere accettata una cauzione mancante di una previsione di cui all'articolo 75, comma 4 del codice dei contratti**

**Le irregolarità nella presentazione della cauzione provvisoria, dopo il 14 maggio 2011, sono sanabili**

**La ratio della norma sulla tassatività delle cause di esclusione per il giudice di appello siciliano**

**Confermata applicabilità della tassatività delle cause di esclusione anche in Sicilia**

**Interpretazione della tassatività delle cause di esclusione**

**Nonostante la tassatività delle cause di esclusione, la polizza fideiussoria non correttamente intestata, comporta l'esclusione**

Slide - **LA GARANZIA PROVVISORIA** – Tassatività delle clausole di esclusione

## Presentazione

Con questa prima pubblicazione inauguriamo una nuova serie di e-book su temi attuali e di particolare interesse per gli operatori delle stazioni appaltanti. Gli e-book si presentano come raccolte ragionate di materiali normativi, giurisprudenziali, di prassi e commenti su argomenti specifici, attinenti in particolare le procedure di gara, corredati da slides operative utili per guidare il lettore nell'analisi delle norme e delle sentenze contenute nel volume.

La nuova collana on line, gratuita per gli abbonati ad Appalti&Contratti si presenta con l'intento di mettere a disposizione di coloro che sono quotidianamente impegnati nella gestione delle procedure contrattuali, utili strumenti pratici di aggiornamento e spunti di approfondimento su temi di sicuro interesse nella complessa materia degli appalti pubblici.

Il primo argomento riguarda la controversa e multiforme tematica del formalismo nella gara e della tassatività delle cause di esclusione alla luce dell'innovativa disposizione di cui all'art. 46, c.1bis del Codice appalti, dove già si registra una prima significativa giurisprudenza e ove si evidenzia una chiara tendenza a valorizzare il favor participationis, pur forzando in alcuni casi il sistema normativo, facendo prevalere la sostanza sulla forma e riducendo dunque al minimo le esclusioni per mere ragioni formali.

Le slides di apertura riportano ampi passaggi del pregevole documento di consultazione pubblicato dall'Autorità di Vigilanza sul tema della tassatività delle cause di esclusione dopo l'art. 46, c.1bis del Codice, insieme ad ulteriori considerazioni sull'ambito di applicazione della norma. L'e-book è inoltre arricchito con gli efficaci contributi e slides della dott.ssa Sonia Lazzini, con particolare riguardo alla tematica delle cauzioni, rispetto alle quali si è già prodotta una interessante giurisprudenza amministrativa, della quale vengono riportati testi integrali delle più recenti e significative pronunce.

Buona lettura

Alessandro Massari

"

"

"

Ng'o cuuko g'g'K'vuk'f gmg'ugpvgl g'uqq'v'cwk'f cn\$Eqf leg" f gk'eqpvcwk'r vddrlek'c'ppqvcvq"eqp'i kwtkur twf gp| c'g'r tcuuk\$" c'ewt'c'f k'Qt'p'gm' Ewclct'g'Cr'guicpf tq'O cuuctk



**I CONVEGNI DEL 2012 sui temi di maggiore interesse e sulle ultime NOVITÀ nel settore degli APPALTI PUBBLICI**

**Accreditato dal C.N.F. – 7 crediti formativi**

[Cagliari, 16 febbraio](#) - [Bologna, 15 marzo](#) - [Catania, 22 marzo](#) - [Trieste, 12 aprile](#) - [Bolzano, 26 aprile](#) - [Torino, 24 maggio](#)

**Decreto Legislativo 12/4/2006 n. 163**

Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

**Articolo 46, comma 1bis**

Parte II

CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A LAVORI  
SERVIZI E FORNITURE NEI SETTORI ORDINARI

Titolo I

CONTRATTI DI RILEVANZA COMUNITARIA

Capo II

Requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento

Documenti e informazioni complementari - Tassativita' delle cause di esclusione (1)  
(art. 43, direttiva 2004/18; art. 16, d.lgs. n. 157/1995; art. 15, d.lgs. n. 358/1992)

1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o a ltre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle. (2)

-----  
(1) Rubrica modificata dall'art. 4, DL 13/5/2011, n. 70.

(2) Comma aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera d), legge n. 106 del 2011 di conversione del DL 70/2011.

# La tipizzazione delle cause di esclusione

- Relazione illustrativa

Al fine di operare una tipizzazione tassativa delle cause di esclusione dalle gare e ridurre il potere discrezionale della stazione appaltante, si inserisce un nuovo comma nell'articolo 46 che mira a limitare l'esclusione soltanto alle cause previste dal codice dei contratti pubblici e relativo regolamento di esecuzione, oltre che nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta o di non integrità del plico che faccia ritenere violato il principio di segretezza delle offerte. I bandi di gara devono contenere l'indicazione tassativa delle predette cause e non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. **In tal modo si intende limitare le numerose esclusioni che avvengono sulla base di elementi formali e non sostanziali, con l'obiettivo di assicurare il rispetto del principio della concorrenza e di ridurre il contenzioso in materia di affidamento dei contratti pubblici.**



# La tipizzazione delle cause di esclusione

Art. 46. Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione

1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.

*(comma aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera d), decreto-legge n. 70 del 2011)*

# La tipizzazione delle cause di esclusione

(estratto dal documento di consultazione dell'AVCP del 29.9.2011)

La norma costituisce il punto di approdo di un *iter interpretativo*, già *intrapreso dalla giurisprudenza e dalla Autorità, che, nei suoi termini essenziali, può essere riassunto nel **divieto di aggravare il procedimento con oneri formali non rispondenti ad un reale interesse della pubblica amministrazione procedente.***

*Tale orientamento ha condotto, anche prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 70/2011, a ritenere illegittime le esclusioni disposte in assenza di una chiara previsione della lex specialis di gara, nonché ad affermare il **canone dell'"utilità" delle clausole che, connesso alla necessità di evitare inutili appesantimenti della procedura di gara, è stato ritenuto un metodo operativo irrinunciabile nell'ambito della contrattualistica pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1245).***

# La tipizzazione delle cause di esclusione

La norma trova applicazione generalizzata sia ai settori ordinari che ai settori speciali, in virtù di quanto disposto dall'articolo 206, comma 1, del Codice (nella versione risultante a seguito delle modifiche apportate dall'articolo 4 del d.l. n. 70/2011, comma 2 lett. ee).

Non assume rilievo l'importo del contratto, che può, quindi, essere sia inferiore che superiore alle soglie comunitarie.

In base all'espressa previsione del comma 3 dell'art. 4, come modificato a seguito della legge di conversione, il comma 1-bis dell'art. 46 si applica alle procedure i cui bandi o avvisi sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto-legge (14 maggio 2011), nonché, in caso di contratti stipulati senza previa pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure per le quali, alla data di entrata in vigore del decreto-legge, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

# La tipizzazione delle cause di esclusione

Questioni controverse sull'ambito oggettivo di applicazione:

- Si applica anche agli appalti di servizi dell'all. IIB, considerato il mancato richiamo all'art. 20, c.1. del Codice ?

Art.20, c.1, Codice: “1. L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)”.

E' preferibile la tesi affermativa, considerata la ratio di favor per la concorrenza sottesa alla disposizione, ricollegabile al principio comunitario di proporzionalità, che quindi pare assurgere al rango di principio generale in tutta la materia degli appalti di cui all'art. 2 del Codice.

Art. 27 Codice: “1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, **proporzionalità**. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto”.

## La tipizzazione delle cause di esclusione

- Si applica anche alle procedure di cottimo fiduciario ?

Nella misura in cui la disposizione, come pare, riveste la natura di principio generale, essa trova applicazione anche alle procedure in economia in forza dell'art 125, c.14 del Codice.

Art. 125, c.14, Codice:

“I procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto del presente articolo, nonché dei **principi** in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento”.

# La tipizzazione delle cause di esclusione

La stazione appaltante **esclude** i candidati o i concorrenti:

- in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti,
- nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero
- in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte;

## La tipizzazione delle cause di esclusione

- Con il nuovo comma 1-bis dell'articolo 46, la legittimità dell'esclusione viene ancorata non più all'espressa previsione del bando o ad un'indagine successiva sull'utilità e ragionevolezza della clausola violata, ma ad un **giudizio preventivo e generale che si esprime, una volta per tutte, con la codificazione di regole puntuali da parte del legislatore e con la redazione dei cd. bandi-tipo da parte dell'Autorità.**
- Correlativamente, l'introduzione del principio di tassatività vale a sancire *ex lege il divieto per le stazioni appaltanti di prevedere cause di esclusione legate ad irregolarità formali difformi o aggiuntive rispetto a quelle previste dalle norme applicabili ed individuate nei bandi-tipo, pena la nullità delle stesse e fatte salve le limitate e motivate ipotesi di deroga ammissibili.*
- Sono quindi nulle le prescrizioni che, nei bandi di gara, impongono un dato adempimento ai partecipanti a pena di esclusione senza una specifica **copertura nella normativa vigente**, mentre, al contempo, sono legittime le cause di esclusione derivanti dalla normativa vigente in tema di contrattualistica pubblica e dettagliatamente individuate nei bandi-tipo.

## La tipizzazione delle cause di esclusione

- Esclusione **prevista espressamente** dalle norme del Codice e del Regolamento

L'esclusione deve essere necessariamente disposta senza potersi concedere il c.d. "soccorso istruttorio";

- Esclusione **NON PREVISTA espressamente** dal Codice e dal Regolamento

La formulazione letterale dell'art. 46, co. 1-bis induce a ritenere che la esclusione possa essere disposta non solo nei casi in cui disposizioni del Codice o del Regolamento la prevedano espressamente, ***ma anche nei casi in cui impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione.*** In termini più generali, ogni qual volta il Codice o il Regolamento si esprimono in termini di divieto ovvero di doverosità degli adempimenti imposti ai concorrenti e candidati, con l'uso delle locuzioni "deve" "devono", "è obbligato", l'adempimento deve ritenersi imposto a pena di esclusione (cfr., ad esempio, art. 37, co. 4, 13, 14, 15; art. 75, co. 1, 4, 5; art. 111, co. 1; art. 113, Codice).



# La tipizzazione delle cause di esclusione

- **Nullità delle ulteriori diverse clausole “a pena di esclusione”**
  - Le clausole nulle non trovano applicazione nella gara e non vincolano quindi l'organo di gara anche se inserite nella lex specialis, in quanto non producono effetti giuridici (non è “disapplicazione” in senso tecnico, ma ricognizione della loro inesistenza giuridica), senza necessità di annullamento giurisdizionale.
  - La nullità non incide sulla giurisdizione, atteso che sussiste sulle procedure di affidamento la giurisdizione esclusiva del g.a., estesa ai diritti soggettivi e alle nullità.
  - Tuttavia, la nullità influisce sul regime e sui termini di impugnazione, atteso che in base al codice del processo amministrativo la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge deve essere proposta entro il termine di decadenza di centottanta giorni.
  - Inoltre la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 31, comma 4, c.p.a.).

## La tipizzazione delle cause di esclusione

- L'esclusione disposta a seguito di una violazione di un adempimento non prescritto dalla normativa applicabile (e, quindi, non riprodotto nei bandi tipo) è illegittima, **a meno che la violazione non importi, comunque, incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero attenga alla non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o ad altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.**
- A titolo esemplificativo, può citarsi il caso in cui il bando prescriva determinate **modalità di sigillatura dei plichi** ed il concorrente non le osservi. In tal caso, qualora sia comunque garantita una chiusura ermetica tale da impedire ogni accesso o da rendere evidente ogni tentativo di apertura (Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2011 n. 1553), alla stazione appaltante è inibito disporre l'esclusione, pena la illegittimità della stessa.
- Ancora, **non può più ritenersi consentito prescrivere nel bando, a pena di esclusione, adempimenti formali consistenti, ad esempio, nell'allegazione dell'elenco dei documenti inseriti nelle diverse buste o nell'allegazione di più copie della stessa documentazione già prodotta.**

## La tipizzazione delle cause di esclusione e il c.d. soccorso istruttorio

- L'art. 46, comma 1, del Codice non assegna alle amministrazioni una mera facoltà o un potere eventuale ma, soprattutto in considerazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, codifica piuttosto un **ordinario *modus procedendi***, **volto a far valere, pur se entro dati limiti, la sostanza sulla forma**. *In questo senso, l'art. 46, comma 1, costituisce attuazione del criterio del giusto procedimento ex art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e del principio del favor participationis, essendo volto sia ad evitare che il numero dei concorrenti possa restringersi per carenze documentali di ordine formale sia ad orientare l'azione amministrativa sulla concreta verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti.*

# La tipizzazione delle cause di esclusione e il c.d. soccorso istruttorio

- Un vincolo per l'esercizio del soccorso istruttorio è rappresentato dal c.d. **limite degli elementi essenziali**, nel senso che la regolarizzazione postuma non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda o dell'offerta.
- A titolo esemplificativo, non sarebbe possibile procedere ad integrazione documentale a fronte di carenze della offerta tecnica od economica, poiché ciò inciderebbe sul merito del confronto concorrenziale e non su aspetti meramente formali.
- Tale limite dovrebbe ritenersi persistente anche a seguito delle modifiche apportate al Codice dal d.l. n. 70/2011 ed impedisce che si possano specificare, rettificare, precisare, ovvero mutare sostanzialmente gli elementi negoziali costitutivi dell'offerta, anche perché una simile possibilità violerebbe il limite della perentorietà del termine per la sua presentazione.

## La tipizzazione delle cause di esclusione e il c.d. soccorso istruttorio

- Secondo una tesi di più recente affermazione, per legittimare l'esclusione **sarebbe sempre e comunque necessaria una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative** (Consiglio di Stato sez. V 9/11/2010 n. 7967), dovendosi, pertanto, accordare una ampia portata applicativa all'istituto del soccorso istruttorio. Da ciò conseguirebbe, ad esempio, che in presenza di un documento o di una dichiarazione mancante non previsti a pena di esclusione dalla normativa applicabile il possesso effettivo del requisito di partecipazione (che tali documenti o dichiarazioni sono volti ad attestare) varrebbe a fondare, ed anzi a rendere obbligatoria, la richiesta di integrazioni documentali.
- Sulla base, invece, di una tesi maggiormente restrittiva, dovrebbe assumere in tal caso **prevalenza il principio di formalità collegato alla garanzia della par condicio** ed il ricorso al soccorso istruttorio sarebbe ammesso solo in presenza di disposizioni ambigue e per regolarizzare documenti presenti, ma incompleti.

## La tipizzazione delle cause di esclusione e il c.d. soccorso istruttorio

- Anche nel nuovo quadro normativo, **il soccorso istruttorio non può colmare lacune imputabili ad un comportamento negligente dei concorrenti**, poiché ciò costituirebbe ex se violazione del principio di par condicio.
- Le nuove disposizioni, peraltro, potrebbero valere a risolvere ex ante la questione delle clausole ambigue sia perché l'esclusione dovrebbe comunque discendere dalla violazione di una norma sia perché, con l'adozione dei bandi tipo, eventuali **clausole aggiuntive dovrebbero essere oggetto di specifica motivazione e chiara esplicitazione**.
- Inoltre, il principio di tassatività delle cause di esclusione rafforza l'inquadramento del **soccorso istruttorio non come mera facoltà ma come dovere** dell'amministrazione procedente.

## La tipizzazione delle cause di esclusione

- Elenco esemplificativo delle cause di esclusione inseribili nel bando:
  1. incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta ed offerta carente di altri elementi essenziali;
  2. incertezza assoluta sulla provenienza e offerta non sottoscritta;
  3. plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione non integro ovvero altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte;
  4. violazione dei termini per la presentazione dell'offerta;
  5. partecipazione contemporanea alla medesima gara di consorzi stabili e dei consorziati per i quali il consorzio ha dichiarato di concorrere; partecipazione contemporanea alla medesima gara di consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e/o consorzi tra imprese artigiane e dei consorziati per i quali il consorzio ha dichiarato di concorrere; partecipazione contemporanea alla medesima gara in forma individuale e in un raggruppamento o in più di un raggruppamento;

## La tipizzazione delle cause di esclusione

- 6. soggetti che versano in una delle situazioni di esclusione previste dall'art. 38 del Codice;
- 7. concorrenti per i quali la stazione appaltante accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi;
- 8. violazione delle norme sull'avvalimento;
- 9. profili attinenti al subappalto;
- 10. mancato utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti nel caso in cui l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari;
- 11. nel caso di contratti nei settori ordinari, mancata produzione della garanzia provvisoria;
- 12. nel caso di contratti nei settori ordinari, offerta non corredata dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario;



## La tipizzazione delle cause di esclusione

- 13. mancata effettuazione del sopralluogo;
- 14. mancato versamento del contributo all'Autorità;
- 15. verifica a campione dei requisiti speciale ex articolo 48;
- 16. esclusione automatica delle offerte anomale.

## La tipizzazione delle cause di esclusione

### **Incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta**

Per quanto attiene all'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, viene innanzitutto in rilievo la **mancata indicazione sul plico esterno generale**, nel cui interno sono contenute le buste componenti l'offerta, **del riferimento della gara cui l'offerta è rivolta** e/o l'apposizione di un'indicazione totalmente errata o generica, al punto che non sia possibile individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara.

Più che una vera e propria causa di esclusione dalla gara, si tratta di un'ipotesi di **irricevibilità del plico**, anche in considerazione del fatto che la mancata indicazione all'esterno del plico dell'oggetto della gara appaltante di osservare le cautele necessarie a garantirne la sicurezza e la segretezza.

## La tipizzazione delle cause di esclusione

### **Incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta**

**Non** dovrebbe invece determinare l'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta **la mancata o errata indicazione, su una o più delle buste interne componenti l'offerta, del riferimento alla gara cui l'offerta è rivolta**, nel caso in cui detta indicazione sia comunque presente sul plico generale esterno, debitamente chiuso e sigillato.

Alla medesima conclusione dovrebbe giungersi con riferimento alla mancata indicazione del riferimento della gara **su uno o più documenti componenti l'offerta.**

## La tipizzazione delle cause di esclusione

### **Incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta**

Del pari, nel caso di **gara divisa in più lotti**, la mancata indicazione sul plico generale esterno del/dei lotto/i per il/i quale/i l'offerta concorre, ferma restando l'identificabilità della gara nel suo complesso, non dovrebbe determinare, ex se, l'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta (cfr. T.A.R. Toscana Firenze Sez. II, Sent., 06-11-2009, n. 1587), sempre che i documenti componenti l'offerta vera e propria siano chiaramente riferiti ad uno o più lotti.

Ugualmente è a dirsi per la mancata indicazione su una o più delle buste interne componenti l'offerta del/dei lotto/i per il/i quale/i l'offerta concorre, ferma restando l'identificabilità della gara nel suo complesso, qualora i documenti componenti l'offerta vera e propria siano chiaramente riferiti ad uno o più lotti.

# La tipizzazione delle cause di esclusione

## Difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali

### ESSENZIALITA' DELLA SOTTOSCRIZIONE

- 1) **Domande di partecipazione:** art. 72, c.2 e 3 Codice: «le domande di partecipazione che non siano presentate per telefono, hanno forma di documento cartaceo o elettronico e sono sottoscritte con firma manuale o digitale, secondo le norme di cui all'articolo 77. Dette domande contengono gli elementi prescritti dal bando e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare il candidato e il suo indirizzo, e la procedura a cui la domanda di partecipazione si riferisce, e sono corredate dei documenti prescritti dal bando»
  
- 2) **Offerte:** art. 74, c.1 e 2 Codice: “le offerte hanno forma di documento cartaceo o elettronico e sono sottoscritte con firma manuale o digitale, secondo le norme di cui all'articolo 77. Le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'onori, e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l'offerente e il suo indirizzo e la procedura cui si riferiscono, le caratteristiche e il prezzo della prestazione offerta, le dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione». <sup>32</sup>

## La tipizzazione delle cause di esclusione

### **Difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali**

La sottoscrizione costituisce, pertanto, un elemento essenziale dell'offerta perché ha la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto dell'appalto verso il corrispettivo indicato nell'offerta medesima ed assicurare contemporaneamente la provenienza, la serietà, l'affidabilità dell'offerta stessa (cfr. AVCP, parere n. 225 del 16 dicembre 2010; parere n. 78 del 30 luglio 2009).

Proprio tale funzione rende la sottoscrizione condizione essenziale per l'ammissibilità dell'offerta sia sotto il profilo formale sia sotto il profilo sostanziale e, pertanto, la sua mancanza inficia la validità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta, determinando la nullità dell'offerta e la conseguente irricevibilità della stessa, anche in mancanza di una esplicita comminatoria *dellalex specialis, a garanzia della par condicio dei partecipanti nonché dell'attendibilità dell'offerta* (Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011).

## La tipizzazione delle cause di esclusione

### **Difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali**

E' stato, inoltre, osservato che la sottoscrizione delle singole parti dello schema di offerta da presentare in una gara d'appalto risponde al più generale principio di necessità di approvazione espressa delle condizioni generali di contratto, di cui all'art. 1341 c.c..

La mancanza di sottoscrizione delle condizioni generali di contratto comprometterebbe - ai sensi della lettura coordinata dei commi 1 e 2 dell'art. 1341 c.c. - l'efficacia delle stesse, con ovvi pregiudizi per la certezza dei rapporti giuridici nonché per il buon andamento della p.a. ed altererebbe la *par condicio* tra i concorrenti (T.A.R. Puglia Lecce, sez. III, 7 aprile 2011, n. 625; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 13 luglio 2010, n. 25087).

## La tipizzazione delle cause di esclusione

### **Difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali**

Quanto precede vale, altresì, nel caso di **concorrente pluri-soggettivo**, dovendosi ritenere necessaria la sottoscrizione di tutti i partecipanti al raggruppamento temporaneo.

In particolare, il difetto di sottoscrizione dell'offerta che determina **l'esclusione** può concretarsi:

- nella mancata sottoscrizione dell'offerta da parte del titolare o del legale rappresentante dell'impresa concorrente o da parte di altro soggetto munito di poteri idonei ad impegnarne la volontà;
- in caso di costituendo raggruppamento, nella mancata sottoscrizione dell'offerta da parte del titolare o del legale rappresentante di ciascuna impresa concorrente o da parte di altro soggetto munito di poteri idonei ad impegnarne la volontà.
- nella sottoscrizione che non è possibile attribuire ad un soggetto determinato (firma illeggibile che non reca la menzione della qualifica del sottoscrittore).



## La tipizzazione delle cause di esclusione

### **Difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali**

#### SOTTOSCRIZIONE IN OGNI PAGINA DELL'OFFERTA

Deve escludersi che le stazioni appaltanti possano imporre un obbligo di sottoscrizione **su ogni pagina dell'offerta**, obbligo non prescritto dalla normativa applicabile e, quindi, non sanzionabile con l'esclusione.

Resta, inoltre, da verificare se la mancata sottoscrizione di un atto che costituisce uno dei documenti integranti la domanda di partecipazione alla gara da parte di un concorrente non possa in alcun caso essere considerata una irregolarità formale sanabile nel corso del procedimento (in quanto farebbe venire meno la certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso) ovvero sia suscettibile di regolarizzazione ai sensi dell'art. 46, comma 1, del Codice.

## La tipizzazione delle cause di esclusione

### **Difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali**

#### **OBBLIGO DI INDICARE FAX O POSTA ELETTRONICA**

Con riguardo al profilo della identificazione del concorrente (e, quindi, della provenienza dell'offerta), viene in rilievo il disposto dell'art. 79, comma 5-*quinquies* del Codice, secondo cui *“il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni”*. Il tenore letterale della norma sembra indicare che **le informazioni enumerate possano essere richieste a pena di esclusione.**

## La tipizzazione delle cause di esclusione

### Difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali

#### DOCUMENTO DI IDENTITA' SOTTOSCRITTORE

La mancata allegazione, alle dichiarazioni rese ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, della copia del documento di identità del sottoscrittore: anche in tal caso, secondo pacifica giurisprudenza, l'atto non sarebbe in grado di spiegare gli effetti certificativi previsti dalla corrispondente fattispecie normativa, **in quanto nullo per difetto di una forma essenziale stabilita dalla legge** (Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2011, n. 2579; Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3690). Pertanto, l'allegazione al testo della dichiarazione sostitutiva di volta in volta rilasciata di un valido documento di identità, non costituisce un mero onere formale, ma piuttosto un fondamentale obbligo del sottoscrittore, configurandosi come l'elemento della fattispecie normativa teleologicamente diretto a comprovare non soltanto le generalità del dichiarante, ma anche il nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione ad una determinata persona fisica (Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2004, n. 7140).

# La tipizzazione delle cause di esclusione

## IRREGOLARITÀ RIGUARDANTI I PLICHI

L'art. 46, comma 1-bis, contempla sia l'ipotesi in cui il plico contenete l'offerta o la domanda di partecipazione pervenga alla stazione appaltante **non integro** che quella di **ulteriori irregolarità relative alla chiusura**, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

La sigillatura è volta a garantire la segretezza, l'identità, la provenienza ed immodificabilità della documentazione presentata dal concorrente. E' peraltro necessario chiarire che, già prima delle modifiche introdotte con il d.l. n. 70/2011, è stato ritenuto che l'onere di sigillatura dei plichi può ritenersi assolto anche con modalità non perfettamente rispondenti alle eventuali prescrizioni del bando, purché idonee ad impedire l'apertura della busta, a meno di non manometterne visibilmente la chiusura.

Pertanto, la chiusura tramite sigillatura di un plico, pur in un'ottica estensiva ed attenta al perseguimento delle finalità sostanziali sottese alle prescrizioni formali, deve **comunque consistere in una modalità di chiusura ermetica, che assicuri l'integrità del plico e ne impedisca l'apertura senza lasciare manomissioni o segni apprezzabili**, al fine di assicurare il raggiungimento delle finalità per cui tale adempimento è richiesto (Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2008, n. 3599 e 20 aprile 2006 n. 2000; sez. V, 18 marzo 2004 n. 1411).

## La tipizzazione delle cause di esclusione

### VIOLAZIONE DEI TERMINI PER LA PRESENTAZIONE DELL'OFFERTA

Il Codice non disciplina espressamente le conseguenze del mancato rispetto del termine di ricezione delle offerte e delle candidature fissato dalla *lex specialis*. In merito, l'art. 55, ai commi 5 e 6, prevede che, relativamente alle procedure aperte e ristrette, gli operatori economici presentano le proprie offerte o richieste di invito «*nel rispetto (...) dei termini fissati*» dal bando di gara o nella lettera di invito.

Si ritiene, tuttavia, che la presentazione dell'offerta oltre i termini imposti dal bando costituisca una grave violazione del principio di par condicio dei partecipanti; quindi i termini sono certamente a pena di esclusione.

#### <<TERMINE DI RICEZIONE DELLE OFFERTE

Le offerte devono pervenire entro il termine perentorio del giorno..... , ora ..... italiana presso ....., con le modalità prescritte dal Disciplinare di Gara e Norme Contrattuali; si precisa che l'orario osservato dall'Ufficio Protocollo è il seguente: ..... . Si precisa, altresì, che i plichi pervenuti oltre il termine perentorio sopra indicato sono irricevibili. >>

## La tipizzazione delle cause di esclusione

### **VIOLAZIONE DELLE DISPOSIZIONI RELATIVE ALLA PARTECIPAZIONE DEI CONSORZI E DEI RAGGRUPPAMENTI**

In base all'art. 36, comma 5, i consorzi stabili sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto "divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara". La medesima norma dispone che, in caso di violazione di tale divieto, devono essere esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato. È, inoltre, vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile.

Del pari, ai sensi dell'art. 37, comma 7, del Codice è fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti.

## La tipizzazione delle cause di esclusione

### **VIOLAZIONE DELLE DISPOSIZIONI RELATIVE ALLA PARTECIPAZIONE DEI CONSORZI E DEI RAGGRUPPAMENTI**

I consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera b) (i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443) sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale.

Atteso il tenore letterale delle disposizioni illustrate, la stazione appaltante, accertata la violazione dei divieti indicati, dovrà disporre l'esclusione del consorzio e del consorziato in via automatica.

## La tipizzazione delle cause di esclusione

### **VIOLAZIONI DELLE NORME SULL'AVVALIMENTO**

La mancanza di una delle dichiarazioni o del contratto di avvalimento di cui all'art. 49 del Codice, ovvero la non conformità dei contenuti **comporti l'esclusione per mancanza dei requisiti del concorrente** (cfr. parere Avcp n. 100 del 9 giugno 2011)



## La tipizzazione delle cause di esclusione

### **VIOLAZIONI DELLE NORME SULL'AVVALIMENTO**

L'articolo 49 del Codice sottopone l'istituto dell'avvalimento ad una serie di limiti che comportano, in caso di violazione l'esclusione dell'operatore economico, quali:

- per i lavori, la possibilità di avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria, salva diversa previsione del bando, il quale può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti che hanno consentito il rilascio dell'attestazione SOA;
- il divieto, sancito a pena di esclusione, per l'impresa ausiliaria di prestare i propri requisiti a più concorrenti che partecipino alla medesima gara, salvo il caso in cui, in ragione della natura dell'appalto, per requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, sia il bando stesso a consentire l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando;
- il divieto, sancito a pena di esclusione, per un operatore economico di partecipare ad una gara sia in proprio sia in veste di impresa ausiliaria.

# La tipizzazione delle cause di esclusione

## **SUBAPPALTO**

- 1) L'obbligo di indicare in sede di offerta la quota della prestazione che il candidato intende subappaltare è una condizione necessaria per l'autorizzazione da parte della stazione appaltante, nella successiva fase dell'esecuzione del contratto, ad affidare una quota della prestazione ad un subappaltatore, con il quale l'appaltatore può stipulare un contratto derivato secondo quanto stabilito all'articolo 118 del Codice. Una dichiarazione del concorrente che contenga solo un generico riferimento alla normativa vigente in merito alla facoltà di ricorrere al subappalto o una dichiarazione irregolare, recante la volontà di subappaltare lavorazioni o parti di prestazione indicate "non subappaltabili" nel bando di gara, non comportano, pertanto, l'automatica esclusione dalla gara, ma solo l'impossibilità per l'appaltatore di coinvolgere soggetti terzi nel corso dell'esecuzione.
  
- 2) Diverso è il caso in cui la dichiarazione di subappalto sia necessaria per documentare il possesso dei requisiti richiesti ai concorrenti singoli o riuniti al momento di presentazione dell'offerta<sup>1</sup>. In tal caso la mancanza della dichiarazione comporta l'esclusione per carenza dei requisiti del concorrente.

# La tipizzazione delle cause di esclusione

## CAUZIONE PROVVISORIA

Per i **settori ordinari**, la norma di riferimento è costituita dall'art. 75 del Codice.

Con riguardo, invece, ai **settori speciali**, l'art. 75 del Codice non è espressamente richiamato dall'art. 206, comma 1, e, pertanto, non sembra rientrare tra le disposizioni che trovano immediata applicazione nell'ambito di tali settori. Tuttavia, il comma 3 dell'art. 206 prevede espressamente che, nel rispetto del principio di proporzionalità, gli enti aggiudicatori possano applicare altre disposizioni della parte II del Codice, alla cui osservanza non sono obbligati, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara, ovvero, nelle procedure in cui manchi l'avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta. Ciò significa che l'applicazione dell'art. 75 potrebbe essere legittimamente disposta dalla *lex specialis*, ove ritenuto opportuno e congruente con l'oggetto del contratto, qualificando l'adempimento come essenziale al fine di garantire la serietà dell'offerta.

## La tipizzazione delle cause di esclusione

### CAUZIONE PROVVISORIA

Nonostante l'art. 75 del Codice commini espressamente l'esclusione soltanto per la mancata presentazione dell'impegno del fideiussore «a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario» (cfr. comma 8), si deve ritenere che **l'assoluta mancanza della stessa costituisca di per sé motivo di esclusione** dalla procedura di gara, senza possibilità di integrazioni successive.

L'offerta presentata senza la garanzia è incompleta e, pertanto, non ammissibile. L'esclusione avverrebbe sulla base della stessa previsione dell'art. 46 comma 1-bis (*carezza di elementi essenziali*).

## La tipizzazione delle cause di esclusione

### CAUZIONE PROVVISORIA

Diverso è il caso della cauzione provvisoria incompleta, ad esempio perché sprovvista delle clausole di cui al comma 4 dell'art. 75. In tal caso, si pone il dubbio se la stazione appaltante sia tenuta a richiedere un'integrazione documentale ovvero possa procedere all'esclusione automatica.

Si ritiene ammissibile la previsione di una clausola della lex specialis che qualifica tale adempimento come essenziale al fine di acquisire una garanzia effettiva per la s.a. che comprenda di tutti gli elementi previsti dall'art. 75, c.4.

## La tipizzazione delle cause di esclusione

### CAUZIONE PROVVISORIA

Modalità di sottoscrizione: il Consiglio di Stato (n. 3365/2011), ha ritenuto legittima l'esclusione di un'impresa aggiudicataria che non aveva presentato la cauzione provvisoria autenticata con firma digitale da notaio o da pubblico ufficiale, come prescritto invece da apposita clausola del bando: «l'autenticazione della sottoscrizione attribuisce certezza alla provenienza della dichiarazione e ne impedisce il disconoscimento da parte del suo autore».

In altri termini, si configurerebbe, in tal caso, una ipotesi di **incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta**, dal momento che l'articolo 74, comma 5, del Codice consente alle stazioni appaltanti di richiedere, in relazione all'offerta, anche altri elementi necessari o utili rispetto a quelli essenziali per l'identificazione dell'offerta.

## ~~La tipizzazione delle cause di esclusione~~

### **CAUZIONE PROVVISORIA**

#### **CLAUSOLA DEL BANDO:**

**“L'offerta deve essere corredata da una cauzione provvisoria di importo pari al 2% dell'importo a base di gara, fatto salvo il beneficio di cui all'art. 75, comma 7, del D.lgs. 163/06 e s.m i. (Codice), recante le clausole indicate dal comma 4 dell'art. 75 del Codice. Si precisa che la cauzione provvisoria è elemento essenziale dell'offerta, ai sensi del combinato disposto degli artt. 75 comma 1 e 4 e 46, c. 1-bis del Codice. Conseguentemente l'offerta non corredata dalla cauzione provvisoria, così come prevista dal Codice, sarà esclusa”.**

# La tipizzazione delle cause di esclusione

## IL SOPRALLUOGO

### **Art. 106, c.2, DPR 207/2010:**

2. L'offerta da presentare per l'affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici è accompagnata dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano ... di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori...”

Il sopralluogo può costituire un elemento essenziale dell'offerta, certamente nel caso dei lavori pubblici ai sensi dell'articolo 106 del Regolamento, ma anche dei servizi, nel caso in cui il sopralluogo sia indispensabile per la formulazione dell'offerta (cfr. parere Avcp n. 105 del 9 giugno 2011).

Va qualificato in bando quale adempimento “essenziale” al fine della presentazione di un'offerta attendibile.



# La tipizzazione delle cause di esclusione

## VERSAMENTO DEL CONTRIBUTO ALL'AUTORITÀ

Ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005 n. 266 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato"), il versamento della contribuzione all'Autorità, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento e nella misura dalla stessa determinata con cadenza annuale, costituisce una **condizione di ammissibilità dell'offerta**.

Al riguardo, la deliberazione del 3 novembre 2010 (Attuazione dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, per l'anno 2011) chiarisce i concorrenti sono tenuti a dimostrare, al momento di presentazione dell'offerta, di avere versato la somma dovuta a titolo di contribuzione e che "la mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento di tale somma è causa di esclusione dalla procedura di scelta del contraente ai sensi dell'art. 1, comma 67 della legge 23 dicembre 2005, n. 266".

Con riguardo alle nuove modalità di pagamento del contributo, in vigore per le gare bandite a far data dal 1 maggio 2010, l'Autorità ha precisato in più occasioni (cfr., da ultimo, parere n. 27 del 9 febbraio 2011) che l'esclusione dalla gara rappresenta un atto dovuto ogni qual volta si presenti un inadempimento di tipo sostanziale, consistente nel mancato pagamento delle contribuzioni dovute all'Autorità, e non un inadempimento di tipo formale.

# La tipizzazione delle cause di esclusione

## I PROTOCOLLI DI LEGALITÀ

I cd. protocolli di legalità sono accordi che le pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 15 della legge n. 241/1990, possono stipulare al fine di sancire un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di una data opera o nell'erogazione di dati servizi o forniture, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro.

Nei protocolli, le amministrazioni assumono, di regola, l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole che rispecchiano le finalità di prevenzione indicate. Tipico il caso dell'impegno a denunciare eventuali illecite richieste di danaro, tentativi di estorsione, intimidazioni o condizionamenti eventualmente avanzati nei confronti dell'impresa prima della gara o nel corso dell'esecuzione del contratto.

# La tipizzazione delle cause di esclusione

## I PROTOCOLLI DI LEGALITÀ

- Una stretta interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione potrebbe portare ad avanzare taluni dubbi sulla persistente possibilità di condizionare la partecipazione alla gara all'accettazione dei protocolli (o degli obblighi in essi contemplati), **non essendo la stessa imposta dalla normativa vigente** e dal momento che la mancata accettazione non influisce sulle ulteriori conseguenze previste dall'art. 46, comma 1-*bis*.
- A conclusioni diverse si dovrebbe, peraltro, giungere per ciò che concerne la **fase di esecuzione del contratto**. Vale, al riguardo, rammentare quanto disposto dall'art. 1341 del codice civile circa il fatto che le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro se al momento della conclusione questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza, circostanza quest'ultima che è di certo assicurata nel caso de quo.
- Può farsi, altresì, riferimento al **principio di più generale di buona fede** sia nella conduzione delle trattative contrattuali sia in fase esecutiva, in riferimento al quale dovrebbe essere motivato un eventuale rifiuto all'accettazione da parte del contraente.

*Massime*

**TAR Umbria sez. I 22/12/2011 n. 401**

**CAPITOLATO SPECIALE- SOTTOSCRIZIONE IN TUTTE LE PAGINE- OFFERTA NON CONFORME- DETERMINA INCERTEZZA SUL CONTENUTO DELL'OFFERTA - ESCLUSIONE - VA DISPOSTA**

E' pur vero che il Consorzio (..) ha sottoscritto, in tutte le pagine, il capitolato speciale, ed a tale adempimento la lettera di invito attribuisce il valore di completa ed incondizionata accettazione delle clausole in esso contenute, ma, a bene considerare, ciò equivale ad esprimere la volontà dell'offerente di eseguire le obbligazioni contrattuali nell'esatta connotazione indicata nel capitolato, oltre che di accettazione delle regole di gara (in termini Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2011, n. 3877; Sez. V, 30 gennaio 2007, n. 425).

La sottoscrizione del capitolato non comporta dunque che, in sede di formulazione dell'offerta, tale volontà sia automaticamente rispettata, a prescindere dal suo concreto contenuto, in quanto può accadere che l'offerta effettivamente presentata sia diversa da quanto previsto dal capitolato ed espressamente accettato.

Nel descritto contesto, la mancanza di un'offerta specifica e conforme alla *lex specialis* non costituisce dunque una mera carenza documentale, ma determina un'incertezza sul contenuto dell'offerta, che ne giustifica l'esclusione anche alla stregua di quanto disposto dal nuovo e più rigoroso art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, peraltro inapplicabile *ratione temporis*.

[Vai al testo integrale](#)

**TAR Lazio Roma sez. I bis 15/12/2011 n. 9791**

**GARA D'APPALTO - CAUZIONE PROVVISORIA - ATTESTAZIONE POTERI FUNZIONARIO CHE RILASCIATA POLIZZA - CARENZA - NON COSTITUISCE ELEMENTO CO-INTEGRATIVO DELL'OFFERTA - BANDO DI GARA - OBBLIGO DI AUTENTICAZIONE SOTTOSCRIZIONE POLIZZA A PENA DI ESCLUSIONE - CONTRASTO CON ART. 46, C.1BIS DLGS. 163/2006 - NULLITA' CLAUSOLA**

L'attestazione relativa ai poteri del funzionario che rilascia la polizza, attenendo al contenuto meramente formale della garanzia, non si attegge ad elemento integrativo co-necessario dell'offerta, con la conseguenza che, ove anche essa mancante o incompleta o erronea, non ne rende incerto il suo contenuto sostanziale non atteggiandosi, essa, ad elemento costitutivo dell'offerta medesima.

La determinazione impugnata si pone, pertanto, in palese contrasto con la statuizione di cui all'art. 46, c. 1-bis del D.Lvo n. 163/2006.

L'amministrazione ha fatto applicazione al caso di specie di una causa di esclusione non prevista dal codice degli appalti, né dal regolamento di attuazione, bensì inserita da essa nel bando spontaneamente ed in quanto tale nulla di diritto.

[Vai al testo integrale](#)

**TAR Sicilia Palermo sez. III 7/12/2011 n. 2304**

**OFFERTE - MODALITA' DI PRESENTAZIONE - FIRMA LEMBI CHIUSURA - IN AGGIUNTA ALLA SIGILLATURA CON CERALACCA - COSTITUISCE MAGGIORE GARANZIA DI SEGRETEZZA**

La previsione della firma sui lembi di chiusura mira a garantire in astratto ogni rischio di compromissione dei plichi contenenti le offerte; essa stabilisce modalità di chiusura delle buste facilmente rispettabili procedendo con attenzione; risulta quindi del tutto irrilevante ogni indagine sull'effettiva integrità e segretezza dell'offerta presentata (v. Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7219).

La firma, in aggiunta alla ceralacca, costituisca una maggiore garanzia nei confronti di eventuali frodi od indebite violazioni del segreto a tutela dell'interesse della p.a. e dei partecipanti a che le buste non possano essere in astratto manomesse.

[Vai al testo integrale](#)

**TAR Lazio Roma sez. I bis 6/12/2011 n. 9597**

**ESCLUSIONE AI SENSI ART. 41BIS DLGS 163/2006 - MANCATA ALLEGAZIONE FOTOCOPIA DOCUMENTO DI IDENTITÀ - CONCRETA LA FATTISPECIE DELL' "INCERTEZZA ASSOLUTA SUL CONTENUTO O SULLA PROVENIENZA DELL'OFFERTA, PER DIFETTO DI SOTTOSCRIZIONE O DI ALTRI ELEMENTI ESSENZIALI", - ESCLUSIONE - VA DISPOSTA**

La mancata allegazione della fotocopia di un valido documento di identità riguardante le generalità del sottoscrittore concreta proprio la fattispecie prevista dalla novella normativa qui invocata : "incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali.

[Vai al testo integrale](#)

**TAR Veneto sez. I 2/12/2011 n. 1791**

**TASSATIVITA' CAUSE DI ESCLUSIONE - APPLICAZIONE ART. 46, C.1BIS DLGS. 163/2006 - RILEVANZA DELLA PUBBLICAZIONE DEL BANDO SULLA GURI - IRRILEVANZA DATA INVIO ALLA GUE**

**TASSATIVITA' CAUSE DI ESCLUSIONE - APPLICAZIONE ART. 46, C.1BIS DLGS. 163/2006 - CAUZIONE PROVVISORIA DI IMPORTO DEFICITARIO - NON E' COLPITA DALLA SANZIONE DI ESCLUSIONE DALL'ART. 75, C.1, DLGS. 163/2006 - ESCLUSIONE RIFERITA SOLO ALLA MANCATA PRODUZIONE IMPEGNO A PRESTARE LA CAUZIONE DEFINITIVA EX ART. 75, C.8, DLGS. 163/2006**

Per quanto riguarda gli effetti giuridici derivanti dalla pubblicazione dei bandi, assume unica rilevanza quella effettuata nella GURI, indipendentemente quindi dall'antecedente pubblicazione operata nella GUCE.

Conseguenza diretta del combinato disposto della norma di cui al comma 8 dell'art. 66 e di quella introdotta dal comma 1-bis dell'art. 46, è che il principio di tassatività della clausole di esclusione debba valere, a pena di nullità delle clausole difformemente introdotte, per tutti i bandi la cui pubblicazione, avvenuta nella GURI, sia successiva all'entrata in vigore della norma, a prescindere dall'antecedente pubblicazione dei medesimi nella GUCE.

Di conseguenza, poiché il bando di cui è causa è stato pubblicato nella GURI in data 20 maggio 2011 e quindi successivamente alla data di entrata in vigore del D.L. n. 70/11, convertito sul punto senza modifiche dalla L. n. 106/11, la nuova disciplina operante in ordine alle clausole di esclusione dalle pubbliche gare era suscettibile di applicazione anche con riferimento al bando di cui alla gara in oggetto.

