

# **LE CLAUSOLE DEL BANDO DI GARA – VERO CAMPO MINATO\***

*di Giovanni Gioffré\*\**

**SOMMARIO: 1. Parte generale – 2. Regole procedurali - loro applicazione – 3. Le clausole - 5. Approvazione del bando di gara - 4. Requisiti ulteriori del bando - 6. Modalità di presentazione delle offerte - 6.1. Modalità di confezionamento del plico – 6.2. Sigillatura – 6.3. Sigillo con la ceralacca recante un'impronta – 7. Modalità di recapito alla stazione appaltante – 7.1. Modalità di recapito - spedizione mediante servizio postale – 7.2. Modalità di spedizione - la raccomandata – 7.3. Modalità di spedizione - presentazione a mano - 8. Capacità economica e finanziaria - fatturato – 8.1. Entità del fatturato - 9. Attribuzione di notevole peso ad un determinato parametro - 10. Documento di identità scaduto - 11. Arrotondamento del calcolo - 12. Dilazioni di pagamento – Appendice (massimario delle sentenze).**

## **1. PARTE GENERALE**

Preliminarmente, prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di voler contrattare, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte ai sensi dell'art. 11, comma 2 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n 163 (codice dei contratti pubblici).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 - *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.*

Art. 11. *Fasi delle procedure di affidamento.*

(*artt. 16, 17, 19, R.D. n. 2440/1923; art. 109, D.P.R. n. 554/1999*)

1. Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici, se previsti dal presente codice o dalle norme vigenti.

2. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

3. La selezione dei partecipanti avviene mediante uno dei sistemi previsti dal presente codice per l'individuazione dei soggetti offerenti.

4. Le procedure di affidamento selezionano la migliore offerta, mediante uno dei criteri previsti dal presente codice. Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente.

5. La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'articolo 12, comma 1, provvede all'aggiudicazione definitiva.

La scelta del contraente che la pubblica amministrazione si appresta a fare e con cui concludere un contratto di appalto per la realizzazione di lavori pubblici, si realizza attraverso una serie procedimentale interamente regolamentata da norme pubblicistiche preordinate alla ricerca del migliore contraente possibile sia dal punto di vista soggettivo (con riferimento ai requisiti soggettivi, alle capacità tecniche, organizzative e finanziarie) sia dal punto di vista oggettivo, con riferimento alla qualità dell'offerta formulata, in relazione alla economicità e quindi al buon uso del pubblico denaro, nel rispetto dell'articolo 97 della Costituzione "buon andamento imparzialità della pubblica amministrazione".

In considerazione della finalità pubblicistica cui sono predisposti tali principi che, come prima accennato, possono sintetizzarsi nell'esigenza di individuazione del "giusto" contraente, al loro rispetto è vincolata sia la Pubblica Amministrazione che il concorrente il quale è chiamato a fare offerte serie e rispettose delle regole del bando di gara. A fronte di tale obbligo comportamentale che incombe sui concorrenti si giustifica il potere conferito dalla legge alle

---

6. Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine.

7. L'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 9.

8. L'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.

9. Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione (\*).

10. Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine. La deroga di cui al periodo precedente non si applica ai contratti relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, di cui alla parte II, titolo III, capo IV (\*\*).

11. Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori.

12. L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento.

13. Il contratto è stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.

(\*) Comma così modificato dalla lettera e) del comma 1 dell'art. 2, D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113.

(\*\*) Vedi, anche, il comma 8-bis dell'art. 20, D.L. 29 novembre 2008, n. 185, aggiunto dalla relativa legge di conversione.

stazioni appaltanti, nel rispetto delle specifiche norme e di quelle altrettanto specifiche contenute nella *lex specialis* di escludere i concorrenti dalla partecipazione alla gara.<sup>2</sup>

Per quanto precede appare evidente che i principi di cui si è appena detto si comincia ad osservarli e a metterli in pratica principiando da quello strumento che è il bando di gara le cui clausole sono un vero e proprio “campo minato”.