Le disposizioni implicanti la grave sanzione dell'esclusione dalla gara debbono essere di stretta interpretazione e quindi debbono trovare il loro fondamento in una norma che espressamente imponga la loro osservanza, non può essere ignorato il dato di fatto emergente dalla lettura della norma dettata dal Codice dei Contratti con l'art. 75 proprio in materia di garanzie a corredo dell'offerta ed in particolare dal raffronto fra il primo e l'ottavo comma dell'articolo richiamato. Così infatti dispone il primo comma : "L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente"; a sua volta il comma ottavo dispone : "L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario". Appare di tutta evidenza la diversa valenza attribuita dal legislatore alla prestazione della cauzione provvisoria di cui al primo comma, quale indubbia condizione della serietà dell'offerta presentata, ma la cui osservanza non è imposta a pena di esclusione, dall'obbligo imposto con l'ottavo comma, che invece è assistito dalla comminatoria espressa della sanzione dell'esclusione dalla gara in caso di inottemperanza.

Il dato normativo ed il confronto fra le due disposizioni induce quindi a ritenere la diversa valenza della prestazione della due garanzie e quindi che solo la mancata osservanza della seconda previsione, comportando ex lege l'esclusione dalla gara, possa costituire una delle ipotesi contemplate in via generale dall'art. 46, comma 1-bis.

Diversamente, anche sulla scorta dell'espressione letterale, ma evidentemente in ragione della diversa rilevanza dell'assunzione dell'obbligo di garanzia all'atto della formulazione dell'offerta, la mancata osservanza delle previsione di cui al primo comma dell'art. 75 non determina ex lege l'esclusione dalla gara, ergo non rientra nelle ipotesi di cui all'art. 46, comma 1 – bis.

[Vai al testo integrale](#)

**TAR Lazio Latina sez. I 1/12/2011 n. 991**

**APPALTI DI LL.PP. - OBBLIGO DI PRESA VISIONE DEI LUOGHI - DISCIPLINA EX ART. 71, C.2, DPR 554/1999 (E ART. 107, C.2, DPR 207/2010) - CLAUSOLA DEL BANDO CHE IMPONE L'ALLEGAZIONE ALL'OFFERTA DELL'ATTESTAZIONE DI SOPRALLUOGO - E' NULLA AI SENSI DELL'ART. 46, C. 1BIS, DLGS. 163/2006**

L'articolo 71, comma 2, del D.P.R. 554/1999, nell'imporre al concorrente di prendere visione dei luoghi a garanzia della serietà dell'offerta, non prevede l'esclusione; l'ulteriore adempimento di allegare all'offerta la relativa certificazione, non giustificato, integra una condizione nulla.

[Vai al testo integrale](#)

**TAR Puglia Lecce sez. III 25/11/2011 n. 2059**

**Gara di appalto - Cause di esclusione - Stretta interpretazione - Disciplina ex art. 46, c.1bis Dlgs. 163/2006 - Ulteriori ipotesi di esclusione- Nullità – Mancata indicazione della figura del direttore tecnico - Non può costituire causa di esclusione dalla gara**

Il Collegio ritiene di aderire all'orientamento giurisprudenziale che postula l'effettuazione di una doverosa valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative, atteso che se il primo comma dell'art. 38 del D. Lgs n. 163/2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, il secondo comma non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione.

Tale orientamento è oggi confermato dal comma 1-bis dell'articolo 46 del Codice, introdotto dall'articolo 4, comma 2, n. 2, lettera d), del d.l. n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011, in base al quale: "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle". In base a tale norma, in definitiva, è oggi possibile comminare l'esclusione da una gara solo ove vi sia incertezza in ordine alla provenienza della domanda, al suo contenuto o alla sigillazione dei plichi e che ogni altra ragione di non partecipazione agli incanti non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito (cfr. in tal senso e da ultimo T.A.R. Liguria, sez. II, 22 settembre 2011, n. 1396, e T.A.R. Veneto, sez. I, 13 settembre 2011, n. 1376).

Poiché tra le predette cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, non sembra rientrare anche la mancata specificazione dell'inesistenza della figura del direttore tecnico, sembra evidente che la Stazione appaltante non avrebbe potuto escludere la ricorrente dalla gara, ma, avrebbe dovuto – come in effetti ha fatto - invitarla ad integrare la documentazione mancante.

In tal caso, infatti, da un lato, l'esclusione sarebbe stata in contrasto con gli obblighi di non aggravamento procedimentale sanciti dall'art. 18 della l. n. 241 del 1990 e, dall'altro, la carenza della espressa specificazione dell'inesistenza della figura del direttore tecnico non integra una delle cause legali tassative che legittimano l'esclusione da gare di appalto, ex art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici.

[Vai al testo integrale](#)

**TAR Veneto sez. I 16/11/2011 n. 1687**

**GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE PER INADEMPIMENTI FORMALI - PRINCIPIO DI TASSATIVITA' EX ART. 46, C.1BIS, DLGS. 163/2006 - VALUTAZIONE SOSTANZIALISTICA DELLA DOCUMENTAZIONE PRESENTATA - FATTISPECIE**

Giusta l'articolo 46, comma uno bis, secondo cui è stato introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione, con la conseguente necessità di integrazione della documentazione, in tesi, incompleta originariamente prodotta, è evidente che la compressione delle cause di esclusione, limitate o al mancato adempimento delle prescrizioni di legge o al caso d'incertezza assoluta sul contenuto e sulla provenienza dell'offerta o al difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali o alla loro integrità del plico con violazione della segretezza delle offerte, conduce necessariamente, da un lato, e per espressa dizione normativa, alla nullità delle clausole di esclusione previste dai bandi diverse da quelle richiamate, ma, dall'altro, ad una valutazione sostanzialistica, per così dire, da parte della stazione appaltante della documentazione presentata (1)

---

(1) Nella fattispecie la ricorrente ha contestato la mancata produzione da parte dell'aggiudicataria di un documento richiesto dalla lex specialis (dichiarazione attestante la conformità all'originale, del registro Iva degli ultimi tre anni (2007,2008,2009) relativamente alle attività accessorie di ciascuno degli impianti oggetto di manifestazione di interesse), essendosi limitata a esibire un riepilogo del fatturato delle attività accessorie, e non avendo, neppure in seguito a specifica richiesta integrativa, provveduto alla presentazione di idonea documentazione.

[Vai al testo integrale](#)

**TAR Abruzzo Pescara sez. I 9/11/2011 n. 632**

**GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE - MANCATA PRODUZIONE REFERENZE BANCARIE - ESCLUSIONE - ILLEGITTIMITA' - CONTRASTO CON ART. 46, C.1BIS, DLGS. 163/2006**

L'art. 46, comma 1-bis, del D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163, aggiunto dall'art. 4, 2 comma, n. 2, lett. d) del D.L. n. 70 del 2011, convertito con modificazioni nella L. 12 luglio 2011, n. 106, ha introdotto



il principio della tassatività delle cause di esclusione dei soggetti partecipanti agli esperimenti indetti dalla P.A., prevedendo la possibilità di comminare l'esclusione solo "nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte" e che "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione" e "dette prescrizioni sono comunque nulle".

In base a tale norma, in definitiva, è oggi possibile comminare l'esclusione da una gara solo ove vi sia incertezza in ordine alla provenienza della domanda, al suo contenuto o alla sigillazione dei plichi e che ogni altra ragione di non partecipazione agli incanti non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito (cfr. in tal senso e da ultimo T.A.R. Liguria, sez. II, 22 settembre 2011, n. 1396, e T.A.R. Veneto, sez. I, 13 settembre 2011, n. 1376).

Ora, poiché tra le predette cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, non sembra rientrare anche la mancata presentazione delle referenze bancarie, sembra evidente che la Stazione appaltante non avrebbe potuto escludere la ricorrente dalla gara, ma, in ipotesi, avrebbe dovuto invitarla ad integrare la documentazione mancante.

[Vai al testo integrale](#)

### **TAR Umbria sez. I 13/10/2011 n. 330**

#### **1. GARA D'APPALTO - REQUISITI GENERALI - DICHIARAZIONE INSUSSISTENZA CAUSE ESCLUSIONE EX ART. 38 DLGS. 163/2006 - FORMULAZIONE LEX SPECIALIS - OBBLIGO DI DICHIARARE TUTTE LE CONDANNE PENALI RIPORTATE - OMISSIONI - CONSEGUENZE**

#### **2. GARA D'APPALTO - OBBLIGO DI DICHIARAZIONE TUTTE CONDANNE RIPORTATE - OMISSIONE - ESCLUSIONE - APPLICABILITA' ART. 46, C.1BIS DLGS. 163/2006 - VA ESCLUSA - RAGIONI**

1. Laddove il bando richiede genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 38 del Codice, esso giustifica una valutazione di gravità/non gravità compiuta dal concorrente, sicché questi non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive; andrà escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni contributive siano gravi e definitivamente accertate.

La dichiarazione del concorrente, in tal caso, non può essere ritenuta falsa. Diverso discorso deve essere fatto quando il bando sia più preciso e non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 38, ma specifichi che vanno dichiarate tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive; in tal caso, il bando esige una dichiarazione dal contenuto più ampio e più puntuale rispetto a quanto prescritto dalla legge, all'evidente fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito, al fine di 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 (cfr. Cons. Stato, VI, 21 dicembre 2010, n. 9324; 24 giugno 2010, n. 4019; 22 gennaio 2010, n. 1017 – oltre a n. 4082/2009, cit.).

2. Non trova applicazione l'articolo 46, comma 1-bis, del Codice, introdotto dall'articolo 4, comma 2, n. 2, lettera d), del d.l. n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011, che, secondo le prime interpretazioni giurisprudenziali, avrebbe introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, dichiarando nulle le prescrizioni ulteriori. Infatti, poiché la previsione disattesa è prevista dalla legge (articolo 38, comma 2), e comunque concerne <<elementi essenziali>> dell'offerta (la dichiarazione di tutte le condanne penali, ritenuta dalla stazione appaltante necessaria a consentire la valutazione della loro eventuale rilevanza sostanziale), si rientrerebbe comunque in una delle ipotesi di esclusione consentite.

[Vai al testo integrale](#)

#### **TAR Lazio Roma sez. III ter 7/10/2011 n. 7785**

#### **GARA D'APPALTO - CAUSE DI ESCLUSIONE PER MOTIVI FORMALI - TASSATIVITA' EX ART. 46, C.1-BIS - FAVOR PARTECIPATIONIS - PREVALENZA DELL'INTERESSE SOSTANZIALE RISPETTO A CANONI MECCANICAMENTE FORMALISTICI**

La normativa in materia di contratti pubblici esprime sempre più la prevalenza dell'interesse sostanziale rispetto ai canoni meccanicamente formalistici, come può evincersi dalla recente modifica dell'art. 46, del d. lgs. 163/2006, cui il d. l. n. 70 del 13 maggio 2011 ha aggiunto il comma 1 bis, che, nell'escludere che i bandi e le lettere di invito possano contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle dalla stessa norma indicate, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, rafforzandosi, viepiù, il principio di matrice comunitaria della prevalenza della sostanza rispetto a quella della forma.

In altri termini, la gara per l'assegnazione di un contratto con la P.A. non deve trasformarsi in una sorta di caccia all'errore (di interpretazione delle clausole dubbie o nel rispetto di meri formalismi partecipativi), ma deve garantire la massima partecipazione di coloro che, in possesso del profilo astrattamente idoneo a sorreggere l'esecuzione di un contratto con la P.A., confidano nello svolgimento di procedure concorsuali imparziali e trasparenti.

[Vai al testo integrale](#)

#### **TAR Sicilia Catania sez. I 2/8/2011 n. 2057**

#### **Gara di appalto – Documentazione amministrativa - Incertezza sulla conformità all'originale di un documento presentato con l'offerta- Non comporta esclusione- Principio di tassatività normativa delle clausole di esclusione ai sensi dell'art. 46 comma 1-bis d.lgs. 163 del 2006**

La sanzione della esclusione prevista nel bando ed invocata dalla ricorrente riguarda le ipotesi in cui il documento richiesto sia del tutto assente, e non anche il diverso caso in cui si possa solo dubitare

se il documento – comunque presentato - sia o meno conforme all'originale. In tale eventualità, risultando adempiuto l'onere materiale della produzione documentale, ove dovessero sorgere dubbi in ordine all'ampiezza e onnicomprensività della dichiarazione sostitutiva sottoscritta dal concorrente, la stazione appaltante avrebbe il potere/dovere di richiedere (senza ledere la par condicio fra i partecipanti) indicazioni o chiarimenti sull'entità della dichiarazione, in applicazione del meccanismo del cd. soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del D. Lgs. 163/2006. (...) Peraltro, l'interpretazione formalistica e l'applicazione meccanica delle clausole di esclusione propugnata dalla ricorrente non appare nemmeno in linea con la direzione evolutiva impressa dal legislatore alla materia in questione, atteso che col recentissimo D.L. 70/2001 (cd. Decreto Sviluppo) è stato aggiunto il comma 1 bis all'art. 46 del codice dei contratti pubblici, introducendo così un principio di tassatività normativa delle clausole di esclusione, anche al fine di scoraggiare l'abuso di previsioni discrezionali (fonte di ampio contenzioso) che riconnettevano a mere irregolarità formali sanzioni drastiche incidenti in radice sulla possibilità di partecipare alla gara.

[Vai al testo integrale](#)

*Testi integrali*

**TAR Umbria sez. I 22/12/2011 n. 401**

N. 00401/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 00435/2011 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria  
(Sezione Prima)  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 435 del 2011, proposto da:

Zerodue Societa' Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Ranalli, con domicilio eletto presso l'avv. Lietta Calzoni in Perugia, via Bonazzi, 9;

contro

Azienda Ospedaliera di Terni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Patrizia Becceco, con domicilio eletto presso l'avv. Donato Antonucci in Perugia, via Baglioni, 10;

nei confronti di

Consorzio Progetto Multiservizi, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento, di estremi sconosciuti, con cui l'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni ha aggiudicato definitivamente il "servizio di consegna referti diagnostici / consegna carrozzine", al Consorzio Progetto Multiservizi;
- del provvedimento, di estremi sconosciuti, con cui l'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni ha ritenuto di non escludere dalla gara indetta per l'affidamento del "servizio di consegna referti diagnostici / consegna carrozzine" il Consorzio Progetto Multiservizi e, nel contempo lo ha dichiarato aggiudicatario provvisorio del predetto servizio;
- del verbale di gara n.1 del 7.4.2011;
- del verbale di gara della Commissione Tecnica n. 1 del 14.04.2011;
- del verbale di gara della Commissione Tecnica n. 2 del 20.4.2011;
- del- verbale di gara della Commissione Tecnica n. 3 del 06.05.2011;
- di ogni altro atto presupposto e/o conseguente, comunque, inclusi, per quanto possa occorrere:
- l'atto, di estremi e contenuto sconosciuti, con cui l'Azienda Ospedaliera S. Maria ha valutato positivamente i requisiti generali e speciali del Consorzio Progetto Multiservizi;
- la lettera d'invito dell'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni, il bando ed il capitolato speciale di appalto limitatamente alla parte in cui dovessero essere interpretati nel senso di consentire l'ammissione di concorrenti anche qualora il progetto manchi della componente "carrozzine da fornire all'Azienda in comodato d'uso" e nella parte in cui sono stati determinati i criteri relativi alla componente tecnica dell'offerta;
- il contratto di affidamento "servizio di consegna referti diagnostici / consegna carrozzine" qualora stipulato;
- per l'accertamento e dichiarazione del diritto della ZERODUE Società Cooperativa Sociale di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto del « servizio di consegna referti diagnostici / consegna carrozzine», indetto dall'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni, con conseguente reintegrazione in

forma specifica;

- per la dichiarazione di inefficacia del contratto (se) stipulato dall'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni, con il Consorzio Progetto Multiservizi, con conseguente accertamento e dichiarazione del diritto della ZERODUE Società Cooperativa Sociale a subentrare nel contratto con effetti retroattivi, o, in via subordinata, dal momento del dispositivo;

- nonché, in via subordinata, per l'annullamento dell'intera procedura di gara (correlata agli atti indicati nell'epigrafe del ricorso), con condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Terni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2011 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto che nella fattispecie in esame sussistono i presupposti per la definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'art. 60 del cod. proc. amm., potendosi dunque fare ricorso alla sentenza in forma semplificata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO**

La società ricorrente impugna il provvedimento con cui l'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni ha aggiudicato definitivamente il «servizio di consegna referti diagnostici/consegna carrozzine» al controinteressato Consorzio Progetto Multiservizi, chiedendo l'aggiudicazione dell'appalto, previa pronuncia di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato, od in subordine il risarcimento del danno.

Premette che si tratta di una procedura negoziata indetta il 28 dicembre 2010, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di distribuzione dei referti medici e delle carrozzine allocate presso la portineria, ed anche la consegna in comodato d'uso gratuito di 10 carrozzine; il contratto ha durata di tre anni, prorogabili di uno; l'importo annuo a base d'asta è fissato in euro 40.800,00.

Il criterio di aggiudicazione prescelto dall'Amministrazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendosi l'assegnazione di un punteggio di 50/100 per la parte economica e di 50/100 per la parte tecnica.

Il progetto tecnico della ricorrente è stato valutato come il migliore, ed allo stesso sono stati assegnati 47 punti su 50; al progetto tecnico del consorzio controinteressato sono stati invece assegnati punti 35,50 su 50; la Commissione giudicatrice ha però ommesso di valutare il fatto che il progetto/offerta tecnica del Consorzio Progetto Multiservizi non prevede la fornitura in comodato d'uso delle dieci carrozzine, come inequivocabilmente si evince dalla relazione illustrativa al progetto versata agli atti del procedimento di gara. Il Consorzio Progetto Multiservizi doveva dunque essere escluso dalla gara.

Al contrario, è stato ammesso alla successiva fase di valutazione dell'offerta economica; la ricorrente ha offerto 39.900,00 euro, mentre la controinteressata 30.386,00 euro annui; tale offerta peraltro non tiene ovviamente conto della fornitura delle 10 carrozzine, il cui valore stimabile è di circa 8/9 mila euro.

Deduce a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione della lettera d'invito e del capitolato speciale di appalto (artt. 2 e 3); violazione dei principi di imparzialità e correttezza nelle procedure di evidenza pubblica; eccesso di potere per contraddittorietà, difetto di istruttoria, illogicità manifesta.

L'avviso di gara prevede quale oggetto dell'affidamento il servizio di consegna dei referti diagnostici e la consegna delle carrozzine; analoga prestazione è stabilita dall'art. 2 del capitolato

speciale, alla cui stregua la ditta aggiudicataria dovrà consegnare in comodato d'uso gratuito dieci carrozzine.

Parte necessaria dell'offerta era dunque la messa a disposizione di dieci carrozzine da consegnare in comodato d'uso gratuito all'Azienda Ospedaliera, mentre l'offerta del Consorzio Progetto Multiservizi non prevede la messa a disposizione gratuita di tali carrozzine; doveva conseguentemente essere esclusa dalla gara.

2) Violazione della lettera di invito e del capitolato speciale d'appalto; violazione dei principi di imparzialità e correttezza nelle procedure di evidenza pubblica; travisamento dei fatti; difetto di motivazione e di istruttoria; eccesso di potere per irrazionalità ed illogicità dell'azione della Commissione tecnica, nella considerazione che, ove anche non si fosse voluto escludere il Consorzio, la valutazione dell'offerta del medesimo doveva necessariamente tenere conto del predetto difetto dell'offerta (mancanza della fornitura di dieci carrozzine in comodato d'uso), con la doverosa attribuzione di un punteggio ben più basso rispetto a quello degli altri partecipanti, ed in particolare rispetto a quello attribuito alla società ricorrente.

3) Violazione dei principi di congruità, proporzionalità e logicità dei criteri di valutazione nelle procedure di evidenza pubblica; difetto di motivazione.

La lettera di invito è illegittima nella misura in cui, nella formulazione dei criteri di assegnazione dei punteggi, nulla dice in ordine all'aspetto della distribuzione delle carrozzine e della fornitura in comodato d'uso delle stesse, benché tale profilo sia, ai sensi degli artt. 2 e 3 del capitolato, elemento costitutivo e valutativo del progetto stesso.

Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera "S. Maria" di Terni resistendo alle censure avversarie e chiedendone la reiezione.

Nella camera di consiglio del 7 dicembre 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

1. - Le tre censure in cui si articola il ricorso possono essere esaminate congiuntamente in quanto tra loro connesse e complementari, incentrate come sono sull'asserita incompletezza dell'offerta aggiudicataria che non avrebbe indicato una prestazione essenziale dell'appalto, costituita dalla consegna in comodato d'uso gratuito di dieci carrozzine, sì da dover essere esclusa dalla gara, o quanto meno valutata in termini meno positivi di quanto non abbia fatto la Commissione giudicatrice.

Deduce parte ricorrente che l'appalto ha inequivocabilmente un contenuto misto, riguardando il servizio di consegna dei referti diagnostici e la consegna delle carrozzine, come si evince dall'avviso di gara, ed anche dall'art. 2 del capitolato speciale, che enuclea le caratteristiche del servizio, e sul quale parametrare il "progetto offerta", come stabilito dal successivo art. 3 dello stesso capitolato.

Allega ancora la Zerodue società cooperativa sociale che la relazione tecnica predisposta dal controinteressato Consorzio Progetto Multiservizi non contempla affatto la consegna delle carrozzine in comodato d'uso, limitandosi a stabilire, a pagina 3, che «il servizio verrà svolto presso i locali dell'azienda ospedaliera di Terni, la quale metterà a disposizione un box presso la portineria centrale. Sarà garantita la presenza giornaliera di una persona allo sportello negli orari sopra descritti, la persona addetta si occuperà della distribuzione al pubblico dei referti medici che saranno consegnati alla medesima dai vari reparti e servizi interessati, inoltre tale addetto si occuperà di consegnare su richiesta da parte dell'utente che ne avrà bisogno della distribuzione di 10 carrozzine in comodato d'uso messe a disposizione dall'azienda ospedaliera S. Maria di Terni, gli utenti potranno farne richiesta direttamente all'addetto allo sportello».

L'Azienda Ospedaliera, da parte sua, tende a marcare il profilo contenutistico del servizio oggetto di gara, evidenziando che, alla stregua di quanto disposto dall'art. 2 del capitolato, lo stesso ha ad oggetto la distribuzione dei referti medici e delle seggiole a rotelle allocate presso la portineria centrale del presidio ospedaliero, tenendolo distinto dalla fornitura delle carrozzine; il progetto

offerta riguarderebbe solamente l'illustrazione delle procedure operative del servizio, mentre la fornitura costituirebbe un'obbligazione distinta ed aggiuntiva, prevista dalla lex specialis (tra l'altro, l'impresa aggiudicataria ha sottoscritto in ogni sua parte il capitolato speciale), il cui inadempimento rileverebbe in fase di esecuzione del contratto e ne comporterebbe la risoluzione.

L'assunto dell'Amministrazione, ad avviso del Collegio, prova troppo, mancando un'offerta, proveniente dalla controinteressata aggiudicataria, che nel suo complesso ricomprenda la fornitura in comodato gratuito delle dieci carrozzine; ciò dicasi avuto riguardo tanto alla relazione tecnica, quanto all'offerta economica.

E' pur vero che il Consorzio Progetto Multiservizi ha sottoscritto, in tutte le pagine, il capitolato speciale, ed a tale adempimento la lettera di invito attribuisce il valore di completa ed incondizionata accettazione delle clausole in esso contenute, ma, a bene considerare, ciò equivale ad esprimere la volontà dell'offerente di eseguire le obbligazioni contrattuali nell'esatta connotazione indicata nel capitolato, oltre che di accettazione delle regole di gara (in termini Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2011, n. 3877; Sez. V, 30 gennaio 2007, n. 425).

La sottoscrizione del capitolato non comporta dunque che, in sede di formulazione dell'offerta, tale volontà sia automaticamente rispettata, a prescindere dal suo concreto contenuto, in quanto può accadere che l'offerta effettivamente presentata sia diversa da quanto previsto dal capitolato ed espressamente accettato.

Nel descritto contesto, la mancanza di un'offerta specifica e conforme alla lex specialis non costituisce dunque una mera carenza documentale, ma determina un'incertezza sul contenuto dell'offerta, che ne giustifica l'esclusione anche alla stregua di quanto disposto dal nuovo e più rigoroso art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, peraltro inapplicabile ratione temporis.

Proprio in ragione di carenza sostanziale, e non formale, l'offerta non può ritenersi integrabile ex post, in particolare attraverso la dichiarazione sostitutiva in data 28 novembre 2011 del Consorzio Progetti Multiservizi (con allegato un preventivo privo di data certa, e che, anzi, risulta trasmesso per telefax il 18 novembre 2011), atteso che si determinerebbe, quanto meno, una violazione del principio della par condicio.

2. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

L'esigenza di rinnovazione della gara impone di disattendere, allo stato, la domanda di risarcimento del danno per equivalente, risultando la società ricorrente seconda graduata, e potendo dunque legittimamente aspirare all'aggiudicazione.

Né si desume dalla documentazione versata in atti che sia intervenuta la stipulazione del contratto con il Consorzio Progetto Multiservizi, non occorrendo dunque una pronuncia di inefficacia del contratto stesso.

La peculiarità della vicenda giustifica la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione impugnato.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Carlo Luigi Cardoni, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
II 22/12/2011

IL SEGRETARIO  
(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)



**TAR Lazio Roma sez. I bis 15/12/2011 n. 9791**

N. 09791/2011 REG.PROV.COLL.

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5679 del 2011, proposto da:

Soc. Arma Raggruppamento Officine Meccaniche Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Contaldi La Grotteria, con domicilio eletto presso Carlo Contaldi La Grotteria in Roma, Piazzale delle Medaglie D'Oro, 72;

contro

Ministero della Difesa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

della esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di riparazione meccanica e di carrozzeria, a quantità indeterminata, di autoveicoli ruotanti e mezzi del genio in genere e loro parti staccate, impiegati e rientrati dai teatri operativi fuori area.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2011 il dott. Giuseppe Rotondo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con il ricorso in esame, la società ARMA ha impugnato il provvedimento datato 24 giugno 2011 con il quale essa è stata esclusa dalla gara per l'affidamento del servizio di riparazione meccanica e

di carrozzeria (servizio diviso in 4 lotti del valore complessivo di € 416.666,65 e della durata di dodici mesi).

Il Ministero della Difesa aveva indetto una procedura ristretta accelerata per l'affidamento del suddetto servizio con lettera di invito del 27 maggio 2011.

Il seggio di gara, nella seduta del 22 giugno 2011, ha escluso la ricorrente dalla competizione "in quanto il notaio che ha autenticato la firma del funzionario che ha rilasciato la polizza fideiussoria inviata a garanzia dell'offerta, non ha attestato i poteri dello stesso come richiesto al punto 6.c) della lettera di invito".

Il punto 6.c) della lex specialis così dispone: "nella busta documenti dovrà essere inserita la sottoelencata documentazione a pena di esclusione:... Il documento comprovante la costituzione della cauzione provvisoria ... La cauzione ... potrà costituirsi mediante ... fideiussione bancaria ... La firma dei funzionari che rilasceranno la polizza dovrà essere autenticata da un notaio (pena l'esclusione dalla gara) il quale dovrà, altresì, attestarne i relativi poteri. Non sono quindi valide, ai fini della regolarità della polizza, le dichiarazioni autenticate con le quali i funzionari della compagnia assicuratrice attestano l'emissione della polizza. Pertanto, non saranno prese in considerazione – con conseguente esclusione dalla gara – le polizze la cui firma apposta in calce non sia stata autenticata dal notaio".

La ricorrente, nel gravarsi avverso il provvedimento di esclusione, deduce le seguenti censure:

a)la polizza reca una autentica di firma nella quale è specificato che chi ha sottoscritto è "procuratore della AXA Assicurazioni spa";

b)la lettera di invito prevede che non saranno prese in considerazione, con conseguente esclusione dalla gara, le polizze la cui firma apposta in calce non sia stata autenticata dal notaio; analoga sanzione non è prevista nella ipotesi in cui l'autentica non rechi l'attestazione dei poteri del funzionario;

c)nel caso in cui una determinata formalità non sia prevista espressamente a pena di esclusione, deve prevalere il criterio teleologico su quello prettamente formale;

d)l'art. 4, c. 2, lett. d) del D.L. n. 70/2011 ha introdotto il comma 1 bis all'art. 46 del D.Lvo n. 163/2011 che reca l'elenco delle cause di esclusione dalle procedure di evidenza pubblica; se dovesse ritenersi che l'autentica non corrisponde a quanto richiesto dalla lettera di invito, comunque non si potrebbe giungere alla esclusione della ricorrente dalla gara stante l'espressa previsione normativa di nullità della prescrizione escludente.

Si è costituito il Ministero della Difesa per mezzo dell'Avvocatura di Stato che ha depositato memoria in data 14 luglio 2011 chiedendo il rigetto del gravame.

Con ordinanza cautelare n. 2582/2011 (resa nella camera di consiglio del 12 luglio 2011) è stata respinta la domanda cautelare avanzata dalla ricorrente.

Il Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 26 luglio 2011, in riforma dell'ordinanza di prime cure, ha accolto l'istanza cautelare di primo grado, ammesso con riserva la ricorrente alla procedura di gara e compensato tra le parti le spese del doppio grado del giudizio cautelare.

Con memoria del 29 settembre 2011, la ricorrente insiste per l'accoglimento del gravame.

All'udienza del 19 ottobre 2011, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Nei sensi che seguono le considerazioni del Collegio.

L'art. 54 del regio decreto 10 settembre 1914, n. 1326 (Approvazione del regolamento per l'esecuzione della L. 16 febbraio 1913, n. 89) riguardante l'ordinamento del notariato e degli archivi notarili) così recita:

"I notari non possono rogare contratti, nei quali intervengano persone che non siano assistite od autorizzate in quel modo che è dalla legge espressamente stabilito, affinché esse possano in nome proprio od in quello dei loro rappresentati giuridicamente obbligarsi".

Dalla disposizione normativa in commento discende l'obbligo per il notaio di accertare la capacità legale di contrarre (rectius, l'estensione ed il fondamento del potere rappresentativo di impegnare la sfera giuridica propria o altrui) delle parti dell'atto rogando.

E' superfluo soggiungere che il suddetto obbligo vale per tutti i negozi giuridici in cui compare il notaio come ufficiale rogante o autenticante, nei quali egli è chiamato, per dovere professionale, a verificare la corrispondenza e/o l'ambito di rilevanza della sfera di attribuzioni delle parti rispetto all'oggetto dell'atto rogando o della certificazione resa.

Deve ritenersi, pertanto, che nell'autenticare - "giusta procura" - la firma del Sig. Cortellazzi nella qualità certificata di procuratore della AXA Assicurazioni s.p.a., il notaio abbia, nell'ambito della esplicazione del proprio dovere professionale, anche attestato, in re ipsa, il possesso in capo al procuratore medesimo dei relativi, sottesi poteri.

Naturalmente, deve escludersi che la certificazione in parola faccia fede fino a querela di falso civile circa l'effettiva possidenza da parte del procuratore di quegli specifici poteri (regolando, il citato art. 54, soltanto un dovere professionale); bensì, vale soltanto a conferire attendibilità, in parte qua ed iuris tantum, al contenuto della certificazione rilasciata dal notaio, ferma restando la potestà della stazione appaltante di appurare, successivamente all'espletamento della gara ed in sede di verifica o preverifica dei requisiti oggettivi e soggettivi della concorrente, eventualmente aggiudicataria, la reale estensione dei poteri del procuratore che abbia sottoscritto la polizza fideiussoria, la cui firma sia stata autenticata dal notaio.

Rebus sic standibus, l'omessa esplicitazione formale, nella certificazione notarile, dei poteri del funzionario che ha rilasciato la polizza non poteva comportare, per ciò solo e come conseguenza immediata e diretta, l'esclusione della ditta ARMA dal procedimento di gara in quanto tale esplicitazione doveva ritenersi assoluta, in re ipsa, nella stessa autenticazione di firma.

Piuttosto, ben poteva l'amministrazione acquisire dalla ricorrente l'originale della procura rilasciata al sig. Cortellazzi al fine di accertare la regolarità della documentazione di gara; accertamento che è ancora in facoltà della stazione appaltante effettuare prima di procedere alla formale e definitiva aggiudicazione della gara.

Procura di cui, per vero, si ignora l'esistenza in quanto non versata in atti di causa dalla ricorrente e neppure depositata da controparte.

Le considerazioni che precedono necessitano di un ulteriore approfondimento alla luce delle più recenti novità normative introdotte nell'ordinamento giuridico.

Il decreto legge n. 70/2011, convertito dalla legge n.106/2011, ha modificato gli artt. 38 e 46 del codice dei contratti (D.Lvo n. 163/2006) in merito:

-alla elencazione dei requisiti generali che le imprese devono possedere per partecipare alle gare e per stipulare i contratti di appalto e subappalto con le pubbliche amministrazioni (art. 38: intestazione fiduciaria; sicurezza e lavoro; rappresentanti persone giuridiche; pagamenti fiscali; false dichiarazioni; contributi; soggetti disabili);

-alle cause di esclusione dalle gare d'appalto (art. 46, c. 1 bis: che ha cambiato anche titolo diventando "Documenti e informazioni complementari – tassatività delle cause di esclusione").

Per quanto di interesse ai fini della presente controversia, rilevano le modifiche apportate all'art. 46 del D.Lvo n., 163/2006, al quale il decreto c.d. "Sviluppo" ha aggiunto ex novo il comma 1-bis.

Il testo novellato prevede che: "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Evidente la ratio del novellato articolo 46 del codice dei contratti.

Il Legislatore, ispirato anche dal principio del favor participationis, ha limitato il numero di esclusioni fondate su elementi di carattere formale.

L'intento è stato quello di tutelare in modo sostanziale e concreto il principio di derivazione comunitaria della concorrenza oltre quello, più squisitamente politico-economico-sociale, di ridurre il contenzioso in materia di appalti.

Secondo il nuovo testo del citato art. 46, la stazione appaltante può escludere le imprese dalla gara di appalto esclusivamente in caso di:

-mancato adempimento a prescrizioni di legge previste dal codice degli appalti, dal regolamento attuativo (DPR n. 207/2010) e da altre disposizioni legislative vigenti;

-incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;

-non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura del plico, tale da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Queste cause di esclusione sono tassative ed ogni altra prescrizione prevista dagli atti di gara deve considerarsi nulla (nullità testuale).

Il Collegio ritiene che, seppure lo sforzo Legislatore sia apprezzabile, l'interpretazione delle norme non possa andare a discapito dell'altro fondamentale principio della par condicio o della certezza dell'agire della pubblica amministrazione.

Si tratta di appurare, pertanto, se nel caso concreto siano state o meno violate le norme regolatrici dell'appalto ed insieme a queste i cennati principi informativi della procedura di gara.

Ad un più approfondito esame degli atti e della documentazione, propria della fase di merito, il Collegio ritiene il ricorso fondato.

L'amministrazione ha escluso dalla gara la ricorrente in quanto il notaio, nell'autenticare la firma del funzionario che ha rilasciato la polizza fideiussoria inviata a garanzia dell'offerta, non ha attestato i poteri dello stesso come richiesto al punto 6.c) della lettera di invito.

Ad avviso del Collegio, la mancata attestazione notarile dei poteri del funzionario che rilascia la polizza fideiussoria è circostanza che non incide – tenuto conto anche di quanto più sopra argomentato - sul contenuto formativo dell'offerta in quanto non priva di certezza la provenienza della garanzia, né impedisce a quest'ultima di raggiungere il suo scopo.

In altri termini, l'offerta della ricorrente non perde i caratteri di provenienza e, dunque, certezza, attendibilità ed affidabilità.

Può ben dirsi, dunque, che l'attestazione relativa ai poteri del funzionario che rilascia la polizza, attenendo al contenuto meramente formale della garanzia, non si atteggia ad elemento integrativo co-necessario dell'offerta, con la conseguenza che, ove anche essa mancante o incompleta o erronea, non ne rende incerto il suo contenuto sostanziale non atteggiandosi, essa, ad elemento costitutivo dell'offerta medesima.

Si tratta, in altri termini, di un requisito che può essere accertato anche successivamente senza inficiare la par condicio competitorum.

La determinazione impugnata si pone, pertanto, in palese contrasto con la statuizione di cui all'art. 46, c. 1-bis del D.Lvo n. 163/2006.

L'amministrazione ha fatto applicazione al caso di specie di una causa di esclusione non prevista dal codice degli appalti, né dal regolamento di attuazione, bensì inserita da essa nel bando spontaneamente ed in quanto tale nulla di diritto.

Sulla scorta delle prefate argomentazioni, il Collegio ritiene illegittima l'esclusione dalla gara della ricorrente siccome disposta in violazione del citato art. 46, c. 1 bis del D.Lvo n. 163/2011 nonché dei principi ispiratori del novellato articolo (id est, favor participationis); mentre non appaiono sacrificati, nella circostanza, a ragione di quanto sopra esposto, i concorrenti principi di certezza dell'agire dell'amministrazione e di par condicio.

Il ricorso, pertanto, è fondato e va, perciò, accolto con annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara de qua.

L'effetto conformativo che ne consegue è l'ammissione della ricorrente alla gara medesima, salve le successive le successive determinazioni dell'amministrazione per quanto sopra argomentato.

Sussistono eccezionali e giusti motivi, in ragione della novità della questione, per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla, nei sensi in motivazione, il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento del "servizio di riparazione meccanica e di carrozzeria di autoveicoli ruotanti e mezzi del genio in genere e loro parti staccate, impiegati e rientrati dai teatri operativi fuori area".

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA II 15/12/2011

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 508 del 2011, proposto da Società Cooperativa Ben Essere a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Ficarra, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Giuseppe Alfonso, sito in Palermo, via E. Amari, n. 38;

contro

Comune di Misilmeri, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Canto, presso il cui studio, sito in Palermo, v.le Croce Rossa, n. 113 è elettivamente domiciliato;

nei confronti di

Cooperativa Sociale Progetto Uomo, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e n.q. di mandataria dell'a.t.i. costituenda con Cooperativa Sociale Galatea-Cooperativa Sociale Metamorphosi-Cooperativa Sociale La Primavera-Cooperativa Sociale Target Out, rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Mangano, presso il cui studio, sito in Palermo, via Nunzio Morello, n. 40, è elettivamente domiciliata;

per l'annullamento:

quanto al ricorso principale:

- della determinazione del 27/12/2010 con la quale è stato approvato il verbale di gara redatto in data 20/12/2010 ed è stata affidata all'a.t.i. controinteressata la gestione del progetto denominato "Servizio Educativo Domiciliare" in favore dei nuclei residenti nel distretto socio sanitario 36;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o conseguente;

nonché per il risarcimento del danno subito e subendo in forma specifica o per equivalente;

quanto al ricorso incidentale:

- degli stessi atti impugnati in via principale, nonché, per quanto occorra, della lettera di invito e della determinazione n. 315/A VIII del 3/12/2010 con la quale il Comune ha indetto la procedura negoziata senza bando e ciò al fine di ottenere l'esclusione dalla gara della ricorrente principale;

Visto il ricorso introduttivo del giudizio, con i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Misilmeri;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Cooperativa Sociale Progetto Uomo, contenente anche ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive prodotte in giudizio dalle parti in vista della discussione dell'istanza cautelare;

Vista l'ordinanza n. 311/2011, contenente anche incumbenti istruttori;

Visti i documenti prodotti in giudizio dall'Amministrazione onerata in data 28/4/2011;

Vista la memoria difensiva depositata in giudizio dalla ricorrente incidentale in data 11/7/2011;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Relatore alla pubblica udienza del giorno 2 dicembre 2011 il Cons. Federica Cabrini;

Uditi i difensori delle parti, come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

### **FATTO**

Con ricorso, notificato a mezzo posta in data 28-2/4-3/2011 e depositato in data 8/3/2011, la Società Cooperativa Ben Essere a r.l. (seconda in graduatoria) ha impugnato gli atti in epigrafe indicati aventi ad oggetto la gara per l'affidamento del servizio socio-assistenziale denominato "Servizio Educativo Domiciliare" in favore dei nuclei familiari residenti nel distretto socio-sanitario n. 36 del Comune di Misilmeri, per n. 113 settimane, per un totale di € 287.987,03.

Afferma che l' a.t.i. controinteressata è stata illegittimamente ammessa alla gara.

Deduce a tal fine le seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, c. 1, d.lgs. n. 163/2006, lett. b) e c) – Difetto di istruttoria, atteso che i certificati dalla c.c.i.a.a. attestano che i soggetti dotati di poteri di rappresentanza delle soc. coop. Metmorphosi, Galatea e La Primavera sono il Presidente ed il Vice Presidente del Consiglio di Amministrazione.

Nel caso di specie i Vice Presidenti hanno omesso di rendere la dichiarazione di cui all'art. 38, c. 1, lett. b) e lett. c), d.lgs. n. 163/2006, richiesta a pena di esclusione dalla lettera invito.

Per quanto attiene alla soc. Metmorphosi, la dichiarazione è stata peraltro resa solo da uno dei due Presidenti in carica.

Conclude quindi per l'accoglimento del ricorso e della preliminare istanza cautelare.



Si è costituito in giudizio il Comune di Misilmeri chiedendo il rigetto del ricorso.

La Cooperativa Sociale Progetto Uomo ha quindi proposto ricorso incidentale assumendo che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per:

1) Violazione della lettera di invito al punto 7.01 in relazione alla clausola di esclusione contenuta nelle avvertenze, atteso che il plico contenente avrebbe dovuto essere chiuso con ceralacca e controfirmato sui lembi di chiusura dal legale rappresentante della ditta o dal suo procuratore.

Ciò è prescritto a pena di esclusione, per come risulta dalle avvertenze della lettera invito.

La coop. ricorrente principale ha omesso di controfirmare i lembi di chiusura del plico contenente l'offerta.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, c.1, lett. m quater, d.lgs. n. 163/2006 – Difetto di istruttoria, atteso che la ricorrente principale ha omesso di rendere la dichiarazione di cui all'art. 38, c.1, lett. m quater, d.lgs. n. 163/2006, relativa alle situazioni di controllo.

Ancorché detta previsione non sia richiamata nella lex specialis della procedura, questa deve ritenersi eterointegrata.

Conclude quindi per la declaratoria dell'inammissibilità o per il rigetto del ricorso principale.

Con ordinanza n. 311/2011 è stata respinta l'istanza cautelare e sono stati disposti incumbenti istruttori regolarmente ottemperati.

Successivamente la Cooperativa Sociale Progetto Uomo (ricorrente incidentale) ha depositato memoria difensiva al fine di confutare il provvedimento con il quale la Segreteria del T.a.r. l'ha invitata a provvedere al pagamento del contributo unificato per la proposizione del ricorso incidentale.

All'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2011, uditi i difensori delle parti, come da verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## **DIRITTO**

1. Ritiene in via preliminare il Collegio di dover rigettare l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla difesa della ricorrente incidentale.

Invero, ritiene il Collegio che l'art. 79 d.lgs. n. 163/2006, relativo all'obbligo della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva ai fini del decorso del termine per impugnare, costituisca principio di ordine processuale (come risulta dal suo richiamo anche nell'art. 120 c.p.a.) che prescinde dalla natura dell'appalto quale risultante o meno tra quelli inseriti nell'allegato IIB al codice dei contratti pubblici.

Nel caso di specie detta comunicazione è mancata (v. nota allegata dal Comune al momento del deposito dei documenti in esecuzione dell'ordinanza n. 311/2011) e il ricorso è stato proposto a seguito dell'avvenuta conoscenza dell'aggiudicazione definitiva attraverso la sua pubblicazione.

Il ricorso è pertanto ricevibile.

2. Nel merito ritiene il Collegio che sia fondato il primo motivo di ricorso incidentale.

Invero, il plico contenente l'offerta avrebbe dovuto essere chiuso con ceralacca e controfirmato sui lembi di chiusura dal legale rappresentante della ditta offerente o dal suo procuratore.

Detta prescrizione doveva essere osservata a pena di esclusione atteso che, nelle avvertenze della lettera invito, si legge: "si farà luogo all'esclusione dalla gara nel caso ... non venga osservata qualunque altra prescrizione o formalità ...".

Nel caso di specie risulta dalla documentazione in atti, ed è peraltro incontestato tra le parti, che i lembi di chiusura del plico presentato dalla ricorrente principale non sono stati controfirmati dal legale rappresentante dell'offerente.

Segue da ciò che la stazione appaltante avrebbe dovuto comminare la sanzione dell'esclusione dalla gara di cui trattasi.

D'altra parte, irrilevante appare l'osservazione della difesa della ricorrente principale secondo cui in sede di gara non risulta essere stata sollevata alcuna eccezione sull'integrità del plico, garantita dalla presenza della ceralacca.

Invero, la previsione della *lex specialis* di cui trattasi mira a garantire in astratto ogni rischio di compromissione dei plichi contenenti le offerte; essa stabilisce modalità di chiusura delle buste facilmente rispettabili procedendo con attenzione; dette modalità sono, al contempo, l'apposizione della ceralacca e della firma; risulta quindi del tutto irrilevante ogni indagine sull'effettiva integrità e segretezza dell'offerta presentata (v. Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7219).

Il Collegio ritiene altresì che la firma, in aggiunta alla ceralacca, costituisca una maggiore garanzia nei confronti di eventuali frodi od indebite violazioni del segreto a tutela dell'interesse della p.a. e dei partecipanti a che le buste non possano essere in astratto manomesse.

Segue da ciò la fondatezza del ricorso incidentale e, per l'effetto, l'inammissibilità di quello principale stante la carenza di interesse alla proposizione dello stesso (v. Ad. Plen. n. 15/2011).

Le spese, da liquidarsi in dispositivo, seguono, come di regola la soccombenza, tra la ricorrente principale e quella incidentale; possono invece compensarsi nei confronti del Comune di Misilmeri, che non si è avveduto della causa di esclusione relativa alla ricorrente principale.

Ritiene, infine, il Collegio che debba confermarsi l'obbligo per la ricorrente incidentale di provvedere al pagamento del contributo unificato atteso che il Collegio non ravvisa motivo per discostarsi dai principi espressi nella recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 16/2/2011, n. 996, secondo cui l'esenzione dal pagamento dell'imposta di bollo (ora contributo unificato) e registro riguarda l'attività sostanziale ed extraprocessuale delle associazioni di volontariato (e quindi delle onlus) e non certo le loro attività processuali (resta salvo il diritto alla rifusione del contributo da parte della ricorrente principale per effetto della statuizione sulle spese).

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia – Sede di Palermo, Sezione terza, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto dichiara inammissibile quello principale.

Condanna la Società Cooperativa Ben Essere a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento delle spese processuali e degli onorari del giudizio, che liquida in favore della Cooperativa Sociale Progetto Uomo, in persona del legale rappresentante pro tempore, in complessivi € 2500,00 (Euro duemilacinquecento/00), oltre accessori, come per legge.

Spese compensate tra la Società Cooperativa Ben Essere a r.l. e il Comune di Misilmeri.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere, Estensore

Maria Cappellano, Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/12/2011

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

con rito abbreviato ai sensi degli artt. 60 e 74 del codice del processo amministrativo, sul ricorso numero di registro generale 8333 del 2011, proposto da Cae Elektronik GmbH, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giorgia Romitelli e Anna Mazzoncini, e con domicilio eletto presso quest'ultimo difensore in Roma, via dei Due Macelli 66;

contro

- il Ministero della Difesa - 4° Reggimento sostegno aviazione dell'Esercito "Scorpione", rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, e domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi 12;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione dalla gara di appalto per l'affidamento del servizio di aggiornamento ed il successivo supporto logistico integrato chiavi in mano del simulatore di volo ab-205 presso il Centro addestrativo aviazione dell'Esercito; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Visti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 2 novembre 2011 il cons. Giancarlo Luttazi e uditi per le parti i difensori come specificato in verbale;

Dato avviso orale della possibile decisione immediata della causa nel merito, con rito abbreviato;

Considerato che nessuna delle censure in ricorso risulta fondata, così come di seguito specificato:

- una prima censura rileva quanto segue: se è vero che, come indicato nella pronuncia del Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 4967/2011, la mancata allegazione della copia del documento di identità del sottoscrittore dell'atto non è in grado di spiegare gli effetti certificativi previsti dalla corrispondente

fattispecie normativa, rendendo del tutto inutile la produzione della documentazione per la partecipazione alla gara, è anche vero che l'articolo 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti pubblici, aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera d), del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 12 luglio 2011, n. 106, prevede: *“La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l’offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*. Questa censura va respinta perché la mancata allegazione della fotocopia di un valido documento di identità riguardante le generalità del sottoscrittore concreta proprio la fattispecie prevista dalla novella normativa qui invocata : *“incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali”*;

- l'ulteriore censura del ricorso rileva che la gara in questione è una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, la quale, pur dovendo svolgersi nell'osservanza dei principi, comunitari e nazionali, di trasparenza, concorrenza e *par condicio*, e dovendo essere connotata da un minimo di garanzie procedurali, risponde ad un'esigenza di celerità e di semplificazione e si caratterizza per il fatto di non essere assoggettata alle stringenti regole procedurali proprie delle procedure aperte e ristrette e, dunque, per una maggiore snellezza e informalità. Questa ulteriore censura va respinta perché l'osservazione testé riferita non vale ad escludere che, ai sensi della normativa sopra indicata, debba farsi luogo alla esclusione dalla gara nei casi in cui, come nella fattispecie, risulti una incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;

Considerato pertanto che il ricorso risulta da respingere;

Considerato che le spese di giudizio, che il Collegio liquida in € 2000,00, seguono la soccombenza.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale amministrativo regionale rigetta il ricorso in epigrafe.

Condanna parte ricorrente al rimborso delle spese di giudizio dell'Amministrazione intimata, e le liquida in € 2000,00.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 2 novembre 2011.

Giancarlo Luttazi, Presidente FF, Estensore

Franco Angelo Maria De Bernardi, Consigliere

Domenico Landi, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/12/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto  
(Sezione Prima)  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1674 del 2011, proposto da:

Ricorrente Trent Italia Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso Andrea Piai in Venezia, Santa Croce, 2122;

contro

Acque Veronesi Scarl, rappresentato e difeso dagli avv. Franco Zambelli, Andrea Leoni, con domicilio eletto presso Franco Zambelli in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22;

nei confronti di

Controinteressata Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Gabriella Poli, con domicilio eletto presso la Segreteria della Sezione ai sensi dell'art.25, comma 2 del D.lgs. n. 104/2010;

per l'annullamento

della comunicazione prot. 10424 dd. 8.7.2011, con la quale è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla procedura aperta di appalto relativo alla conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione e delle stazioni di sollevamento nei Comuni del territorio veronese; del verbale di gara seduta pubblica del 6.7.2011 ove la ricorrente veniva esclusa dalla gara medesima per avere prodotto una cauzione ritenuta insufficiente; della nota prot. 0012002 dd. 10.8.2011 con la quale la richiesta di riammissione alla gara da parte della ricorrente veniva respinta dalla resistente; della nota 29.8.2011 con la quale veniva comunicato alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla controinteressata; della determina del Dirigente del Distretto Pianura prot. n. 888 dd. 29.8.2011 concernente l'approvazione dei verbali di gara e l'aggiudicazione definitiva; dell'art. 12.5 del disciplinare di gara; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acque Veronesi Scarl e di Controinteressata Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2011 la dott.ssa Alessandra Farina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con bando pubblicato nella GUCE del 13 maggio 2011 e quindi nella GURI del 20 maggio 2011, la società Acque Veronesi – Scarl ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto relativo alla conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione e delle stazioni di sollevamento dei Comuni del territorio veronese, ove il servizio idrico integrato è gestito dalla società appaltante.

L'appalto, del valore complessivo, IVA esclusa, di € 2.888.926,00, avrebbe avuto una durata annuale, rinnovabile per ulteriori dodici mesi e sarebbe stato affidato alla ditta proponente l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base dei criteri indicati nel bando, coinvolgenti sia il profilo della convenienza economica che quello tecnico, così come stabilito al punto IV.2.1. La lex specialis prescriveva quindi l'obbligo, a pena di esclusione, per i concorrenti di presentare una cauzione provvisoria, pari al 2% dell'importo a base d'asta, vale a dire di € 57.778,54, così come specificato dal disciplinare al punto 12.5.

Peraltro, con specifico riguardo all'importo contrattuale, il medesimo disciplinare di gara, al punto 4, precisava l'importo massimo dell'appalto, così come sopra definito, riferito sia agli impianti immediatamente appaltabili, che a quelli successivamente appaltabili, oltre agli oneri di sicurezza, indicando altresì il valore dell'importo contrattuale determinato su base annua, calcolato in €1.256.210,00, fatta sempre salva la possibilità di incrementare detto importo a seguito dell'immissione in appalto degli ulteriori impianti appaltabili.

La ricorrente Ricorrente Trent Italia srl ha partecipato alla gara: tuttavia, la Commissione ne ha disposto l'esclusione in ragione dell'avvenuta prestazione di una cauzione provvisoria insufficiente o meglio inferiore all'ammontare richiesto, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara.

Invero, la ricorrente, tenuto conto del prezzo contrattuale dell'appalto, computato per l'arco temporale iniziale di 12 mesi, così come individuato dallo stesso disciplinare di gara, ha presentato una cauzione, avvalendosi della possibilità della riduzione del 50% ex art. 75, comma 7 del D.lgs. n. 163/06 in quanto munita della certificazione attestante il possesso del sistema UNI EN ISO 9001, pari all'1% di detto valore, ossia di € 12.563,00.

Diversamente, la commissione, nonostante i chiarimenti forniti dall'interessata circa l'interpretazione seguita delle disposizioni del bando e soprattutto del disciplinare di gara in punto cauzione e valore dell'appalto ai fini della determinazione del corretto ammontare del dovuto, ha confermato la propria determinazione, escludendo la ricorrente dalla gara e procedendo all'affidamento dell'appalto alla società Controinteressata s.p.a.

Avverso il provvedimento di esclusione sono stati quindi dedotti i seguenti motivi di censura:

- Erronea applicazione da parte della commissione di gara del disciplinare, in considerazione della equivoca formulazione dello stesso, ove è indicato il valore massimo dell'appalto, ma anche il prezzo contrattuale dello stesso riferito alla durata annuale del servizio, tale da provocare l'errore di formulazione dell'offerta con riguardo all'ammontare della cauzione provvisoria.

A fronte di tale incertezza e del dubbio significato delle clausole, doveva prevalere il principio di massima partecipazione alle procedure di gara e quindi un'interpretazione delle stesse che consentisse a tutti i partecipanti di prendere parte alla gara, senza limitarsi all'applicazione di formalità inutili, proprio in ragione della grave sanzione conseguente alla loro inosservanza.

- Illegittimità del disciplinare di gara per violazione di legge (art. 75 D.lgs. n. 163/06); falsa/o erronea applicazione di legge (art. 29), violazione del principio di proporzionalità (art.2).

Nell'ipotesi in cui dovesse ritenersi corretta l'applicazione seguita dalla Commissione di gara, le previsioni contenute nel disciplinare si pongono in palese contrasto con le disposizioni del Codice dei contratti richiamate, essendo stata richiesta la prestazione di una garanzia di valore sproporzionato rispetto all'importo contrattuale dell'appalto.

- Violazione di legge con riguardo all'art. 46, 1-bis del codice dei contratti e nullità dell'art. 12, comma 5 del disciplinare di gara e violazione dei principi comunitari di non aggravio del procedimento e di massima partecipazione.

Tenuto conto del fatto che il bando di gara è stato pubblicato nella GURI in data successiva all'entrata in vigore della disposizione di cui all'art. 46, 1-bis del codice dei contratti - che quindi risulta pienamente applicabile essendo rilevante, ai sensi dell'art.66, detta pubblicazione e non quelle antecedente nella GUCE - parte ricorrente invoca la nuova disciplina che limita i casi di esclusione dalla partecipazione alle pubbliche gare alle sole ipotesi previste dal codice, dal regolamento o da altre disposizioni di legge, fra le quali non rientra quella relativa alla prestazione della cauzione provvisoria di cui al primo comma dell'art. 75, da cui la conseguente nullità della



clausola che ha previsto l'esclusione dei concorrenti per tale mancanza, così come disposto nei confronti della ditta Ricorrente Trent.

- Violazione di legge (art. 57 D.lgs. n. 163/06).

La previsione di un rinnovo annuale del contratto (circostanza che ha quindi condizionato il valore complessivo dell'appalto) risulta in contrasto con la norma richiamata, in quanto relativa alle ipotesi di rinnovo per servizi analoghi, circostanza che nella fattispecie non sussiste.

Si sono costituite in giudizio Acque Veronesi S.p.a. e la controinteressata Controinteressata S.p.a., le cui difese hanno controdedotto in ordine a tutti i profili di illegittimità denunciati in ricorso, ribadendo che il valore da tenere in considerazione per il calcolo dell'ammontare della cauzione provvisoria, anche con la riduzione del 50%, fosse quello complessivo dell'appalto, comprensivo anche del valore relativo al suo eventuale rinnovo, così come previsto dall'art. 29 del Codice dei Contratti e come testualmente indicato nel bando di gara e relativo disciplinare, specificante l'ammontare della cauzione provvisoria richiesta.

Quanto alla denunciata nullità della clausola relativa alla sanzione dell'esclusione dalla gara in caso di mancata prestazione della cauzione provvisoria (eventualità cui è riconducibile anche la prestazione di una cauzione di importo inferiore al richiesto), le difese resistenti, eccepita preliminarmente l'inammissibilità della doglianza in quanto tardivamente proposta avverso la clausola della *lex specialis*, hanno controdedotto evidenziando l'inapplicabilità *ratione temporis* della nuova disciplina, in quanto il bando risulta essere stato pubblicato nella GUCE in data anteriore alla entrata in vigore del D.L. n. 70/2011, sottolineando altresì come la prestazione di una cauzione insufficiente debba essere considerata quale mancanza di un elemento essenziale dell'offerta, che giustifica la sanzione dell'esclusione del concorrente (così come ritenuto dall'A.V.C.P. nel parere del 2 agosto 2011).

All'udienza pubblica del 17 novembre 2011 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

## **DIRITTO**

Con il ricorso in esame parte ricorrente si duole del provvedimento con il quale la commissione di gara per l'affidamento da parte di Acque Veronesi dell'appalto relativo alla conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione e delle stazioni di sollevamento dei Comuni del territorio veronese, ha ritenuto di escludere la società Ricorrente Trent in ragione dell'insufficienza della cauzione provvisoria prestata, così come richiesto dal bando e dal disciplinare di gara al punto 12, comma 5.

La clausola contenuta nel disciplinare ha infatti indicato nella somma di € 57.778,54 l'ammontare della cauzione provvisoria che i concorrenti avrebbero dovuto prestare a pena di esclusione, somma corrispondente al 2% del valore dell'importo a base d'asta.

La ricorrente, avvalendosi della possibilità della riduzione del 50% prevista dall'art. 75, comma 7 del D.lgs. n. 163/06 in quanto munita delle certificazioni attestanti il possesso del sistema UNI EN ISO 9001, ha tuttavia presentato una cauzione di importo inferiore al richiesto, essendosi basata sull'importo contrattuale dell'appalto riferito alla durata annuale dello stesso, senza quindi tenere conto del valore complessivamente considerato, comprensivo anche dell'eventuale rinnovo per un'ulteriore annualità, interessando la conduzione e manutenzione di successivi impianti.

Il primo ordine di doglianze è stato quindi rivolto a contestare la decisione assunta dalla commissione di gara con specifico riguardo all'individuazione del valore dell'appalto da computare al fine del calcolo del valore della cauzione provvisoria da prestare a pena di esclusione.

La difesa istante, con le ulteriori censure, ha altresì dedotto la nullità, ai sensi dell'art. 46, comma 1 – bis del D.lgs. n. 163/06, della stessa prescrizione contenuta nel disciplinare di gara, proprio con riguardo alla sanzione dell'esclusione dalla gara quale conseguenza della mancata prestazione della cauzione provvisoria, nullità che, laddove sussistente non avrebbe consentito l'esclusione dalla gara di Ricorrente Trent.

Ciò premesso, ritiene il Collegio necessario procedere in via pregiudiziale alla valutazione della

fondatezza del terzo motivo di ricorso, atteso che l'eventuale riconoscimento della fondatezza della censura e quindi della nullità della clausola di esclusione prevista nel disciplinare di gara, determinerebbe ex se l'annullamento del provvedimento impugnato.

Appare quindi evidente che il punto dirimente della controversia in esame è stabilire innanzitutto l'applicabilità *ratione temporis* della novella introdotta con D.L. n. 70/2011 circa le cause di esclusione dalle pubbliche gare, per le quali, in virtù della disposizione richiamata, è stato introdotto il principio di tassatività.

In base all'art. 46, comma 1-bis, infatti, le ipotesi di esclusione sono unicamente conseguenti al "...mancato adempimento delle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali...", per cui "...i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Sul punto parte ricorrente ritiene sia necessario fare unico riferimento alla data di avvenuta pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (nella specie successiva – 20.5.2011 - all'entrata in vigore della norma, avvenuta il 14 maggio 2011), invocando il disposto di cui all'art. 66 del Codice dei Contratti, in base al quale (comma 8) è stabilito che gli effetti giuridici che l'ordinamento riconnette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Su tale impostazione dissente parte resistente, dando rilevanza alla data di avvenuta adozione del bando e comunque alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, entrambe antecedenti la data del 14 maggio 2011, sottolineando la valenza accessoria della successiva pubblicazione (peraltro per estratto) sulla GURI.

Ritiene il Collegio, conformemente all'indirizzo già espresso su analoga questione (cfr. T.A.R. Veneto, I, n. 1575/2011), che il riferimento temporale da tenere in considerazione sia quello dell'avvenuta pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Invero, la disposizione contenuta nel comma 8 dell'art. 66 del Codice dei Contratti ha espressamente introdotto il principio generale per cui gli effetti giuridici connessi dall'ordinamento italiano all'avvenuta pubblicazione dei bandi di gara debbano essere ricondotti unicamente alla pubblicazione effettuata nella GURI, a nulla rilevando, a questo specifico fine, la data di pubblicazione nella GUCE.

Quindi, per espressa previsione normativa, per quanto riguarda gli effetti giuridici derivanti dalla pubblicazione dei bandi, assume unica rilevanza quella effettuata nella GURI, indipendentemente quindi dall'antecedente pubblicazione operata nella GUCE.

Conseguenza diretta del combinato disposto della norma di cui al comma 8 dell'art. 66 e di quella introdotta dal comma 1-bis dell'art. 46, è che il principio di tassatività della clausole di esclusione debba valere, a pena di nullità delle clausole difformemente introdotte, per tutti i bandi la cui pubblicazione, avvenuta nella GURI, sia successiva all'entrata in vigore della norma, a prescindere dall'antecedente pubblicazione dei medesimi nella GUCE.

Di conseguenza, poiché il bando di cui è causa è stato pubblicato nella GURI in data 20 maggio 2011 e quindi successivamente alla data di entrata in vigore del D.L. n. 70/11, convertito sul punto senza modifiche dalla L. n. 106/11, la nuova disciplina operante in ordine alle clausole di esclusione dalle pubbliche gare era suscettibile di applicazione anche con riferimento al bando di cui alla gara in oggetto.

Stabilita quindi la valenza temporale della novella in materia di clausole di esclusione, resta da stabilire se la prescrizione imposta nel bando a pena di esclusione relativamente alla prestazione della cauzione provvisoria nell'importo indicato rientrasse in quelle ammesse dalla legge o, diversamente, dovesse ritenersi nulla in quanto esulante dalle ipotesi normativamente previste e quindi insuscettibile di supportare la determinazione dell'esclusione della ricorrente dalla gara. A tale riguardo è necessario sottolineare come il comportamento tenuto da parte ricorrente nel prestare la cauzione provvisoria si ponesse oggettivamente in contrasto con la prescrizione del

bando in punto ammontare della cauzione.

Invero, secondo le regole generali la cauzione provvisoria deve essere rapportata al valore complessivo dell'appalto ed a tale riguardo il bando ha indicato chiaramente detto valore complessivo nella somma di € 2.888.926,26, individuando di conseguenza nel disciplinare l'ammontare della cauzione provvisoria dovuta nella percentuale del 2% di detto importo (riducibile per la ricorrente del 50%) : detta prescrizione risulta corretta e il riferimento, contenuto nel disciplinare, al prezzo contrattuale per il servizio nei primi 12 mesi, diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, non può essere inteso quale importo di riferimento per il computo della cauzione.

Tale conclusione è invero avallata dallo stesso tenore letterale dell'art. 29 del D.lgs. n. 163/06 ("Il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto"), che comprende nel computo del valore dell'appalto anche le eventuali opzioni, quali componenti del valore massimo stimato dello stesso.

Con tale previsione è stata infatti privilegiata una determinazione del valore dell'appalto, quale è "l'importo massimo stimato", comprensivo anche del valore riferibile all'eventuale rinnovo del contratto o comunque dell'attribuzione al contraente privato di un diritto di opzione al suo rinnovo : ciò al fine evidente di consentire un'immediata valutazione del valore monetario della prestazione da eseguire, nella sua interezza e complessità, comprendente quindi, sin dal primo esame, tutte le evoluzioni possibili del rapporto, fra cui anche il rinnovo o la proroga dello stesso.

Ciò premesso, il Collegio non ignora l'attuale incertezza interpretativa circa la portata della disposizione recentemente introdotta riguardo alla tassatività delle clausole di esclusione e l'orientamento inizialmente manifestato da parte dell'AVCP circa la riconducibilità dell'ipotesi della mancata prestazione della cauzione provvisoria a tali ipotesi, quale condizione essenziale dell'offerta.

Tuttavia, considerato che le disposizioni implicanti la grave sanzione dell'esclusione dalla gara debbono essere di stretta interpretazione e quindi debbono trovare il loro fondamento in una norma che espressamente imponga la loro osservanza, non può essere ignorato il dato di fatto emergente dalla lettura della norma dettata dal Codice dei Contratti con l'art. 75 proprio in materia di garanzie a corredo dell'offerta ed in particolare dal raffronto fra il primo e l'ottavo comma dell'articolo richiamato.

Così infatti dispone il primo comma : "L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente"; a sua volta il comma ottavo dispone : "L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario".

Appare di tutta evidenza la diversa valenza attribuita dal legislatore alla prestazione della cauzione provvisoria di cui al primo comma, quale indubbia condizione della serietà dell'offerta presentata, ma la cui osservanza non è imposta a pena di esclusione, dall'obbligo imposto con l'ottavo comma, che invece è assistito dalla comminatoria espressa della sanzione dell'esclusione dalla gara in caso di inottemperanza.

Il dato normativo ed il confronto fra le due disposizioni induce quindi a ritenere la diversa valenza della prestazione della due garanzie e quindi che solo la mancata osservanza della seconda previsione, comportando ex lege l'esclusione dalla gara, possa costituire una delle ipotesi contemplate in via generale dall'art. 46, comma 1-bis.

Diversamente, anche sulla scorta dell'espressione letterale, ma evidentemente in ragione della diversa rilevanza dell'assunzione dell'obbligo di garanzia all'atto della formulazione dell'offerta, la mancata osservanza delle previsione di cui al primo comma dell'art. 75 non determina ex lege l'esclusione dalla gara, ergo non rientra nelle ipotesi di cui all'art. 46, comma 1 – bis.

Di conseguenza, la clausola di esclusione contenuta al punto 12, comma 5 del disciplinare di gara è

da considerarsi nulla ex lege e quindi la sua inosservanza non poteva comportare l'esclusione della ricorrente dalla gara.

In conclusione, per tutte le considerazioni sin qui espresse, il ricorso va accolto e per l'effetto va annullato il provvedimento con il quale la società ricorrente è stata esclusa dalla gara, con tutte le conseguenze da ciò derivanti per quanto riguarda l'aggiudicazione dell'appalto a favore della controinteressata ed il relativo contratto, di cui deve essere dichiarata l'inefficacia.

Quanto agli effetti sulla procedura di gara, appare evidente che, proprio per la natura della stessa, non sia possibile configurare la mera riammissione della ricorrente e la ripresa delle operazioni di valutazione delle offerte con l'aggiunta di quella della Ricorrente Trent.

Infatti, trattandosi di una gara per l'affidamento dell'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base di una valutazione sia del valore economico dell'offerta, che del pregio del contenuto tecnico della stessa, l'avvenuta valutazione delle altre offerte in gara non consente più di procedere alla valutazione dell'offerta presentata dalla ricorrente senza minare l'imparzialità e la trasparenza del giudizio, in quanto questo verrebbe formulato dopo l'avvenuta valutazione e l'attribuzione dei punteggi, per il contenuto tecnico ed economico, delle altre offerte in gara.

Ne deriva che, anche per quanto riguarda la richiesta di risarcimento formulata dalla ricorrente, l'amministrazione dovrà procedere alla riedizione della gara.

Tenuto conto della novità della questione, appare equo disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti indicati in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF

Riccardo Savoia, Consigliere

Alessandra Farina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/12/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio  
sezione staccata di Latina (Sezione Prima)  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 865 del 2011, proposto dalla Edil Safer Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore e Amministratore Unico, geom. Mauro Ferrazzano rappresentata e difesa dall'avvocato Toni De Simone, con domicilio eletto in Latina, alla via L. Farini, n. 4;  
contro

comune di Cori, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lucia Giovangrossi, con domicilio eletto in Latina, Segreteria T.a.r. Lazio - Latina; nei confronti di

Siti Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore sig. Simone Ianiri, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Napolitano, con domicilio eletto in Latina, corso Giacomo Matteotti, n. 208 (presso Fabio Avv. Raponi);

per l'annullamento, previa sospensione

a. della determinazione n. 831 del 20 luglio 2011 con cui l'appalto avente ad oggetto: "lavori realizzazione edificio scolastico Scuola Media di Giulianello" è stato definitivamente aggiudicato all'impresa SITI S.R.L.;

b. del verbale di gara del 12 luglio 2011 con cui è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria della gara a favore dell'impresa SITI S.R.L.;

c. dei verbali di gara ed in particolare dei verbali del 20 e del 30 giugno 2011 nonché dei verbali di gara del 4 - 5 - 7 e 12 luglio 2011;

d. del bando di gara avente ad oggetto l'affidamento "lavori realizzazione edificio scolastico Scuola Media di Giulianello";

e. del disciplinare di gara inerente alla procedura aperta per l'affidamento dei lavori di costruzione della scuola media di Giulianello I lotto;

f. del contratto eventualmente stipulato;

per la condanna dell'Amministrazione Civica a dichiarare l'aggiudicazione a favore della Soc. Edil Safer s.r.l. in qualità di subentrante, ai sensi dell'art. 124 del d. lgs. 104 del 201 con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con la SITI S.R.L.;

nonché, in caso di mancata dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato per la condanna al risarcimento dei danni per equivalente ai sensi dell'art. 124 del d. lgs. 104 del 2010 subiti e subendi a causa dell'illegittimità della procedura di gara impugnata con interessi e rivalutazione monetaria;

per l'annullamento, previa sospensione, dei verbali di gara nella parte in cui è stata disposta l'ammissione e il conseguente esame dell'offerta presentata dalla società Edil Safer s.r.l. e, all'esito, la stessa è risultata seconda in graduatoria;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del comune di Cori e della Siti Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2011 il dott. Santino Scudeller e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

### **FATTO e DIRITTO**

Considerato che con atto notificato il 13 - 14 settembre 2011, depositato il successivo 23, la Edil Safer Srl nel contestare gli esiti della procedura relativa ai “lavori realizzazione edificio scolastico Scuola Media di Giulianello”, impugna il bando ed relativo disciplinare di gara, i verbali nonché le aggiudicazioni, provvisoria e definitiva;

Considerato che con ricorso incidentale, notificato il 13 ottobre 2011 e depositato il successivo 18, la SITI s.r.l., impugna i verbali di gara nella parte in cui è stata disposta l’ammissione ed il conseguente esame dell’offerta presentata dalla Edil Safer s.r.l., seconda in graduatoria;

Considerato che nel corso dell’odierna camera di consiglio, anche al fine di orientare la discussione oltre l’esame della domanda cautelare, le parti sono state avvisate circa la possibile definizione del giudizio con decisione in forma semplificata;

Considerato che, in applicazione della decisione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4, va innanzitutto definita la domanda incidentale con la quale la controinteressata ha argomentato l’illegittimità dell’ammissione della ricorrente principale per non aver la stessa assolto all’obbligo di produzione dell’attestazione dell’effettuato sopralluogo nei luoghi oggetto dei lavori, previsto a pena esclusione dal disciplinare;

Considerato che: (a) il bando di gara è stato pubblicato sulla G.U. - Serie Speciale Contratti Pubblici - n. 57 del 16 maggio 2011; (b) il disciplinare, nel prevedere che “il concorrente deve prendere anche visione dei luoghi dove si volgeranno i lavori” e che “Ai concorrenti sarà rilasciata una certificazione che dovrà essere inserita ... nella busta “A - Documenti Amministrativi”, sanziona l’inadempimento - ad entrambe le formalità richieste - con l’esclusione; (c) la ricorrente principale, pur avendo dichiarato “di essersi recato sul posto dove debbono eseguirsi i lavori” [lettera x) della istanza di ammissione], non ha inserito nell’apposita busta la prevista certificazione;

Considerato che, l’articolo 46, comma 1 - bis, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, aggiunto dall’articolo 4, comma 2, n. 2, lett. d) del D.L. n. 70 del 2011, convertito con modificazioni nella L. 12 luglio 2011, n. 106, ha introdotto il principio della tassatività delle cause di esclusione, prevedendo la possibilità di irrogarla, solo “nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l’offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte” e che “i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione” e “dette prescrizioni sono comunque nulle”;

Considerato che l’indicata disposizione rileva nella vicenda, interessante una gara indetta con bando pubblicato (16 maggio 2011) dopo l’entrata in vigore del citato decreto legge (14 maggio 2011);

Considerato che pur inerendo la disciplina di gara al “contenuto” ed alla fissazione degli “elementi essenziali” dell’offerta - del che ne è prova la previsione di limiti temporali del sopralluogo “... onde consentire al concorrente il tempo necessario a formulare la propria offerta” [cfr. pagina 2 del disciplinare] -, è certamente condivisibile la tesi della ricorrente principale che, nel richiamare l’avvenuto sopralluogo, quindi la dichiarazione resa in sede di partecipazione, esclude l’irrogabilità della sanzione in quanto riferibile alla mancata produzione dell’attestazione prevista;

Considerato che gli adempimenti posti in essere dalla ricorrente principale, assolvono alla funzione di garantire l’amministrazione in esito a possibili contestazioni dell’appaltatore basate sull’asserita mancata conoscenza dei luoghi;

Considerato che l’articolo 71, comma 2, del D.P.R. 554/1999, per tempo vigente, nell’imporre al concorrente di prendere visione dei luoghi a garanzia della serietà dell’offerta, non prevede l’esclusione;

Considerato che l'ulteriore adempimento, non giustificato, integra una condizione nulla e che pertanto il ricorso incidentale deve ritenersi infondato;

Considerato che vanno disattese le eccezioni rapportate dal resistente alla mancata contestazione: (a) dell'aggiudicazione provvisoria nei termini decorrenti dal 12 luglio 2011 data della seduta in cui detta aggiudicazione è stata dichiarata presente il legale rappresentante della ricorrente principale; (b) del " ... tacito diniego di intervento in autotutela formatosi sull'impugnativa in esito alla preinformativa di proporre il ricorso giurisdizionale inoltrata in data 18/8/2011 ...";

Considerato che a dette eccezioni va opposto che: (a) la domanda di annullamento interessa anche l'aggiudicazione provvisoria [cfr. lettera b. pagina 1 dell'atto introduttivo] peraltro da ritenersi, stante l'applicazione del periodo di sospensione feriale, anche tempestivamente impugnata rispetto all'evenienza rappresentata dal comune; (b) l'articolo 243 - bis ultimo comma, del D. Lgs. 163 del 2006, per il quale " ... il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti", fissa unicamente le modalità di impugnazione dei possibili esiti dell'attivata sede, impugnazione la cui mancanza non può quindi tradursi in una possibile causa di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso già proposto avverso l'aggiudicazione, peraltro contestabile anche per " ... motivi diversi o ulteriori." rispetto alla " ... sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi che si intendono articolare in giudizio ..." (articolo 243 - bis, comma 2, citato D. Lgs.);

Considerato che: (a) in applicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 28 luglio 2011, n. 13 che nell'aderire ad un orientamento già formatosi in sede di giurisprudenziale, va accolto il primo motivo dedicato alla mancata apertura della busta recante l'offerta tecnica in seduta pubblica, con conseguente annullamento anche della previsione di cui alla parte II del disciplinare - "procedura di aggiudicazione" -, dalla quale si ricava che "La commissione di gara ... il giorno fissato per l'apertura delle offerte in seduta pubblica ..., procede a: verificare la regolarità formale delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica ....; (b) avendo riguardo agli elementi che si traggono dal disciplinare [qualità dei materiali: max punti 20; funzionalità degli impianti: max punti 60; caratteristiche estetiche: max punti 10; prezzo offerto: max punti 10] deve ritenersi fondato anche la dedotta violazione dell'articolo 83 del codice dei contratti pubblici perché, versandosi in ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la necessaria determinazione dei sub - criteri con relativi sub - punteggi, si apprezza in relazione e, alla doverosa previsione di vincoli che la commissione deve osservare nell'assegnazione del punteggio per ogni criterio di valutazione e, alla possibilità per ciascun concorrente di conoscere detti criteri al momento di predisposizione dell'offerta;

Considerato che quindi vanno disattese le indicazioni fornite dal resistente e dalla controinteressata perché: (a) il disciplinare fissa solo il punteggio massimo per ciascuna delle componenti dell'offerta; (b) qualunque sia il metodo previsto per l'assegnazione del punteggio, l'applicazione dello stesso presuppone la specificazione degli elementi e sub - elementi, nonché criteri e sub - criteri;

Considerato che la fondatezza dell'indicata censura comporta anche quella dei motivi nn. 3 e 4;

Considerato che siffatti esiti implicano il travolgimento delle disposizioni che, in parte qua, disciplinano la gara, quindi non solo degli atti con i quali dette disposizioni sono state applicate;

Considerato che devono logicamente esser assorbiti gli ultimi due motivi, dedicati alla mancata valutazione della possibile anomalia ed all'inerenza dei contenuti dell'offerta della controinteressata con il disciplinare;

Considerato che rimane anche preclusa ogni attuazione del rapporto il cui titolo costitutivo va quindi dichiarato inefficace;

Considerato che residua la sola possibile rinnovazione della gara e che va quindi respinta l'istanza di risarcimento in forma specifica tesa "a conseguire l'aggiudicazione ed il contratto";

Considerato che va anche disattesa l'istanza risarcitoria per equivalente perché del tutto generica;

Considerato in definitiva che può esser accolta la sola domanda di annullamento con, conseguenti,

travolgimento degli atti impugnati e declaratoria di inefficacia del contratto;  
Considerato che le spese seguono la soccombenza, secondo l'ammontare in dispositivo liquidato;

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione staccata di Latina (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso incidentale ed accoglie il ricorso principale.

Condanna il comune e la controinteressata, in solido ed in parti uguali, al pagamento a favore della ricorrente delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi € 3.000,00 (tremila,00).

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del 3 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Corsaro, Presidente

Santino Scudeller, Consigliere, Estensore

Davide Soricelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/12/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia  
Lecce - Sezione Terza  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1528 del 2011, proposto da:

Cooperativa Sociale il Girasole a r.l. Onlus, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandra Corsi e Giovanni Carlo Pellegrino, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Lecce, via Augusto Imperatore, 16;

contro

Comune di San Pietro Vernotico, rappresentato e difeso dall'avv. Guido Massari, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Massimo Quarta in Lecce, via Giovanni Guerrieri, 1/A;

nei confronti di

Simona Cleopazzo, non costituita;

per l'annullamento

- della nota 28 luglio 2011 prot. n. 14187, con cui è stata comunicata alla ricorrente l'aggiudicazione alla S.c.a.r.l. Coop. Centro Studi Kairos della gara per l'affidamento, per il periodo di tre anni, della gestione del laboratorio teatrale da istituirsi nei locali dell'ex asilo nido di via Cuneo di S. Pietro in Vernotico;

- della determinazione dirigenziale 25 luglio 2011 n. 404, di approvazione dei verbali di gara;

- dei verbali di gara 2 – 10 e 18 maggio – 5 e 21 luglio 2011 di aggiudicazione provvisoria della gara;

- di ogni altro atto ad essi connesso, presupposto e/o consequenziale;

nonché per il risarcimento del danno in forma specifica e la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Pietro Vernotico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2011 il Cons. Rosaria Trizzino e uditi l'avv. Corsi per la ricorrente e l'avv. Massari per la p.a.;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con deliberazione dirigenziale 28 marzo 2011 n. 731, il Comune di San Pietro in Vernotico bandiva una gara per l'appalto del servizio relativo alla gestione del laboratorio teatrale da istituirsi nei locali dell'ex asilo nido comunale.

La ricorrente, seconda classificata dopo la Scarl Centro Studi Kairos (aggiudicataria), con il ricorso in oggetto – preceduto da preavviso di ricorso ex articolo 243 bis del Codice dei Contratti rimasto

senza esito - impugna l'aggiudicazione della gara e tutti gli atti della procedura concorsuale deducendo i seguenti motivi:

A) in relazione alla mancata esclusione della Scarl Centro Studi Kairos, la violazione del bando di gara, del principio della par condicio, l'erronea applicazione dell'articolo 6 della legge 7 agosto 1990 n. 241.

In particolare la ricorrente rileva che la Scarl Centro Studi Kairos doveva essere esclusa per non aver fornito – in violazione delle clausole del bando che ne prevedevano espressamente l'esclusione - alcuna indicazione in ordine all'esistenza o meno della figura del Direttore tecnico.

Contesta, altresì, il comportamento della Commissione giudicatrice che, in virtù del principio del favor participationis, nella seduta del 10 maggio 2011 deliberava di ammettere la Kairos, risultando dal certificato camerale (prodotto dalla stessa Kairos) che la Cooperativa era priva della figura del direttore tecnico.

B) con riferimento alla valutazione della propria offerta economica, la violazione del bando per perplessità, irragionevolezza e la violazione dell'Allegato G del D.p.r. 207 del 2010.

Sostiene invero la ricorrente che il bando di gara assegnava il massimo punteggio (pt. 15) al "prezzo di contratto più basso" e che la Commissione giudicatrice, modificando arbitrariamente il bando, avrebbe erroneamente assegnato alla sua offerta economica (che non prevedeva alcun ribasso rispetto al prezzo posto a base della gara) un punteggio pari a 0 punti e non già il punteggio di pt. 14,59 risultante dalla formula  $P_i = 15 * Pr_{min}/Pr_i$  prevista dal bando.

2. – Si è costituito in giudizio il Comune di San Pietro in Vernotico, contestando le pretese della ricorrente e chiedendo la reiezione del ricorso e dell'istanza incidentale di sospensione.

3. – Nella Camera di Consiglio del 10 novembre 2011, fissata per la trattazione dell'istanza di sospensione, il ricorso veniva trattenuto in decisione ai sensi dell'articolo 60 del cod. proc. amm.

4. – In merito al motivo di cui al punto A) il Collegio ritiene di aderire all'orientamento giurisprudenziale che postula l'effettuazione di una doverosa valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative, atteso che se il primo comma dell'art. 38 del D. Lgs n. 163/2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, il secondo comma non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione.

Tale orientamento è oggi confermato dal comma 1-bis dell'articolo 46 del Codice, introdotto dall'articolo 4, comma 2, n. 2, lettera d), del d.l. n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011, in base al quale: "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

In base a tale norma, in definitiva, è oggi possibile comminare l'esclusione da una gara solo ove vi sia incertezza in ordine alla provenienza della domanda, al suo contenuto o alla sigillazione dei plichi e che ogni altra ragione di non partecipazione agli incanti non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito (cfr. in tal senso e da ultimo T.A.R. Liguria, sez. II, 22 settembre 2011, n. 1396, e T.A.R. Veneto, sez. I, 13 settembre 2011, n. 1376); Ora, poiché tra le predette cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, non sembra rientrare anche la mancata specificazione dell'inesistenza della figura del direttore tecnico, sembra evidente che la Stazione appaltante non avrebbe potuto escludere la ricorrente dalla gara, ma, avrebbe dovuto – come in effetti ha fatto - invitarla ad integrare la documentazione mancante. In tal caso, infatti, da un lato, l'esclusione sarebbe stata in contrasto con gli obblighi di non aggravamento procedimentale sanciti dall'art. 18 della l. n. 241 del 1990 e, dall'altro, la carenza della espressa specificazione dell'inesistenza della figura del direttore tecnico non integra una delle

cause legali tassative che legittimano l'esclusione da gare di appalto, ex art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici.

Nella specie, infatti, la Cooperativa Kairos è risultata in possesso di tutti i requisiti richiesti e la "lex specialis" e la contestata omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, né comporta per il concorrente alcun vantaggio in termini competitivi (cfr. Consiglio di Stato, VI, 22 febbraio 2010, n. 1017).

4.1 – Alla stregua delle suesposte considerazioni il motivo in esame deve, pertanto, essere respinto.

5. - Passando ora all'esame del secondo motivo (punto B), rivolto avverso il punteggio attribuito all'offerta economica della ricorrente, il Collegio deve rilevare quanto segue:

a) La formula prescelta dal bando di gara in base alla quale i punteggi da assegnare alle offerte economiche riflettono in proporzione il distacco tra l'offerta economicamente più vantaggiosa e le altre mediante la moltiplicazione del punteggio massimo attribuibile per il quoziente che si ottiene dividendo l'offerta più favorevole per quella di volta in volta esaminata, è rispettosa dei criteri di logicità e coerenza nella valutazione previsti nell'articolo 83, comma 5, Codice contratti e nell'allegato P del D.p.r. n. 207 del 2010 in base al quale " Il calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere effettuato utilizzando a scelta della stazione appaltante uno dei seguenti metodi indicati nel bando di gara o nella lettera di invito [.....] b) per quanto riguarda gli elementi di valutazione di natura quantitativa quali, a titolo meramente esemplificativo, il prezzo e il termine di consegna o di esecuzione, attraverso la seguente formula [.....]".

b) Nello specifico il bando di gara prevedeva quale criterio di aggiudicazione della gara il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da determinare per quanto riguarda l'offerta economica secondo la seguente formula:  $P = 15 * Pr_{min} / Pr_i$  (in cui P è il punteggio da assegnare all'offerta in considerazione,  $Pr_{min}$  è il prezzo più basso e  $Pr_i$  è il prezzo offerto formulato dal concorrente).

c) Trattasi all'evidenza di formula matematica tendente ad attribuire un punteggio proporzionale al prezzo offerto dai concorrenti che costituisce strumento idoneo a temperare da un lato, la par condicio tra essi, e dall'altro, l'interesse della stazione appaltante alla scelta dell'offerta migliore.

d) Ora una corretta e coerente applicazione di tale formula non avrebbe portato, mai, a far assegnare 0 punti all'offerta della ricorrente di importo pari al prezzo posto a base di gara, ma il punteggio di pt. 14,59, come risulta dalla prima valutazione della Commissione.

5.1 – Tanto basta a ritenere la fondatezza del motivo all'esame.

6. - Ciò posto il Collegio deve conclusivamente rilevare che sulla base del punteggio come sopra determinato per l'offerta economica, la ricorrente consegue il primo posto in graduatoria.

Conseguentemente va ritenuta l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della Scarl Kairos, seconda classificata .

6.1 – In accoglimento dell'istanza risarcitoria formulata dalla ricorrente va riconosciuto il diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara di che trattasi e dichiarato inefficace il contratto eventualmente stipulato fra il Comune e la Scarl Kairos.

7. – Nei termini e nei sensi sopra indicati il ricorso va pertanto accolto.