Anche se non esiste una definizione esaustiva del bando di gara esso è stato definito quale “atto amministrativo a carattere normativo e costituisce *lex specialis* della procedura, rispetto alla quale l’eventuale *jus superveniens*, di abrogazione o di modifica di clausole, non ha effetti innovatori”. Il bando di gara, secondo l’orientamento di parte della dottrina assume la caratteristica di “invito ad offrire”. In base alle condizioni prescritte dal bando le imprese rispondono all’invito con la loro offerta che viene confezionata in relazione alle clausole previste dal bando di gara.

La serie di regole fissate dal codice dei contratti costituiscono il contenuto obbligatorio minimo dal quale non è possibile derogare.

Sul punto si tenga presente che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato che i requisiti indicati dagli artt. 13, comma 1 e 14 comma 1, del D.Lgs. n. 157/95, confluiti negli artt. 41 e 42 del codice dei contratti pubblici, rappresentano requisiti minimi indispensabili per provare la capacità economica e tecnica dell’impresa aspirante all’aggiudicazione del contratto.

Accanto alle regole cosiddette obbligatorie possono essere previste una serie di disposizioni poste in essere dalle stazioni appaltanti. Le ragioni che inducono le stesse amministrazioni appaltanti a introdurre ulteriori clausole nel bando di gara, e di cui si dirà dopo, possono essere diverse. La facoltà della quale si discute però non è illimitata perché incontra dei limiti rappresentati dalla necessità che dette clausole o ulteriori requisiti, rispetto a quelli previsti dalla legge, non siano eccessivi in rapporto all’oggetto dell’appalto.

La stazione appaltante, nel caso faccia uso del suo potere discrezionale aumentando i limiti previsti o diminuendoli o nel caso voglia valorizzare i requisiti tecnico organizzativi invece di quelli economico-finanziari ecc., deve motivare adeguatamente l’esercizio di tale potere considerato che la motivazione costituisce uno strumento di verifica essenziale onde evitare che lo stesso potere sconfini nel mero arbitrio a scapito dei principi della ragionevolezza razionalità, adeguatezza e congruità.

Frequentemente il bando di gara contiene clausole che comminano l’esclusione per quelle ditte che non si adeguano alle prescrizioni in esso contenute e che non sempre sono ritenute legittime dalla giurisprudenza. Per evitare tali rischi occorre vagliare le clausole attentamente

---

<sup>2</sup> L’art. 36 della direttiva 92/50/CE e l’art. 24 lett. b) del D.Lgs. n. 158/1995, obbligano le stazioni appaltanti ad enunciare nel capitolato d’oneri o nel bando di gara i criteri che intendono applicare per assicurare che i partecipanti alla gara d’appalto conoscano, attraverso la lettura del bando di gara in base a quali elementi verrà effettuata la valutazione; per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, occorre, pertanto, che tutti gli elementi presi in considerazione dall’amministrazione aggiudicatrice per identificare l’offerta economicamente più vantaggiosa, e, se possibile, la loro importanza relativa siano noti ai potenziali concorrenti già al momento della preparazione delle loro offerte.

perché in presenza di prescrizioni dichiarate illegittime da parte della giurisprudenza vengono travolti gli effetti del contratto eventualmente sottoscritto esponendo l'ente pubblico a pesanti censure e conseguentemente al possibile pagamento di cospicui risarcimenti per danni.

A tale proposito si evidenzia che i pronunciamenti del giudice amministrativo in merito a clausole ritenute illegittime con conseguente annullamento delle procedure in tutto o in parte sono oramai numerosissimi e la tendenza sembra destinata a continuare.

Non di rado dunque le clausole "ulteriori" danno luogo a contenzioso e che saranno l'oggetto del presente contributo.

## **2. REGOLE PROCEDIMENTALI - LORO APPLICAZIONE**

Occorre evidenziare che il rispetto delle clausole assume particolare rilevanza ove semplicemente si consideri che poi sono lo strumento attraverso il quale si procede all'aggiudicazione del contratto.