Peraltro sussistono giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese e competenze del giudizio.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini e nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente, Estensore  
Ettore Manca, Consigliere  
Patrizia Moro, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
Il 25/11/2011

IL SEGRETARIO  
(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1438 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc. Kuwait Petroleum S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Izzo, con domicilio eletto presso Giuseppe Chinaglia in Venezia, San Marco, 5364;

contro

Società Per Azioni Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova, rappresentato e difeso dagli avv. Domenico Chinello, Luca Palatucci, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR;

nei confronti di

Soc. Totalerg S.P.A, rappresentato e difeso dagli avv. Federico Mannucci, Valerio Valeri, con domicilio eletto presso Francesco Curato in Venezia, Piazzale Roma, 468/B;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione comunicato con raccomandata del 20.6.2011, prot. Leg. 04-2010-G0015 ricevuta nei giorni successivi, a firma del Dirigente dell'Area Affari Generali della Società Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A.; della comunicazione anzidetta, con la quale la ricorrente è stata informata che la gara relativa all'affidamento dei servizi di distribuzione di prodotti petroliferi per autotrazione comprese attività accessorie, nell'Area di Servizio Limenella Ovest dell'Autostrada A4 Brescia-Verona-Vicenza-Padova S.p.A., km 355 200, nei comuni di Limenella e Padova, è stata aggiudicata alla Soc. TotalErg S.p.A.; del verbale di gara del 16.6.2011; di ogni altro atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso , i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Società Per Azioni Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova e di Soc. Totalerg S.P.A, la quale ha pure spiegato ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2011 il dott. Riccardo Savoia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

La Società Per Azioni Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova- nel prosieguo : Autostrada- ha pubblicato un avviso di manifestazione di interesse rivolto agli operatori del settore per selezionare le imprese da ammettere alla successiva gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta più vantaggiosa per l'affidamento dell'area di servizio Limenella Ovest, lungo l'autostrada A4, per il periodo 1 giugno 2011- 30 giugno 2017.

Per quanto interessa, la scheda 2 dedicata ai requisiti di capacità prevedeva al punto B che ogni operatore dichiarasse "la titolarità di almeno 10 autorizzazioni per gli impianti di erogazione di prodotti petroliferi per autotrazione presenti su autostrade e reti stradali extraurbane principali e secondarie (tangenziali, strade ad alto scorrimento) in Italia o all'estero, il cui erogato complessivo annuo, per il triennio 2007,2008, 2009, non sia inferiore a 70 milioni di litri".

Venivano selezionate tre imprese alle quali veniva indirizzata alla lettera di invito a presentare offerte; il punteggio economico sarebbe stato attribuito sulla base delle royalties offerte dalle imprese concorrenti sia sul fatturato legato alla vendita di carburanti e prodotti di raffinazione (oil), sia legato alle attività accessorie quali officina, punto di ristoro eccetera (non oil).

La lettera d'invito, nell'ambito della documentazione da inserirsi nella busta dei requisiti, richiedeva a pena di esclusione al punto a.3 "copia , accompagnata da dichiarazione attestante la conformità all'originale, del registro Iva degli ultimi tre anni (2007,2008,2009) relativamente alle attività accessorie di ciascuno degli impianti di cui al sub punto a)2", vale a dire quegli impianti indicati in sede di manifestazione di interesse.

La ricorrente contesta la mancata produzione da parte dell'aggiudicataria di tale documento, essendosi limitata a esibire un riepilogo del fatturato delle attività accessorie, e non avendo, neppure in seguito a specifica richiesta integrativa, provveduto alla presentazione di idonea documentazione.

Inoltre Autostrada avrebbe anche omissis, quanto all'offerta economica, qualsiasi verifica di anomalia, avendo l'aggiudicataria offerta una percentuale elevatissima, pari al 50%, a fronte delle offerte delle concorrenti, corrispondenti per la ricorrente al 20% e per la terza partecipante al 15%.

Con atto di motivi aggiunti la ricorrente insisteva, osservando come in relazione all'impianto di Teano Est la dichiarazione prodotta consista in una dichiarazione che quanto detto dal commercialista del gestore sia conforme al registro dei corrispettivi, e come la ammissione all'integrazione della documentazione carente comporti la violazione del principio della par condicio, non trovando giustificazione nella specie il cosiddetto potere di soccorso, essendo esclusa ogni difficile o ambigua interpretazione o identificazione che dia luogo a errore scusabile, comportando invece una indebita riapertura dei termini, e insistendo, peraltro, sulla non correttezza anche della documentazione successivamente prodotta.

Infine, con un ulteriore atto di motivi aggiunti, contestava la stessa ammissione alla procedura ristretta, in quanto la concessione relativa all'impianto di "Bauducchi Ovest" sarebbe in realtà

scaduta sin dal 19 settembre 2008, con la conseguente insussistenza del requisito relativo al numero di 10 impianti.

Si sono costituite le parti resistenti, e la controinteressata ha spiegato ricorso incidentale, osservando come la ricorrente non abbia presentato i bilanci ordinari e consolidati per i periodi indicati, non abbia depositato i contratti di fornitura di carburanti così come previsti dalla lettera di invito, non abbia infine reso la dichiarazione da parte degli amministratori muniti di potere di rappresentanza.

Respinta la domanda cautelare, la medesima veniva invece accolta in sede di appello.

All'odierna udienza, dopo la produzione di memorie e di memorie di replica dalle parti costituite, la causa è stata trattenuta in decisione.

Ritiene il Collegio, anzitutto, attesa l'infondatezza del gravame, che si possa prescindere, anche a mente di quanto disposto dalla decisione dell'Adunanza plenaria numero 4 del 2011, dall'esame del ricorso incidentale, che conseguentemente deve essere dichiarato improcedibile, non senza rilevare la correttezza dei bilanci presentati dalla ricorrente, e delle dichiarazioni degli amministratori.

La questione su cui il Collegio è chiamato a pronunciarsi è conclusa nell'accertamento se la documentazione prodotta dalla controinteressata fosse o meno corrispondente a quanto richiesto in sede di gara, e in caso non lo fosse, se l'amministrazione potesse richiedere una produzione integrativa senza violare il principio della par condicio, operandosi per tal modo una indebita riapertura dei termini per la presentazione dell'offerta.

Orbene dispone la più volte citata previsione che " pena l'esclusione, nella busta A- requisiti-recante sul frontespizio la ragione sociale dell'operatore economico, dovranno essere contenuti i seguenti documenti:...a)3 copia, accompagnata da dichiarazione attestante la conformità all'originale, del registro Iva degli ultimi tre anni (2007-2008-2009) relativamente alle attività accessorie di ciascuno degli impianti di cui al sub punto a)2," il quale a sua volta richiedeva copia delle autorizzazioni petrolifere per l'esercizio di impianti... dichiarati in fase di manifestazione d'interesse.

Per completezza va aggiunto che Autostrada richiedeva sulle attività accessorie un minimo garantito annuo di euro 50.000,00.

Ciò premesso il documento contestato consiste in una nota inviata e sottoscritta dal gestore dell'impianto a Erg Petroli avente a oggetto " rendicontazione vendite periodo dal 1/1/2009 al 31/12 2009 ", il cui contenuto è il seguente:" con la presente vi trasmetto il riepilogo dei dati di vendita per il periodo in oggetto, come da registro dei corrispettivi", verificato da commercialista e timbrato e firmato dalla stessa Erg Petroli.

Fra le voci indicate nei dati di vendita risulta sia la parte oil che quella non oil (vendita prodotti non alimentari, autoaccessori, pari complessivamente a 114.000 euro circa).

Il documento indicato il richiama espressamente il registro dei corrispettivi, vale a dire il documento richiesto in sede di gara, e dunque il dato che la stazione appaltante richiede e a cui è connessa la produzione di un determinato documento viene certamente offerto e conosciuto per la valutazione dell'ammissibilità della domanda.

Del resto il documento contestato non è poi difforme da quanto offerto proprio dalla stessa ricorrente relativamente all'impianto "Brembo sud" ( confronta documento 16 Autostrada), definito " dichiarazione riepilogativa dati di vendita ", contenente una commistione fra dati oil e non oil, indicando che le attività accessorie, sub specie autoaccessori, hanno comportato un fatturato pari a circa € 60.000.

Va allora ribadito il principio secondo cui, se è vero, difatti, che ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006, la stazione appaltante non può sopperire con il c.d. "potere di soccorso" alla totale mancanza di un atto prescritto dalla lex specialis di gara, riguardando i criteri esposti ai fini dell'integrazione semplici chiarimenti di un atto incompleto, mentre l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali, tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara, al contrario, il potere di richiedere chiarimenti e integrazioni alla ditta partecipante si applica nelle ipotesi in cui sussistono dubbi circa l'esistenza dei requisiti richiesti dal bando, ovvero qualora vi sia, tuttavia, un principio di prova circa il loro possesso da parte del concorrente, trattandosi di ipotesi ontologicamente distinta da quella della documentazione del tutto mancante: in tali casi, sussistendo un indizio del possesso dei requisiti richiesti, l'amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla procedura ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare o chiarire il contenuto di un documento già presente, costituendo siffatta attività acquisitiva un ordinario modus procedendi, ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma. ((TAR Campania, Sez. VIII, sentenza 30.09.2011 n. 4585, laddove è stato dichiarato illegittimo il provvedimento di esclusione da una gara adottato da una stazione appaltante nei confronti di un concorrente che aveva presentato la sola prima pagina del certificato di iscrizione alla Camera di Commercio (documento prescritto a pena di esclusione dal disciplinare di gara), in quanto l'allegazione della prima pagina del certificato camerale costituisce un valido principio di prova in ordine al possesso di tale certificazione).

Nel caso in esame, poi, deve ricordarsi che la finalità del deposito della documentazione relativa ai registri Iva risiedeva nell'esigenza di verificare il possesso in capo a ciascun concorrente del requisito di capacità specificato in gara, sicché il registro riepilogativo mensile risulta rispondere a quanto necessario per il predetto accertamento.

Né, del resto risultano contestati i dati successivamente prodotti (confronta documento 10), ovvero se ne rileva una contraddittorietà con quanto originariamente presentato, sicché il vizio dedotto si traduce in una mera contestazione formale del mancato rispetto di una prescrizione il cui contenuto sostanziale risulta pienamente soddisfatto.

Rileva allora quanto affermato dalla sezione in relazione alla nuova formulazione dell'articolo 46, comma uno bis, secondo cui è stato introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione, con la conseguente necessità di integrazione della documentazione, in tesi, incompleta originariamente prodotta.( sent. N. 1376/2011)

Anche se la disposizione indicata non vuol certamente ampliare l'area del ricordato potere di soccorso, essendo questo confinato negli indicati ambiti più sopra definiti, è evidente che la compressione delle cause di esclusione, limitate o al mancato adempimento delle prescrizioni di legge o al caso d'incertezza assoluta sul contenuto e sulla provenienza dell'offerta o al difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali o alla loro integrità del plico con violazione della segretezza delle offerte, conduce necessariamente, da un lato, e per espressa dizione normativa, alla nullità delle clausole di esclusione previste dai bandi diverse da quelle richiamate, ma, dall'altro, a



una valutazione sostanzialistica, per così dire, da parte della stazione appaltante della documentazione presentata.

Il ricorso deve dunque essere respinto, pur sussistendo giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di causa.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, e dichiara il ricorso incidentale improcedibile.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF

Riccardo Savoia, Consigliere, Estensore

Alessandra Farina, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 16/11/2011

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo  
sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 431 del 2011, proposto da:

Ricorrente S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Emanuele Pagliaro, con domicilio eletto presso la Segreteria di questo Tribunale, in Pescara, via Lo Feudo, 1;

contro

Gestione Trasporti Metropolitan S.p.A. (Gtm), rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Di Baldassarre, con domicilio eletto presso il proprio difensore in Pescara, via Venezia, 25;

nei confronti di

Controinteressata Bus Srl, Controinteressata 2 Srl, \*\*\*\*\*, tutti non costituiti in giudizio;  
per l'annullamento

del provvedimento in data 20 settembre 2011 con il quale la Società Gestione Trasporti Metropolitan ha disposto l'esclusione della Società ricorrente dalla gara (divisa in 11 lotti) per la fornitura di materiali di ricambio, bandita con avviso pubblicato il 18 luglio 2011; nonché degli atti presupposti e connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gestione Trasporti Metropolitan S.p.A. (Gtm);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2011 il dott. Michele Eliantonio e uditi l'avv. Emanuele Pagliaro per la società ricorrente e l'avv. Vincenzo Di Baldassarre per la Società resistente;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Il ricorso in esame, in quanto palesemente infondato, può essere deciso in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 codice del processo amministrativo;

Considerato che alle parti è stata comunicata la possibilità di definire il giudizio ai sensi di tale art. 60 e che queste non hanno espresso in merito rilievi o riserve e ritenuto quanto esposto nel ricorso, va ricordato che con l'atto impugnato è stata disposta l'esclusione della Società ricorrente dalla gara per la fornitura di materiali di ricambio, in ragione della circostanza che la documentazione inviata era carente delle due referenze bancarie, richieste dal punto f) del disciplinare di gara.

Con il ricorso la parte ricorrente si è lamentata nella sostanza del fatto che la predetta carenza documentale non avrebbe potuto giustificare l'esclusione dalla gara.

Tale doglianza è fondata.

Va, invero, al riguardo, ricordato - come è già stato precisato con il decreto ante causam 30 settembre 2011, n. 187, di ammissione con riserva della ricorrente alla gara - che l'art. 46, comma 1-bis, del D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163, aggiunto dall'art. 4, 2 comma, n. 2, lett. d) del D.L. n. 70 del 2011, convertito con modificazioni nella L. 12 luglio 2011, n. 106, ha introdotto il principio della

tassatività delle cause di esclusione dei soggetti partecipanti agli esperimenti indetti dalla P.A, prevedendo la possibilità di comminare l'esclusione solo "nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte" e che "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione" e "dette prescrizioni sono comunque nulle".

In base a tale norma, in definitiva, è oggi possibile comminare l'esclusione da una gara solo ove vi sia incertezza in ordine alla provenienza della domanda, al suo contenuto o alla sigillazione dei plichi e che ogni altra ragione di non partecipazione agli incanti non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito (cfr. in tal senso e da ultimo T.A.R. Liguria, sez. II, 22 settembre 2011, n. 1396, e T.A.R. Veneto, sez. I, 13 settembre 2011, n. 1376); Ora, poiché tra le predette cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, non sembra rientrare anche la mancata presentazione delle referenze bancarie, sembra evidente che la Stazione appaltante non avrebbe potuto escludere la ricorrente dalla gara, ma, in ipotesi, avrebbe dovuto invitarla ad integrare la documentazione mancante.

Il ricorso in esame deve, pertanto, essere accolto per essere fondata la predetta doglianza dedotta nei confronti dell'atto impugnato e, per l'effetto, deve essere annullato l'impugnato atto di esclusione della ricorrente dalla gara.

Sussistono, tuttavia, in relazione alla novità della normativa applicabile alla fattispecie e delle questioni interpretative che tale normativa pone, giuste ragioni per disporre la totale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio, con esclusione del solo contributo unificato che l'Amministrazione intimata dovrà rimborsare alla ricorrente.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo - Sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Compensa tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio, condannando l'Amministrazione intimata esclusivamente a rimborsare alla ricorrente il contributo unico da questa versato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Michele Eliantonio, Consigliere, Estensore

Dino Nazzaro, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/11/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 362 del 2011, proposto da:

Mondialpol Terni S.r.l., con sede in Acquasparta, in proprio ed in qualità di mandante del r.t.i. Axitea S.p.a. (già Sicurglobal S.p.a.) con sede in Milano, rappresentata e difesa dall'avv. Alvaro Bartollini, con domicilio eletto presso Francesco Temperini in Perugia, corso Vannucci, 47;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale – A.U.S.L. n. 4 – di Terni, rappresentata e difesa dall'avv. Patrizia Bececco, con domicilio eletto presso Donato Antonucci, in Perugia, via Baglioni, 10;

nei confronti di

- C.R.C. Global Security S.r.l., con sede in Spoleto, rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Battisti, con domicilio eletto presso Claudio Franceschini in Perugia, piazza Italia, 9;

- Axitea S.p.a.;

per l'annullamento

della delibera n. 1131 del 03.08.2011 comunicata il 23.08.2011, con la quale il Direttore Generale dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 4 di Terni annullava l'aggiudicazione definitiva, disposta con deliberazione n. 740/D.G. del 17.05.2011, del servizio di vigilanza e trasporto valori delle sedi dell'A.U.S.L. a favore del r.t.i. Axitea S.p.a.(mandataria) Mondialpol Terni S.r.l. (mandante)

nonché della pedissequa segnalazione del 26.08.2011 prot. n. 008575 ai fini dell'inserimento del nominativo della ricorrente nel casellario informatico delle esclusioni ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della A.U.S.L. n. 4 - Terni e della C.R.C. Global Security S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2011 il dott. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1. La controversia riguarda l'esito della procedura aperta finalizzata all'affidamento per tre anni del servizio di vigilanza e trasporto valori nelle sedi della A.U.S.L. n. 4 di Terni.

Dopo l'annullamento in autotutela (a causa di errori nella valutazione delle offerte) di una prima aggiudicazione, con provvedimento n. 740/D.G. in data 17 maggio 2011, la gara veniva aggiudicata al r.t.i. di cui faceva parte la società odierna ricorrente.

Dal controllo del possesso dei requisiti, è infatti emersa a carico del rappresentante legale della società ricorrente l'esistenza di sei decreti penali di condanna irrevocabili, non menzionati nella domanda di partecipazione.

Pertanto, con deliberazione n. 1131 in data 3 agosto 2011, l'A.U.S.L. n. 4 ha annullato la precedente aggiudicazione ed ha aggiudicato la gara all'impresa seconda classificata; con nota prot. 8575 in data 26 agosto, ha effettuato la conseguente segnalazione all'Autorità di Vigilanza ai sensi dell'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici.

2. La ricorrente impugna detti ultimi provvedimenti.

2.1. Lamenta che sia stata violato o erroneamente applicato l'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici in relazione al bando di gara, sottolineando che il bando di gara ed il modulo allegato alla domanda non richiedevano l'indicazione di tutti indistintamente i precedenti penali, bensì soltanto di quelli concernenti "fatti gravi"; poiché i decreti penali, oltre a risalire a molti anni addietro, si riferiscono ad illeciti a suo dire non gravi, invoca (richiamando Cons. Stato, V, 19 giugno 2009, n. 4082) l'orientamento secondo il quale dalla dichiarazione si possono omettere i precedenti penali non risultanti dal certificato richiesto dall'interessato e quelli che l'interessato stesso non ritiene idonei a compromettere, secondo l'id quod plerumque accidit, la propria moralità professionale, e quindi ad integrare la fattispecie dell'articolo 38.

2.2. Sostiene che, in ogni caso, l'A.U.S.L., prima di comminare l'esclusione, avrebbe dovuto considerare l'estinzione delle condanne in applicazione dell'articolo 460 c.p.p., la presentazione della domanda di riabilitazione ai sensi dell'articolo 676 c.p.p., e l'integrazione della documentazione prontamente effettuata dalla ricorrente; il non aver a ciò provveduto, determina a suo dire illiceità manifesta e carenza di motivazione.

3. Resistono, controdeducendo puntualmente, l'A.U.S.L. n. 4 e la società attualmente aggiudicataria.

4. Il ricorso è infondato e deve pertanto essere respinto.

4.1. L'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici considera, come cause di esclusione, al comma 1, lettera c), tra l'altro, l'aver riportato condanne per <<reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale>>.

Il comma 2 prevede che <<Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione>>.

La giurisprudenza prevalente afferma che l'articolo 38, comma 1 (nelle diverse fattispecie ivi elencate) ricollega l'esclusione dalla gara pubblica al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati nel bando (per la fattispecie di cui alla lettera c), la stazione appaltante deve valutare caso per caso la condotta dell'offerente, tenendo conto di molteplici aspetti quali quelli soggettivi, temporali, relazionali per verificare la sua professionalità per come nel tempo si è manifestata, dando specifico conto delle risultanze nella motivazione dell'eventuale provvedimento di esclusione – cfr. TAR Umbria, 25 febbraio 2011, n. 58 ), mentre il comma 2 non prevede analoga sanzione per l'ipotesi di mancata o non perspicua dichiarazione (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 24 marzo 2011, n. 1795).

4.2. Nel caso in esame non viene concretamente in rilievo la disposizione del comma 1, lettera c), succitata.

L'esclusione discende invece dalla lacunosità e non rispondenza al vero della dichiarazione sostitutiva presentata dalla ricorrente.

Al riguardo, va ricordato che, laddove il bando richiede genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 38 del Codice, esso giustifica una valutazione di gravità/non gravità compiuta dal concorrente, sicché questi non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive; andrà escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni contributive siano gravi e definitivamente accertate. La dichiarazione del concorrente, in tal caso, non può essere ritenuta falsa. Diverso discorso deve essere fatto quando il bando sia più preciso e non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 38, ma specifichi che vanno dichiarate tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive; in tal caso, il bando esige una dichiarazione dal contenuto più ampio e più puntuale rispetto a quanto prescritto dalla legge, all'evidente fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito, al fine di 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 (cfr. Cons. Stato, VI, 21 dicembre 2010, n. 9324; 24 giugno 2010, n. 4019; 22 gennaio 2010, n. 1017 – oltre a n. 4082/2009, cit.).

4.3. Sembra al Collegio che, nel caso in esame, la *lex specialis* avesse un simile contenuto impegnativo.

Infatti, mentre il disciplinare di gara (pag. 4, § 7.1., lett. c) si limita a chiedere una dichiarazione riferita all'assenza delle condizioni ostative di cui all'articolo 38, la modulistica di gara (dichiarazione unica sostitutiva dell'atto di notorietà – allegato 1, da presentare all'interno della Busta A) – alla pag. 4, lett. a), sub 7), dove contiene la dichiarazione sui requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38 del Codice, richiede espressamente anche la dichiarazione di <<aver riportato le seguenti condanne beneficiando della non menzione>> (campo riempito dalla ricorrente con

<<N.a. >> cioè "nulla avere"). E avverte che << ... qualora emerga la non veridicità del contenuto della presente dichiarazione la scrivente Impresa decadrà dai benefici per i quali la stessa è stata rilasciata>>, vale a dire dall'ammissione alla gara.

4.4. La ricorrente, dunque, non ha indicato, come invece richiedeva il modulo della dichiarazione sostitutiva, i decreti penali di condanna.

La ricorrente sostiene che la contraddittorietà tra previsioni ambigue avrebbe dovuto condurre ad applicare quella più favorevole alla maggiore partecipazione alla gara.

Il Collegio ritiene che non sussista confusione, ma semplicemente, come frequentemente accade, un'integrazione tra le previsioni dei diversi documenti che compongono la *lex specialis*.

4.5. Né la necessità di rilasciare detta dichiarazione può ritenersi superata dalla previsione (contenuta nella nota in calce al modulo della dichiarazione) che consentiva al concorrente di presentare i certificati comprovanti i requisiti richiesti (in concreto, il certificato del casellario giudiziale del legale rappresentante della ricorrente, dal quale non risulterebbero i decreti penali in questione), non essendosi avvalsa la ricorrente di detta opportunità, cioè non avendo prodotto in sede di gara, in sostituzione della dichiarazione, detto certificato.

4.6. Stante la natura del motivo di esclusione, sembra infine evidente l'irrilevanza di fatti successivi, quali la richiesta di riabilitazione, o estrinseci alla completezza della domanda, quali l'estinzione dei reati o la presentazione di chiarimenti o integrazioni documentali dopo la scadenza del termine.

4.7. Può aggiungersi che non trova applicazione l'articolo 46, comma 1-bis, del Codice, introdotto dall'articolo 4, comma 2, n. 2, lettera d), del d.l. n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011, che, secondo le prime interpretazioni giurisprudenziali, avrebbe introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, dichiarando nulle le prescrizioni ulteriori. Infatti, poiché la previsione disattesa è prevista dalla legge (articolo 38, comma 2), e comunque concerne <<elementi essenziali>> dell'offerta (la dichiarazione di tutte le condanne penali, ritenuta dalla stazione appaltante necessaria a consentire la valutazione della loro eventuale rilevanza ostativa), si rientrerebbe comunque in una delle ipotesi di esclusione consentite.

5. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento in favore di ciascuna delle parti resistenti costituite della somma di euro 2.000,00 (duemila/00), oltre agli accessori di legge, per spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Luigi Cardoni, Presidente FF

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/10/2011



**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3332 del 2011, proposto da: Soc. Thyssenkrupp Elevator Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, presso il cui studio è domiciliata elettivamente in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

la Soc. Rai Radiotelevisione Italiana S.p.a., in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dagli avv. ti Laura Maceroni e Pierluigi Lax, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Roma, via di Val Fiorita, 90;

nei confronti di

Soc. Coface Assicurazioni S.p.a. - Agenzia Generale di Roma e Lazio, in persona del legale rappresentante p. t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del verbale di seduta riservata del 28.03.2011 recante l'esclusione della società ricorrente dalla gara per l'affidamento del servizio di manutenzione degli impianti elevatori installati presso gli insediamenti rai di Roma, Napoli, Milano e Torino, suddivisa in due lotti;

- della nota Rai prot. AS/A0652 dell'8.04.2011;

- dei verbali di gara del 24 febbraio 2011 e del 14 marzo 2011;

- della nota Rai dell'11 aprile 2011 inviata alla COFACE Assicurazioni S.P.A. avente ad oggetto la richiesta di escussione della cauzione;

ove occorra,

- del punto III.2.3. del bando di gara, del Capitolato Speciale, contenente anche il disciplinare di gara, e relativi allegati, e di tutti i chiarimenti pubblicati sul sito del Committente;

- di ogni altro atto, ivi compresi, ove adottati, gli atti di segnalazione all'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, nonché gli atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva;

nonché, per il risarcimento dei danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Soc. Rai Radiotelevisione Italiana S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 1676/2011 del 5 maggio 2011;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2011 il Cons. Donatella Scala e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### **FATTO**

Esponde la società Thyssenkrupp Elevator Italia S.p.a.:

- di avere partecipato alla procedura aperta indetta dalla Rai – Radiotelevisione Italiana S.p.a. per l'affidamento del servizio di manutenzione degli impianti elevatori installati presso gli insediamenti di Roma, Napoli, Milano e Torino, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso;

- di avere presentato domanda in relazione ai due lotti in cui la gara è stata suddivisa (lotto n. 1, avente ad oggetto gli insediamenti di Roma e Napoli; lotto n. 2, quelli di Milano e Torino);

- che il punto III.2.3. del bando richiedeva alla lett. a) il requisito relativo alla capacità tecnica da dimostrare con l'avvenuta esecuzione nell'ultimo triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando di almeno 2 contratti affidati da altrettanti committenti diversi tra loro, aventi ad oggetto servizi analoghi a quelli di gara, ciascuno eseguito in due diverse città e per una capienza numerica di almeno 51 elevatori per il lotto 1 e di 40 per il lotto 2, e di 91 in caso di partecipazione ad entrambi i lotti;

- di avere, pertanto, dichiarato il possesso di tale requisito in relazione alla esecuzione di un contratto stipulato con la società A.L.E.R. di Milano e due con l'A.T.E.R. di Roma.

Sorteggiata ai fini della comprova dei requisiti ai sensi dell'art. 48, comma 1, d. lgs. 163/2006, impugna ora il provvedimento con cui la medesima è stata esclusa dalla gara per non avere dimostrato il possesso del requisito relativo alla capacità tecnica, in quanto, benché il primo dei due contratti eseguiti sia stato svolto in più comuni della Provincia di Milano e per un numero di impianti superiore a quello minimo richiesto, il secondo dei due contratti di manutenzione di impianti elevatori ha interessato il solo comune di Roma.

Ritenendo l'illegittimità di tale determinazione della stazione appaltante si affida ai seguenti motivi in diritto:

1) Violazione e falsa applicazione del punto III.2.3. lett. a) del bando di gara; violazione degli artt. 2, 42, 48, 73 e 74 del d. lgs. 163/2006; violazione della legge 241/1990; violazione dell'art. 1337, c.c., dei principi del clare loqui, di trasparenza e di favor participationis; violazione di legge;

eccesso di potere; sproporzione; illogicità manifesta; difetto di istruttoria; contraddittorietà; perplessità; sviamento.

Illegittimamente non sono stati chiesti chiarimenti direttamente alla società ricorrente sorteggiata ma a soggetto terzo (in specie, l'Ater di Roma) che, in quanto estraneo alla procedura di gara ed inconsapevole circa la portata del requisito da dimostrare, ha fornito chiarimenti non conferenti rispetto alle verifiche da svolgere per l'occasione.

In ogni caso, è illegittima, perché errata e sproporzionata, l'interpretazione ed applicazione della clausola da parte della Stazione appaltante, che avrebbe dovuto considerare lo svolgimento, nel complesso, di almeno due contratti con committenti diversi e riferiti ad almeno due diverse città.

Inoltre, l'esclusione dalla ricorrente non può legittimamente essere riferita alla libera interpretazione del seggio di gara della clausola, in disparte della ratio alla stessa sottesa, con abnormità delle conseguenze di tale illegittima condotta, che hanno determinato l'espulsione dalla competizione di soggetto dotato ampiamente dei chiesti requisiti.

In ogni caso, attesa la non univocità e chiarezza della clausola, tenuto conto della genericità del termine "città" e della presenza del termine "complessivamente" riferito alla esecuzione di due contratti, la stessa avrebbe dovuta essere letta dalla commissione in modo da tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede, interpretandola in modo da evitare al concorrente ricostruzioni ermeneutiche ed integrative onde appurare la presenza di significati ulteriori ed inespressi.

Ed invero, ove nel bando il requisito fosse stato chiaramente riferito a contratti riguardanti due diversi "comuni", la ricorrente avrebbe allegato a comprova dello stesso anche altri contratti stipulati con altre società per la manutenzione di impianti Inpdap in vari comuni italiani e con la Rinascente S.r.l. anch'esso riferibile a diversi comuni d'Italia.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 48, d. lgs. 163/2006; del punto III.2.3., lett. a) del bando di gara; violazione di legge; eccesso di potere; sproporzione; illogicità manifesta; difetto di istruttoria; contraddittorietà; perplessità; sviamento.

Pure ritenendo che l'illegittimità del provvedimento di esclusione travolge anche gli ulteriori provvedimenti adottati, ed, in specie, l'atto di escussione della cauzione e, ove adottata, la segnalazione all'Autorità di Vigilanza, la società ricorrente li ritiene viziati in via autonoma, in quanto nel caso di specie la contestazione non dipende da omissioni o criticità imputabili alla società ricorrente, in possesso del requisito richiesto, ma va ricondotto alla interpretazione del seggio di gara della clausola del bando ed all'uso improprio del termine "città" ivi contenuto anche in relazione a Roma Capitale.

Conclude la parte ricorrente chiedendo, in accoglimento degli esposti mezzi di censura, l'annullamento del ravvedimento impugnato; chiede, altresì, il risarcimento dei danni subiti e subendi a causa della gravità del comportamento e della illegittimità dei provvedimenti adottati.

Si è costituita in giudizio la Rai Radiotelevisione Italiana S.p.a. per resistere al ricorso avversario, ribadendo la legittimità dell'operato del seggio di gara, ed evidenziando, al contempo, che la società ricorrente, nella sostanza, è nel pieno possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione, e, in definitiva, l'interesse ad avere il maggior numero di concorrenti in gara, la cui procedura è stata, frattanto sospesa.

Con ordinanza n. 1676/2011 del 5 maggio 2011, la Sezione, chiamata a pronunciarsi in sede cautelare, ha ritenuto la sussistenza di profili di fondatezza del primo motivo di ricorso, e, confermando gli effetti del decreto presidenziale n. 1537/2011 del 22 aprile 2011, ha accolto l'istanza cautelare, sospendendo, per l'effetto, il provvedimento di escussione parziale della garanzia fideiussoria prestata dalla società ricorrente, e disponendo la riammissione con riserva della medesima società alla procedura concorsuale ancora in itinere.

In vista della discussione dell'udienza di merito, fissata con la richiamata ordinanza n. 1676/2011, la parte ricorrente ha depositato memorie conclusionali con cui ha ribadito l'interesse alla decisione del ricorso in quanto, pure riammessa alla procedura di gara, che si è conclusa con una posizione non utile per l'aggiudicazione, non sono stati annullati e/o revocati i provvedimenti adottati a seguito del provvedimento espulsivo (escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità di vigilanza).

Alla pubblica udienza del 6 ottobre 2011 la causa è andata in decisione.

## **DIRITTO**

Viene all'esame del Collegio il provvedimento con cui la stazione appaltante ha escluso la società ricorrente dalla procedura per l'affidamento del servizio di manutenzione degli impianti elevatori installati presso gli insediamenti della Rai di Roma, Napoli, Milano e Torino, limitatamente al lotto n. 1 (avente ad oggetto gli insediamenti di Roma e Napoli) per non avere dimostrato di possedere il requisito richiesto in relazione a tale lotto come indicato al punto III.2.3, lett. a) del bando di gara.

In particolare, il seggio di gara ha rilevato che, mentre il contratto stipulato con la SIAR di Milano ha interessato 253 impianti ed ha avuto una dislocazione territoriale in 21 comuni della Provincia di Milano, invece il contratto stipulato con l'ATER di Roma, pure relativo a ben 931 impianti elevatori, (contro i 51 minimi previsti per il lotto 1) ha riguardato servizi dislocati nel solo comune di Roma; pertanto, ha ritenuto di non ammettere la società alla gara, con riferimento al lotto 1, in quanto, ancorché il primo dei due contratti fosse stato svolto in più comuni e per un numero di impianti superiore a quello minimo richiesto, il secondo, invece, ha interessato la sola città di Roma, e non corrisponde al requisito (esecuzione di ciascun contratto in almeno due diverse città) prescritto per la partecipazione.

La ricorrente impugna tale determinazione sostenendo che il bando richiedeva lo svolgimento pregresso di analoghi servizi riferibili ad almeno due "città", e che l'utilizzo di tale termine generico, senza alcun riferimento agli enti locali comunali, né l'esplicitazione di ulteriori criteri identificativi dal punto di vista geografico, territoriale, storico e amministrativo della nozione di città, non giustifica l'attività interpretativa che ha compiuto il seggio di gara, che solo in tale sede, ad offerte già pervenute e a verifica ex art. 48, d. lgs. 163/2006 già avviata, ha precisato che il termine "città" andava inteso nel senso di "comune". Diversamente, ove la società ricorrente avesse avuto esatta contezza che il requisito avrebbe dovuto essere riferito a contratti svolti in almeno due diversi "comuni", la medesima non avrebbe avuto alcuna difficoltà ad evidenziare l'avvenuta manutenzione di impianti analoghi a quelli oggetto di gara in diversi comuni italiani, circostanza questa, peraltro, pacificamente ammessa anche dalla stessa stazione appaltante.

Il ricorso è fondato.

Con il bando di gara cui la ricorrente ha partecipato è stata prevista, tra le condizioni di partecipazione, una capacità tecnica il cui livello minimo, per quanto qui interessa, doveva desumersi da: "Avere complessivamente eseguito negli ultimi tre anni antecedenti alla data di

pubblicazione del presente bando almeno due contratti affidati da altrettanti committenti tra loro diversi aventi ad oggetto servizi analoghi a quelli di gara, ciascuno dei quali eseguito in almeno due diverse città e per una capienza complessiva di almeno

- in caso di partecipazione al solo lotto 1 di Roma e Napoli: n. 51 elevatori;
- in caso di partecipazione al solo lotto 2 di Milano e Torino: n. 40 elevatori;
- in caso di partecipazione sia per il lotto 1 di Roma e Napoli che per il lotto 2 di Milano e Torino: n. 91 elevatori. " (cfr. punto III.2.3), lett. a) del bando di gara).
- in caso di partecipazione al solo lotto 1 di Roma e Napoli: n. 51 elevatori;
- in caso di partecipazione al solo lotto 2 di Milano e Torino: n. 40 elevatori;
- in caso di partecipazione sia per il lotto 1 di Roma e Napoli che per il lotto 2 di Milano e Torino: n. 91 elevatori. " (cfr. punto III.2.3), lett. a) del bando di gara).

La prescrizione in ordine alla dimostrazione del requisito di capacità tecnica non appare ictu oculi connotata di linearità ed inequivocabile chiarezza circa la necessità di indicare l'avvenuta esecuzione di almeno due contratti per lotto, ciascuno di essi svolto in almeno due diversi comuni, così come invece ha ritenuto necessario il seggio di gara, che, nell'escludere la società ricorrente in relazione al lotto 1, non ha ritenuto idoneo il contratto eseguito nella " sola città di Roma ", ancorché relativo ad un numero di impianti di gran lunga superiore rispetto al numero minimo prescritto.

Ed invero, per " città " si intende comunemente un centro abitato piuttosto esteso, con sviluppo edilizio organizzato, che sul piano amministrativo, economico, politico e culturale rappresenta il punto di riferimento del territorio circostante; il termine " comune " ha, invece, una connotazione prettamente tecnica, e rappresenta la più piccola suddivisione territoriale amministrativa dello Stato.

Tanto precisato, non vi è dubbio che non sussista una piena e sicura sovrapposizione tra i due termini, come invece il seggio di gara ha ritenuto di fare, con una operazione che ha condotto all'aberrante conseguenza di espellere dalla gara una concorrente in possesso del requisito di capacità tecnica in misura di gran lunga superiore rispetto ai limiti minimi indicati nel bando, come, peraltro, successivamente ammesso dalla stessa stazione appaltante.

Ed invero, un comune, in senso tecnico, può non essere una città nella accezione di cui sopra, e, viceversa una città, ancorché giuridicamente non possa essere qualificata quale ente locale territoriale, può avere una estensione ben più consistente del primo.

E' evidente, allora, l'equivoco in cui è incorsa la società ricorrente, che, a causa di una non univoca indicazione del bando di gara ha omesso di dichiarare l'avvenuta esecuzione di altri contratti in diversi comuni italiani, ritenendo ampiamente soddisfatto il requisito dall'aver svolto il servizio di cui si tratta in forza di un contratto che ha avuto ad oggetto un notevole numero di impianti dislocati non solo a Roma "città", ma anche in diverse frazioni della stessa, quali Ostia, Casal Palocco, Spinaceto, Acilia, che, per estensione territoriale, numero di abitanti, ecc, ben possono essere definite a loro volta città.

E' principio pacifico che il potere discrezionale della stazione appaltante di prescrivere adeguati requisiti per la partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti pubblici è soggetto ai limiti

connaturati alla funzione affidata alle clausole del bando volte a prescrivere i requisiti speciali; tale funzione consiste nel delineare, attraverso l'individuazione di specifici elementi indicati della capacità economica, finanziaria e tecnica, il profilo delle imprese che si presumono idonee a realizzare il programma contrattuale perseguito dall'Amministrazione ed a proseguire nel tempo l'attività espletata in modo adeguato.

Con riferimento alla gara in controversia, è indubitabile che la ratio della richiesta capacità tecnica minima attiene, per il profilo in esame, alla dimostrazione della attitudine della impresa aspirante allo svolgimento del servizio di manutenzione in aree territorialmente diversificate ("almeno due città").

Pertanto, in assenza di univocità espressiva della relativa clausola afferente il requisito di capacità tecnica, il seggio di gara, onde evitare una determinazione sproporzionata rispetto alla ratio sottesa alle stesse regole di partecipazione alla gara de qua, avrebbe dovuto valutare gli elementi forniti a supporto del requisito da parte della concorrente al di fuori di una applicazione rigidamente formalistica della stessa norma di gara, e non omettere di considerare appieno il pure rilevante interesse alla più ampia partecipazione dei concorrenti alla procedura in questione che sola consente la scelta dell'offerta maggiormente corrispondente alla esigenza da soddisfare, facendo leva sul prevalente criterio teleologico rispetto a quello prettamente formale.

Invece, l'applicazione rigida che nel caso in esame ha fatto il seggio di gara della clausola di partecipazione, peraltro sorretta da una personale e non univoca interpretazione della stessa, alla luce delle specifiche circostanze del caso concreto sopra evidenziate, ha infranto 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.

Sul punto il Collegio ritiene, ad abundantiam, di evidenziare che la normativa in materia di contratti pubblici esprime sempre più la prevalenza dell'interesse sostanziale rispetto ai canoni meccanicamente formalistici, come può evincersi dalla recente modifica dell'art. 46, del d. lgs. 163/2006, cui il d. l. n. 70 del 13 maggio 2011 - in epoca di poco successiva ai fatti di causa - ha aggiunto il comma 1 bis, che, nell'escludere che i bandi e le lettere di invito possano contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle dalla stessa norma indicate, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, rafforzandosi, vieppiù, il principio di matrice comunitaria della prevalenza della sostanza rispetto a quella della forma.

In altri termini, la gara per l'assegnazione di un contratto con la P.A. non deve trasformarsi in una sorta di caccia all'errore (di interpretazione delle clausole dubbie o nel rispetto di meri formalismi partecipativi), ma deve garantire la massima partecipazione di coloro che, in possesso del profilo astrattamente idoneo a sorreggere l'esecuzione di un contratto con la P.A., confidano nello svolgimento di procedure concorsuali imparziali e trasparenti.

In definitiva, e in accoglimento della prima censura, è illegittima l'esclusione della società ricorrente dalla gara controversa.

Ritiene il Collegio, con riguardo invece alla seconda censura, con cui sono dedotti non solo vizi di illegittimità derivata ma anche autonome censure avverso gli ulteriori provvedimenti adottati dalla Rai, ossia l'atto di escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza, che nessun interesse permane in capo alla deducente in ordine alla delibazione anche di questa, in quanto tali provvedimenti sono fondati unicamente sull'esclusione dell'impresa dalla gara, disposta per asserita

assenza di un requisito di partecipazione, di talché l'annullamento di tale esclusione ha portata caducante anche dei provvedimenti di escussione della cauzione e di segnalazione di cui all'art. 48, d. lgs. 163/2006, costituendo l'esclusione l'unico e dichiarato presupposto sulla cui base sono state disposte le ulteriori penalizzanti determinazioni.

Conclusivamente, il ricorso è fondato e deve essere accolto, con annullamento, per l'effetto, del provvedimento di esclusione della società dalla gara de qua; all'annullamento del provvedimento impugnato accede, quale conseguenza derivata, la caducazione dei provvedimenti allo stesso conseguenti.

Quanto, infine, alla pure introdotta istanza risarcitoria, la stessa non può trovare ingresso atteso che, a prescindere dalla genericità con cui la stessa è formulata, l'accoglimento del gravame è di per sé idoneo a soddisfare integralmente l'interesse fatto valere dalla parte ricorrente, consolidandosi gli effetti già prodottisi a seguito dell'ordinanza n. 1676/2011 di accoglimento dell'istanza cautelare con cui era stata sospeso il provvedimento di escussione parziale della garanzia fideiussoria prestata dalla società ricorrente, ed era stata disposta la riammissione con riserva della medesima società alla procedura concorsuale ancora in itinere.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate giusta quanto stabilito in dispositivo.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza Ter, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti in epigrafe recanti, rispettivamente, l'esclusione della società Thyssenkrupp Elevator Italia S.p.a. dalla gara, la richiesta di escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture; respinge l'istanza di risarcimento del danno.

Condanna la resistente Società Rai Radiotelevisione Italiana S.p.a. alla refusione delle spese processuali in favore della ricorrente Società Thyssenkrupp Elevator Italia S.p.a., liquidate nella somma di €. 2.000,00 (duemila/00).

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Donatella Scala, Consigliere, Estensore

Rosa Perna, Primo Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA II 07/10/2011

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia  
sezione staccata di Catania (Sezione Prima)  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1274 del 2010, proposto da:  
Castrovinci Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Marco Mazzamuto, Riccardo Rotigliano, Salvatore Iacuzzo, con domicilio eletto presso avv. Andrea Caponnetto, in Catania, v.le XX Settembre, 19;

contro

Provincia Regionale di Messina;

Assessorato Regionale ai Lavori Pubblici, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti di

Lupo' Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Fulvio Cintioli, con domicilio eletto presso avv. Carmelo Toscano, in Catania, via della Scogliera, 1;

per l'annullamento

- di tutti gli atti della procedura di gara indetta dalla Provincia Regionale di Messina per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della SP 167 dell'Ancipa;

- dei verbali di gara redatti dall'UREGA di Messina;

- della determinazione dirigenziale n. 9 dell'8 marzo 2010 con la quale sono stati approvati gli atti di gara ed adottato il provvedimento finale ex art. 10 DPRS 1/2005;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Assessorato Regionale ai Lavori Pubblici e di Lupo' Costruzioni Srl;

Visto il ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2011 il dott. Francesco Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

La Provincia Regionale di Messina ha bandito una gara d'appalto per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della SP 167 dell'Ancipa, e la ha aggiudicata a seguito di sorteggio all'impresa Lupo Costruzioni srl, mentre la Castrovinci Costruzioni srl è risultata seconda in graduatoria.

Gli atti di gara vengono impugnati col ricorso in epigrafe – ritualmente notificato e depositato – dalla Castrovinci Costruzioni srl per chiedere l'esclusione dell'aggiudicataria dalla procedura selettiva in base ai seguenti motivi di diritto:

1.- Violazione del punto 9 del bando in relazione all'art. 30, co. 1, 2, 2 bis e 2 ter della L. 109/94



(testo coordinato);

Si denuncia il fatto che la dichiarazione di impegno al rilascio della fideiussione, presentata dall'aggiudicataria per garantire l'esecuzione dei lavori, sia stata redatta in conformità con lo schema Tipo 1.1. contemplato nel D.M. 123/2004, e dunque non contenga le clausole previste dall'art. 30, co. 1, 2, 2 bis e 2 ter, della L. 109/94 (come recepita in Sicilia), e richiamate espressamente dal bando, attinenti alla rinuncia al beneficium excussionis; all'operatività entro quindici giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante; alla validità di almeno 180 giorni dalla presentazione dell'offerta; alla cessazione degli effetti alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio;

2.- Violazione del disciplinare, busta A, punto 3 (DURC) – violazione del D.A. LL.PP. 26/2006 (come integrato dal Decreto 15 gennaio 2008) e del D.P.R. 445/2000;

Si deduce la violazione delle norme di legge e della lex specialis indicate in rubrica in ragione del fatto che l'impresa aggiudicataria ha presentato una dichiarazione sostitutiva nella quale attesta che i documenti prodotti in copia, genericamente individuati, sono conformi all'originale. Tale modus operandi – denuncia la ricorrente – non sarebbe ammissibile in relazione alla copia del D.U.R.C. prodotta, atteso che il D.A. LL.PP. 26/2006 richiede a pena di esclusione o la produzione dell'originale, o di una copia dichiarata conforme all'originale ai sensi e con le modalità di cui al D.P.R. 445/2000.

Si è costituita in giudizio, per resistere, la controinteressata Lupo Costruzioni srl, che ha anche proposto ricorso incidentale mirante ad ottenere l'esclusione dalla gara della stessa impresa ricorrente in via principale, onde privarla della legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione. Si è anche costituito in giudizio l'Assessorato Regionale Infrastrutture e Mobilità.

La Provincia Regionale di Messina non si è invece costituita.

Con ordinanza 901/2010 questa Sezione ha respinto la domanda cautelare avanzata col ricorso principale, sul rilievo che “sulla base di un primo e sommario esame, (...) i vizi dedotti col ricorso principale non appaiono sufficienti a determinare l'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria”. La decisione è stata poi confermata in appello dal CGA con ordinanza n. 765/2010.

Alla pubblica udienza del 7 luglio 2011 il difensore della impresa controinteressata ha precisato che i lavori oggetto della gara d'appalto sono in atto in corso di svolgimento, in percentuale pari ad oltre i 2/3.

In quella data la causa è stata trattenuta per la decisione.

## **DIRITTO**

1.- Con il primo motivo di ricorso viene denunciata la violazione del punto 9 del bando in relazione all'art. 30, co. 1, 2, 2 bis e 2 ter della L. 109/94 (nel testo coordinato vigente in Sicilia).

La ricorrente premette, a tal fine, che l'art. 30 della L. 109/94 – la cui applicazione è richiamata nel punto 9 del bando – prescrive ai partecipanti alle gare l'onere di produrre una “cauzione provvisoria” (anche tramite fideiussione o polizza assicurativa) e l'impegno di un garante a rilasciare “garanzia fideiussoria definitiva” per l'ipotesi in cui il concorrente divenga aggiudicatario (cfr. art. 30, comma 1).

Entrambe le predette fideiussioni (o polizze assicurative) dovranno, inoltre, sempre in base alla richiamata normativa, avere le caratteristiche indicate nei commi 2 bis e 2 ter dell'art. 30, e segnatamente prevedere: a) la rinuncia al beneficium excussionis; b) l'operatività entro quindici giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante; c) la validità della “cauzione provvisoria” pari ad almeno 180 giorni dalla presentazione dell'offerta; d) la cessazione degli effetti della “garanzia fideiussoria definitiva” alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio. Nel caso di specie, assume la ricorrente che la impresa aggiudicataria Lupo Costruzioni srl non abbia rispettato le prescrizioni di legge, richiamate nel bando, in quanto l'<impegno fideiussorio per la cauzione definitiva> prodotto in gara è stato redatto in conformità allo schema Tipo 1.1 di cui al D.M. 123/2004, e non contiene pertanto le particolari clausole previste nei citati commi 2 bis e 2

ter, non potendosi ritenere sufficienti allo scopo le indicazioni contrattuali riportate in calce alla scheda tecnica prodotta, dal momento che si tratta di clausole inserite spazialmente al di là della firma del sottoscrittore e dunque giuridicamente non attribuibili alla sua volontà.

La censura risulta infondata per diverse ragioni.

In primo luogo, si deve precisare che – alla stregua della richiamata normativa sui lavori pubblici vigente in Sicilia (cd. testo coordinato) – è richiesta ai concorrenti la presentazione di una duplice documentazione:

1) da una parte, la “cauzione provvisoria” pari al 2% dell’importo dei lavori, che copre il mancato adempimento degli obblighi ed oneri inerenti la partecipazione alla gara. Tale cauzione – ove prestata sotto forma di fideiussione o polizza assicurativa – dovrà rispettare le condizioni indicate retro sub a, b, c;

2) dall’altra, il (preventivo) impegno di un fideiussore a stipulare successivamente la garanzia personale per l’esatto adempimento degli obblighi derivanti dall’esecuzione dell’appalto, in misura pari al 10% dell’importo dei lavori, da produrre nell’ipotesi in cui il concorrente garantito sia dichiarato aggiudicatario, sottoscriva il contratto e divenga quindi “esecutore dei lavori”. Tale contratto di garanzia – la cui mancanza in fase di aggiudicazione determina la revoca dell’affidamento - dovrà rispettare le condizioni indicate retro sub a, b, d.

In sintesi, la normativa in esame - con riguardo alla fase della mera partecipazione alla gara - distingue tra una “cauzione provvisoria” dovuta da tutti i concorrenti, ed un “impegno unilaterale” del garante a stipulare la “fideiussione definitiva”, anch’esso posto a carico di tutti i concorrenti. Al momento dell’aggiudicazione, poi, si verifica la condicio iuris posta a corredo dell’impegno unilaterale, e quindi l’aggiudicatario dovrà fornire la garanzia fideiussoria, con le caratteristiche illustrate prima, a garanzia dell’esatto adempimento degli obblighi di esecuzione dei lavori.

In base a quanto fin qui precisato, allora, è agevole affermare che l’art. 30 richiede alcune caratteristiche contrattuali specifiche con esclusivo riguardo alla sia “cauzione provvisoria”, sia al “contratto di fideiussione definitiva” – cioè al documento in cui si formalizza il rapporto di garanzia stipulato fra le parti, da produrre dopo l’aggiudicazione – e non con riferimento al mero impegno preventivo, che costituisce ancora un atto unilaterale attraverso il quale il fideiussore assume genericamente l’obbligo di stipulare in futuro il contratto di garanzia, senza indicarne in modo analitico e dettagliato (cioè, in tutte le sue clausole) il contenuto. In altri termini, la legge sembra aver adottato un regime differenziato – sotto il profilo della “completezza” ed “analicità” dell’atto – distinguendo tra l’“impegno” alla stipulazione della fideiussione, ed il successivo “contratto di fideiussione”; solo quest’ultimo deve essere completo dei requisiti richiesti dalla legge.

Di tale differente regime giuridico si trae conferma anche dalla lettura del disciplinare della gara oggi in esame. Al punto 6, infatti, viene indicata tra i documenti da produrre a pena di esclusione per partecipare alla gara solo la “cauzione provvisoria” (cioè, quella concernente gli obblighi ed oneri di partecipazione alla gara) “nella misura e nei modi previsti dai commi 1 e 2 bis dell’art. 30 del testo coordinato”. Mentre, lo stesso bando di gara – al punto 16, lett. h – impone solo all’aggiudicatario (e non al “semplice” concorrente) di prestare “garanzia fideiussoria definitiva nella misura e nei modi previsti dall’art. 30, comma 2, del testo coordinato (...)”.

In più, la correttezza del modus procedendi seguito dalla Lupo Costruzioni srl emerge ulteriormente da un altro aspetto (anch’esso evidenziato in ricorso, ma che non può valere a sostenere le ragioni della ricorrente). Ci si riferisce alla circostanza che l’impegno fideiussorio (contenuto nell’art. 1, co. 2 del contratto prodotto) sia stato redatto in conformità allo schema Tipo 1.1 approvato col D.M. 123/2004, cioè in ossequio alla disposizione che ha approvato gli schemi generali da utilizzare per la prestazione della “cauzione provvisoria” (schema tipo 1.1) e della “fideiussione definitiva” dovuta dall’aggiudicatario (schema tipo 1.2).

Ebbene, l’articolato contrattuale che disciplina il rapporto contiene tutte le prescrizioni specifiche previste dai richiamati commi 2 bis e 2 ter dell’art. 30 e riassunte retro sub a, b, c (cfr. l’art. 2, lett. b, e l’art. 4, del contratto di garanzia allegato, stipulato fra la controinteressata e la Fata Assicurazioni) ad eccezione della previsione sulla durata della fideiussione definitiva, riassunta

retro sub lettera d. Ma, come abbiamo già rilevato in precedenza, e come confermano il c.s.a. ed il disciplinare di gara, quest'ultima indicazione non doveva essere fornita allo stato iniziale della procedura selettiva, trattandosi della clausola contrattuale che connota il contenuto di quella fideiussione per l'esatto adempimento dei lavori che deve essere presentata solo in caso di aggiudicazione dell'appalto.

In conclusione, l'impegno presentato dall'aggiudicataria nelle forme oggi contestate col ricorso non avrebbe potuto determinarne l'esclusione dalla gara per due ragioni: a) in primo luogo, in quanto le clausole previste dalla legge, e denunciate come mancanti, devono caratterizzare il contratto di fideiussione, e non già il semplice impegno unilaterale a stipularlo; b) in secondo luogo, perché la denunciata mancanza non costituisce, a termini del disciplinare di gara, un motivo di esclusione. In base a quanto esposto, allora, la prima censura risulta infondata.

2.- Con il secondo motivo, parte ricorrente denuncia la violazione del disciplinare di gara (Busta A, punto 3), del D.A. LL.PP. 26/2006 e del D.P.R. 445/2000, in quanto l'aggiudicataria ha prodotto in copia una serie di documenti – genericamente individuati - per i quali ha allegato una unica dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'art. 47 D.P.R. 445/2000 nella quale attesta la conformità agli originali.

Il punto debole di tale allegazione risiede – secondo la ricorrente – nel fatto che la dichiarazione di conformità appare generica, in quanto riferita alle “fotocopie allegate”, e non risulterebbe quindi idonea a soddisfare la prescrizione del D.A. LL.PP. del 24.02.2006 (modificato in data 15 gennaio 2008) nella parte in cui richiede la produzione del D.U.R.C. in originale o in copia autenticata conforme all'originale ai sensi del D.P.R. 445/2000.

Anche questa censura non appare fondata, in quanto il denunciato modus operandi non può costituire motivo di esclusione.

Da un lato, il Collegio osserva che la dichiarazione generale sottoscritta dall'impresa ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 445/2000, secondo la quale tutta la documentazione prodotta in copia è conforme all'originale, non pecca per indeterminatezza dell'oggetto di cui viene dichiarata la conformità, in quanto tutti i documenti prodotti sono spillati e legati “pagina con pagina” tra loro con un timbro lineare a stampa dell'impresa. Tale accorgimento vale a rendere unico ed identificabile il fascio di documenti di cui si attesta la conformità, ed impedisce che si possa paventare il rischio di un successivo inserimento di altra copia non “coperta” dalla dichiarazione di conformità; quindi, compensa il denunciato deficit di determinatezza che caratterizza la dichiarazione di parte.

In secondo luogo, si rileva che la sanzione della esclusione prevista nel bando ed invocata dalla ricorrente riguarda le ipotesi in cui il documento richiesto sia del tutto assente, e non anche il diverso caso in cui si possa solo dubitare se il documento – comunque presentato - sia o meno conforme all'originale. In tale eventualità, risultando adempiuto l'onere materiale della produzione documentale, ove dovessero sorgere dubbi in ordine all'ampiezza e onnicomprensività della dichiarazione sostitutiva sottoscritta dal concorrente, la stazione appaltante avrebbe il potere/dovere di richiedere (senza ledere la par condicio fra i partecipanti) indicazioni o chiarimenti sull'entità della dichiarazione, in applicazione del meccanismo del cd. soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del D. Lgs. 163/2006.

A conferma di quanto appena rilevato è utile riportare uno stralcio del “Disciplinare di gara” che al paragrafo 2, sub “procedura di aggiudicazione”, consente “[al] La Commissione di gara, ove lo ritenga necessario, e senza che ne derivi un aggravio per i concorrenti, ai sensi dell'art. 71 del D.P.R. 445/2000, [di] effettuare ulteriori verifiche della veridicità delle dichiarazioni contenute nella busta A (...) e del requisito della regolarità contributiva, con riferimento eventualmente a concorrenti individuati secondo criteri discrezionali”. Come dire, se è consentito verificare la veridicità intrinseca dei requisiti autodichiarati dal concorrente, è anche consentito – a maggior ragione – chiedere chiarimenti allo stesso dichiarante in ordine all'ampiezza ed al contenuto di quanto sottoscritto.

Peraltro, l'interpretazione formalistica e l'applicazione meccanica delle clausole di esclusione

propugnata dalla ricorrente non appare nemmeno in linea con la direzione evolutiva impressa dal legislatore alla materia in questione, atteso che col recentissimo D.L. 70/2001 (cd. Decreto Sviluppo) è stato aggiunto il comma 1 bis all'art. 46 del codice dei contratti pubblici, introducendo così un principio di tassatività normativa delle clausole di esclusione, anche al fine di scoraggiare l'abuso di previsioni discrezionali (fonte di ampio contenzioso) che riconnettevano a mere irregolarità formali sanzioni drastiche incidenti in radice sulla possibilità di partecipare alla gara. In conclusione, le censure articolate in ricorso non evidenziano irregolarità idonee a determinare l'esclusione dalla gara della concorrente/aggiudicataria. Il ricorso principale va, pertanto, respinto. La dichiarata infondatezza del ricorso principale esime il collegio dall'esaminare il ricorso incidentale.

Le spese processuali vengono compensate in ragione della peculiarità della vicenda.

### **P.Q.M.**

definitivamente pronunciando sul ricorso principale, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2011, giusta riserva assunta il 7 luglio 2011, con l'intervento dei magistrati:

Biagio Campanella, Presidente

Salvatore Schillaci, Consigliere

Francesco Bruno, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/08/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

## **Cauzione deficitaria e tassatività cause di esclusione**

Sonia Lazzini

Il Tar Veneto non smette di sorprendere per la terza volta, illegittima esclusione per cauzione insufficiente, inefficacia del contratto e obbligo di rifacimento dell'intera procedura

### **Ecco i precedenti**

sentenza numero 1659 dell' 8 novembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia

sentenza numero 1396 del 22 settembre 2011 pronunciata dal Tar Liguria, Genova

sentenza numero 1376 del 13 settembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto Venezia

Nulla la clausola di esclusione, nulla l'esclusione stessa!

Il ricorrente ha presentato una cauzione, dimezzata per il possesso della certificazione di qualità, ha tuttavia presentato una cauzione di importo inferiore al richiesto, basata sull'importo contrattuale dell'appalto riferito alla durata annuale dello stesso, senza tenere conto del valore complessivamente considerato, comprensivo anche dell'eventuale rinnovo per un ulteriore annualità, interessante la conduzione e manutenzione di successivi impianti

Il dato normativo ed il confronto fra le due disposizioni\_ raffronto fra il primo e l'ottavo comma dell'articolo 75 del codice dei contratti \_induce quindi a ritenere la diversa valenza della prestazione della due garanzie e quindi che solo la mancata osservanza della seconda previsione, comportando ex lege l'esclusione dalla gara, possa costituire una delle ipotesi contemplate in via generale dall'art. 46, comma 1-bis

Diversamente, anche sulla scorta dell'espressione letterale, ma evidentemente in ragione della diversa rilevanza dell'assunzione dell'obbligo di garanzia all'atto della formulazione dell'offerta, la mancata osservanza delle previsione di cui al primo comma dell'art. 75 non determina ex lege l'esclusione dalla gara, ergo non rientra nelle ipotesi di cui all'art. 46, comma 1 – bis.

Di conseguenza, la clausola di esclusione contenuta al punto 12, comma 5 del disciplinare di gara è da considerarsi nulla ex lege e quindi la sua inosservanza non poteva comportare l'esclusione della ricorrente dalla gara.

Appalto aggiudicato con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa: poiché l'esclusione della ricorrente è illegittima in quanto è nulla la clausola del bando sulle conseguenze di una cauzione insufficiente, l'avvenuta valutazione delle altre offerte in gara non consente più di procedere alla valutazione dell'offerta presentata dalla ricorrente senza minare l'imparzialità e la trasparenza del giudizio, in quanto questo verrebbe formulato dopo l'avvenuta valutazione e l'attribuzione dei punteggi, per il contenuto tecnico ed economico, delle altre offerte in gara.

Quindi anche per quanto riguarda la richiesta di risarcimento formulata dalla ricorrente, l'amministrazione dovrà procedere alla riedizione della gara.ni

Passaggio tratto dalla [sentenza numero 1791 del 2 dicembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia](#)

Stante l'applicabilità del principio della tassatività delle cause di esclusione, il problema è se la prescrizione imposta nel bando a pena di esclusione relativamente alla prestazione della cauzione provvisoria nell'importo indicato rientra in quelle ammesse dalla legge o, diversamente, dovesse

ritenersi nulla in quanto esulante dalle ipotesi normativamente previste e quindi insuscettibile di supportare la determinazione dell'esclusione della ricorrente dalla gara.

A tale riguardo è necessario sottolineare come il comportamento tenuto da parte ricorrente nel prestare la cauzione provvisoria si ponesse oggettivamente in contrasto con la prescrizione del bando in punto ammontare della cauzione.

Invero, secondo le regole generali la cauzione provvisoria deve essere rapportata al valore complessivo dell'appalto ed a tale riguardo il bando ha indicato chiaramente detto valore complessivo nella somma di €2.888.926,26, individuando di conseguenza nel disciplinare l'ammontare della cauzione provvisoria dovuta nella percentuale del 2% di detto importo (riducibile per la ricorrente del 50%) : detta prescrizione risulta corretta e il riferimento, contenuto nel disciplinare, al prezzo contrattuale per il servizio nei primi 12 mesi, diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, non può essere inteso quale importo di riferimento per il computo della cauzione.

Tale conclusione è invero avallata dallo stesso tenore letterale dell'art. 29 del D.lgs. n. 163/06 ("Il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto"), che comprende nel computo del valore dell'appalto anche le eventuali opzioni, quali componenti del valore massimo stimato dello stesso.

Con tale previsione è stata infatti privilegiata una determinazione del valore dell'appalto, quale è "l'importo massimo stimato", comprensivo anche del valore riferibile all'eventuale rinnovo del contratto o comunque dell'attribuzione al contraente privato di un diritto di opzione al suo rinnovo : ciò al fine evidente di consentire un'immediata valutazione del valore monetario della prestazione da eseguire, nella sua interezza e complessità, comprendente quindi, sin dal primo esame, tutte le evoluzioni possibili del rapporto, fra cui anche il rinnovo o la proroga dello stesso.

Ciò premesso, il Collegio non ignora l'attuale incertezza interpretativa circa la portata della disposizione recentemente introdotta riguardo alla tassatività delle clausole di esclusione e l'orientamento inizialmente manifestato da parte dell'AVCP circa la riconducibilità dell'ipotesi della mancata prestazione della cauzione provvisoria a tali ipotesi, quale condizione essenziale dell'offerta.

Tuttavia, considerato che le disposizioni implicanti la grave sanzione dell'esclusione dalla gara debbono essere di stretta interpretazione e quindi debbono trovare il loro fondamento in una norma che espressamente imponga la loro osservanza, non può essere ignorato il dato di fatto emergente dalla lettura della norma dettata dal Codice dei Contratti con l'art. 75 proprio in materia di garanzie a corredo dell'offerta ed in particolare dal raffronto fra il primo e l'ottavo comma dell'articolo richiamato

Così infatti dispone il primo comma : "L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente"; a sua volta il comma ottavo dispone : "L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario".

Appare di tutta evidenza la diversa valenza attribuita dal legislatore alla prestazione della cauzione provvisoria di cui al primo comma, quale indubbia condizione della serietà dell'offerta presentata,

ma la cui osservanza non è imposta a pena di esclusione, dall'obbligo imposto con l'ottavo comma, che invece è assistito dalla comminatoria espressa della sanzione dell'esclusione dalla gara in caso di inottemperanza

Il dato normativo ed il confronto fra le due disposizioni induce quindi a ritenere la diversa valenza della prestazione della due garanzie e quindi che solo la mancata osservanza della seconda previsione, comportando ex lege l'esclusione dalla gara, possa costituire una delle ipotesi contemplate in via generale dall'art. 46, comma 1-bis

Diversamente, anche sulla scorta dell'espressione letterale, ma evidentemente in ragione della diversa rilevanza dell'assunzione dell'obbligo di garanzia all'atto della formulazione dell'offerta, la mancata osservanza delle previsione di cui al primo comma dell'art. 75 non determina ex lege l'esclusione dalla gara, ergo non rientra nelle ipotesi di cui all'art. 46, comma 1 – bis.

Di conseguenza, la clausola di esclusione contenuta al punto 12, comma 5 del disciplinare di gara è da considerarsi nulla ex lege e quindi la sua inosservanza non poteva comportare l'esclusione della ricorrente dalla gara.

In conclusione, per tutte le considerazioni sin qui espresse, il ricorso va accolto e per l'effetto va annullato il provvedimento con il quale la società ricorrente è stata esclusa dalla gara, con tutte le conseguenze da ciò derivanti per quanto riguarda l'aggiudicazione dell'appalto a favore della controinteressata ed il relativo contratto, di cui deve essere dichiarata l'inefficacia

per quanto riguarda la richiesta di risarcimento formulata dalla ricorrente, l'amministrazione dovrà procedere alla riedizione della gara.

### ***PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI***

Tassatività delle cause di esclusione, importo della cauzione provvisoria e favor participationis

E siamo a tre!favor participationis contro par condicio\_bella lotta!

Seconda sentenza del Tar Veneto\_terza in tutto dopo anche il Tar Liguria\_ con la quale viene annullata l'esclusione di un partecipante la cui cauzione provvisoria è risultata di importo inferiore a quanto richiesto e dovuto

Tale conclusione viene fondata sul presupposto che <<a fronte dell'oggettiva incertezza interpretativa della norma recentemente introdotta dal legislatore, così come testimoniato dai precedenti richiamati dalla difesa resistente – possa essere invocato il principio di favor participationis>>

In virtù della nota norma di cui all'articolo 46 comma 1 bis del codice dei contratti in tema di tassatività delle cause di esclusione, il Tar sancisce che <<l'amministrazione, riammessa in gara la ricorrente, dovrà provvedere a rideterminare la graduatoria considerando anche l'offerta della medesima, individuando, una volta stabilita la nuova soglia di anomalia, il soggetto aggiudicatario che, se diverso da quello attualmente individuato, dovrà subentrare nel contratto nell'eventualità che risultasse già sottoscritto>>

Passaggio tratto dalla sentenza numero 1659 dell' 8 novembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia

Richiamato l'orientamento espresso dal Tribunale in ordine all'interpretazione del disposto di cui all'art. 46, comma 1 bis, così recentemente introdotto al fine di disciplinare, secondo principi di tassatività, le cause di esclusione dalle pubbliche gare;  
ritenuto di poter ribadire quanto puntualizzato con la pronuncia n. 1376/11 (peraltro, confermata in sede cautelare d'appello) e quindi di applicare i medesimi principi ivi espressi anche al caso di specie;  
osservato, altresì, che il caso specifico oggetto del presente giudizio si manifesta quale espressione di un evidente errore materiale (confermato nella sua essenza dallo stesso fideiussore) nell'indicazione dell'importo garantito, inferiore a quello dovuto in base al bando, peraltro esattamente indicato nel modulo utilizzato;  
ritenuto che - a fronte dell'oggettiva incertezza interpretativa della norma recentemente introdotta dal legislatore, così come testimoniato dai precedenti richiamati dalla difesa resistente - possa essere invocato il principio di favor participationis;  
il ricorso può trovare accoglimento e per l'effetto l'amministrazione, riammessa in gara la ricorrente, dovrà provvedere a rideterminare la graduatoria considerando anche l'offerta della medesima, individuando, una volta stabilita la nuova soglia di anomalia, il soggetto aggiudicatario che, se diverso da quello attualmente individuato, dovrà subentrare nel contratto nell'eventualità che risultasse già sottoscritto

\*\*\*\*\*

Le irregolarità nella presentazione della cauzione provvisoria, dopo il 14 maggio 2011, sono sanabili

Dopo il Tar Veneto, anche in Liguria i giudici amministrativi fanno riammettere un'impresa esclusa dalla Stazione appaltante per "colpa" della cauzione provvisoria

Mentre non vi è alcun dubbio che la mancata presentazione della cauzione provvisoria sia, legittima, causa di esclusione, sembra che i nostri giudici, in applicazione del neo nato comma 1 bis dell'articolo 46 del codice dei contratti, siano di diverso avviso per quanto concerne le "mancanze" della garanzia stessa

Prima il Tar Veneto \_ sentenza numero 1376 del 13 settembre 2011\_ e ora il Tar Liguria\_ sentenza numero 1396 del 22 settembre 2011 si trovano d'accordo nell'affermare che, tra le tassative cause di esclusione, non vi è spazio per errate presentazioni della cauzione provvisoria.

Di conseguenza, nelle due fattispecie sottoposte ai giudici amministrativi, le Stazioni appaltanti dovranno riammettere le imprese illegittimamente escluse

In entrambe le situazioni si è trattato di un problema di importo della cauzione provvisoria(e non di clausole mancanti o di altre diversità rispetto alle prescrizioni di legge)

La sinteticità della sentenza veneta non ci permette di saperne di più, mentre sul caso genovese, qualche osservazione ci sembra opportuna

La ricorrente ha allegato una polizza fideiussoria che teneva la p.a. indenne solo per il cinquanta per cento dell'importo fissato nel bando, senza che fosse stata provata compiutamente la sussistenza della condizione richiesta.

Fino a 14 maggio era palese la legittimità dell'esclusione



Ora non più

Infatti, ci insegnano i giudici genovesi << La formulazione della novella\_ comma 1 bis dell'articolo 46 \_ non è chiarissima, ma sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi.

Ne deriva che il motivo per cui la società in questione è stata esclusa dall'esperimento non sembra rientrare nell'elenco introdotto dal legislatore, sì che la domanda va accolta, dovendosi annullare l'esclusione e tutti gli atti ad essa conseguenti.

La domanda è la seguente

Che ne sarà della par condicio?

Nel senso che, specialmente per appalti di una certa importanza e da aggiudicarsi al prezzo più basso, è ovvio che risulta avvantaggiata la partecipante che ha speso meno per la cauzione provvisoria

Questo minor costo ha sicuramente influito sulla determinazione dell'offerta economica

Permettere di integrare l'importo in garanzia, significa inosservanza del principio di concorrenza e di par condicio; e tale situazione, invece di alleggerire il carico dei nostri Tar, sarà sicuramente fonte di ulteriori controversie

Per buona pace della semplificazione amministrativa

Per non tacer dell'eventualità che l'errore nella presentazione della cauzione provvisoria provenga da mancata indicazione di alcune obbligatorie clausole.....

Ancora una volta il legislatore ha perso l'occasione per dimostrare la propria lungimiranza nel scrivere alcuni divieti negli appalti pubblici

Ora non ci resta che attendere il Consiglio di Stato!

Ecco la norma

*Art. 46. Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione*

(rubrica così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera d), decreto-legge n. 70 del 2011)  
(art. 43, dir. 2004/18; art. 16, d.lgs. n. 157/1995; art. 15, d.lgs. n. 358/1992)

1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per

difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.  
(comma aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera d), decreto-legge n. 70 del 2011)

Passaggio tratto dalla sentenza numero 1396 del 22 settembre 2011 pronunciata dal Tar Liguria, Genova

Il collegio può pronunciare sentenza brevemente motivata, vista la completezza del contraddittorio, la richiesta di adozione di una misura cautelare e la sufficienza degli elementi di prova, resa nota alle parti la presente determinazione.

Sono impugnati gli atti con cui la provincia di Genova ha escluso l'interessata dalla gara indetta per la fornitura di software antivirus, ed ha poi dichiarato la controinteressata aggiudicataria.

La ragione dell'atto concretamente lesivo è individuato nella presentazione da parte della concorrente di una cauzione che la p.a. ha ritenuto insufficiente: la legge di gara prevedeva che per (punto 7.2 delle norme di partecipazione) "... i candidati in possesso della certificazione al sistema di qualità conforme alle norme UNI EN ISO 9000 l'importo della cauzione provvisoria ... è ridotto del 50 per cento...". La ricorrente ha allegato una polizza fideiussoria che teneva la p.a. indenne solo per il cinquanta per cento dell'importo fissato nel bando, senza che fosse stata provata compiutamente la sussistenza della condizione richiesta.

Il collegio osserva che l'atto impugnato è stato adottato alla fine del decorso mese di luglio, allorché era già entrato in vigore l'art. 46 1 bis del d.lvo 12.4.2006, n. 163, che prevede la tassatività delle cause di esclusione dei soggetti partecipanti agli esperimenti indetti dalla p.a..

La formulazione della novella non è chiarissima, ma sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi.

Ogni altra ragione di non partecipazione agli incanti non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito (in tal senso, tar Veneto, 13.9.2011, n. 1376) .

Ne deriva che il motivo per cui la società in questione è stata esclusa dall'esperimento non sembra rientrare nell'elenco introdotto dal legislatore, sì che la domanda va accolta, dovendosi annullare l'esclusione e tutti gli atti ad essa conseguenti.

Sulla possibilità di applicazione di tale norma è stata attirata l'attenzione delle parti, come dal verbale d'udienza.

\*\*\*\*\*

Si legga anche

sentenza numero 1376 del 13 settembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto Venezia

Rivoluzione nella presentazione della provvisoria\_può essere integrata una cauzione di importo inferiore

Ecco la prima sentenza in materia di cauzioni dopo l'introduzione della tassatività delle clausole di esclusione

## Considerato

che l'art. 46, comma 1-bis del DLgs n. 163/2006, aggiunto dall'art. 4, II comma, n. 2, lett. "d" del DL n. 70/2011, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, tra le quali non rientra la prestazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario;

che nel caso di specie - ove peraltro la cauzione era incompleta, non già assente - l'odierna ricorrente non poteva essere automaticamente estromessa dalla gara, ma doveva essere previamente invitata ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto;

che, ciò stante, va accolto il ricorso (per motivi aggiunti) dd. 21 luglio 2011 e, conseguentemente, annullato l'impugnato provvedimento 19.7.2011 n. 344409 di esclusione della ricorrente dal "proseguo della gara d'appalto".

## **Le clausole escludenti discrezionali, anche in materia di cauzioni, sono nulle se il bando è stato pubblicato sulla GURI dopo il 14 maggio 2011**

Sonia Lazzini

Per quanto riguarda gli effetti giuridici derivanti dalla pubblicazione dei bandi, assume unica rilevanza quella effettuata nella GURI, indipendentemente quindi dall'antecedente pubblicazione operata nella GUCE.

Il principio di tassatività della clausole di esclusione vale, a pena di nullità delle clausole difformemente introdotte, per tutti i bandi la cui pubblicazione, avvenuta nella GURI, sia successiva all'entrata in vigore della norma, a prescindere dall'antecedente pubblicazione dei medesimi nella GUCE.

Poiché il bando di cui è causa è stato pubblicato nella GURI in data 20 maggio 2011 e quindi successivamente alla data di entrata in vigore del D.L. n. 70/11, convertito sul punto senza modifiche dalla L. n. 106/11, la nuova disciplina operante in ordine alle clausole di esclusione dalle pubbliche gare era suscettibile di applicazione anche con riferimento al bando di cui alla gara in oggetto.

Passaggio tratto dalla [sentenza numero 1791 del 2 dicembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia](#)

### **I motivi del ricorso**

Tenuto conto del fatto che il bando di gara è stato pubblicato nella GURI in data successiva all'entrata in vigore della disposizione di cui all'art. 46, 1-bis del codice dei contratti - che quindi risulta pienamente applicabile essendo rilevante, ai sensi dell'art.66, detta pubblicazione e non quelle antecedente nella GUCE - parte ricorrente invoca la nuova disciplina che limita i casi di esclusione dalla partecipazione alle pubbliche gare alle sole ipotesi previste dal codice, dal regolamento o da altre disposizioni di legge, fra le quali non rientra quella relativa alla prestazione della cauzione provvisoria di cui al primo comma dell'art. 75, da cui la conseguente nullità della clausola che ha previsto l'esclusione dei concorrenti per tale mancanza, così come disposto nei confronti della ditta Ricorrente Trent

### **Le argomentazioni della difesa**

le difese resistenti, eccepita preliminarmente l'inammissibilità della doglianza in quanto tardivamente proposta avverso la clausola della lex specialis, hanno controdedotto evidenziando l'inapplicabilità ratione temporis della nuova disciplina, in quanto il bando risulta essere stato pubblicato nella GUCE in data anteriore alla entrata in vigore del D.L. n. 70/2011, sottolineando altresì come la prestazione di una cauzione insufficiente debba essere considerata quale mancanza di un elemento essenziale dell'offerta, che giustifica la sanzione dell'esclusione del concorrente (così come ritenuto dall'A.V.C.P. nel parere del 2 agosto 2011).

### **Il punto di partenza del giudice amministrativo**

Appare quindi evidente che il punto dirimente della controversia in esame è stabilire innanzitutto l'applicabilità ratione temporis della novella introdotta con D.L. n. 70/2011 circa le cause di esclusione dalle pubbliche gare, per le quali, in virtù della disposizione richiamata, è stato introdotto il principio di tassatività.

In base all'art. 46, comma 1-bis, infatti, le ipotesi di esclusione sono unicamente conseguenti al

"...mancato adempimento delle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali...", per cui "...i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Sul punto parte ricorrente ritiene sia necessario fare unico riferimento alla data di avvenuta pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (nella specie successiva – 20.5.2011 - all'entrata in vigore della norma, avvenuta il 14 maggio 2011), invocando il disposto di cui all'art. 66 del Codice dei Contratti, in base al quale (comma 8) è stabilito che gli effetti giuridici che l'ordinamento riconnette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Su tale impostazione dissente parte resistente, dando rilevanza alla data di avvenuta adozione del bando e comunque alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, entrambe antecedenti la data del 14 maggio 2011, sottolineando la valenza accessoria della successiva pubblicazione (peraltro per estratto) sulla GURI.

Ritiene il Collegio, conformemente all'indirizzo già espresso su analoga questione (cfr. T.A.R. Veneto, I, n. 1575/2011), che il riferimento temporale da tenere in considerazione sia quello dell'avvenuta pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Invero, la disposizione contenuta nel comma 8 dell'art. 66 del Codice dei Contratti ha espressamente introdotto il principio generale per cui gli effetti giuridici connessi dall'ordinamento italiano all'avvenuta pubblicazione dei bandi di gara debbano essere ricondotti unicamente alla pubblicazione effettuata nella GURI, a nulla rilevando, a questo specifico fine, la data di pubblicazione nella GUCE.

Quindi, per espressa previsione normativa, per quanto riguarda gli effetti giuridici derivanti dalla pubblicazione dei bandi, assume unica rilevanza quella effettuata nella GURI, indipendentemente quindi dall'anteriore pubblicazione operata nella GUCE.

Conseguenza diretta del combinato disposto della norma di cui al comma 8 dell'art. 66 e di quella introdotta dal comma 1-bis dell'art. 46, è che il principio di tassatività della clausole di esclusione debba valere, a pena di nullità delle clausole difformemente introdotte, per tutti i bandi la cui pubblicazione, avvenuta nella GURI, sia successiva all'entrata in vigore della norma, a prescindere all'anteriore pubblicazione dei medesimi nella GUCE.

Di conseguenza, poiché il bando di cui è causa è stato pubblicato nella GURI in data 20 maggio 2011 e quindi successivamente alla data di entrata in vigore del D.L. n. 70/11, convertito sul punto senza modifiche dalla L. n. 106/11, la nuova disciplina operante in ordine alle clausole di esclusione dalle pubbliche gare era suscettibile di applicazione anche con riferimento al bando di cui alla gara in oggetto.

## **E' fondato il ricorso avverso un'esclusione per carenza delle referenze bancarie**

Sonia Lazzini

E' illegittima l'esclusione della Società ricorrente dalla gara per la fornitura di materiali di ricambio, in ragione della circostanza che la documentazione inviata era carente delle due referenze bancarie, richieste dal punto f) del disciplinare di gara.

Così si esprime il [Tar Pescara con la sentenza numero 632 del 9 novembre 2011](#)

**Ma...**

e' molto discutibile la tesi secondo la quale anche la mancata presentazione di un requisito di capacita' economico finanziaria non debba essere fonte di legittima esclusione!

come mai due adeguate referenze bancarie non possono essere considerate quali elementi essenziali dell'offerta?

se la tesi per la quale solo gli inadempimenti a specifiche clausole di esclusione debbano essere sanciti con la legittima esclusione, il pericolo e' quello di allungare i tempi di aggiudicazione degli appalti in quanto, per qualsiasi mancanza, compresa quella dei requisiti partecipativi, la partecipante puo' essere ammessa con riserva

certamente viene favorito il principio della massima partecipazione ma non quello della par condicio!

**in pratica, come volevasi dimostrare, l'introduzione del comma 1 bis dell'articolo 46 nel codice dei contratti, sta creando piu' confusione che certezza del diritto!**

**per buona pace della semplificazione legislativa!**

Viene spontanea una prima osservazione in merito alla specifica fattispecie sottoposta ai giudici abruzzesi:

Partiamo dalla norma

Ricordiamo la norma nella sua interezza

**1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.**

**(comma aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera d), legge n. 106 del 2011)**

Osserviamo inoltre che è nell'articolo 41 del codice dei contratti\_ quindi nella norma primaria\_ che si trova l'indicazione della richiesta delle due referenze bancarie quale requisito di ordine speciale :

Art. 41. Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi  
(art. 47, dir. 2004/18; art. 1,3 d.lgs. n. 157/1995; art. 13, d.lgs. n. 358/1995)

**1. Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: (comma così sostituito dall'art. 2, comma 1, lett. l), d.lgs. n. 152 del 2008)**

**a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385;**

b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445;

c) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

2. Le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere. I documenti di cui al comma 1, lettera b), non possono essere richiesti a prestatori di servizi o di forniture stabiliti in Stati membri che non prevedono la pubblicazione del bilancio.

3. Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

4. La dichiarazione di cui al comma 1, lettera a), è presentata già in sede di offerta. Il concorrente aggiudicatario è tenuto ad esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni di cui al comma 1, lettere b) e c).

(comma così sostituito dall'art. 2, comma 1, lett. l), d.lgs. n. 152 del 2008)

La domanda quindi è

possibile che la mancata presentazione delle due referenze bancarie non possa essere considerata un inadempimento alla legge primaria e come tale fonte di legittima esclusione?

Passaggio tratto dalla sentenza numero 632 del 9 novembre 2011 pronunciata dal Tar Abruzzo, Pescara

l'art. 46, comma 1-bis, del D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163, aggiunto dall'art. 4, 2 comma, n. 2, lett. d) del D.L. n. 70 del 2011, convertito con modificazioni nella L. 12 luglio 2011, n. 106, ha introdotto il principio della tassatività delle cause di esclusione dei soggetti partecipanti agli esperimenti indetti dalla P.A., prevedendo la possibilità di comminare l'esclusione solo "nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di

partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte" e che "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione" e "dette prescrizioni sono comunque nulle".

In base a tale norma, in definitiva, è oggi possibile comminare l'esclusione da una gara solo ove vi sia incertezza in ordine alla provenienza della domanda, al suo contenuto o alla sigillazione dei plichi e che ogni altra ragione di non partecipazione agli incanti non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito (cfr. in tal senso e da ultimo T.A.R. Liguria, sez. II, 22 settembre 2011, n. 1396, e T.A.R. Veneto, sez. I, 13 settembre 2011, n. 1376);

Ora, poiché tra le predette cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, non sembra rientrare anche la mancata presentazione delle referenze bancarie, sembra evidente che la Stazione appaltante non avrebbe potuto escludere la ricorrente dalla gara, ma, in ipotesi, avrebbe dovuto invitarla ad integrare la documentazione mancante.

Il ricorso in esame deve, pertanto, essere accolto per essere fondata la predetta doglianza dedotta nei confronti dell'atto impugnato e, per l'effetto, deve essere annullato l'impugnato atto di esclusione della ricorrente dalla gara.

Sussistono, tuttavia, in relazione alla novità della normativa applicabile alla fattispecie e delle questioni interpretative che tale normativa pone, giuste ragioni per disporre la totale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio, con esclusione del solo contributo unificato che l'Amministrazione intimata dovrà rimborsare alla ricorrente.



## **Tassatività delle cause di esclusione, importo della cauzione provvisoria e favor participationis**

Sonia Lazzini

E siamo a tre! Favor participationis contro par condicio, bella lotta!

Seconda sentenza del Tar Veneto con la quale viene annullata l'esclusione di un partecipante la cui cauzione provvisoria è risultata di importo inferiore a quanto richiesto e dovuto

In virtù della nota norma di cui all'articolo 46 comma 1 bis del codice dei contratti in tema di tassatività delle cause di esclusione, il Tar sancisce che <<l'amministrazione, riammessa in gara la ricorrente, dovrà provvedere a rideterminare la graduatoria considerando anche l'offerta della medesima, individuando, una volta stabilita la nuova soglia di anomalia, il soggetto aggiudicatario che, se diverso da quello attualmente individuato, dovrà subentrare nel contratto nell'eventualità che risultasse già sottoscritto>>

*Passaggio tratto dalla sentenza numero 1659 dell' 8 novembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia*

Richiamato l'orientamento espresso dal Tribunale in ordine all'interpretazione del disposto di cui all'art. 46, comma 1 bis, così recentemente introdotto al fine di disciplinare, secondo principi di tassatività, le cause di esclusione dalle pubbliche gare; ritenuto di poter ribadire quanto puntualizzato con la pronuncia n. 1376/11 (peraltro, confermata in sede cautelare d'appello) e quindi di applicare i medesimi principi ivi espressi anche al caso di specie; osservato, altresì, che il caso specifico oggetto del presente giudizio si manifesta quale espressione di un evidente errore materiale (confermato nella sua essenza dallo stesso fideiussore) nell'indicazione dell'importo garantito, inferiore a quello dovuto in base al bando, peraltro esattamente indicato nel modulo utilizzato; ritenuto che - a fronte dell'oggettiva incertezza interpretativa della norma recentemente introdotta dal legislatore, così come testimoniato dai precedenti richiamati dalla difesa resistente - possa essere invocato il principio di favor participationis; il ricorso può trovare accoglimento e per l'effetto l'amministrazione, riammessa in gara la ricorrente, dovrà provvedere a rideterminare la graduatoria considerando anche l'offerta della medesima, individuando, una volta stabilita la nuova soglia di anomalia, il soggetto aggiudicatario che, se diverso da quello attualmente individuato, dovrà subentrare nel contratto nell'eventualità che risultasse già sottoscritto

### **PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI**

Le irregolarità nella presentazione della cauzione provvisoria, dopo il 14 maggio 2011, sono sanabili

Dopo il Tar Veneto, anche in Liguria i giudici amministrativi fanno riammettere un'impresa esclusa dalla Stazione appaltante per "colpa" della cauzione provvisoria

Mentre non vi è alcun dubbio che la mancata presentazione della cauzione provvisoria sia, legittima, causa di esclusione, sembra che i nostri giudici, in applicazione del neo nato comma 1 bis dell'articolo 46 del codice dei contratti, siano di diverso avviso per quanto concerne le "mancanze" della garanzia stessa

Prima il Tar Veneto \_ sentenza numero 1376 del 13 settembre 2011\_ e ora il Tar Liguria\_ sentenza numero 1396 del 22 settembre 2011 si trovano d'accordo nell'affermare che, tra le tassative cause di esclusione, non vi è spazio per errate presentazioni della cauzione provvisoria.