La stazione appaltante, in occasione della predisposizione delle norme che regolano la procedura di una gara di appalto è obbligata ad indicare in modo estremamente chiaro i requisiti richiesti alle imprese, che si accingono a partecipare alle gare, onde evitare la mortificazione del principio della massima concorrenza che sta alla base del pubblico interesse caldeggiato e sancito dalla normativa nazionale e comunitaria.<sup>3</sup> Una volta stabilite le regole che governeranno la procedura di gara non è possibile cambiarle né integrarle "in corso d'opera", specie dopo l'apertura delle buste, magari con una "interpretazione autentica" da parte della pubblica amministrazione.<sup>4</sup> Nel merito occorre sottolineare che il principio della massima partecipazione opera solo nel caso in cui, appunto, le clausole siano di incerta interpretazione.<sup>5</sup> In tale eventualità occorre prediligere quella che favorisce la più ampia partecipazione alla gara. Inoltre secondo giurisprudenza costante, vale il principio secondo il quale le regole procedurali della gara non possono essere disapplicate né dall'Amministrazione appaltante né dalla Commissione di gara.

L'introduzione di clausole in un bando di gara deve essere sempre rispondente alle finalità che si intendono perseguire attribuendo perciò alle medesime il significato più confacente alla natura e all'oggetto del contratto secondo quanto stabilisce l'articolo 1369 del codice civile. In ogni

---

<sup>3</sup> CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – Ordinanza 4 dicembre 1998, n. 1.

<sup>4</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 26 gennaio 2001, n. 264; TAR VENETO, SEZ. I – Sentenza 4 aprile 2002, n. 1270; TAR ABRUZZO - PESCARA - Sentenza 30 giugno 2006, n. 367; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 30 agosto 2006, n. 5082; TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. II - Sentenza 11 dicembre 2006, n. 5845; TAR EMILIA ROMAGNA, SEZ. DI PARMA - Sentenza 28 maggio 2007, n. 385; TAR PIEMONTE, SEZ. I - Ordinanza 23 maggio 2008, n. 460; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - Sentenza 23 luglio 2008, n. 3638.

<sup>5</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – Sentenza 29 ottobre 2002, n. 5942; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 4 novembre 2004, n. 7140; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 7 aprile 2009, n. 2147.

caso occorre dare prevalenza alle espressioni letterarie contenute nelle clausole con esclusione di ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa, diretto ad evidenziare pretesi significati impliciti potendosi in tal modo vulnerare l'affidamento dei partecipanti e la *par condicio* fra di essi.

Ci sembra utile evidenziare che una clausola può apparire e indubbiamente appare, chiara e pacifica a chi è abituato a questioni riguardanti procedimenti ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione dei contratti. Può non essere così per i non "addetti ai lavori" i quali forse, svolgendo altre attività sono abituati a conoscenze "differenti".

Quando le prescrizioni del bando di gara sono chiare ed espressamente sanzionano con l'esclusione il mancato rispetto delle clausole in esse contenute l'amministrazione appaltante è obbligata a dare alle stesse, nel corso del procedimento di gara, puntuale applicazione.<sup>6</sup>

Infatti in tale sede la stazione appaltante è tenuta ad applicare e ad osservare essa stessa, in modo incondizionato, le clausole inserite nella *lex specialis* in ordine ai requisiti di partecipazione, ovvero alle cause di esclusione dalla gara, non essendovi spazio per valutazioni di carattere discrezionale sulla ricorrenza dei presupposti di carattere soggettivo od oggettivo come predeterminati, essendo quelli, e non altri, funzionali alla realizzazione dell'interesse pubblico, (scelta del miglior contraente possibile in relazione allo specifico oggetto del contratto) che la stessa P.A. deve perseguire attraverso la procedura concorsuale.<sup>7</sup>

D'altro canto, solo la puntuale osservanza delle prescrizioni del bando, ancorché le stesse siano ulteriori rispetto a quelle previste dalle leggi di settore, ma pur sempre ricollegabili in via diretta all'interesse pubblico da perseguire, è idonea a consentire la realizzazione della *par condicio* nei confronti di tutti i partecipanti alle gare per la stipula dei contratti con la P.A..