Di conseguenza, nelle due fattispecie sottoposte ai giudici amministrativi, le Stazioni appaltanti dovranno riammettere le imprese illegittimamente escluse

In entrambe le situazioni si è trattato di un problema di importo della cauzione provvisoria(e non di clausole mancanti o di altre diversità rispetto alle prescrizioni di legge)

La sinteticità della sentenza veneta non ci permette di saperne di più, mentre sul caso genovese, qualche osservazione ci sembra opportuna

La ricorrente ha allegato una polizza fideiussoria che teneva la p.a. indenne solo per il cinquanta per cento dell'importo fissato nel bando, senza che fosse stata provata compiutamente la sussistenza della condizione richiesta.

Fino a 14 maggio era palese la legittimità dell'esclusione

Ora non più

Infatti, ci insegnano i giudici genovesi << La formulazione della novella\_ comma 1 bis dell'articolo 46 \_ non è chiarissima, ma sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi.

Ne deriva che il motivo per cui la società in questione è stata esclusa dall'esperimento non sembra rientrare nell'elenco introdotto dal legislatore, sì che la domanda va accolta, dovendosi annullare l'esclusione e tutti gli atti ad essa conseguenti.

La domanda è la seguente

Che ne sarà della par condicio?

Nel senso che, specialmente per appalti di una certa importanza e da aggiudicarsi al prezzo più basso, è ovvio che risulta avvantaggiata la partecipante che ha speso meno per la cauzione provvisoria

Questo minor costo ha sicuramente influito sulla determinazione dell'offerta economica

Permettere di integrare l'importo in garanzia, significa inosservanza del principio di concorrenza e di par condicio; e tale situazione, invece di alleggerire il carico dei nostri Tar, sarà sicuramente fonte di ulteriori controversie

Per buona pace della semplificazione amministrativa

Per non tacer dell'eventualità che l'errore nella presentazione della cauzione provvisoria provenga da mancata indicazione di alcune obbligatorie clausole.....

Ancora una volta il legislatore ha perso l'occasione per dimostrare la propria lungimiranza nel scrivere alcuni divieti negli appalti pubblici

Ora non ci resta che attendere il Consiglio di Stato!

Ecco la norma

Art. 46. Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione

(rubrica così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera d), decreto-legge n. 70 del 2011)  
(art. 43, dir. 2004/18; art. 16, d.lgs. n. 157/1995; art. 15, d.lgs. n. 358/1992)

1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

**1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.**

(comma aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera d), decreto-legge n. 70 del 2011)

*Passaggio tratto dalla sentenza numero 1396 del 22 settembre 2011 pronunciata dal Tar Liguria, Genova*

Il collegio può pronunciare sentenza brevemente motivata, vista la completezza del contraddittorio, la richiesta di adozione di una misura cautelare e la sufficienza degli elementi di prova, resa nota alle parti la presente determinazione.

Sono impugnati gli atti con cui la provincia di Genova ha escluso l'interessata dalla gara indetta per la fornitura di software antivirus, ed ha poi dichiarato la controinteressata aggiudicataria.

La ragione dell'atto concretamente lesivo è individuato nella presentazione da parte della concorrente di una cauzione che la p.a. ha ritenuto insufficiente: la legge di gara prevedeva che per (punto 7.2 delle norme di partecipazione) "... i candidati in possesso della certificazione al sistema di qualità conforme alle norme UNI EN ISO 9000 l'importo della cauzione provvisoria ... è ridotto del 50 per cento...". La ricorrente ha allegato una polizza fideiussoria che teneva la p.a. indenne solo per il cinquanta per cento dell'importo fissato nel bando, senza che fosse stata provata compiutamente la sussistenza della condizione richiesta.

Il collegio osserva che l'atto impugnato è stato adottato alla fine del decorso mese di luglio, allorché era già entrato in vigore l'art. 46 1 bis del d.lvo 12.4.2006, n. 163, che prevede la tassatività delle cause di esclusione dei soggetti partecipanti agli esperimenti indetti dalla p.a..

La formulazione della novella non è chiarissima, ma sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi.

Ogni altra ragione di non partecipazione agli incanti non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito (in tal senso, tar Veneto, 13.9.2011, n. 1376) .

Ne deriva che il motivo per cui la società in questione è stata esclusa dall'esperimento non sembra rientrare nell'elenco introdotto dal legislatore, sì che la domanda va accolta, dovendosi annullare l'esclusione e tutti gli atti ad essa conseguenti.

Sulla possibilità di applicazione di tale norma è stata attirata l'attenzione delle parti, come dal verbale d'udienza.

Si legga anche

Rivoluzione nella presentazione della provvisoria\_può essere integrata una cauzione di importo inferiore

Ecco la prima sentenza in materia di cauzioni dopo l'introduzione della tassatività delle clausole di esclusione

Considerato

che l'art. 46, comma 1-bis del DLgs n. 163/2006, aggiunto dall'art. 4, II comma, n. 2, lett. "d" del DL n. 70/2011, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, tra le quali non rientra la prestazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario;

che nel caso di specie - ove peraltro la cauzione era incompleta, non già assente - l'odierna ricorrente non poteva essere automaticamente estromessa dalla gara, ma doveva essere previamente invitata ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto;

che, ciò stante, va accolto il ricorso (per motivi aggiunti) dd. 21 luglio 2011 e, conseguentemente, annullato l'impugnato provvedimento 19.7.2011 n. 344409 di esclusione della ricorrente dal "proseguo della gara d'appalto";

passaggio tratto dalla sentenza numero 1376 del 13 settembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto Venezia

**N. 01659/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 01801/2011 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto  
(Sezione Prima)  
ha pronunciato la presente**

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1801 del 2011, proposto da:

Ricorrente. S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Rosalia Jevolella Zambon, Sebastiano Artale, Giuliano Neri, con domicilio eletto presso Rosalia Jevolella in Venezia, S. Marco, 4325;

**contro**

Contarina S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Monica Bettiol, con domicilio eletto presso la Segreteria della Sezione ai sensi dell'art. 25, comma 2 del D.lgs. n. 104/2010;

**nei confronti di**

Controinteressata Costruzioni Generali S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Franco Stivanello Gussoni, Gianluca De Sario, con domicilio eletto presso Franco Stivanello Gussoni in Venezia, Dorsoduro, 3593;

**per l'annullamento**

del verbale di gara dell'8.9.2011, con cui Contarina S.p.A. ha escluso la ricorrente dalla procedura negoziata "per l'affidamento delle opere preliminari alla messa in sicurezza e sfruttamento energetico ex discarica "Tiretta" in località Padernello di Paese (TV) ai sensi del D.Lgs. 152/06 e del D.L.gs 36/2003"; della delibera consiliare in data 29.9.2011 con la quale sono stati approvati i verbali di gara, aggiudicato definitivamente l'appalto ad Controinteressata Costruzioni Generali S.p.A., e confermata l'esclusione della ricorrente; della nota prot. 12688/CN del 4.10.2011, di comunicazione dell'esito della gara e di conferma dell'esclusione della ricorrente; nonché di ogni altro atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Contarina S.p.A. e di Controinteressata Costruzioni Generali S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2011 la dott.ssa Alessandra Farina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Richiamato l'orientamento espresso dal Tribunale in ordine all'interpretazione del disposto di cui all'art. 46, comma 1 bis, così recentemente introdotto al fine di disciplinare, secondo principi di tassatività, le cause di esclusione dalle pubbliche gare;

ritenuto di poter ribadire quanto puntualizzato con la pronuncia n. 1376/11 (peraltro, confermata in sede cautelare d'appello) e quindi di applicare i medesimi principi ivi espressi anche al caso di specie;

osservato, altresì, che il caso specifico oggetto del presente giudizio si manifesta quale espressione di un evidente errore materiale (confermato nella sua essenza dallo stesso fideiussore) nell'indicazione dell'importo garantito, inferiore a quello dovuto in base al bando, peraltro esattamente indicato nel modulo utilizzato;

ritenuto che - a fronte dell'oggettiva incertezza interpretativa della norma recentemente introdotta dal legislatore, così come testimoniato dai precedenti richiamati dalla difesa resistente - possa essere invocato il principio di favor participationis;

il ricorso può trovare accoglimento e per l'effetto l'amministrazione, riammessa in gara la ricorrente, dovrà provvedere a rideterminare la graduatoria considerando anche l'offerta della medesima, individuando, una volta stabilita la nuova soglia di anomalia, il soggetto aggiudicatario che, se diverso da quello attualmente individuato, dovrà subentrare nel contratto nell'eventualità che risultasse già sottoscritto.

Spese compensate.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF

Riccardo Savoia, Consigliere

Alessandra Farina, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/11/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

## **Tassatività delle cause di esclusione e richiesta dell'autentica notarile della firma del fideiussore**

Sonia Lazzini

Dal 14 maggio 2011 nulla sarà come prima\_sebbene anche il Tar Campania, Napoli con la sentenza 5552 del 24 novembre 2011 ritenga legittima la richiesta autenticazione della cauzione provvisoria, tuttavia, non essendo questa richiesta legittimata da alcuna norma del codice dei contratti ( o del regolamento di attuazione), l'esclusione dell'impresa che non allega la relativa autenticazione (sia essa della sola firma del fideiussore e/o dei suoi poteri di firma) non sarà più legittima

Discutibile inoltre è la tesi per la quale una cauzione provvisoria di durata inferiore a quanto richiesto, sia anch'essa causa di esclusione

È doveroso infatti ricordare che la fideiussione provvisoria si svincola solo con un atto positivo da parte della Stazione appaltante, beneficiaria della garanzia (vedi, sebbene dopo il recepimento della direttiva ricorsi, la norma andrebbe modificata\_articolo 75 comma 9 del codice dei contratti)

Ed inoltre non può essere dimenticato che, se la fideiussione è una polizza, il mancato o ritardato pagamento del premio, non può essere opposto alla pa e di conseguenza la polizza è comunque operante fino ad uno specifico svincolo oppure alla restituzione dell'originale di polizza

Quindi, come da giurisprudenza consolidata, il periodo di validità ha effetti unicamente per la determinazione del premio (quindi per i rapporti fra ditta partecipante\_ditta obbligata\_ e suo fideiussore) ma non anche nei rapporti fra Stazione appaltante\_ente beneficiario e fideiussore del partecipante\_ditta obbligata

Certo che nella particolare fattispecie è ovvio che:

la norma\_dell'art. 46, comma 1 bis D.Lgs. 163/2006 (introdotto dall'art. 4, D.L. 13 maggio 2011 n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 12 luglio 2011 n. 106\_non si applica al caso in esame, trattandosi di procedura indetta con bando pubblicato sulla G.U.C.E. in data 10 giugno 2010 e sulla G.U.R.I. il 14 giugno 2010 quindi, governata dalla disciplina antecedente alla novella del 2011 ed ispirata al principio della tassatività ed inderogabilità delle cause di esclusione espressamente statuite nella lex specialis dell'appalto

passaggio tratto dalla sentenza 5552 del 24 novembre 2011 pronunciata dal Tar Campania, Napoli

colgono nel segno le censure con le quali parte ricorrente contesta la esibizione in sede di gara, da parte del consorzio aggiudicatario, di una cauzione provvisoria non autenticata (in violazione della previsione contenuta nel bando di gara al punto III.1.1, pag. 5) e con validità di 180 giorni, quindi con durata inferiore al termine di validità dell'offerta previsto dalla lex specialis (360 giorni, lettera di invito, Sez. XI, punto XI.1, pag. 21

quanto alla autenticazione della cauzione provvisoria, giova rammentare l'indirizzo già espresso dalla Sezione (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 14 gennaio 2011 n. 139 e 2 aprile 2007 n. 3041) e da questo Tribunale (Sez. II, 26 febbraio 2002 n. 1087) secondo cui la succitata disposizione di gara è conforme alla previsione contenuta nell'art. 57 R.D. 23 maggio 1924 n. 827 ( "Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato"), secondo cui "la validità delle cauzioni personali e del fideiussore deve essere riconosciuta e dichiarata dal pubblico ufficiale che l'accetta per conto dell'amministrazione" che impone un adempimento, da un lato, di

natura essenziale, per diretta derivazione dalla legge a tutela dell'interesse specifico della stazione appaltante, per altro verso, obbligato per garantire la correttezza dell'intero procedimento di aggiudicazione, sotto forma del rispetto della par condicio delle partecipanti:

si è inoltre osservato che non possono trarsi argomentazioni di segno contrario dalla previsione contenuta nell'art. 75 D.Lgs. 163/2006 (che, in tema di cauzione provvisoria, non prescrive l'autentica di firma del soggetto che emette la fideiussione) né dal principio del favor participationis o dal divieto di aggravamento del procedimento, considerato che la clausola di cui si discute risulta legittimamente finalizzata alla tutela dell'interesse pubblico alla certezza sulla provenienza della garanzia e non può ritenersi un mero aggravamento procedimentale, rispondendo comunque a logiche ordinamentali, trasfuse anche in norme di legge (Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2006 n. 8265);

- quanto viceversa al termine di validità, si osserva che la cauzione provvisoria ha la duplice finalità di garantire la stazione appaltante dalla mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e di assicurare l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata e svolge, di conseguenza, una funzione indennitaria dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto di stipulare il contratto e sanzionatoria degli inadempimenti procedimentali relativi alla veridicità delle dichiarazioni fornite in sede concorsuale, con la conseguenza che la sua durata non può prescindere dalla durata di validità dell'offerta, risultandone diversamente pregiudicata la sua stessa ratio legis (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 maggio 2009 n. 2885);

- peraltro, dall'esame degli atti emerge che, in seguito alla richiesta di regolarizzazione della stazione appaltante, il consorzio CONTROINTERESSATA ha prodotto una nuova cauzione (con termine di 360 giorni e assistita da autentica notarile) dopo il termine di scadenza previsto a pagina 21 della lettera di invito per il deposito della documentazione di gara (secondo cui il plico contenente la documentazione amministrativa e tecnica nonché l'offerta economica doveva pervenire, a pena di esclusione, entro e non oltre il termine perentorio delle ore 12,00 del 10 dicembre 2010), con ciò incorrendo nella espressa comminatoria di estromissione prevista dalla disciplina di gara;

Riportiamo qui di seguito il testo della sentenza 5552 del 24 novembre 2011 pronunciata dal Tar Campania, Napoli

**N. 05552/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 05311/2011 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania  
(Sezione Ottava)  
ha pronunciato la presente**

### **SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 5311 del 2011, proposto da:

Ricorrentel Costruzioni soc. coop., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Migliarotti, presso cui ha eletto domicilio in Napoli, via dei Mille, 16;

**contro**

Istituto Autonomo per le Case Popolari della Provincia di Napoli, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Rosa Poeta, Angela Fontana, Cinzia Coppa e Antonio Aragno, presso i quali ha eletto domicilio in Napoli, via D. Morelli, 75 (presso I.A.C.P. Napoli);

**nei confronti di**

Consorzio CONTROINTERESSATA, CONTROINTERESSATA 2 s.r.l., CONTROINTERESSATA 3 Costruzioni Speciali s.r.l., in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avv. Sergio Cosentini, presso cui hanno eletto domicilio in Napoli, via Nuova del Campo, 14;

**per l'annullamento**

- del provvedimento di invito a gara contenuto nel verbale redatto dalla commissione giudicatrice il 1 ottobre 2010, nella parte in cui ha disposto di invitare il consorzio controinteressato;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara al Consorzio CONTROINTERESSATA, comunicato con nota prot. 36304 del 27 settembre 2011, del provvedimento di ammissione del consorzio adottato con riserva nella seduta del 15 dicembre 2010, del provvedimento con cui si è disposto il superamento della fase del controllo della documentazione amministrativa del Consorzio CONTROINTERESSATA adottato nella seduta di gara del 26 gennaio 2011, di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente;
- nonché per la declaratoria di inefficacia/nullità del contratto di appalto ove nelle more stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di I.A.C.P. di Napoli;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio CONTROINTERESSATA, CONTROINTERESSATA 2 s.r.l., CONTROINTERESSATA 3 Costruzioni Speciali s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2011 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo di sentenza n. 5243 del 10 novembre 2011;

Premesso che il presente ricorso, trattato nell'udienza camerale per la domanda di concessione di misura cautelare, può essere deciso con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 74 del codice del processo amministrativo, essendo maturo per la decisione di merito, sussistendo gli altri presupposti di legge ed avendone dato avviso alle parti presenti;

Richiamato in fatto quanto esposto nel ricorso e dalle parti nei loro scritti difensivi;

Considerato che lo stesso appare fondato sotto distinti profili per le ragioni di seguito illustrate:

- colgono nel segno le censure con le quali parte ricorrente contesta la esibizione in sede di gara, da parte del consorzio aggiudicatario, di una cauzione provvisoria non autenticata (in violazione della previsione contenuta nel bando di gara al punto III.1.1, pag. 5) e con validità di 180 giorni, quindi con durata inferiore al termine di validità dell'offerta previsto dalla *lex specialis* (360 giorni, lettera di invito, Sez. XI, punto XI.1, pag. 21);
- quanto alla autenticazione della cauzione provvisoria, giova rammentare l'indirizzo già espresso dalla Sezione (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 14 gennaio 2011 n. 139 e 2 aprile 2007 n. 3041) e da questo Tribunale (Sez. II, 26 febbraio 2002 n. 1087) secondo cui la succitata disposizione di gara è conforme alla previsione contenuta nell'art. 57 R.D. 23 maggio 1924 n. 827 ( "*Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*"), secondo cui "*la validità delle cauzioni personali e del fideiussore deve essere riconosciuta e dichiarata dal pubblico ufficiale che l'accetta per conto dell'amministrazione*" che impone un adempimento, da un lato, di natura essenziale, per diretta derivazione dalla legge a tutela dell'interesse specifico della stazione appaltante, per altro verso, obbligato per garantire la correttezza dell'intero procedimento di aggiudicazione, sotto forma del rispetto della par condicio delle partecipanti: si è inoltre osservato che non possono trarsi argomentazioni di segno contrario dalla previsione contenuta nell'art. 75 D.Lgs. 163/2006 (che, in tema di cauzione provvisoria, non prescrive l'autentica di firma del soggetto che emette la fideiussione) né dal principio del favor participationis o dal divieto di aggravamento del procedimento, considerato che la clausola di cui si discute risulta legittimamente finalizzata alla tutela dell'interesse pubblico alla certezza sulla provenienza della garanzia e non può ritenersi un mero aggravamento procedimentale, rispondendo comunque a logiche ordinamentali, trasfuse anche in norme di legge (Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2006 n. 8265);
- quanto viceversa al termine di validità, si osserva che la cauzione provvisoria ha la duplice finalità di garantire la stazione appaltante dalla mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e di assicurare l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata e svolge, di conseguenza, una funzione indennitaria dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto di stipulare il contratto e sanzionatoria degli inadempimenti procedurali relativi alla veridicità delle dichiarazioni fornite in sede concorsuale, con la conseguenza che la sua durata non può prescindere dalla durata di validità dell'offerta, risultandone diversamente pregiudicata la sua stessa ratio legis (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 maggio 2009 n. 2885);
- peraltro, dall'esame degli atti emerge che, in seguito alla richiesta di regolarizzazione della stazione appaltante, il consorzio CONTROINTERESSATA ha prodotto una nuova cauzione (con termine di 360 giorni e assistita da autentica notarile) dopo il termine di scadenza previsto a pagina 21 della lettera di invito per il deposito della documentazione di gara (secondo cui il plico contenente la documentazione amministrativa e tecnica nonché l'offerta economica doveva pervenire, *a pena di esclusione*, entro e non oltre il termine perentorio delle ore 12,00 del 10 dicembre 2010), con ciò



incorrendo nella espressa comminatoria di estromissione prevista dalla disciplina di gara;

- parimenti fondato è il motivo di diritto con cui si lamenta la mancata produzione da parte del consorzio CONTROINTERESSATA del certificato camerale storico, in violazione della lettera di invito (punto X.I.2.2., lett. 'Q', pag. 24) che, al riguardo, prevede "...*Non saranno accettate visure camerali senza valore di certificazione storica e, pertanto, in tal caso il concorrente verrà escluso dalla gara*": quindi, dopo aver rilevato la citata carenza documentale ed in presenza di chiare disposizioni contenute nella lettera di invito, la commissione di gara avrebbe dovuto procedere alla esclusione del concorrente per il principio generale della tassatività ed inderogabilità delle cause di esclusione espressamente statuite nella lex specialis dell'appalto;

- non merita condivisione l'argomentazione difensiva sviluppata dall'amministrazione che assume in sintesi la illegittimità in parte qua della lettera di invito (sic), siccome statuyente ipotesi di esclusione non contemplata dall'ordinamento giuridico vigente ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis D.Lgs. 163/2006 (introdotto dall'art. 4, D.L. 13 maggio 2011 n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 12 luglio 2011 n. 106, secondo cui "...*i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle*"): in senso contrario, è agevole rilevare che la norma da ultimo citata non si applica al caso in esame, trattandosi di procedura indetta con bando pubblicato sulla G.U.C.E. in data 10 giugno 2010 e sulla G.U.R.I. il 14 giugno 2010 quindi, governata dalla disciplina antecedente alla novella del 2011 ed ispirata al principio della tassatività ed inderogabilità delle cause di esclusione espressamente statuite nella lex specialis dell'appalto (Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 2008 n. 567; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 9 marzo 2010, n. 1331).

La fondatezza degli scrutinati profili di illegittimità conduce, con assorbimento degli ulteriori motivi di gravame, all'accoglimento del ricorso, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Rilevato infine che la mancata stipulazione del contratto al momento della proposizione del ricorso rende superflua ogni statuizione in ordine alla declaratoria di inefficacia del contratto medesimo ai sensi degli artt. 121 e 122 del cod. proc. amm..

Venendo alla regolazione delle spese ed onorari di giudizio, il relativo onere grava sulle società controinteressate secondo il criterio generale della soccombenza, nella misura specificata in dispositivo.

Quanto alla stazione appaltante, viceversa, il Collegio stima equo disporre l'integrale compensazione tenuto conto che, benché vittoriosa in giudizio, la società ricorrente non ha comprovato, mediante l'esibizione agli atti di causa, il previo invio del c.d. preavviso di ricorso ex art. 243 bis D.Lgs. 163/2006: trova pertanto applicazione il quinto comma della richiamata disposizione, secondo cui l'omissione della prefata comunicazione costituisce comportamento valutabile ai fini della decisione sulle spese di lite.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna il Consorzio CONTROINTERESSATA e le società CONTROINTERESSATA 2 s.r.l. e CONTROINTERESSATA 3 Costruzioni Speciali s.r.l., in solido tra loro, al pagamento delle spese ed onorari di giudizio nei confronti della società Ricorrentel Costruzioni che liquida in complessivi Euro 2.000,00 (duemila). Compensa spese ed onorari di giudizio nei confronti dell'Istituto Autonomo per le Case Popolari della Provincia di Napoli.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Alessandro Pagano, Consigliere

Gianluca Di Vita, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/11/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

## **Tassatività delle cause di esclusione: non può essere accettata una cauzione mancante di una previsione di cui all'articolo 75, comma 4 del codice dei contratti**

Sonia Lazzini

Mentre per un importo insufficiente, alcuni giudici hanno deciso per illegittimità dell'esclusione, il Tar Catanzaro decide che una cauzione provvisoria senza la previsione della rinuncia al beneficio della preventiva escussione, non può essere accettata

Praticamente la situazione è questa:

Solo l'ottavo comma dell'articolo 75 prevede, a pena di esclusione, che la cauzione debba essere accompagnata dall'impegno di un fideiussore ad emettere, in caso di aggiudicazione, la cauzione definitiva

Mentre, tutti gli altri commi, prevedono le caratteristiche che la cauzione/fideiussione deve avere, senza però alcuna specifica previsione di esclusione in caso di assenza e/o pasticci

Ebbene, in quattro sentenze\_tre del Tar Veneto e una del Tar Liguria, i giudici hanno considerato illegittime le esclusioni delle imprese le cui cauzioni provvisorie presentavano un importo in garanzia inferiore a quanto richiesto e/o dovuto

Ovviamente con una discutibile scelta a favore della massima partecipazione possibile rispetto alla par condicio

In un caso, quasi estremo; essendo l'appalto affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e non essendo possibile riammettere l'impresa illegittimamente esclusa, il Tar ha "condannato" la Stazione appaltante a rifare tutta la procedura!

La sotto riportata sentenza, invece, si pone in contrasto con l'orientamento che sembrava prevalente

Il ragionamento del Tar Calabro è chiaro e lineare: stante l'obbligo di presentare la cauzione provvisoria\_in quanto considerata elemento essenziale dell'offerta\_ è logico pensare che, allegare all'offerta una cauzione/fideiussione che non rispetti quanto sancito dall'articolo 75 del codice dei contratti, deve essere sanzionato con l'esclusione

Chi scrive si trova d'accordo con questa ultima impostazione.

Ritengo infatti che le norme devono essere uguali per tutti i partecipanti e poiché già con l'articolo 30 della Legge Merloni, gli operatori economici sono stati abituati a determinate modalità di presentazione di provvisorie e definitive, non si vede a cosa possa ora giovare questa liberalizzazione di "errori"!

Se non ad aumentare i tempi di conclusione della procedura visto la frequenza di ricorso al Tar per questioni relative alla presentazione delle garanzie:solo nelle ultime settimane infatti numerosi sono state le sentenze in materia di esclusioni per <<colpa>> della fideiussione

Passaggio tratto dalla sentenza numero 1482 del 29 novembre 2011 pronunciata dal Tar Calabria, Catanzaro

Devono essere confermate le valutazioni già espresse da questo Tribunale in sede cautelare, in quanto: a) l'art. 75, quarto comma, d.lgs. n. 163/2006 dispone che la fideiussione contempli espressamente (e non "per relationem") la rinuncia al beneficio della preventiva escussione; b) **ai sensi dell'art. 46, primo comma-bis, d.lgs. n. 163**, la stazione appaltante deve escludere i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice degli appalti (inclusa, ovviamente, la previsione di cui al citato art. 75, quarto comma), di talché nella specie l'Amministrazione non avrebbe potuto sollecitare alcuna integrazione, venendo in rilievo un requisito sostanziale della fideiussione (e non una semplice irregolarità formale)

si legga anche

Il Tar Veneto\_ sentenza numero 1791 del 2 dicembre 2011\_ non smette di sorprendere per la terza volta\_ illegittima esclusione per cauzione insufficiente, inefficacia del contratto e obbligo di rifacimento dell'intera procedura

Ecco i precedenti

sentenza numero 1659 dell' 8 novembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia

sentenza numero 1396 del 22 settembre 2011 pronunciata dal Tar Liguria, Genova

sentenza numero 1376 del 13 settembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto Venezia

Nulla la clausola di esclusione, nulla l'esclusione stessa!

Il ricorrente ha presentato una cauzione, dimezzata per il possesso della certificazione di qualità, ha tuttavia presentato una cauzione di importo inferiore al richiesto, basata sull'importo contrattuale dell'appalto riferito alla durata annuale dello stesso, senza tenere conto del valore complessivamente considerato, comprensivo anche dell'eventuale rinnovo per un ulteriore annualità, interessante la conduzione e manutenzione di successivi impianti

Il dato normativo ed il confronto fra le due disposizioni\_ raffronto fra il primo e l'ottavo comma dell'articolo 75 del codice dei contratti \_induce quindi a ritenere la diversa valenza della prestazione della due garanzie e quindi che solo la mancata osservanza della seconda previsione, comportando ex lege l'esclusione dalla gara, possa costituire una delle ipotesi contemplate in via generale dall'art. 46, comma 1-bis

Diversamente, anche sulla scorta dell'espressione letterale, ma evidentemente in ragione della diversa rilevanza dell'assunzione dell'obbligo di garanzia all'atto della formulazione dell'offerta, la mancata osservanza delle previsione di cui al primo comma dell'art. 75 non determina ex lege l'esclusione dalla gara, ergo non rientra nelle ipotesi di cui all'art. 46, comma 1 – bis.

Di conseguenza, la clausola di esclusione contenuta al punto 12, comma 5 del disciplinare di gara è da considerarsi nulla ex lege e quindi la sua inosservanza non poteva comportare l'esclusione della ricorrente dalla gara.

Appalto aggiudicato con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa: poiché l'esclusione della ricorrente è illegittima in quanto è nulla la clausola del bando sulle conseguenze di una cauzione insufficiente, l'avvenuta valutazione delle altre offerte in gara non consente più di

procedere alla valutazione dell'offerta presentata dalla ricorrente senza minare l'imparzialità e la trasparenza del giudizio, in quanto questo verrebbe formulato dopo l'avvenuta valutazione e l'attribuzione dei punteggi, per il contenuto tecnico ed economico, delle altre offerte in gara.

Quindi anche per quanto riguarda la richiesta di risarcimento formulata dalla ricorrente, l'amministrazione dovrà procedere alla riedizione della gara.

Riportiamo qui di seguito il testo sentenza numero 1482 del 29 novembre 2011 pronunciata dal Tar Calabria, Catanzaro

**N. 01482/2011 REG.PROV.COLL.**

**N. 00887/2011 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 887 del 2011, proposto da:

Ricorrente S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avv. Giorgia Cazzin, con domicilio presso Adolfo Larussa, in Catanzaro, Via V. Pugliese 30;

*contro*

- Regione Calabria, in persona del Presidente, rappresentata e difesa dall'Avv. Franceschina Talarico, con domicilio presso Franceschina Talarico in S. Maria di Catanzaro, presso l'Avvocatura Regionale, Palazzo Europa;

*per l'annullamento*

a) del bando di gara e del relativo disciplinare per la fornitura in “service” di “Sistemi Completi per l’esecuzione di Trattamenti Dialitici” occorrenti alle Aziende Ospedaliere e Sanitarie Provinciali della Regione Calabria, nella parte in cui prevedono, a pena di esclusione, un deposito cauzionale provvisorio costituito secondo le modalità dell’art. 75 d.lgs. n. 163/2006, nella misura in cui ciò debba interpretarsi nel senso di precludere il dovere di soccorso di cui all’art. 46 d.lgs. n. 163/2006; b) del verbale della Commissione di gara n. 19/2001 in data 17 giugno 2011, con cui si è disposta l’esclusione della ricorrente dalla procedura, c) del diniego di autotutela da parte della Stazione Unica Appaltante Calabria ai sensi dell’art. 243-bis, quarto comma, d.lgs. n. 163/2006;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2011 il dott. Daniele Burzichelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato che:

- il ricorso è manifestamente improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse e può, pertanto, essere deciso con sentenza in forma semplificata (art. 74 cod. proc. amm.);
- il difensore della ricorrente ha dichiarato di rinunciare al ricorso;
- tale rinuncia, pur essendo irrituale in quanto non presentata nelle forme di cui all’art. 84 cod. proc. amm., attesta indubitabilmente la sopravvenuta carenza di interesse della ricorrente a conseguire una pronuncia di merito;
- per quanto attiene le spese del giudizio di merito occorre fare applicazione del principio della soccombenza virtuale e verificare, perciò, la fondatezza o infondatezza del ricorso;

- il ricorso è manifestamente infondato per le ragioni di seguito indicate;
- la ricorrente impugna: a) il bando di gara e il relativo disciplinare per la fornitura in “service” di “Sistemi Completi per l’esecuzione di Trattamenti Dialitici” occorrenti alle Aziende Ospedaliere e Sanitarie Provinciali della Regione Calabria, nella parte in cui prevedono, a pena di esclusione, un deposito cauzionale provvisorio costituito secondo le modalità dell’art. 75 d.lgs. n. 163/2006, nella misura in cui ciò debba interpretarsi nel senso di precludere il dovere di soccorso di cui all’art. 46 d.lgs. n. 163/2006; b) il verbale della Commissione di gara n. 19/2001 in data 17 giugno 2011, con cui si è disposta l’esclusione della ricorrente dalla procedura, c) il diniego di autotutela da parte della Stazione Unica Appaltante Calabria ai sensi dell’art. 243-bis, quarto comma, d.lgs. n. 163/2006;
- è infondata l’eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall’Amministrazione resistente, in quanto parte ricorrente impugna la propria esclusione dalla procedura concorsuale e, secondo una consolidata giurisprudenza, a fronte di un provvedimento di esclusione relativo ad una selezione concorsuale non sussistono controinteressati;
- devono essere confermate le valutazioni già espresse da questo Tribunale in sede cautelare, in quanto: a) l’art. 75, quarto comma, d.lgs. n. 163/2006 dispone che la fideiussione contempli espressamente (e non “per relationem”) la rinuncia al beneficio della preventiva escussione; b) ai sensi dell’art. 46, primo comma-bis, d.lgs. n. 163, la stazione appaltante deve escludere i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice degli appalti (inclusa, ovviamente, la previsione di cui al citato art. 75, quarto comma), di talché nella specie l’Amministrazione non avrebbe potuto sollecitare alcuna integrazione, venendo in rilievo un requisito sostanziale della fideiussione (e non una semplice irregolarità formale); c) come si desume dal sesto comma dell’art. 243-bis d.lgs. n. 163/2006 (che contempla il diniego tacito di autotutela), nessuna conseguenza deriva dal fatto che l’Amministrazione non riscontri espressamente il preavviso di ricorso inoltrato dall’interessato;
- le spese del giudizio di merito seguono, quindi, la soccombenza virtuale e sono liquidate come in dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, 1) dichiara improcedibile il ricorso in epigrafe; 2) condanna la ricorrente alla rifusione delle

spese del giudizio di merito in favore dell'Amministrazione regionale, liquidate in complessivi €1.000,00, oltre accessori di legge se dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Massimo Luciano Calveri, Presidente

Daniele Burzichelli, Consigliere, Estensore

Giovanni Iannini, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/11/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

## **Le irregolarità nella presentazione della cauzione provvisoria, dopo il 14 maggio 2011, sono sanabili**

Sonia Lazzini

Dopo il Tar Veneto, anche in Liguria i giudici amministrativi fanno riammettere un'impresa esclusa dalla Stazione appaltante per "colpa" della cauzione provvisoria.

Mentre non vi è alcun dubbio che la mancata presentazione della cauzione provvisoria sia, legittima, causa di esclusione, sembra che i nostri giudici, in applicazione del neo nato comma 1 bis dell'articolo 46 del codice dei contratti, siano di diverso avviso per quanto concerne le "mancanze" della garanzia stessa.

Prima il Tar Veneto \_ sentenza numero 1376 del 13 settembre 2011\_ e ora il Tar Liguria\_ sentenza numero 1396 del 22 settembre 2011 si trovano d'accordo nell'affermare che, tra le tassative cause di esclusione, non vi è spazio per errate presentazioni della cauzione provvisoria.

Di conseguenza, nelle due fattispecie sottoposte ai giudici amministrativi, le Stazioni appaltanti dovranno riammettere le imprese illegittimamente escluse.

In entrambe le situazioni si è trattato di un problema di importo della cauzione provvisoria(e non di clausole mancanti o di altre diversità rispetto alle prescrizioni di legge)

La sinteticità della sentenza veneta non ci permette di saperne di più, mentre sul caso genovese, qualche osservazione ci sembra opportuna

La ricorrente ha allegato una polizza fideiussoria che teneva la p.a. indenne solo per il cinquanta per cento dell'importo fissato nel bando, senza che fosse stata provata compiutamente la sussistenza della condizione richiesta.

Fino a 14 maggio era palese la legittimità dell'esclusione

Ora non più

Infatti, ci insegnano i giudici genovesi << La formulazione della novella\_ comma 1 bis dell'articolo 46 \_ non è chiarissima, ma sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi.

Ne deriva che il motivo per cui la società in questione è stata esclusa dall'esperimento non sembra rientrare nell'elenco introdotto dal legislatore, sì che la domanda va accolta, dovendosi annullare l'esclusione e tutti gli atti ad essa conseguenti.

La domanda è la seguente

Che ne sarà della par condicio?



Nel senso che, specialmente per appalti di una certa importanza e da aggiudicarsi al prezzo più basso, è ovvio che risulta avvantaggiata la partecipante che ha speso meno per la cauzione provvisoria

Questo minor costo ha sicuramente influito sulla determinazione dell'offerta economica

Permettere di integrare l'importo in garanzia, significa inosservanza del principio di concorrenza e di par condicio; e tale situazione, invece di alleggerire il carico dei nostri Tar, sarà sicuramente fonte di ulteriori controversie

Per buona pace della semplificazione amministrativa

Per non tacer dell'eventualità che l'errore nella presentazione della cauzione provvisoria provenga da mancata indicazione di alcune obbligatorie clausole.....

Ancora una volta il legislatore ha perso l'occasione per dimostrare la propria lungimiranza nel scrivere alcuni divieti negli appalti pubblici

Ora non ci resta che attendere il Consiglio di Stato!

Ecco la norma

#### **Art. 46. Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione**

(rubrica così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera d), decreto-legge n. 70 del 2011)

(art. 43, dir. 2004/18; art. 16, d.lgs. n. 157/1995; art. 15, d.lgs. n. 358/1992)

1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

**1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.**

(comma aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera d), decreto-legge n. 70 del 2011)

Passaggio tratto dalla sentenza numero 1396 del 22 settembre 2011 pronunciata dal Tar Liguria, Genova

Il collegio può pronunciare sentenza brevemente motivata, vista la completezza del contraddittorio, la richiesta di adozione di una misura cautelare e la sufficienza degli elementi di prova, resa nota alle parti la presente determinazione.

Sono impugnati gli atti con cui la provincia di Genova ha escluso l'interessata dalla gara indetta per la fornitura di software antivirus, ed ha poi dichiarato la controinteressata aggiudicataria.

La ragione dell'atto concretamente lesivo è individuato nella presentazione da parte della concorrente di una cauzione che la p.a. ha ritenuto insufficiente: la legge di gara prevedeva che per (punto 7.2 delle norme di partecipazione) "... i candidati in possesso della certificazione al sistema di qualità conforme alle norme UNI EN ISO 9000 l'importo della cauzione provvisoria ... è ridotto del 50 per cento...". La ricorrente ha allegato una polizza fideiussoria che teneva la p.a. indenne solo per il cinquanta per cento dell'importo fissato nel bando, senza che fosse stata provata compiutamente la sussistenza della condizione richiesta.

Il collegio osserva che l'atto impugnato è stato adottato alla fine del decorso mese di luglio, allorché era già entrato in vigore l'art. 46 1 bis del d.lvo 12.4.2006, n. 163, che prevede la tassatività delle cause di esclusione dei soggetti partecipanti agli esperimenti indetti dalla p.a..

La formulazione della novella non è chiarissima, ma sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi.

Ogni altra ragione di non partecipazione agli incanti non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito (in tal senso, tar Veneto, 13.9.2011, n. 1376) .

Ne deriva che il motivo per cui la società in questione è stata esclusa dall'esperimento non sembra rientrare nell'elenco introdotto dal legislatore, sì che la domanda va accolta, dovendosi annullare l'esclusione e tutti gli atti ad essa conseguenti.

Sulla possibilità di applicazione di tale norma è stata attirata l'attenzione delle parti, come dal verbale d'udienza.

### **Si legga anche**

Rivoluzione nella presentazione della provvisoria\_può essere integrata una cauzione di importo inferiore.

Ecco la prima sentenza in materia di cauzioni dopo l'introduzione della tassatività delle clausole di esclusione

#### *Considerato*

che l'art. 46, comma 1-bis del DLgs n. 163/2006, aggiunto dall'art. 4, II comma, n. 2, lett. "d" del DL n. 70/2011, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, tra le quali non rientra la prestazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario;

che nel caso di specie - ove peraltro la cauzione era incompleta, non già assente - l'odierna ricorrente non poteva essere automaticamente estromessa dalla gara, ma doveva essere previamente invitata ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto;

che, ciò stante, va accolto il ricorso (per motivi aggiunti) dd. 21 luglio 2011 e, conseguentemente, annullato l'impugnato provvedimento 19.7.2011 n. 344409 di esclusione della ricorrente dal "proseguo della gara d'appalto";

Passaggio tratto dalla sentenza numero 1376 del 13 settembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto Venezia

Riportiamo qui di seguito il testo della sentenza numero 1396 del 22 settembre 2011 pronunciata dal Tar Liguria, Genova

**N. 01396/2011 REG.PROV.COLL.**

**N. 00977/2011 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 977 del 2011, proposto dalla Ricorrente Solution Srl corrente a Milano in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Anita Piromalli ed Andrea Parodi, con domicilio eletto presso quest'ultimo a Genova in via xx settembre 2/31;

***contro***

provincia di Genova, in persona del presidente in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Scaglia e Valentina Manzone, con domicilio eletto presso di loro a Genova in piazza Mazzini 2;

***nei confronti di***

Soc. Controinteressata Systems Srl, rappresentato e difeso dagli avvocati Monia Aquili, Simona Belloi, con domicilio eletto presso l'avvocato Francesca Palmero in Genova, Salita Santa Caterina 1/5;

***per l'annullamento***

Dell'atto 26.7.2011, prot. 90523

Dell'atto 5.8.2011, prot. 95597

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Genova e di Soc. Controinteressata Systems Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2011 il dott. Paolo Peruggia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ricorrente solution srl si ritiene lesa dall'esclusione deliberata a suo danno dalla gara (ID 3444) indetta dalla provincia di Genova per la fornitura di software antivirus, nonché dall'aggiudicazione effettuata in favore della controinteressata, per cui ha notificato l'atto 29.8.2011, depositato il 12.9.2011 con cui denuncia:

violazione della clausola O dell'art. 10 e dell'art. 11 delle norme di procedura;

violazione degli artt. 22 e seguenti della legge 7.8.1990, n. 241

eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto assoluto di istruttoria e manifesta disparità di trattamento

E' chiesta la sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati.

La provincia di Genova si è costituita in giudizio con atto depositato il 20.9.2011, con cui ha chiesto respingersi la domanda.

La controinteressata si è costituita in giudizio con memoria e documenti depositati nel corso della camera di consiglio, ed ha chiesto respingersi la domanda.

Il collegio può pronunciare sentenza brevemente motivata, vista la completezza del contraddittorio, la richiesta di adozione di una misura cautelare e la sufficienza degli elementi di prova, resa nota alle parti la presente determinazione.

Sono impugnati gli atti con cui la provincia di Genova ha escluso l'interessata dalla gara indetta per la fornitura di software antivirus, ed ha poi dichiarato la controinteressata aggiudicataria.

La ragione dell'atto concretamente lesivo è individuato nella presentazione da parte della concorrente di una cauzione che la p.a. ha ritenuto insufficiente: la legge di gara prevedeva che per (punto 7.2 delle norme di partecipazione) "... i candidati in possesso della certificazione al sistema di qualità conforme alle norme UNI EN ISO 9000 l'importo della cauzione provvisoria ... è ridotto del 50 per cento...". La ricorrente ha allegato una polizza fideiussoria che teneva la p.a. indenne solo per il cinquanta per cento dell'importo fissato nel bando, senza che fosse stata provata compiutamente la sussistenza della condizione richiesta.

Il collegio osserva che l'atto impugnato è stato adottato alla fine del decorso mese di luglio, allorché era già entrato in vigore l'art. 46 1 bis del d.lvo 12.4.2006, n. 163, che prevede la tassatività delle cause di esclusione dei soggetti partecipanti agli esperimenti indetti dalla p.a..

La formulazione della novella non è chiarissima, ma sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi.

Ogni altra ragione di non partecipazione agli incanti non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito (in tal senso, tar Veneto, 13.9.2011, n. 1376) .

Ne deriva che il motivo per cui la società in questione è stata esclusa dall'esperimento non sembra rientrare nell'elenco introdotto dal legislatore, sì che la domanda va accolta, dovendosi annullare l'esclusione e tutti gli atti ad essa conseguenti.

Sulla possibilità di applicazione di tale norma è stata attirata l'attenzione delle parti, come dal verbale d'udienza.

Le spese vanno peraltro compensate, atteso che la norma in forza della quale il giudizio è stato deciso è intervenuta allorché l'esperimento era già in corso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

Accoglie il ricorso ed annulla gli atti impugnati

Compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente FF

Raffaele Prosperi, Consigliere

Paolo Peruggia, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/09/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

## **La ratio della norma sulla tassatività delle cause di esclusione per il giudice di appello siciliano**

Sonia Lazzini

La esigenza di tutela dell'affidamento forse non basta ad escludere la etero integrazione; la legge infatti può reputarsi come nota, specie nell'ambito di settori ristretti, e da parte di operatori professionali.

Ma tale esigenza si integra con l'altra, di semplificare le procedure e consentire una più agevole partecipazione ai rapporti commerciali con l'amministrazione, anche da parte di soggetti meno attrezzati; considerato che la complicazione è anche un costo, che in definitiva si trasferisce al committente.