La rigorosa previsione e applicazione delle clausole in ordine al possesso dei requisiti per la partecipazione ai pubblici appalti è controbilanciata dall'interesse della stessa P.A. di circoscrivere la gara alle sole imprese munite dei necessari presupposti funzionali all'esecuzione delle obbligazioni contrattuali. Infine va precisato che il procedimento per la scelta del "giusto contraente" da parte della Pubblica Amministrazione, anche se articolato in diverse fasi, ha carattere unitario e si conclude con l'aggiudicazione definitiva<sup>8</sup> o, in assenza di offerte valide, con la dichiarazione di "gara andata deserta."

Nella seconda ipotesi, valutati i motivi per i quali l'esperimento di gara non è andato a buon fine, l'amministrazione appaltante può procedere ad un nuovo esperimento di gara.

---

<sup>6</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 25 gennaio 2003, n. 357.

<sup>7</sup> TAR LAZIO Sez. II Ter - Sentenza 11 luglio 2002, n. 6264.

<sup>8</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 1° dicembre 2003, n. 7833.

### 3. LE CLAUSOLE

Le condizioni generali di partecipazione alle gare di appalto sono fissate attraverso clausole o prescrizioni che sono predisposte da un soggetto appaltante per regolare uniformemente i suoi rapporti contrattuali. Le clausole delle quali si discute hanno valore regolamentare e impegnano sia la Pubblica Amministrazione che le imprese concorrenti.

Nella pubblica amministrazione le clausole generali trovano riscontro in quelle contenute nei capitoli generali o speciali-tipo i quali, giusta definizione contenuta nell'articolo 45 R.C.S.<sup>9</sup> contengono le condizioni che possono applicarsi indistintamente ad un determinato genere di appalto o contratto.

In generale sono da considerarsi illegittime quelle clausole del bando di gara che aggravano ingiustificatamente il procedimento ai sensi dell'articolo 1, comma 2 della legge n. 241/90 ponendo a carico dei concorrenti, a pena di esclusione oneri non necessari.

Sul punto occorre evidenziare che diverse sono le clausole che i giudici di prime cure e d'appello hanno ritenuto illegittime per varie motivazioni. Così ad esempio è stata considerata illegittima quella clausola che prescrive l'apposizione sul plico anche l'indicazione del giorno fissato per la gara perché aggrava la procedura stessa.<sup>10</sup> Quella secondo la quale non è possibile prevedere nel bando di gara la possibilità che la commissione giudicatrice proceda alla suddivisione dei criteri in dettagliati sotto conteggi.<sup>11</sup>

Non è possibile inserire nel bando la clausola che vieta la partecipazione alle imprese che hanno un contenzioso in atto con la stazione appaltante atteso che, in tale ipotesi, l'Amministrazione, con l'inserimento nella *lex specialis* di tale clausola finisce suo tramite, per conculcare, in forma surrettizia, il diritto delle ricorrenti di perseguire giudizialmente la tutela dei

<sup>9</sup> Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827 - *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*. Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 3 giugno 1924, n. 130, S.O. n. 45.

*Art. 45.*

I capitoli d'onere per ogni genere di contratti possono dividersi, ove sia necessario, in generali e speciali e sono approvati da ciascun ministero.

I capitoli generali d'onere contengono le condizioni che possono applicarsi indistintamente ad un determinato genere di lavoro, appalto o contratto, e le forme da seguirsi per le gare. Quelli speciali riguardano le condizioni che si riferiscono più particolarmente all'oggetto proprio del contratto.