Va in questa direzione la recente modifica che pone la regola di "tassatività delle cause di esclusione", inserendo - al dichiarato fine di "semplificare le procedure di affidamento" - il co. 1 bis nell'art. 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (art. 4, co. 2° lett. d, del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70 convertito in legge 12 luglio 2011 n. 106). E superando il dogma del divieto di disapplicazione, col sancire la nullità della clausola di bando che contenga "ulteriori prescrizioni a pena di esclusione".

Pur essendo la norma inapplicabile al caso in esame, ai sensi della disposizione transitoria contenuta nel co. 3 (si applica alle procedure i cui bandi sono pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore), essa induce alla convinzione che sia necessario - sul problema in discorso - un mutamento d'indirizzo, onde rafforzare i valori della semplicità e dell'affidamento. Sicchè il loro peso prevalga su altre pur apprezzabili esigenze di controllo sulle imprese, che può comunque esercitarsi in forme diverse, e senza intralcio per le procedure di gara.

(...)

Ferme le regole per evitare che partecipino soggetti inaffidabili, non deve essere favorita, in sede di interpretazione, la tendenza ad utilizzare il momento di partecipazione alle gare pubbliche, al fine di perseguire finalità non attinenti, con disposizioni ad excludendum.

Anche in questa direzione va letta la menzionata modifica all'art. 46 del Codice dei contratti, che vuole impedire agli enti appaltanti l'uso di strumenti restrittivi per la partecipazione, ed ha introdotto, in sostanza, una riserva di legge, necessaria per riportare gli obblighi del partecipante all'interno della finalità precipua della gara.

Passaggio tratto dalla decisione numero 814 dell'11 novembre 2011 pronunciata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana

All'esame dei motivi di appello pare opportuno premettere la indicazione, data la sua complessità, del tessuto normativo che ha disciplinato la procedura.

Norma regolatrice è l'art. 1 comma 11 della L. R. Siciliana 21 agosto 2007 n. 20 che ha inserito, dopo il comma 1 bis dell'articolo 21 della legge (statale) 11 febbraio 1994 n. 109 ulteriori commi, indicati come "1 bis 1, 1 bis 2 ... 1 bis 6".



L'innesto normativo va letto alla luce dell'art. 1 comma 1 L. R. Siciliana 2 agosto 2002 n. 7 che opera un rinvio "statico" (la norma precisa "nel testo vigente alla data di approvazione della presente legge") alla L. 109/94, naturalmente con valenza limitata al "territorio della Regione".

Ne è conseguita la "regionalizzazione" della norma nazionale, assoggettata alle modifiche (numerose) stabilite dal legislatore locale; e la inapplicabilità, per contro - sempre nei detti limiti territoriali - delle variazioni apportate alla citata L. 109/94 da leggi statali. La stessa sua abrogazione - avvenuta per effetto dell'art. 256 DLT 12 aprile 2006 n. 163 - non ne ha impedito la sopravvivenza nell'Isola, fino al momento di rilevanza per la presente causa.

In seguito, la legge regionale 12 luglio 2011 n. 12 ha abrogato (art. 32 lett. g) la norma recepite (L. R. 7/02), nonché le successive che apportavano modifiche; ed ha operato un rinvio, ma questa volta "dinamico", al Codice dei contratti, con l'art. 1, I co., che recita: "si applicano nel territorio della Regione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ... e le sue successive modifiche ed integrazioni ed i re-golamenti in esso richiamati e successive modifiche".

3 - Il primo motivo denuncia violazione dell'art. 1, comma 5 del D.L. 6 settembre 1982 n. 629, convertito nella L. 12 ottobre 1982 n. 726; la società appellante continua a sostenere che la Controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non avere prodotto il modello GAP, ancorché il bando di gara non lo richiedesse.

Richiama a sostegno la giurisprudenza di questo Consiglio, che più volte ha confermato la tesi della "etero integrazione" sostenuta, in alcune pregresse decisioni, dalla sezione catanese del T.A.R. per la Sicilia.

In effetti, dopo alcune iniziali oscillazioni, poteva dirsi consolidata l'opinione (del Giudice d'appello) che ritiene necessaria, per le imprese concorrenti in pubblica gara, la produzione del modello GAP "debitamente compilato, al fine di consentire agli organi preposti un immediato screening delle qualità soggettive delle imprese partecipanti, in chiave antimafia" (C.G.A. 11 maggio 2009, n. 400, seguita da 12 agosto 2010 n. 1097). Tanto forte l'esigenza di controllo, che non solo l'obbligo, ma anche - in caso di inosservanza - la conseguenza della esclusione dalla gara si associano "all'inequivoca formulazione dell'art. 1 comma 5 D.L. 6 settembre 1982 n. 629, conv. nella l. 12 ottobre 1982 n. 726", anche in assenza di una espressa clausola nel bando.

La sentenza appellata sollecita revisione di tale orientamento, indicando un duplice ordine di motivi: il principio comunitario dell'affidamento, e la presenza di altri strumenti introdotti dopo il D.L. 629/82 ai fini della lotta contro l'infiltrazione mafiosa.

3.1 - Sensibile all'invito, questo Collegio riesamina il problema, anche alla luce di sopravvenienze normative, che contribuiscono a fornire un quadro d'insieme più attuale.

Giustamente richiamata dalla sentenza in esame, la esigenza di tutela dell'affidamento forse non basta ad escludere la etero integrazione; la legge infatti può reputarsi come nota, specie nell'ambito di settori ristretti, e da parte di operatori professionali.

Ma tale esigenza si integra con l'altra, di semplificare le procedure e consentire una più agevole partecipazione ai rapporti commerciali con l'amministrazione, anche da parte di soggetti

meno attrezzati; considerato che la complicazione è anche un costo, che in definitiva si trasferisce al committente.

Va in questa direzione la recente modifica che pone la regola di “tassatività delle cause di esclusione”, inserendo - al dichiarato fine di “semplificare le procedure di affidamento” - il co. 1 bis nell’art. 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (art. 4, co. 2° lett. d, del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70 convertito in legge 12 luglio 2011 n. 106). E superando il dogma del divieto di disapplicazione, col sancire la nullità della clausola di bando che contenga “ulteriori prescrizioni a pena di esclusione”.

Pur essendo la norma inapplicabile al caso in esame, ai sensi della disposizione transitoria contenuta nel co. 3 (si applica alle procedure i cui bandi sono pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore), essa induce alla convinzione che sia necessario - sul problema in discorso - un mutamento d’indirizzo, onde rafforzare i valori della semplicità e dell’affidamento. Sicchè il loro peso prevalga su altre pur apprezzabili esigenze di controllo sulle imprese, che può comunque esercitarsi in forme diverse, e senza intralcio per le procedure di gara.

3.2 - Altro argomento nasce dall’esame delle norme che imporrebbero la presentazione del GAP ai concorrenti di una gara d’appalto; se infatti queste fossero di univoco significato, scemerebbe il peso dell’affidamento.

L’art. 1, comma 5 del d.l. 6 settembre 1982, n. 629 come sostituito dalla legge di conversione 12 ottobre 1982, n. 726, così dice “A richiesta dell’Alto commissario [le cui competenze sono state poi attribuite al Ministro dell’interno, a norma dell’articolo 2, comma 2-quater, del D.L. 29 ottobre 1991, n. 345] le imprese, ... aggiudicatrici o partecipanti a gare pubbliche ... sono tenute a fornire allo stesso notizie ...”.

Il successivo comma 6 stabilisce che “nei confronti degli appaltatori che non ottemperino ... si applica la pena dell’arresto da sei mesi ad un anno. La condanna comporta la sospensione dall’albo degli appaltatori”.

Mentre si richiede una espressa previsione perché un adempimento sia “a pena di esclusione”, tanto che i bandi traboccano dell’inciso, qui si vorrebbe una conseguenza così drastica, quando in nessuno dei testi che il concorrente ha l’onere di consultare (leggi + norme della gara) sta scritto che la omessa presentazione del GAP comporta esclusione.

Anzi, la previsione di autonome sanzioni, che correttamente attengono ad ambiti estranei alla singola procedura di gara, può fare intendere l’opposto.

Inoltre, la regola non nasce direttamente dalla legge, ma da disposizioni, di natura amministrativa, impartite dall’organo allora competente, a cui la legge assegna il potere di chiedere la dichiarazione; per cui, la disposizione integrativa del bando è riferibile solo in via mediata al legislatore.

Si è visto sopra, al punto 2, come sia difficile individuare le norme che disciplinano le procedure di gara; non sembra il caso di addossare alle imprese difficoltà aggiuntive, soprattutto per interessi di certo assai rilevanti, ma non inerenti alla esigenza di individuare il contraente migliore.

3.3 - Con riguardo a tale ultimo aspetto, ferme le regole per evitare che partecipino soggetti inaffidabili, non deve essere favorita, in sede di interpretazione, la tendenza ad utilizzare il momento di partecipazione alle gare pubbliche, al fine di perseguire finalità non attinenti, con disposizioni ad *excludendum*. Anche in questa direzione va letta la menzionata modifica all'art. 46 del Codice dei contratti, che vuole impedire agli enti appaltanti l'uso di strumenti restrittivi per la partecipazione, ed ha introdotto, in sostanza, una riserva di legge, necessaria per riportare gli obblighi del partecipante all'interno della finalità precipua della gara.

Esigenze "esterne", quindi statistiche, di polizia, previdenziali ed altre, possono trovare spazio per eccezione, e solo se previste da una legge; le relative disposizioni sono perciò eccezionali, e soggette ad interpretazione restrittiva, in base al principio consacrato nell'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale, approvate con il Codice Civile.

Gli argomenti svolti conducono alla reiezione del primo motivo di appello

### **DA NON DIMENTICARE .....**

Tassatività delle cause di esclusione, importo della cauzione provvisoria e favor participationis

E siamo a tre! favor participationis contro par condicio\_bella lotta!

Seconda sentenza del Tar Veneto\_terza in tutto dopo anche il Tar Liguria\_ con la quale viene annullata l'esclusione di un partecipante la cui cauzione provvisoria è risultata di importo inferiore a quanto richiesto e dovuto

Tale conclusione viene fondata sul presupposto che <<a fronte dell'oggettiva incertezza interpretativa della norma recentemente introdotta dal legislatore, così come testimoniato dai precedenti richiamati dalla difesa resistente – possa essere invocato il principio di favor participationis>>

In virtù della nota norma di cui all'articolo 46 comma 1 bis del codice dei contratti in tema di tassatività delle cause di esclusione, il Tar sancisce che <<l'amministrazione, riammessa in gara la ricorrente, dovrà provvedere a rideterminare la graduatoria considerando anche l'offerta della medesima, individuando, una volta stabilita la nuova soglia di anomalia, il soggetto aggiudicatario che, se diverso da quello attualmente individuato, dovrà subentrare nel contratto nell'eventualità che risultasse già sottoscritto>>

Passaggio tratto dalla sentenza numero 1659 dell' 8 novembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia.

Richiamato l'orientamento espresso dal Tribunale in ordine all'interpretazione del disposto di cui all'art. 46, comma 1 bis, così recentemente introdotto al fine di disciplinare, secondo principi di tassatività, le cause di esclusione dalle pubbliche gare;

ritenuto di poter ribadire quanto puntualizzato con la pronuncia n. 1376/11 (peraltro, confermata in sede cautelare d'appello) e quindi di applicare i medesimi principi ivi espressi anche al caso di specie;

osservato, altresì, che il caso specifico oggetto del presente giudizio si manifesta quale espressione di un evidente errore materiale (confermato nella sua essenza dallo stesso fideiussore) nell'indicazione dell'importo garantito, inferiore a quello dovuto in base al bando, peraltro esattamente indicato nel modulo utilizzato;

ritenuto che - a fronte dell'oggettiva incertezza interpretativa della norma recentemente introdotta dal legislatore, così come testimoniato dai precedenti richiamati dalla difesa resistente – possa essere invocato il principio di favor participationis;

il ricorso può trovare accoglimento e per l'effetto l'amministrazione, riammessa in gara la ricorrente, dovrà provvedere a rideterminare la graduatoria considerando anche l'offerta della medesima, individuando, una volta stabilita la nuova soglia di anomalia, il soggetto aggiudicatario che, se diverso da quello attualmente individuato, dovrà subentrare nel contratto nell'eventualità che risultasse già sottoscritto

### **PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI**

Le irregolarità nella presentazione della cauzione provvisoria, dopo il 14 maggio 2011, sono sanabili

Dopo il Tar Veneto, anche in Liguria i giudici amministrativi fanno riammettere un'impresa esclusa dalla Stazione appaltante per “colpa” della cauzione provvisoria

Mentre non vi è alcun dubbio che la mancata presentazione della cauzione provvisoria sia, legittima, causa di esclusione, sembra che i nostri giudici, in applicazione del neo nato comma 1 bis dell'articolo 46 del codice dei contratti, siano di diverso avviso per quanto concerne le “mancanze” della garanzia stessa

Prima il Tar Veneto \_ sentenza numero 1376 del 13 settembre 2011\_ e ora il Tar Liguria\_ sentenza numero 1396 del 22 settembre 2011 si trovano d'accordo nell'affermare che, tra le tassative cause di esclusione, non vi è spazio per errate presentazioni della cauzione provvisoria.

Di conseguenza, nelle due fattispecie sottoposte ai giudici amministrativi, le Stazioni appaltanti dovranno riammettere le imprese illegittimamente escluse

In entrambe le situazioni si è trattato di un problema di importo della cauzione provvisoria(e non di clausole mancanti o di altre diversità rispetto alle prescrizioni di legge)

La sinteticità della sentenza veneta non ci permette di saperne di più, mentre sul caso genovese, qualche osservazione ci sembra opportuna

La ricorrente ha allegato una polizza fideiussoria che teneva la p.a. indenne solo per il cinquanta per cento dell'importo fissato nel bando, senza che fosse stata provata compiutamente la sussistenza della condizione richiesta.

Fino a 14 maggio era palese la legittimità dell'esclusione

Ora non più

Infatti, ci insegnano i giudici genovesi << La formulazione della novella\_ comma 1 bis dell'articolo 46 \_ non è chiarissima, ma sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi.

Ne deriva che il motivo per cui la società in questione è stata esclusa dall'esperimento non sembra rientrare nell'elenco introdotto dal legislatore, sì che la domanda va accolta, dovendosi annullare l'esclusione e tutti gli atti ad essa conseguenti.

La domanda è la seguente

Che ne sarà della par condicio?

Nel senso che, specialmente per appalti di una certa importanza e da aggiudicarsi al prezzo più basso, è ovvio che risulta avvantaggiata la partecipante che ha speso meno per la cauzione provvisoria

Questo minor costo ha sicuramente influito sulla determinazione dell'offerta economica

Permettere di integrare l'importo in garanzia, significa inosservanza del principio di concorrenza e di par condicio; e tale situazione, invece di alleggerire il carico dei nostri Tar, sarà sicuramente fonte di ulteriori controversie

Per buona pace della semplificazione amministrativa

Per non tacer dell'eventualità che l'errore nella presentazione della cauzione provvisoria provenga da mancata indicazione di alcune obbligatorie clausole.....

Ancora una volta il legislatore ha perso l'occasione per dimostrare la propria lungimiranza nel scrivere alcuni divieti negli appalti pubblici

Ora non ci resta che attendere il Consiglio di Stato!

Ecco la norma

#### **Art. 46. Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione**

(rubrica così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera d), decreto-legge n. 70 del 2011)

(art. 43, dir. 2004/18; art. 16, d.lgs. n. 157/1995; art. 15, d.lgs. n. 358/1992)

1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

**1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza**

**assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.**

(comma aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera d), decreto-legge n. 70 del 2011)

Passaggio tratto dalla sentenza numero 1396 del 22 settembre 2011 pronunciata dal Tar Liguria, Genova

Il collegio può pronunciare sentenza brevemente motivata, vista la completezza del contraddittorio, la richiesta di adozione di una misura cautelare e la sufficienza degli elementi di prova, resa nota alle parti la presente determinazione.

Sono impugnati gli atti con cui la provincia di Genova ha escluso l'interessata dalla gara indetta per la fornitura di software antivirus, ed ha poi dichiarato la controinteressata aggiudicataria.

La ragione dell'atto concretamente lesivo è individuato nella presentazione da parte della concorrente di una cauzione che la p.a. ha ritenuto insufficiente: la legge di gara prevedeva che per (punto 7.2 delle norme di partecipazione) "... i candidati in possesso della certificazione al sistema di qualità conforme alle norme UNI EN ISO 9000 l'importo della cauzione provvisoria ... è ridotto del 50 per cento...". La ricorrente ha allegato una polizza fideiussoria che teneva la p.a. indenne solo per il cinquanta per cento dell'importo fissato nel bando, senza che fosse stata provata compiutamente la sussistenza della condizione richiesta.

Il collegio osserva che l'atto impugnato è stato adottato alla fine del decorso mese di luglio, allorché era già entrato in vigore l'art. 46 1 bis del d.lvo 12.4.2006, n. 163, che prevede la tassatività delle cause di esclusione dei soggetti partecipanti agli esperimenti indetti dalla p.a..

La formulazione della novella non è chiarissima, ma sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici

induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi.

Ogni altra ragione di non partecipazione agli incanti non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito (in tal senso, tar Veneto, 13.9.2011, n. 1376) .

Ne deriva che il motivo per cui la società in questione è stata esclusa dall'esperimento non sembra rientrare nell'elenco introdotto dal legislatore, sì che la domanda va accolta, dovendosi annullare l'esclusione e tutti gli atti ad essa conseguenti.

Sulla possibilità di applicazione di tale norma è stata attirata l'attenzione delle parti, come dal verbale d'udienza.

### **Si legga anche**

Rivoluzione nella presentazione della provvisoria\_può essere integrata una cauzione di importo inferiore.

Ecco la prima sentenza in materia di cauzioni dopo l'introduzione della tassatività delle clausole di esclusione.

#### *Considerato*

che l'art. 46, comma 1-bis del DLgs n. 163/2006, aggiunto dall'art. 4, II comma, n. 2, lett. "d" del DL n. 70/2011, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, tra le quali non rientra la prestazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario;

che nel caso di specie - ove peraltro la cauzione era incompleta, non già assente - l'odierna ricorrente non poteva essere automaticamente estromessa dalla gara, ma doveva essere previamente invitata ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto;

che, ciò stante, va accolto il ricorso (per motivi aggiunti) dd. 21 luglio 2011 e, conseguentemente, annullato l'impugnato provvedimento 19.7.2011 n. 344409 di esclusione della ricorrente dal "proseguo della gara d'appalto"

Riportiamo qui di seguito il testo della decisione numero 814 dell'11 novembre 2011 pronunciata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

sul ricorso in appello n. 739 del 2011 proposto dalla

RICORRENTE s.r.l.

in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Tortorici, Salvatore Iacuzzo e Andrea Caponnetto, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Maurizio Caccamo in Palermo, via Giotto, n. 10;

c o n t r o

il COMUNE DI RAGUSA, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Frediani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Elisa Gullo in Palermo, via Emerico Amari, n. 72;

e nei confronti

della CONTROINTERESSATA. s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - sezione staccata di Catania (sez. I) - n. 417 del 18 febbraio 2011.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ragusa;



Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il presidente Paolo Turco;

Uditi alla pubblica udienza del 29 settembre 2011 l'avv. N. Bonfiglio, su delega dell'avv. M. Tortorici per la società appellante e l'avv. S. Paolillo, su delega dell'avv. A. Frediani per il comune appellato;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

#### F A T T O

1 - La RICORRENTE s.r.l. ha partecipato a una gara d'appalto indetta dalla Provincia regionale di Ragusa per la realizzazione di lavori di manutenzione straordinaria delle strade provinciali n. 49 e n. 28, collocandosi - in esito al sorteggio tra le offerte con eguale percentuale di ribasso - al secondo posto; prima classificata la Controinteressata s.r.l..

Impugnati gli atti di gara - in particolare l'ammissione della impresa vincente, la successiva aggiudicazione in suo favore ed il contratto ove stipulato - la RICORRENTE s.r.l. si vedeva respingere il ricorso dal T.A.R. adito (Catania sez. I), che riteneva infondate tutte le censure, e neppure esaminava - per esigenze di sinteticità - il ricorso incidentale.

L'appello, notificato alle due parti resistenti il 18 maggio 2011, si fonda su due motivi soltanto, perché la originaria ricorrente neppur menziona gli altri proposti in 1° grado; specifica inoltre la domanda per il risarcimento del danno, conseguente alla pretesa illegittimità della aggiudicazione.

Si costituisce qui il solo Comune di Ragusa, con memoria depositata il 21 giugno 2011, per contraddire agli argomenti svolti dall'appellante, ma anche per "sottoporre, comunque, al Giudice di appello" il ricorso incidentale.

Prodotte ancora memorie difensive e di replica, all'udienza pubblica del 29 settembre il ricorso è trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1 - Il ricorso incidentale, non esaminato in primo grado, è irritualmente riproposto, per effetto della decadenza stabilita dall'art. 101 cpv. del D. Lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (di seguito c.p.a.).

Il Comune di Ragusa si è costituito - come si evince dalla cronologia riportata in narrativa - quando il termine di 30 giorni, fissato dal combinato disposto dagli artt. 38, 46 1° co. e 119 2° co. c.p.a. era già (seppur da pochissimo) decorso. Anche volendolo ritenere legittimato a far valere i propri errori (denunciati in 1° grado dal ricorrente incidentale), la sua richiesta di esame del ricorso incidentale è comunque inammissibile. In ogni caso - infondato, come si dirà, l'appello principale - la questione perde rilevanza.

2 - All'esame dei motivi di appello pare opportuno premettere la indicazione, data la sua complessità, del tessuto normativo che ha disciplinato la procedura.

Norma regolatrice è l'art. 1 comma 11 della L. R. Siciliana 21 agosto 2007 n. 20 che ha inserito, dopo il comma 1 bis dell'articolo 21 della legge (statale) 11 febbraio 1994 n. 109 ulteriori commi, indicati come "1 bis 1, 1 bis 2 ... 1 bis 6".

L'innesto normativo va letto alla luce dell'art. 1 comma 1 L. R. Siciliana 2 agosto 2002 n. 7 che opera un rinvio "statico" (la norma precisa "*nel testo vigente alla data di approvazione della presente legge*") alla L. 109/94, naturalmente con valenza limitata al "*territorio della Regione*".

Ne è conseguita la "regionalizzazione" della norma nazionale, assoggettata alle modifiche (numerose) stabilite dal legislatore locale; e la inapplicabilità, per contro - sempre nei detti limiti territoriali - delle variazioni apportate alla citata L. 109/94 da leggi statali. La stessa sua abrogazione - avvenuta per effetto dell'art. 256 DLT 12 aprile 2006 n. 163 - non ne ha impedito la sopravvivenza nell'Isola, fino al momento di rilevanza per la presente causa.

In seguito, la legge regionale 12 luglio 2011 n. 12 ha abrogato (art. 32 lett. g) la norma recepente (L. R. 7/02), nonchè le successive che apportavano modifiche; ed ha operato un rinvio, ma questa volta "dinamico", al Codice dei contratti, con l'art. 1, I co., che recita: "*si applicano nel territorio della Regione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n.*

*163, ...e le sue successive modifiche ed integrazioni ed i regolamenti in esso richiamati e successive modifiche”.*

3 - Il primo motivo denuncia violazione dell'art. 1, comma 5 del D.L. 6 settembre 1982 n. 629, convertito nella L. 12 ottobre 1982 n. 726; la società appellante continua a sostenere che la Controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non avere prodotto il modello GAP, ancorché il bando di gara non lo richiedesse.

Richiama a sostegno la giurisprudenza di questo Consiglio, che più volte ha confermato la tesi della “etero integrazione” sostenuta, in alcune pregresse decisioni, dalla sezione catanese del T.A.R. per la Sicilia.

In effetti, dopo alcune iniziali oscillazioni, poteva dirsi consolidata l'opinione (del Giudice d'appello) che ritiene necessaria, per le imprese concorrenti in pubblica gara, la produzione del modello GAP “debitamente compilato, al fine di consentire agli organi preposti un immediato screening delle qualità soggettive delle imprese partecipanti, in chiave antimafia” (C.G.A. 11 maggio 2009, n. 400, seguita da 12 agosto 2010 n. 1097). Tanto forte l'esigenza di controllo, che non solo l'obbligo, ma anche - in caso di inosservanza - la conseguenza della esclusione dalla gara si associano “all'inequivoca formulazione dell'art. 1 comma 5 D.L. 6 settembre 1982 n. 629, conv. nella l. 12 ottobre 1982 n. 726”, anche in assenza di una espressa clausola nel bando.

La sentenza appellata sollecita revisione di tale orientamento, indicando un duplice ordine di motivi: il principio comunitario dell'affidamento, e la presenza di altri strumenti introdotti dopo il D.L. 629/82 ai fini della lotta contro l'infiltrazione mafiosa.

3.1 - Sensibile all'invito, questo Collegio riesamina il problema, anche alla luce di sopravvenienze normative, che contribuiscono a fornire un quadro d'insieme più attuale.

Giustamente richiamata dalla sentenza in esame, la esigenza di tutela dell'affidamento forse non basta ad escludere la etero integrazione; la legge infatti può reputarsi come nota, specie nell'ambito di settori ristretti, e da parte di operatori professionali.

Ma tale esigenza si integra con l'altra, di semplificare le procedure e consentire una più agevole partecipazione

ai rapporti commerciali con l'amministrazione, anche da parte di soggetti meno attrezzati; considerato che la complicazione è anche un costo, che in definitiva si trasferisce al committente.

Va in questa direzione la recente modifica che pone la regola di "tassatività delle cause di esclusione", inserendo - al dichiarato fine di "semplificare le procedure di affidamento" - il co. 1 bis nell'art. 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (art. 4, co. 2° lett. d, del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70 convertito in legge 12 luglio 2011 n. 106). E superando il dogma del divieto di disapplicazione, col sancire la nullità della clausola di bando che contenga "ulteriori prescrizioni a pena di esclusione".

Pur essendo la norma inapplicabile al caso in esame, ai sensi della disposizione transitoria contenuta nel co. 3 (si applica alle procedure i cui bandi sono pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore), essa induce alla convinzione che sia necessario - sul problema in discorso - un mutamento d'indirizzo, onde rafforzare i valori della semplicità e dell'affidamento. Sicchè il loro peso prevalga su altre pur apprezzabili esigenze di controllo sulle imprese, che può comunque esercitarsi in forme diverse, e senza intralcio per le procedure di gara.

3.2 - Altro argomento nasce dall'esame delle norme che imporrebbero la presentazione del GAP ai concorrenti di una gara d'appalto; se infatti queste fossero di univoco significato, scemerebbe il peso dell'affidamento.

L'art. 1, comma 5 del d.l. 6 settembre 1982, n. 629 come sostituito dalla legge di conversione 12 ottobre 1982, n. 726, così dice "A richiesta dell'Alto commissario [le cui competenze sono state poi attribuite al Ministro dell'interno, a norma dell'articolo 2, comma 2-quater, del D.L. 29 ottobre 1991, n. 345] le imprese, ... aggiudicatarie o partecipanti a gare pubbliche ... sono tenute a fornire allo stesso notizie ...".

Il successivo comma 6 stabilisce che "nei confronti degli appaltatori che non ottemperino ... si applica la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno. La condanna comporta la sospensione dall'albo degli appaltatori".

Mentre si richiede una espressa previsione perché un adempimento sia "a pena di esclusione", tanto che i bandi traboccano dell'inciso, qui si vorrebbe una conseguenza così drastica, quando in nessuno dei testi che il concorrente ha l'onere di consultare (leggi + norme della gara) sta scritto che la omessa presentazione del GAP comporta esclusione.

Anzi, la previsione di autonome sanzioni, che correttamente attengono ad ambiti estranei alla singola procedura di gara, può fare intendere l'opposto.

Inoltre, la regola non nasce direttamente dalla legge, ma da disposizioni, di natura amministrativa, impartite dall'organo allora competente, a cui la legge assegna il potere di chiedere la dichiarazione; per cui, la disposizione integrativa del bando è riferibile solo in via mediata al legislatore.

Si è visto sopra, al punto 2, come sia difficile individuare le norme che disciplinano le procedure di gara; non sembra il caso di addossare alle imprese difficoltà aggiuntive, soprattutto per interessi di certo assai rilevanti, ma non inerenti alla esigenza di individuare il contraente migliore.

3.3 - Con riguardo a tale ultimo aspetto, ferme le regole per evitare che partecipino soggetti inaffidabili, non deve essere favorita, in sede di interpretazione, la tendenza ad utilizzare il momento di partecipazione alle gare pubbliche, al fine di perseguire finalità non attinenti, con disposizioni *ad excludendum*. Anche in questa direzione va letta la menzionata modifica all'art. 46 del Codice dei contratti, che vuole impedire agli enti appaltanti l'uso di strumenti restrittivi per la partecipazione, ed ha introdotto, in sostanza, una riserva di legge, necessaria per riportare gli obblighi del partecipante all'interno della finalità precipua della gara.

Esigenze "esterne", quindi statistiche, di polizia, previdenziali ed altre, possono trovare spazio per eccezione, e solo se previste da una legge; le relative disposizioni sono perciò eccezionali, e soggette ad interpretazione restrittiva, in base al principio consacrato nell'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale, approvate con il Codice Civile.

Gli argomenti svolti conducono alla reiezione del primo motivo di appello.

4. - Pure infondato è il secondo motivo, che denuncia la mancanza dell'autorizzazione ministeriale al rilascio della fideiussione, e la mancata dimostrazione dei poteri di firma conferiti al sottoscrittore, profilo quest'ultimo non toccato dal primo Giudice.

La censura va esaminata alla luce dei principi enunciati al precedente punto 3.

L'art. 8 del bando richiede una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo dei lavori posti a base di gara "anche mediante fidejussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.lgs. n. 385/93, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero del Tesoro". Non è prevista, tantomeno a pena di esclusione, che sia allegata anche l'autorizzazione ministeriale.

Né la necessità di produrla è imposta dalla legge; in base al richiamo contenuto nel disciplinare, la polizza doveva essere rilasciata alle condizioni dell'art. 30, comma 2° della legge n. 104/1994, coordinato con la legislazione regionale, come indicato sopra al punto 2. La CONTROINTERESSATA ha prodotto una garanzia fidejussoria rilasciata dalla società intermediaria FIDEIUSSORE s.p.a., agenzia di Troina, il 25.3.2009, n. B/2228047/00, che riporta in calce il dato della iscrizione all'albo speciale del Ministero dell'Economia, ai sensi del D.P.R. 115/2004.

Sotto il primo profilo, è evidente che le indicate regole chiedono che l'autorizzazione ministeriale vi sia, ma non che venga prodotto il relativo documento; e solo questo secondo adempimento viene contestato dall'appellante, il quale neppure prospetta che l'autorizzazione non esista, o comunque difetti.

Il secondo profilo della censura segue le sorti del primo: non è disconosciuto il potere di firma di chi ha stipulato in nome del fideiussore, ma si denuncia la mancata allegazione della relativa procura; l'argomento fa leva sull'interesse dell'Ente appaltante "ad accertare che il soggetto stipulante ... sia munito dei relativi poteri" (pag. 12 dell'appello).

Si risponde che tale documento non è richiesto; quand'anche fosse utile a meglio garantire il committente, ciò non basta a far conseguire, dalla mancata produzione nei termini, la (non sancita) esclusione.

Si aggiunga che l'Ente appaltante ha tutti i poteri sia per accertare, sia per chiedere integrazioni; come pure ha (e di certo aveva, per le gare non ancora soggette al citato art. 4 del D.L. n. 70/2011) la possibilità di chiedere, con clausole chiare, i documenti in discorso. Ma così, nel nostro caso, non ha fatto.

5. La domanda di risarcimento, implicitamente respinta in primo grado e qui riproposta, non può che seguire - in

negativo - le sorti di quella impugnatoria.

L'appello è dunque respinto.

Il mutar della giurisprudenza, con riferimento al primo motivo, giustifica la integrale compensazione tra le parti delle spese proces-suali per questo secondo grado del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale respinge l'appello.

Compensa integralmente tra le parti le spese processuali per questo grado del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del 29 settembre 2011, con l'intervento dei magistrati: Paolo Turco, Presidente ed estensore, Antonino Anastasi, Gabriele Carlotti, Pietro Ciani, Giuseppe Mineo, Componenti.

F.to Paolo Turco, Presidente ed estensore

Depositata in Segreteria

il 11 novembre 2011

## **Confermata applicabilità della tassatività delle cause di esclusione anche in Sicilia**

Sonia Lazzini

Il Tar Palermo\_ sentenza numero 2225 del 25 novembre 2011 \_ non ha dubbi: la tassatività delle cause di esclusione è applicabile anche in Sicilia e di conseguenza ritiene illegittimo richiedere la produzione del modello GAP.

Poiché il modello Gap è stato introdotto con circolare dell'Alto Commissario 28/3/1989, per consentire, inizialmente all'Alto Commissario e, successivamente, al Ministro dell'Interno (v. art. 2, c. 2 quater, d.l. 29-10-1991 n. 345, conv. con l. 30 dicembre 1991, n. 410 che ha trasferito le funzioni del Commissario al Ministro) di avere accesso a notizie riguardanti le imprese che partecipano alle pubbliche gare di importo pari o superiore a euro 51.645,69 (IVA inclusa) e poiché, dunque, la produzione in gara dello stesso non è prevista da alcuna disposizione di legge, la relativa previsione della lex specialis perde il suo carattere deontico che la connota, per dar luogo ad una causa di nullità dell'eventuale previsione.

Peraltro, sull'applicazione di tale disposizione anche alle gare indette dalle stazioni appaltanti della Regione Siciliana, può essere ormai fugato ogni residuo dubbio, sia per le evidenti connotazioni semplificatorie della stessa disciplina (cfr. il principio espresso nella sentenza della Corte cost. n. 350/08), sia, ancora, per il sopravvenuto rinvio dinamico alla legislazione statale di settore contenuto nella l.r. n. 12 del 2011 (art. 1, comma 1).

Premidente esigenza insita nelle procedure di affidamento, di semplificare le procedure e consentire una più agevole partecipazione ai rapporti commerciali con l'amministrazione, anche da parte di soggetti meno attrezzati; considerato che la complicazione è anche un costo, che in definitiva si trasferisce al committente.

Passaggio tratto dalla sentenza numero 2225 del 25 novembre 2011 pronunciata dal Tar Sicilia, Palermo

Ciò posto, va detto che in passato questo Tribunale, con riferimento alla diversa ipotesi della produzione del modello GAP prescritta dal bando (nel caso di specie, non impugnato), ha ritenuto che costituisse causa di esclusione dalla gara non solo la mancata produzione dello stesso ma financo la produzione in maniera difforme da quanto stabilito dalla lex specialis (sentenza n. 13563/2010). Nella predetta sentenza era stato affermato che «la mancata impugnativa del bando in via incidentale da parte controinteressata, non consente, qui, di prendere posizione sulla questione di diritto se possa continuarsi a ritenere astrattamente legittima o meno una previsione di bando che imponga la produzione del GAP».

Anche in tali ipotesi va osservato che oggi, alla luce della disciplina legislativa sopravvenuta (peraltro anche richiamata dal C.g.a. in tale ultimo pronunciamento), può agevolmente affermarsi che anche una previsione del bando tendente a prescrivere la produzione del Gap sarebbe ormai da considerarsi illegittima.

Ed invero, l'art. 4 del d. l. n. 70/2011, convertito con l. n. 106/2011, nella parte in cui ha modificato l'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006, stabilisce che «La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal



regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle [...]».

Poiché il modello Gap è stato introdotto con circolare dell'Alto Commissario 28/3/1989, per consentire, inizialmente all'Alto Commissario e, successivamente, al Ministro dell'Interno (v. art. 2, c. 2 quater, d.l. 29-10-1991 n. 345, conv. con l. 30 dicembre 1991, n. 410 che ha trasferito le funzioni del Commissario al Ministro) di avere accesso a notizie riguardanti le imprese che partecipano alle pubbliche gare di importo pari o superiore a euro 51.645,69 (IVA inclusa) e poiché, dunque, la produzione in gara dello stesso non è prevista da alcuna disposizione di legge, la relativa previsione della *lex specialis* perde il suo carattere deontico che la connota, per dar luogo ad una causa di nullità dell'eventuale previsione.

Peraltro, sull'applicazione di tale disposizione anche alle gare indette dalle stazioni appaltanti della Regione Siciliana, può essere ormai fugato ogni residuo dubbio, sia per le evidenti connotazioni semplificatorie della stessa disciplina (cfr. il principio espresso nella sentenza della Corte cost. n. 350/08), sia, ancora, per il sopravvenuto rinvio dinamico alla legislazione statale di settore contenuto nella l.r. n. 12 del 2011 (art. 1, comma 1).

### **Si legga anche**

decisione numero 814 dell'11 novembre 2011 pronunciata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana

La ratio della norma sulla tassatività delle cause di esclusione per il giudice di appello siciliano

La esigenza di tutela dell'affidamento forse non basta ad escludere la etero integrazione; la legge infatti può reputarsi come nota, specie nell'ambito di settori ristretti, e da parte di operatori professionali.

Ma tale esigenza si integra con l'altra, di semplificare le procedure e consentire una più agevole partecipazione ai rapporti commerciali con l'amministrazione, anche da parte di soggetti meno attrezzati; considerato che la complicazione è anche un costo, che in definitiva si trasferisce al committente.

Va in questa direzione la recente modifica che pone la regola di "tassatività delle cause di esclusione", inserendo - al dichiarato fine di "semplificare le procedure di affidamento" - il co. 1 bis nell'art. 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (art. 4, co. 2° lett. d, del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70 convertito in legge 12 luglio 2011 n. 106). E superando il dogma del divieto di disapplicazione, col sancire la nullità della clausola di bando che contenga "ulteriori prescrizioni a pena di esclusione".

Pur essendo la norma inapplicabile al caso in esame, ai sensi della disposizione transitoria contenuta nel co. 3 (si applica alle procedure i cui bandi sono pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore), essa induce alla convinzione che sia necessario - sul problema in discorso - un mutamento

d'indirizzo, onde rafforzare i valori della semplicità e dell'affidamento. Sicchè il loro peso prevalga su altre pur apprezzabili esigenze di controllo sulle imprese, che può comunque esercitarsi in forme diverse, e senza intralcio per le procedure di gara.

(...)

ferme le regole per evitare che partecipino soggetti inaffidabili, non deve essere favorita, in sede di interpretazione, la tendenza ad utilizzare il momento di partecipazione alle gare pubbliche, al fine di perseguire finalità non attinenti, con disposizioni ad *excludendum*.

Anche in questa direzione va letta la menzionata modifica all'art. 46 del Codice dei contratti, che vuole impedire agli enti appaltanti l'uso di strumenti restrittivi per la partecipazione, ed ha introdotto, in sostanza, una riserva di legge, necessaria per riportare gli obblighi del partecipante all'interno della finalità precipua della gara.

§ § § § § § § § § § § § § § § §

Il secondo profilo della censura segue le sorti del primo: non è disconosciuto il potere di firma di chi ha stipulato in nome del fideiussore, ma si denuncia la mancata allegazione della relativa procura; l'argomento fa leva sull'interesse dell'Ente appaltante "ad accertare che il soggetto stipulante ... sia munito dei relativi poteri" (pag. 12 dell'appello).

Si risponde che tale documento non è richiesto; quand'anche fosse utile a meglio garantire il committente, ciò non basta a far con-seguire, dalla mancata produzione nei termini, la (non sancita) esclusione.

Si aggiunga che l'Ente appaltante ha tutti i poteri sia per accertare, sia per chiedere integrazioni; come pure ha (e di certo aveva, per le gare non ancora soggette al citato art. 4 del D.L. n. 70/2011) la possibilità di chiedere, con clausole chiare, i documenti in discorso. Ma così, nel nostro caso, non ha fatto.

La domanda di risarcimento, implicitamente respinta in primo grado e qui riproposta, non può che seguire - in negativo - le sorti di quella impugnatoria.

L'appello è dunque respinto

Riportiamo qui di seguito il testo della sentenza numero 2225 del 25 novembre 2011 pronunciata dal Tar Sicilia, Palermo

N. 02225/2011 REG.PROV.COLL.

N. 01897/2011 REG.RIC.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1897 del 2011 proposto dall'RICORRENTE s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Salvatore Forello e Valerio D'Antoni, con domicilio eletto presso il loro studio in Palermo, via Libertà n. 197;

*contro*

il Comune di Trapani, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Flavia Coppola, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Rosita Marchesano in Palermo, via Principe di Belmonte, n. 93;

*nei confronti di*

Controinteressata Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Enrico Follieri e Salvatore Raimondi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Palermo, via Abela, n. 10;

*per l'annullamento*

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore della CONTROINTERESSATA s.p.a. del 12 settembre 2011 (determinazione n. 62 del 12.09.2011) della concessione del servizio pubblico di accertamento e riscossione

dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni, della tassa per l'occupazione di spazi ed  
arre pubbliche e della Tarsug;

- di ogni altro atto presupposto, connesso, conseguente, ancorché non conosciuto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria dell'Amministrazione;

Visti l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale della Controinteressata s.p.a.;

Vista la memoria della ricorrente;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 120 cod. proc. amm.;

Relatore il referendario dott. Giuseppe La Greca;

Uditi all'udienza camerale del 18 novembre 2011 gli Avv. ti S. Forello e V. D'Antoni per la parte ricorrente, l'Avv. F.

Coppola per il Comune di Trapani ed il Prof. Avv. S. Raimondi per la parte controinteressata;

Sentite le parti in relazione alla possibilità della definizione del giudizio ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. e preso  
atto, sul punto, della mancata opposizione delle stesse;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 16 settembre 2011 e depositato il 28 settembre seguente, la ricorrente ha impugnato gli atti della gara in epigrafe indicata, nella parte in cui la controinteressata Controinteressata s.p.a. è stata ammessa e dichiarata aggiudicataria.

2. Il ricorso si articola in due motivi con cui si deducono i seguenti vizi:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, c. 5, del d.l. 6 settembre 1982, n. 629; violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), eccesso di potere;

2) In subordine, violazione dell'art. 86, comma 2, del codice dei contratti pubblici, eccesso di potere.

3. Il Comune di Trapani e la controinteressata si sono costituiti in giudizio: il primo, con memoria, ha contrastato le pretese di parte ricorrente, la seconda ha altresì proposto ricorso incidentale teso a revocare in dubbio la legittimità dell'ammissione della ricorrente alla gara e, dunque, la legittimazione della stessa alla proposizione del ricorso.

4. All'udienza camerale del 18 novembre 2011, presenti i procuratori delle parti che hanno ribadito le già rassegnate domande e conclusioni, il ricorso, su richiesta degli stessi è stato trattenuto in decisione ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.

5. Il ricorso introduttivo è infondato e pertanto va rigettato.

Tale esito consente al Collegio di poter prescindere dall'esame del ricorso incidentale proposto dalla Controinteressata s.p.a, quantunque con lo stesso si revochi in dubbio, come detto, la legittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente e, dunque, la legittimazione della stessa alla coltivazione del ricorso.

Ed invero, sul punto, non si ravvisano ragioni per discostarsi dall'impostazione ermeneutica seguita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 4 del 2011 - seguita da questa Sezione (*cf.* sentenza 17 giugno 2011, n. 1104) - in relazione al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale cd. «paralizzante». E' stato infatti affermata la regola di diritto secondo cui *«il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente. L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità»* (Cons. St., Ad. Pl. cit.).

6. Con il primo motivo la ricorrente contesta la mancata produzione da parte della Controinteressata s.p.a., a corredo della documentazione di gara, del modello Gap, e ciò alla stregua di quanto disposto dall'art. 1, comma 5 del d. l. n. 629 del 1982, quantunque il relativo obbligo non fosse previsto – come riconosciuto dalla stessa ricorrente – nel bando di gara.

Il motivo non è meritevole di pregio.

Sul punto questa Sezione, con un approccio ermeneutico che qui va confermato e ribadito, con sentenza n. 2807/2010 ha affermato che nel caso in cui la disciplina di gara nulla disponga circa la produzione del modello Gap, nessuna sanzione, tanto meno quella tesa all'esclusione dalla gara, può essere disposta a carico dell'impresa partecipante che abbia fatto legittimo affidamento sul tenore del bando e del disciplinare di gara al quale si sia attenuta.