Nei capitoli d'onere sono determinate la natura e l'importanza delle garanzie che i concorrenti devono produrre per essere ammessi agli incanti, e per assicurare l'adempimento dei loro impegni; come pure le clausole penali e l'azione che l'amministrazione può esercitare sopra le cauzioni nel caso d'inadempimento ai detti impegni non che il luogo in cui l'aggiudicatario, il suo fideiussore o l'approvatore, garante del fideiussore, devono eleggere il domicilio legale.

<sup>10</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – Sentenza 5 aprile 2003, n. 1785.

<sup>11</sup> TAR TOSCANA, SEZ. I - Sentenza 1° luglio 2008, n. 1710; TAR LAZIO - ROMA, SEZ. II - Sentenza 15 settembre 2008, n. 8328.

loro diritti ed interessi legittimi, incidendo in modo irragionevole sulla loro libertà negoziale e di impresa, fatta parimenti oggetto di garanzia costituzionale.<sup>12</sup>

Tra le clausole che prevedono l'esclusione non può essere inserita quella secondo la quale: "sarà esclusa l'impresa che si è resa gravemente colpevole di false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara." In effetti così come è formulata la clausola ha una portata molto più ampia di quella che la legge richiede. Infatti, l'interpretazione che si potrebbe dare a tale clausola sarebbe: "che mai la ditta o società rappresentata si è resa gravemente colpevole di false dichiarazioni" traducendosi pertanto in una situazione giuridica perpetua. Nel merito, così come formulato l'articolo 75 del D.P.R. 21 dicembre 2009, n. 554 il quale, nel disporre al comma 1 lett. h) la esclusione delle imprese "che nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni, in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara," ha inteso fissare una scansione temporale riferita "all'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara....." temperando così l'efficacia interdittiva delle "false dichiarazioni" rese al solo anno antecedente quello della pubblicazione del bando e ciò per non addivenire ad una sorta di "esclusione perpetua" dell'impresa.<sup>13</sup>

Il bando può contenere la clausola che impone di rendere dichiarazioni circa l'assunzione di determinati impegni. Nel qual caso la clausola va osservata da parte delle ditte partecipanti e non può ritenersi surrogata dalla accettazione generica di tutte le clausole contenute nel capitolato speciale. Né vale la circostanza che la ditta partecipante abbia sottoscritto in ogni sua pagina il capitolato speciale necessitando espressamente la dichiarazione per come prescrive il bando. E' appena il caso di evidenziare che qualora tali requisiti vengano a mancare, non è consentito alla P.A. ammettere alla competizione le offerte che ne siano carenti. Tale comportamento sarebbe lesivo dell'interesse degli altri concorrenti provvisti di tutti i requisiti ed esporrebbe l'ente a sicura censura. La stazione appaltante non conserva alcun margine di discrezionalità in ordine alla necessità, da parte dei partecipanti, di esibire i documenti pretesi, ostandovi il principio di tutela

---

<sup>12</sup> La Costituzione Italiana

Art. 24.

Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari

Art. 41.

L'iniziativa economica privata è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

Art. 113.

Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

<sup>13</sup> CGA SEZ. GIURISDIZIONALE – Sentenza 4 novembre 2008, n. 872.

della par condicio, né può disapplicare la disposizione specificamente data, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela.

Allorquando la pubblica amministrazione voglia introdurre regole più restrittive e requisiti di partecipazione non previsti dalla legislazione, fermo restando il suo potere discrezionale, è necessario che siano osservati i principi di proporzionalità e adeguatezza ed è tenuta a raccordare le stesse clausole all'oggetto dell'appalto.<sup>14</sup>

#### 4. CLAUSOLE O REQUISITI ULTERIORI DEL BANDO

Prima di addentrarci con la dovuta attenzione nel “campo minato” delle clausole ulteriori, o prescrizioni del bando di gara, vale la pena fare qualche riflessione sul perché le amministrazioni appaltanti avvertono l'esigenza di introdurre ulteriori requisiti, anche più severi, nella *lex specialis* in aggiunta a quelli minimi previsti dalla legge. L'esigenza di ulteriori requisiti più severi è dettata dalla necessità di ancorare l'affidabilità astratta di una impresa al contestuale possesso dei requisiti richiesti dal bando anche al fine di tutelare meglio l'interesse pubblico.<sup>15</sup> Requisiti che poi possono essere accertati con diversi strumenti in sede di gara. La Pubblica Amministrazione, nel costruire un bando di gara di un pubblico appalto, là dove inserisce disposizioni ulteriori rispetto al contenuto minimo previsto *ex lege*, esercita un potere che rientra nell'ambito della discrezionalità dell'Amministrazione Pubblica appaltante ed è attinente al merito dell'azione amministrativa.<sup>16</sup> Va però puntualizzato che tale potere deve essere esercitato secondo criteri non discriminatori, di logicità, ragionevolezza e al generalissimo principio di proporzionalità rispetto all'oggetto dell'appalto e non costituire una indebita limitazione dell'accesso alla gara delle imprese presenti sul

---

<sup>14</sup> TAR LAZIO, SEZ. III TER – Sentenza 27 novembre 2003, n. 11966; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – Sentenza 22 ottobre 2004, n. 6972; Consiglio di Stato, Sez. V – Sentenza 5 ottobre 2005, n. 5318; Consiglio di Stato, Sez. V - Sentenza 13 ottobre 2005, n. 5668; Consiglio di Stato, Sez. V – Ordinanza 28 ottobre 2005, n. 5240; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 11 gennaio 2006, n. 28; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 15 marzo 2006, n. 1387; TAR CALABRIA - REGGIO CALABRIA - Sentenza 6 dicembre 2006, n. 1775; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 15 febbraio 2007, n. 647; TAR BASILICATA - SEZ. I - Sentenza 21 novembre 2007, n. 655.

<sup>15</sup> TAR LAZIO, SEZ. III – Sentenza 27 novembre 2002, n. 10823; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 1 ottobre 2003, n. 5684; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 31 dicembre 2003, n. 9305; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – Sentenza 22 ottobre 2004, n. 6972; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 5 ottobre 2005, n. 5318; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 13 ottobre 2005, n. 5668; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Ordinanza 28 ottobre 2005, n. 5240; TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I BIS - Sentenza 3 luglio 2006, n. 5360; TAR CALABRIA - REGGIO CALABRIA - Sentenza 6 dicembre 2006, n. 1775; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 15 febbraio 2007, n. 647; TAR EMILIA ROMAGNA - BOLOGNA, SEZ. I - Sentenza 11 aprile 2008, n. 1424; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 2 febbraio 2009, n. 525.

<sup>16</sup> TAR LAZIO, SEZ. I – Sentenza 1 marzo 2002, n. 1577; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – Sentenza 29 ottobre 2002, n. 5942; TAR LAZIO, SEZ. III – Sentenza 27 novembre 2002, n. 10823; TAR LAZIO, SEZ. III TER – Sentenza 27 novembre 2003, n. 11966; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 31 dicembre 2003, n. 9305; TAR LAZIO, SEZ. I TER – Sentenza 11 novembre 2004, n. 12914; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 5 ottobre 2005, n. 5318; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Ordinanza 28 ottobre 2005, n. 5240; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 15 marzo 2006, n. 1387; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 14 aprile 2006, n. 2959; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - Sentenza 9 maggio 2006, n. 2567; TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I BIS - Sentenza 3 luglio 2006, n. 5360; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - Sentenza 15 settembre 2006, n. 5377; TAR MOLISE, SEZ. I - Sentenza 2 aprile 2008, n. 107; TAR EMILIA ROMAGNA - BOLOGNA, SEZ. I - Sentenza 11 aprile 2008, n. 1424; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 8 settembre 2008, n. 3083.



mercato in violazione dei principi di concorsualità e di ampia partecipazione ai quali devono uniformarsi le procedure ad evidenza pubblica.