Nel senso della «ultroneità» dell'esclusione dalla gara quando, seppur in assenza di specifica prescrizione nella *lex specialis*, la concorrente non abbia compilato e prodotto il modello Gap si è pronunciato – rivedendo il proprio consolidato orientamento – anche il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana che con sentenza n. 814/2011 (depositata in data 11 novembre 2011) ha fatto leva anche sulla preminente esigenza insita nelle procedure di affidamento, *«di semplificare le procedure e consentire una più agevole partecipazione ai rapporti commerciali con l'amministrazione, anche da parte di soggetti meno attrezzati; considerato che la complicazione è anche un costo, che in definitiva si trasferisce al committente»*.

Ne deriva l'infondatezza della doglianza.

Ciò posto, va detto che in passato questo Tribunale, con riferimento alla diversa ipotesi della produzione del modello GAP prescritta dal bando (nel caso di specie, non impugnato), ha ritenuto che costituisse causa di esclusione dalla gara non solo la mancata produzione dello stesso ma financo la produzione in maniera difforme da quanto stabilito dalla *lex specialis* (sentenza n. 13563/2010). Nella predetta sentenza era stato affermato che *«la mancata impugnativa del bando in via incidentale da parte controinteressata, non consente, qui, di prendere posizione sulla questione di diritto se possa continuarsi a ritenere astrattamente legittima o meno una previsione di bando che imponga la produzione del GAP»*.

Anche in tali ipotesi va osservato che oggi, alla luce della disciplina legislativa sopravvenuta (peraltro anche richiamata dal C.g.a. in tale ultimo pronunciamento), può agevolmente affermarsi che anche una previsione del bando tendente a prescrivere la produzione del Gap sarebbe ormai da considerarsi illegittima.

Ed invero, l'art. 4 del d. l. n. 70/2011, convertito con l. n. 106/2011, nella parte in cui ha modificato l'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006, stabilisce che «*La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle [...]*».

Poiché il modello Gap è stato introdotto con circolare dell'Alto Commissario 28/3/1989, per consentire, inizialmente all'Alto Commissario e, successivamente, al Ministro dell'Interno (v. art. 2, c. 2 quater, d.l. 29-10-1991 n. 345, conv. con l. 30 dicembre 1991, n. 410 che ha trasferito le funzioni del Commissario al Ministro) di avere accesso a notizie riguardanti le imprese che partecipano alle pubbliche gare di importo pari o superiore a euro 51.645,69 (IVA inclusa) e poiché, dunque, la produzione in gara dello stesso non è prevista da alcuna disposizione di legge, la relativa previsione della *lex specialis* perde il suo carattere deontico che la connota, per dar luogo ad una causa di nullità dell'eventuale previsione.

Peraltro, sull'applicazione di tale disposizione anche alle gare indette dalle stazioni appaltanti della Regione Siciliana, può essere ormai fugato ogni residuo dubbio, sia per le evidenti connotazioni semplificatorie della stessa disciplina (*cfr.* il principio espresso nella sentenza della Corte cost. n. 350/08), sia, ancora, per il sopravvenuto rinvio dinamico alla legislazione statale di settore contenuto nella l.r. n. 12 del 2011 (art. 1, comma 1).

7. Con il secondo motivo la ricorrente si duole della mancata attivazione della verifica dell'anomalia dell'offerta secondo il modulo procedimentale delineato dall'art. 86, comma 2, cod. proc. amm.

Il motivo è infondato, e ciò secondo un duplice ordine di argomentazioni.

Osserva il Collegio che la concessione in argomento - come evidenziato dall'incipit del bando - appartiene all'ambito dei servizi di cui all'allegato II B del d. lgs. n. 163 del 2006 (ciò che non costituisce oggetto di contestazione), la cui disciplina va rinvenuta nel combinato disposto degli artt. 20 e 27 del medesimo Codice dei contratti pubblici.

Ai sensi del predetto art. 20, «l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)» (comma 1).

Il susseguente art. 27, d.lgs. n. 163/2006 *«ha inteso tradurre in norma positiva nazionale una regola di diritto giurisprudenziale costantemente affermata dalla C. giust. CE, quella secondo cui ai contratti sottratti all'ambito di applicazione delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici (attualmente: direttiva 2004/18/CE e direttiva 2004/17/CE) si applicano comunque i principi posti a tutela della concorrenza dai Trattati dell'Unione, e segnatamente i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità [C. giust. CE, 3 dicembre 2001 C-59/00; comunicazione della Commissione CE, 2006/C 179/02]; [...] Emblematici sono i casi, di cui si sono occupate la C. giust. CE e la Commissione europea, degli appalti sotto soglia, delle concessioni di servizi e degli appalti di servizi dell'allegato II B, che astrattamente rientrano nei settori di attività contemplati, ma che vengono esentati dal diritto comunitario per ragione di soglia o di oggetto, per lasciare, negli appalti ritenuti meno rilevanti, maggiore libertà ai legislatori nazionali»* (Cons. St., Ad.Pl. n. 16/2011).

L'affermare, in linea con l'art. 27 citato, che l'affidamento della concessione debba avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità non equivale a dire che debba avvenire in applicazione delle «disposizioni» del Codice dei contratti: quest'ultimo *corpus* normativo, ad esclusione delle singole prescrizioni richiamate all'art. 20 non trova, infatti, applicazione per gli appalti di cui all'allegato IIB.

E' indubbio, sotto un primo aspetto, che la verifica dell'anomalia o congruità dell'offerta costituisca attività espressione di un principio comunitario che, ad avviso del Collegio, va ritenuto essere qui ampiamente rispettato.

Il Collegio non dubita dell'inderogabilità della disciplina della verifica dell'anomalia delle offerte come sottolineato dalla parte ricorrente, ma ovviamente tale connotazione assume rilievo unicamente in tutte quelle ipotesi in cui l'applicazione delle relative disposizioni non sia esclusa dal medesimo Codice dei contratti pubblici.



Il parametro legislativo invocato dalla parte ricorrente (art. 86, comma 2 del d. lgs. n. 163 del 2006) è, infatti, inconferente quanto al procedimento di che trattasi, per la semplice ragione che, da una parte, non si tratta di disposizione richiamata dal precedente art. 20 (e dunque non è suscettiva di applicazione per i servizi di cui all'allegato IIB), e, per altro verso, poiché la specifica disciplina recata dal bando prevedeva un altrettanto specifico meccanismo di verifica della congruità dell'offerta, estraneo al medesimo art. 86 citato (disciplina della *lex specialis*, per il vero, del tutto incontestata quanto alla sua astratta previsione) ma idoneo a consentire l'efficace verifica di eventuali offerte anomale.

Sotto un secondo profilo, una volta acclarato che si tratti di servizio di cui all'allegato II B, non va sottaciuto che il sistema di gestione prescelto dall'Amministrazione risulta essere, incontestabilmente, quello della concessione di servizi.

Come perspicuamente ed in maniera del tutto condivisibile ha sottolineato la difesa della parte pubblica, anche per tale modulo contrattuale - e ciò a prescindere dall'oggetto della gara - non trovano applicazione le disposizioni del d. lgs. n. 163 del 2006 (*cfr.* art. 30, comma 1), fermo restando, analogamente a quanto detto sopra, che *«la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi»* (art. 30, comma 3). Principi, come detto, rispetto ai quali l'azione amministrativa posta in essere va giudicata conforme, e ciò in perfetta sintonia anche con il disposto di cui all'art. 1, comma 1, lett. i) l.r. n. 48 del 1991 (*«[...]Gli enti locali si attengono alle procedure previste dalla normativa della Comunità economica europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano»*).

8. Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso, in ragione della sua complessiva infondatezza, va rigettato.

9. Le spese, in via d'eccezione, avuto riguardo alla parziale novità della questione, possono essere integralmente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, pronunciando sul ricorso in epigrafe lo rigetta.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere

Giuseppe La Greca, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/11/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

## **Interpretazione della tassatività delle cause di esclusione**

Sonia Lazzini

La chiara intenzione del legislatore di ricondurre le esclusioni a ipotesi ben individuate costituisce un criterio che impone di interpretare in maniera restrittiva le ipotesi di esclusione; tale criterio è quindi comunque applicabile alle ipotesi di esclusione laddove queste non siano riconducibili a clausole della regolamentazione di gara, ma – come nel caso di specie – si ritenga di poterle ricavare in via interpretativa.

Sotto altro profilo, occorre rimarcare come l'orientamento giurisprudenziale sulla cui base la società ricorrente ritiene debba essere disposta l'esclusione dell'aggiudicatario debba oggi essere valutato alla luce dell'art. 46, comma 1-bis del codice dei contratti, introdotto dal DL 13 maggio 2011, n. 70, che ha sancito il principio della tassatività delle clausole di esclusione, secondo cui «...La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle...».

Le previsioni contenute in tale articolo, non sono direttamente applicabili *ratione temporis* alla fattispecie di cui si tratta (prevedendo l'art. 4, comma 3, del DL 70/2011 che «...Le disposizioni di cui al comma 2, lettere (...) d) (...) si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte...», ed essendo stato il bando della presente procedura spedito all'Ufficio pubblicazioni della Gazzetta Ufficiale CE il 10 gennaio 2011);

Riportiamo qui di seguito il testo della sentenza numero 76 del 16 novembre 2011 pronunciata dal Tar Valle d'Aosta, Aosta

**N. 00076/2011 REG.PROV.COLL.**

**N. 00035/2011 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta**

**(Sezione Unica)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 35 del 2011, proposto da RICORRENTE SRL, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di capogruppo del RT con Ricorrente 2 Giovanna, Ricorrente 3 Mario, Ricorrente 4 Mirco, Ricorrente 5 Elvis, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Busiri Vici e Massimo Bali, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Aosta, via Lucat, 2/A;

***contro***

il Comune di Chambave, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Hebert D'Herin e Fabio Fantini, con domicilio *ex lege* presso la Segreteria di questo Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta, in Aosta, Piazza Accademia di S. Anselmo, 2;

***nei confronti di***

- CONTROINTERESSATA Architettura, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, in proprio e in qualità di capogruppo del RT costituito con Controinteressata 2 Service Vallée d'Aoste srl, CONTROINTERESSATA 3 srl, CONTROINTERESSATA 4 Engineering srl, Federica Controinteressata 5, Valerio De Controinteressata 6, Andrea Controinteressata 7, rappresentati e difesi dagli avvocati Francesco Vagnucci e Pierluigi Piselli, con domicilio eletto presso la Segreteria di questo Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta, in Aosta, Piazza Accademia di S. Anselmo, 2;

- ALFA Roberto, in proprio e in qualità di capogruppo del RT con Mauro ALFA 1, Nicole Morise, Rossana ALFA, Davide ALFA 2, Studio Associato ALFA3, Paolo ALFA4, \*\*\*\*\*++

***per l'annullamento,***

- della determinazione dell'Ufficio Tecnico del Comune di Chambave n. 10 del 11 aprile 2011;

- di ogni altro atto presupposto, inerente e/o consequenziale con particolare riferimento a: verbale di gara n. 1 relativo alla seduta pubblica del 24 febbraio 2011; verbale di gara n. 2 relativo alle sedute riservate del 7, 8, 14, 15, 16 marzo 2011; al verbale di gara n. 3 relativo alla seduta pubblica del 21 marzo 2011; alla nota prot. n. 1600 del 12 aprile 2011, pervenuta alla ricorrente in data 19 aprile 2011, con la quale il responnicorrenteile del procedimento trasmetteva alla ricorrente il provvedimento di aggiudicazione definitiva ed i detti verbali

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Chambave, di CONTROINTERESSATA Architettura, in proprio e in qualità di capogruppo del RT, di ALFA Roberto in proprio e in qualità di capogruppo del RT;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2011 il dott. Diego Spampinato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

A) Con ricorso ritualmente notificato, depositato in data 27 maggio 2011, la società ricorrente impugna gli atti in epigrafe, emanati dal citato Comune nell'ambito della procedura aperta per la *«progettazione definitiva, esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione, direzione, misura e contabilità, maggiore assistenza, dei lavori relativi agli interventi di ristrutturazione dell'ex Municipio, di realizzazione di un nuovo parcheggio e della riqualificazione della piazza Felix Orsières, di alcune vie del centro storico e dell'area verde a sud-est del capoluogo in comune di Chambave (AO)»*.

Affida il ricorso ai seguenti motivi, contenenti censure rivolte sia nei confronti dell'offerta presentata dal RT BFC Architettura, risultato aggiudicatario definitivo all'esito della procedura di gara, sia nei confronti dell'offerta presentata dal RT ALFA, classificatosi al secondo posto.

1.1) Violazione del punto III.2.3 lettera A.2 del bando e del paragrafo 8.1 punto III del disciplinare di gara; violazione dell'articolo 66 del DPR 554/99. Il RT aggiudicatario avrebbe effettuato un solo servizio «...di progettazione e direzione lavori, di sola progettazione ovvero di sola direzione lavori...», relativamente ad opere della categoria VIII (acquedotto e fognatura), anziché i due servizi richiesti dalle disposizioni disciplinanti la gara.

La censura non coglie nel segno. Il RT aggiudicatario risulta avere prodotto, al fine della partecipazione alla gara, apposita dichiarazione sostitutiva (allegata *sub 3* alla memoria difensiva depositata il 13 giugno 2011), con cui dichiara di aver espletato «... due servizi di progettazione e direzione lavori, di sola progettazione ovvero di sola direzione lavori...»; risulta inoltre aver documentato, nella fase di comprova dei requisiti conseguente all'aggiudicazione della gara, l'effettuazione dei due servizi mediante la produzione dei certificati rilasciati dal Comune di Brissogne, relativo a servizio di progettazione e VIA (allegato *sub 1* alla citata memoria difensiva) e dal Comune di Saint Pierre, avente ad oggetto «...Riqualificazione generale e messa in sicurezza del tratto di strada comunale fra le località Bercher e Homené nel comune di Saint Pierre...» (allegato *sub 2* alla citata memoria difensiva).

La questione sarebbe stata originata dalla omissione – nello schema riassuntivo prodotto in sede di comprova dei requisiti di capacità tecnica – dell'indicazione del servizio di progettazione effettuato per il Comune di Saint Pierre; tuttavia, risultando il possesso del requisito essere stato prima dichiarato e quindi comprovato mediante deposito del relativo certificato, la censura può essere disattesa.

1.2) Violazione dell'articolo 90 del D. Lgs. 163/06; violazione dei principi di concorrenza e *par condicio* tra concorrenti. Nella prospettazione della società ricorrente, recente giurisprudenza (TAR Lazio – Roma, Sez. III, 5 novembre 2010, n. 33192, che richiama sul punto Cons. Stato, sent. 5087/2007) avrebbe interpretato l'indicata disposizione del codice dei contratti in maniera da prevedere il divieto del progettista di partecipare non solo – come espressamente previsto dalla norma – alle procedure per l'affidamento di lavori pubblici per cui abbia effettuato attività di progettazione, ma anche alle procedure per l'affidamento di successivi livelli di progettazione.

La censura non coglie nel segno, non essendo prevista l'esclusione in tale eventualità né dal codice dei contratti né dalla normativa regolante la procedura di cui si tratta; con riferimento a fattispecie analoga, condivisibile giurisprudenza ha avuto modo di affermare che «...per pacifico principio generale, le cause di incompatibilità sono di stretta interpretazione in quanto limitative della libertà di iniziativa economica costituzionalmente garantita...» (TAR Piemonte, Sez. I, 5 luglio 2008, n. 1510); in senso analogo, recentemente, il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare, con riferimento a norma limitativa della partecipazione alle gare e della libertà di iniziativa economica delle imprese, che «...si tratta di una norma che limita la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese, essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione e che, in quanto tale, assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse...» (Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513).

Sotto altro profilo, occorre rimarcare come l'orientamento giurisprudenziale sulla cui base la società ricorrente ritiene debba essere disposta l'esclusione dell'aggiudicatario debba oggi essere valutato alla luce dell'art. 46, comma 1-bis del codice dei contratti, introdotto dal DL 13 maggio 2011, n. 70, che ha sancito il principio della tassatività delle clausole di esclusione, secondo cui «...La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle...». Le previsioni contenute in tale articolo, non sono direttamente applicabili *ratione temporis* alla fattispecie di cui si tratta (prevedendo l'art. 4, comma 3, del DL 70/2011 che «...Le disposizioni di cui al comma 2, lettere (...) d) (...) si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte...», ed essendo stato il bando della presente procedura spedito all'Ufficio pubblicazioni della Gazzetta Ufficiale CE il 10 gennaio 2011); tuttavia, la chiara intenzione del legislatore di ricondurre le esclusioni a ipotesi ben individuate costituisce un criterio che impone di interpretare in maniera restrittiva le ipotesi di esclusione; tale criterio è quindi comunque applicabile alle ipotesi di

esclusione laddove queste non siano riconducibili a clausole della regolamentazione di gara, ma – come nel caso di specie – si ritenga di poterle ricavare in via interpretativa.

1.3) Violazione dell'art. III.2.3 del bando e del paragrafo 16.1 punto IV.I del disciplinare di gara; violazione dell'art. 38 del D. Lgs. 163/06.

1.3.1) Il Sig. Francesco Perrone, che risulterebbe “rappresentante” della CONTROINTERESSATA 3, società che fa parte del RT aggiudicatario, non avrebbe reso la dichiarazione attestante l'insussistenza delle condizioni ostative alla partecipazione alle gare d'appalto di cui all'articolo 38 citato.

Anche tale censura non coglie nel segno; come si evince dalla visura camerale della società CONTROINTERESSATA 3, allegata *sub* 5 alla memoria depositata il 13 giugno 2011 dal RT aggiudicatario, «...*La rappresentanza spetta al presidente del consiglio di amministrazione e ai singoli amministratori delegati, se nominati, nell'ambito dei loro poteri di amministrazione...*»; dal verbale del consiglio d'amministrazione del 31 marzo 2010, allegato *sub* 5.c alla stessa memoria, risultano essere stati nominati consiglieri delegati i signori Ferraris Luca Pietro e Bibois Alberto; il sig. Perrone non risulta conseguentemente avere poteri di rappresentanza; per condivisibile giurisprudenza, invece, «...*L'art. 38 del d. lgs. n. 163/06 richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza...*» (Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513).

1.3.2) Il paragrafo 16.1 punto IV.I del disciplinare di gara prevede che debba essere presentata apposita dichiarazione sostitutiva recante «...*il nominativo degli amministratori dotati di potere di legale rappresentanza...*»; la dichiarazione presentata dal RT BFC non indicherebbe il Sig. Francesco Perrone. La censura, per gli stessi motivi che hanno condotto a disattendere la censura precedente, deve essere disattesa.

1.4) Violazione del punto III.2.1 lettera B) del bando e del paragrafo 16 punto IV.II; violazione dell'art. 38 del D. Lgs. 163/06. L'ing. Trasino, legale rappresentante della CONTROINTERESSATA 4 Engineering e l'arch. Cristian Facchini, legale rappresentante della BFC Architettura, società che fanno parte del RT aggiudicatario, non avrebbero inserito nelle dichiarazioni sostitutive afferenti l'eventuale presenza di precedenti penali, l'emissione, nei confronti di ciascuno di essi, di un decreto penale di condanna a 2.000,00 euro di ammenda; decreti emessi entrambi in data 28 febbraio 2011, ed entrambi per violazione dell'art. 92 del D. Lgs. 81/2008.



Tale censura è infondata; i decreti penali di condanna risultano infatti, a tenore dei certificati dei carichi pendenti versati in allegato al ricorso *sub* 16 e 18, emessi in data 28 febbraio 2011, quindi in data successiva a quella prevista dal bando (punto IV.3.4) quale termine per il ricevimento delle offerte (22 febbraio 2011, ore 12.00); pertanto, non potevano essere ricompresi nella dichiarazione.

1.5) Violazione del paragrafo 17 del disciplinare di gara. Le relazioni tecniche illustrative delle modalità con cui sarebbero state svolte le prestazioni oggetto dell'incarico di cui all'art. 17 del disciplinare sarebbero sottoscritte solo sul frontespizio; tale modalità non consentirebbe di ritenerle sottoscritte secondo quanto previsto dal disciplinare di gara; nella prospettazione della società ricorrente, la sottoscrizione avrebbe dovuto essere «...*apposta all'ultima pagina...*» (ricorso, pag. 24).

Anche tale censura non coglie nel segno. Non sussistendo una norma che preveda la sottoscrizione in calce alla relazione tecnica, occorre fare applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, applicabile alla fattispecie di cui si tratta, non vertendosi in un caso di esclusione espressamente prevista, ma ritenuta in via interpretativa, secondo quanto già visto in sede di deliberazione della censura numerata *sub* 1.2.

1.6) Violazione del paragrafo 18 del disciplinare di gara. L'offerta tecnica non sarebbe stata sottoscritta su ogni pagina dai soggetti componenti il RT; inoltre, alcuni di loro avrebbero apposto la sottoscrizione in calce all'offerta su foglio separato «...*e che non reca nemmeno alcun timbro di congiunzione rispetto alle prime due pagine dell'offerta stessa...*» (ricorso, pag. 26).

Anche tale censura deve essere disattesa, per le stesse motivazioni che hanno portato a disattendere la precedente.

1.7) Violazione del punto III.3.1 del bando e del paragrafo 16 punto XI.1 del disciplinare di gara; violazione dell'art. 37, comma 13, del D. Lgs. 163/06, del principio di corrispondenza tra quota di partecipazione alla raggruppamento, quota di esecuzione dei servizi e quota di qualificazione. Nella prospettazione della società ricorrente «...*i soggetti indicati quali prestatori dei singoli specifici servizi (di progettazione, direzione lavori e coordinamento...*» (ricorso, pag. 27) non avrebbero, almeno con riferimento ad alcuni tra essi, «...*il possesso dei requisiti professionali previsti dal bando in ordine alla progettazione...*» (ricorso, pag. 28).

Nemmeno questa censura coglie nel segno. Decisiva appare al Collegio la circostanza che l'art. 8.2 del disciplinare, previsione non oggetto di impugnazione, prevede che «...*In ipotesi di raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti o costituendi, i requisiti di cui al precedente paragrafo 8.1 devono essere posseduti dal raggruppamento nel suo complesso...*». Tale disposizione appare in linea con quanto previsto dall'art. 37, commi 3 e 4, del codice dei contratti, laddove prevedono, con riferimento ai raggruppamenti temporanei, che «3. *Nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di concorrenti sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento ovvero gli imprenditori consorziati abbiano i requisiti indicati nel regolamento.* 4. *Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati*». La previsione che i requisiti debbano essere posseduti dai singoli partecipanti al raggruppamento è quindi prevista solo per gli appalti di lavori.

Sulla differenza fra appalti di lavori e di progettazione, in ordine alla necessità di ricollegare, nell'offerta, i requisiti ai partecipanti del raggruppamento, condivisibile giurisprudenza ha avuto modo di affermare che «...*la necessità della precisa indicazione delle attività assegnate a ciascun componente di un raggruppamento temporaneo di imprese, sta proprio nel fatto di verificare se tale ripartizione è coerente con le qualificazioni di ciascuna e con il possesso dei requisiti per eseguire quella parte di attività, mentre nella specie non si trattava di una ripartizione di lavori, ma di una unica attività, che era appunto quella della progettazione esecutiva, per la quale, essendo comunque necessaria la sottoscrizione di un tecnico abilitato, iscritto al relativo albo professionale, la questione della ripartizione non aveva alcun senso e non era rispondente alla "ratio" sottostante alla necessità della specificazione...*» (Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2011, n. 2454).

D'altra parte, la stessa giurisprudenza citata dalla società ricorrente ha peraltro posto l'accento sulla circostanza che «...*la valutazione dell'idoneità tecnica, finanziaria ed economica dei raggruppamenti, quando si riferisce ad aspetti di carattere oggettivo (come il fatturato), va effettuata, in via di principio, cumulativamente, tenendo conto della sommatoria dei mezzi e delle qualità che fanno capo a tutte le imprese raggruppate...*», e che la necessità della sussistenza di «...*una sostanziale corrispondenza tra i requisiti e la parte del servizio effettuata da ciascuna delle imprese associate, nelle ipotesi in cui sia prevista la specificazione delle prestazioni...*» debba conseguentemente essere riconducibile all'esigenza «...*di non trasformare la riunione di imprese in uno strumento elusivo delle regole impositive*

*di un livello minimo di capacità per la partecipazione agli appalti...*» (TAR Campania – Napoli, Sez. I, 14 luglio 2006, n. 7509); nel caso di specie, essendo comunque necessaria la sottoscrizione di un tecnico abilitato, iscritto al relativo albo professionale (in base all'art. III.3.1 del bando), non si può ritenere sussistere un intento elusivo tale da giustificare la riconduzione del possesso dei requisiti richiesti dal bando ai singoli progettisti anziché al raggruppamento (riconduzione la cui fonte parte ricorrente individua in via interpretativa, in contrasto con quanto previsto dalla regolamentazione di gara).

1.8) Violazione del punto III.3.1 del bando e del paragrafo 16 punto XI.1 del disciplinare di gara. Nella prospettazione della società ricorrente, mancherebbe l'indicazione del nominativo del progettista deputato ai servizi di progettazione «...di classe VI, categoria b (strade)...» (ricorso, pag. 36).

La censura è infondata. Il punto II.2.1 del bando individua le categorie di servizi oggetto di appalto in servizi di: 1) progettazione definitiva ed esecutiva; 2) geologia; 3) direzione, misura e contabilità dei lavori; 4) coordinamento della sicurezza in fase di progettazione; 5) coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione. La progettazione delle opere stradali, individuate dallo stesso paragrafo al fine di indicare l'importo dei lavori da progettare e dirigere (e non l'importo del servizio di progettazione), non è quindi oggetto di incarico autonomo, ma rientra nella più generale categoria "progettazione definitiva ed esecutiva"; il RT aggiudicatario risulta, a tenore della documentazione versata in atti dalla stessa società ricorrente (documento allegato *sub* 23 al ricorso), aver indicato i nominativi dei progettisti.

1.9) Violazione del paragrafo 21 punto 21.2 del disciplinare di gara. Il RT aggiudicatario avrebbe violato il termine di 10 controinteressata 7 previsto dalla disposizione citata per produrre la documentazione richiesta dal Comune di Chambave a comprova del possesso dei requisiti di capacità. In particolare, avrebbe prodotto lunedì 4 aprile 2011 (11° giorno dalla richiesta, effettuata con nota del Comune prot. 1315 del 24 marzo 2011, inviata via fax) parte di tale documentazione, e solo il giorno successivo un'integrazione di tale produzione.

Anche tale censura deve essere disattesa.

In disparte la circostanza che precedente giurisprudenza del TAR Valle d'Aosta ha ritenuto che il termine di cui all'art. 48, comma 2, del codice dei contratti fosse ordinatorio e non perentorio (TAR Valle d'Aosta, 13 novembre 2008, n. 88), la produzione ritenuta tardiva dalla società ricorrente (quella integrativa del 5 aprile 2011, essendo stata la precedente

effettuata lunedì, primo giorno utile dopo la scadenza dei dieci controinteressati 7) era costituita dalla attestazione di Equitalia, emessa in data 4 aprile 2011, versata in atti dal RT aggiudicatario (allegato *sub* 12 alla memoria depositata il 13 giugno 2011) e dal Comune di Chambave (allegato *sub* 10 alla memoria depositata lo stesso 13 giugno 2011). A tenore della documentazione in atti, tale produzione integrativa risulta essere stata resa necessaria dal fatto che l'Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale della Valle d'Aosta, con nota prot. 2011/17414 del 31 marzo 2011 (allegata rispettivamente *sub* 11 e *sub* 9 alle citate memorie del 13 giugno 2011), aveva certificato la presenza di una cartella esattoriale a carico della società Controinteressata 2 Service Vallée d'Aoste srl, facente parte del RT aggiudicatario, circostanza che appare essere smentita dalla successiva attestazione di Equitalia, secondo cui tale pendenza appare essere stata estinta; dalla ulteriore documentazione allegata *sub* 12 alla memoria del RT aggiudicatario, il pagamento risulterebbe essere stato effettuato in data 26 giugno 2000.

Il Collegio ritiene quindi che, in applicazione dei principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa (Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2011, n. 550), non si possano addossare gli effetti di quello che appare essere stato un errore dell'Amministrazione al cittadino, anche in considerazione della circostanza che – come dimostrato dal breve lasso di tempo intercorso fra l'emissione della certificazione della DR della Valle d'Aosta (giovedì 31 marzo 2011), il rilascio della attestazione di Equitalia (lunedì 4 aprile 2011), ed il deposito della documentazione integrativa (martedì 5 aprile 2011) – il RT aggiudicatario risulta essersi diligentemente attivato.

B) La società ricorrente ha depositato, in data 21 settembre 2011, la nota del Comune di Chambave prot. 3437 datata 17 agosto 2011, con cui gli è stata comunicata la sottoscrizione, in data 5 luglio 2011, del disciplinare di incarico con il RT aggiudicatario.

Anche alla luce della stipulazione del contratto, quindi, l'infondatezza delle censure rivolte nei confronti del RT aggiudicatario esime il Collegio dalla delibazione delle censure rivolte nei confronti del RT ALFA, secondo classificatosi, attesa la mancanza di un interesse attuale della società ricorrente alla decisione su tali censure.

C) La complessità della vicenda induce il Collegio a ritenere equo compensare le spese di giudizio per metà, condannando parte ricorrente al pagamento dell'altra metà nei confronti delle parti costituite, secondo la liquidazione effettuata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (Sezione Unica), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente al pagamento, nei confronti delle parti costituite, della metà delle spese processuali del presente grado di giudizio, che liquida, in via equitativa, in complessivi euro 2.000,00 (duemila/00) *pro quota*, oltre accessori di legge, se dovuti; compensa nel resto.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Giuseppe La Greca, Referendario

Diego Spampinato, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/11/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

**Nonostante la tassatività delle cause di esclusione, la polizza fideiussoria non correttamente intestata, comporta l'esclusione**

nel caso di A.T.I. costituenda, la garanzia deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara

**GIUSTO UN'OSSERVAZIONE**

Il provvedimento di esclusione è del 10 novembre 2011.

La norma sulla tassatività delle cause di esclusione è entrata in vigore il 14 maggio 2011.

Quindi c'è da presumere che la presente controversia sia sotto regime del decreto sviluppo.

Ciò significa che l'adito Tar Siciliano ha ritenuto che, nonostante l'onere di intestare la cauzione provvisoria a tutte le componenti dell'Ati non derivi direttamente dalla norma, ma dalla giurisprudenza ( e dal buon senso), va esclusa l'Ati la cui polizza provvisoria sia intestata ad una sola impresa.

Questo è già un passo avanti rispetto ad altri Tar che ritengono non legittime le esclusioni in caso di fideiussioni provvisorie "pasticciate"

perché diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante, quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti; la fideiussione deve dunque richiamare la natura collettiva della partecipazione e deve garantire non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara (Cons. Stato Ad. Plen. 8/2005; Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2011 n. 5841; T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 14 settembre 2007, n. 1418 e 5 ottobre 2006, n. 1618).

RILEVATO che nel caso di specie, invece, la fideiussione è stata rilasciata solo in favore della RICORRENTE di Ricorrente P., della Ricorrente 2 s.r.l., della Ricorrente 4, non anche dell'altra impresa Ricorrente 3, a nulla valendo la successiva documentazione integrativa presentata solo successivamente alla presentazione dell'offerta, poiché nel caso di specie non si tratterebbe di sanare mere irregolarità formali ma di aggiungere all'intestazione della polizza allegata all'offerta anche la quarta associata e l'accettazione di tale documento ove presentato rappresenterebbe una chiara violazione della par condicio (cfr da ultimo T.A.R. Lombardia Garante, sez. I, 11 febbraio 2011, n. 449)

Riportiamo qui di seguito il testo della sentenza numero 70 del 13 gennaio 2012 pronunciata dal Tar Sicilia, Palermo

**N. 00070/2012 REG.PROV.COLL.**

**N. 03612/2011 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**sezione staccata di Catania (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 3612 del 2011, proposto da:

RICORRENTE. di Ricorrente Pietro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Rametta, Felice Giuffrè, con domicilio eletto presso Felice Giuffrè in Catania, via F. Crispi, 225;

***contro***

Servizio Provinciale U.R.E.G.A. di Catania in persona del legale rappresentante pro tempore;  
Sac Societa' Aeroporto Catania S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore rappresentato e difeso dall'avv. Adolfo Landi, con domicilio eletto presso Adolfo Landi in Catania, via Zoccolanti, 5;

***per l'annullamento, previa sospensione degli effetti***

- del provvedimento prot. 237233 del 10.11.11 con il quale è stata comunicata al ricorrente l'esclusione della procedura di gara per l'aggiudicazione dei lavori "progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione di sopraelevazione di attuali aree di parcheggio con strutture prefabbricate in acciaio ed opere connesse presso l'aeroporto di Catania Fontanarossa
- provvedimento n. 255108 del 24.11.11 con il quale è stato comunicato al ricorrente il rigetto del reclamo teso a revocare il provvedimento di esclusione precedentemente adottato dalla commissione di gara
- di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente agli atti impugnati, anche allo stato non conosciuto

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sac Societa' Aeroporto Catania S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2012 il dott. Agnese Anna Barone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. e ritenuta la sussistenza dei presupposti per definire il giudizio all'esigo dell'udienza cautelare;

VISTO il ricorso indicato in epigrafe, con il quale la mandante capogruppo della costituenda A.T.I. tra le imprese Ricorrente- Ricorrente 2- Ricorrente 3 e Ricorrente 4 costruzioni ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, con i quali è stata disposta l'esclusione della partecipazione alla gara indetta dalla SAC per la realizzazione di sopraelevazione di attuali aree a parcheggio, con la seguente motivazione: *“NON AMMESSA, in quanto il concorrente non produce polizza fideiussoria nelle forme previste dal bando di gara, ovvero i contraenti non coincidono con i soggetti costituendi l'A.T.I.”*

Nel ricorso sono articolate censure di violazione di legge ed eccesso di potere per travisamento dei fatti e per erronea valutazione della documentazione prodotta dalla ricorrente. In particolare, la ricorrente – pur non contestando l'intestazione della polizza soltanto a tre delle quattro imprese della costituenda A.T.I., ritiene, tuttavia, che in sede di gara sia stata comunque presentata una fideiussione sulla quale era espressamente indicato la partita IVA dell'ATI (K00015442); inoltre in sede di reclamo è stata depositata documentazione attestante che la polizza fideiussoria era stata rilasciata in favore di tutte le imprese partecipanti (cd allegato CO e lettera di Garante Assicurazioni del 16/11/2011).

VISTO l'atto di costituzione in giudizio di UREGA e della SAC, la quale ha eccepito la parziale invalidità della procura (rilasciata solo a RICORRENTE. di Ricorrente Pietro e quindi non valida per la rappresentanza di Ricorrente 2 srl, Ricorrente 3 srl e Ricorrente 4 Costruzioni srl.) e l'infondatezza del merito del ricorso.

RITENUTO che la manifesta infondatezza esonera il Collegio dall'esame delle questioni preliminari di rito;



CONSIDERATO che secondo orientamento giurisprudenziale uniforme nel caso di A.T.I. costituenda, la garanzia deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, perché diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante, quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti; la fideiussione deve dunque richiamare la natura collettiva della partecipazione e deve garantire non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara (Cons. Stato Ad. Plen. 8/2005; Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2011 n. 5841; T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 14 settembre 2007, n. 1418 e 5 ottobre 2006, n. 1618).

RILEVATO che nel caso di specie, invece, la fideiussione è stata rilasciata solo in favore della RICORRENTE di Ricorrente P., della Ricorrente 2 s.r.l., della Ricorrente 4, non anche dell'altra impresa Ricorrente 3, a nulla valendo la successiva documentazione integrativa presentata solo successivamente alla presentazione dell'offerta, poiché nel caso di specie non si tratterebbe di sanare mere irregolarità formali ma di aggiungere all'intestazione della polizza allegata all'offerta anche la quarta associata e l'accettazione di tale documento ove presentato rappresenterebbe una chiara violazione della par condicio (cfr da ultimo T.A.R. Lombardia Garante, sez. I, 11 febbraio 2011, n. 449)

CONSIDERATO che in base alle superiori argomentazioni il ricorso è infondato e va respinto, mentre le spese possono essere compensate tra le parti, anche in ragione della sollecita definizione della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

respinge il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Schillaci, Presidente FF

Francesco Bruno, Consigliere

Agnese Anna Barone, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

# *LA GARANZIA PROVVISORIA*

Tassatività delle cause di  
esclusione

---

## DECRETO SVILUPPO

---

LEGGE 12 LUGLIO 2011, n. 106  
DI CONVERSIONE DEL  
DECRETO LEGGE 13 MAGGIO  
2011, n. 70

In vigore dal 13 luglio 2011

---

---

# TASSATIVITA' CAUSE DI ESCLUSIONE

---

Art. 46. Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione (rubrica così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera d), legge n. 106 del 2011) (art. 43, dir. 2004/18; art. 16, d.lgs. n. 157/1995; art. 15, d.lgs. n. 358/1992)

1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.
-

---

## TASSATIVITA' CAUSE DI ESCLUSIONE

---

1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti,

---

---

## TASSATIVITA' CAUSE DI ESCLUSIONE

---

nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali

---

---

## TASSATIVITA' CAUSE DI ESCLUSIONE

---

ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.

(comma aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera d), legge n. 106 del 2011)

---



---

## TASSATIVITA' CAUSE DI ESCLUSIONE

---

E' pur vero che non mancano, al contrario, quantomeno nel sistema normativo antecedente alla riforma attuata al riguardo dal cd. "Decreto Sviluppo" (D.L. 70 del 2011), non applicabile nella specie ratione temporis, pronunce che mettono in risalto come clausole particolarmente rigorose debbano essere vagliate in relazione alla fattispecie e siano inapplicabili, qualora risultino irragionevoli, irrazionali e sproporzionate

C.St. 6546 del 14 dicembre 2011

---

---

## PARTE ESSENZIALE DELL'OFFERTA

---

Il Consiglio di Stato nell'affermare che la norma di cui all'articolo 75 del codice dei contratti è inderogabile e vincolante per la Stazione appaltante, sancisce altresì che, a norma del neo nato comma 1 bis dell'articolo 46 del codice dei contratti, la mancata presentazione della cauzione provvisoria è causa di esclusione dalla procedura

---

---

## PARTE ESSENZIALE DELL'OFFERTA

---

L'inderogabilità della disposizione è correlata alla tutela dell'interesse dell'amministrazione appaltante cui è preordinata, garantendo la serietà dell'offerta e costituendo una forma di liquidazione anticipata del danno nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga per recesso o per difetto dei requisiti del concorrente.

tratto dalla decisione numero 4712 del 5 agosto 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

---

---

## PRIMA SENTENZA

---

Rivoluzione nella presentazione della  
provvisoria\_può essere integrata una  
cauzione di importo inferiore

Ecco la prima sentenza in materia di cauzioni  
dopo l'introduzione della tassatività delle  
clausole di esclusione

---

---

## PRIMA SENTENZA

---

Considerato

che l'art. 46, comma 1-bis del DLgs n. 163/2006, aggiunto dall'art. 4, II comma, n. 2, lett. "d" del DL n. 70/2011, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, tra le quali non rientra la prestazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario;

---

---

## PRIMA SENTENZA

---

che nel caso di specie - ove peraltro la cauzione era incompleta, non già assente - l'odierna ricorrente non poteva essere automaticamente estromessa dalla gara, ma doveva essere previamente invitata ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto;

---

---

## PRIMA SENTENZA

---

che, ciò stante, va accolto il ricorso (per motivi aggiunti) dd. 21 luglio 2011 e, conseguentemente, annullato l'impugnato provvedimento 19.7.2011 n. 344409 di esclusione della ricorrente dal "prosieguo della gara d'appalto";

passaggio tratto dalla sentenza numero 1376 del 13 settembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto Venezia

---

---

## SUCCESSIVE

---

Il Tar Veneto non smette di sorprendere per la terza volta illegittima esclusione per cauzione insufficiente, inefficacia del contratto e obbligo di rifacimento dell'intera procedura

Ecco i precedenti

sentenza numero 1659 dell' 8 novembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia

sentenza numero 1396 del 22 settembre 2011 pronunciata dal Tar Liguria, Genova

sentenza numero 1376 del 13 settembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto Venezia

---



---

## SUCCESSIVE

---

Nulla la clausola di esclusione, nulla l'esclusione stessa!

Il ricorrente ha presentato una cauzione, dimezzata per il possesso della certificazione di qualità, ha tuttavia presentato una cauzione di importo inferiore al richiesto, basata sull'importo contrattuale dell'appalto riferito alla durata annuale dello stesso, senza tenere conto del valore complessivamente considerato, comprensivo anche dell'eventuale rinnovo per un'ulteriore annualità, interessante la conduzione e manutenzione di successivi impianti

---

---

## SUCCESSIVE

---

Il dato normativo ed il confronto fra le due disposizioni\_ raffronto fra il primo e l'ottavo comma dell'articolo 75 del codice dei contratti \_induce quindi a ritenere la diversa valenza della prestazione della due garanzie e quindi che solo la mancata osservanza della seconda previsione, comportando ex lege l'esclusione dalla gara, possa costituire una delle ipotesi contemplate in via generale dall'art. 46, comma 1-bis

---

---

## SUCCESSIVE

---

Diversamente, anche sulla scorta dell'espressione letterale, ma evidentemente in ragione della diversa rilevanza dell'assunzione dell'obbligo di garanzia all'atto della formulazione dell'offerta, la mancata osservanza delle previsione di cui al primo comma dell'art. 75 non determina ex lege l'esclusione dalla gara, ergo non rientra nelle ipotesi di cui all'art. 46, comma 1 – bis.

---

---

## SUCCESSIVE

---

Di conseguenza, la clausola di esclusione contenuta al punto 12, comma 5 del disciplinare di gara è da considerarsi nulla ex lege e quindi la sua inosservanza non poteva comportare l'esclusione della ricorrente dalla gara.

sentenza numero 1791 del 2 dicembre 2011 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia

---

---

## BUON SENSO...

---

Tassatività delle cause di esclusione: non può essere accettata una cauzione mancante di una previsione di cui all'articolo 75, comma 4 del codice dei contratti

Mentre per un importo insufficiente, alcuni giudici hanno deciso per illegittimità dell'esclusione, il Tar Catanzaro decide che una cauzione provvisoria senza la previsione della rinuncia al beneficio della preventiva escussione, non può essere accettata

sentenza n. 1482 del 29 novembre 2011 del Tar Calabria, Catanzaro

---

---

## BUON SENSO...

---

Praticamente la situazione è questa:

Solo l'ottavo comma dell'articolo 75 prevede, a pena di esclusione, che la cauzione debba essere accompagnata dall'impegno di un fideiussore ad emettere, in caso di aggiudicazione, la cauzione definitiva

Mentre, tutti gli altri commi, prevedono le caratteristiche che la cauzione/fideiussione deve avere, senza però alcuna specifica previsione di esclusione in caso di assenza e/o pasticci

---

---

## BUON SENSO...

---

Ebbene, in quattro sentenze\_tre del Tar Veneto e una del Tar Liguria, i giudici hanno considerato illegittime le esclusioni delle imprese le cui cauzioni provvisorie presentavano un importo in garanzia inferiore a quanto richiesto e/o dovuto

Ovviamente con una discutibile scelta a favore della massima partecipazione possibile rispetto alla par condicio

In un caso, quasi estremo; essendo l'appalto affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e non essendo possibile riammettere l'impresa illegittimamente esclusa, il Tar ha "condannato" la Stazione appaltante a rifare tutta la procedura!

Questa ultima sentenza, invece, si pone in contrasto con l'orientamento che sembrava prevalente

---

---

## BUON SENSO...

---

Il ragionamento del Tar Calabro è chiaro e lineare: stante l'obbligo di presentare la cauzione provvisoria\_in quanto considerata elemento essenziale dell'offerta\_ è logico pensare che, allegare all'offerta una cauzione/fideiussione che non rispetti quanto sancito dall'articolo 75 del codice dei contratti, deve essere sanzionato con l'esclusione

Non si può che essere d'accordo con questa ultima impostazione

le norme devono essere uguali per tutti i partecipanti e poiché già con l'articolo 30 della Legge Merloni, gli operatori economici sono stati abituati a determinate modalità di presentazione di provvisorie e definitive, non si vede a cosa possa ora giovare questa liberalizzazione di "errori"!

Se non ad aumentare i tempi di conclusione della procedura visto la frequenza di ricorso al Tar per questioni relative alla presentazione delle garanzie:solo nelle ultime settimane infatti numerosi sono state le sentenze in materia di esclusioni per <<colpa>> della fideiussione

---