Ovviamente quanto fin qui esposto circa l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione, trova un chiaro e invalicabile limite nelle disposizioni del bando di gara. Allorquando infatti l'amministrazione autolimita la propria discrezionalità fissando chiari requisiti di partecipazione la stessa si priva momentaneamente del proprio potere discrezionale essendo essa obbligata alle norme che si è dato. Così non è possibile pretendere, attraverso la *lex specialis*, né tantomeno in un momento successivo alla relativa pubblicazione ulteriori prescrizioni che in qualche modo possano ingiustificatamente comportare la indebita esclusione di imprese. Il limite all'inserimento di tali ulteriori requisiti, ovviamente, secondo consolidata giurisprudenza, è rappresentato dal rispetto dei principi della *par condicio*, della massima partecipazione,<sup>17</sup> della ragionevolezza, logicità e proporzionalità in relazione all'obiettivo perseguito che è la ricerca del "giusto" contraente.<sup>18</sup> In ossequio ai principii di cui si è detto la P.A., nel perseguimento dei fini istituzionali, deve adottare la soluzione idonea e adeguata comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti.

Quindi non è possibile inserire clausole che aggravano ingiustificatamente la procedura amministrativa e che risultano in contrasto con i principii di cui si è detto.

Brevemente, come già accennato, occorre evidenziare che in sede di compilazione del bando di gara è necessario precisare quali sono i poteri attribuiti alla commissione significando nel contempo che in nessun caso è consentito alla commissione di gara di inserire clausole aggiuntive a quelle previste dal bando.<sup>19</sup>

Nello specifico la commissione può essere legittimata ad introdurre elementi di specificazione e prevedere sottovoci delle categorie principali già definite, ove ciò occorra, per una più esatta valutazione delle offerte.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> TAR EMILIA-ROMAGNA, BOLOGNA, SEZ. I – Sentenza 31 gennaio 2001, n. 100; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 13 maggio 2002, n. 2581; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – Sentenza 23 dicembre 2002, n. 7255; TAR LAZIO, SEZ. III TER – Sentenza 27 novembre 2003, n. 11966; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 5 ottobre 2005, n. 5318; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 13 ottobre 2005, n. 5668; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 11 gennaio 2006, n. 28; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 15 marzo 2006, n. 1387; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 28 giugno 2006 n. 4201; CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE - Sentenza 21 novembre 2006, n. 683; TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. I - Sentenza 18 giugno 2007, n. 5269.

<sup>18</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 13 maggio 2002, n. 2581; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 31 dicembre 2003, n. 9305; TAR LAZIO, SEZ. III TER - Sentenza 12 luglio 2004, n. 6720; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 11 gennaio 2006, n. 28; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 7 aprile 2006, n. 1878; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 15 marzo 2006, n. 1387; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - Sentenza 15 settembre 2006, n. 5377; CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE - Sentenza 21 novembre 2006, n. 683; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 15 febbraio 2007, n. 647.

<sup>19</sup> TAR FRIULI - VENEZIA GIULIA – Sentenza 21 dicembre 2002, n. 1086.

<sup>20</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - Sentenza 20 dicembre 1999, n. 2117; T.R.G.A., SEZ. BOLZANO – Sentenza 12 febbraio 2003, n. 48; TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. III – Sentenza 13 febbraio 2004, n. 692; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 3 marzo 2004, n. 1040; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 28 maggio 2004, n. 3471; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 30 agosto 2006 n. 5082; TAR TOSCANA, SEZ. II - Sentenza 21 ottobre 2005, n. 2542.

Gli ulteriori requisiti di cui si discute possono riguardare più segmenti facenti parte dell'unica procedura della gara di appalto tra i quali ricordiamo: il confezionamento del plico contenente la documentazione richiesta dal bando e l'offerta economica propriamente detta, le diciture da apporre sul plico e sulle buste interne (mittente, destinatario, dicitura "offerta per la gara del.....", ecc. ecc.) la sigillatura, la modalità di presentazione - spedizione mediante servizio postale, mediante servizio di posta celere; personalmente a mano al protocollo dell'ente (auto prestazione), requisiti di partecipazione quali la capacità economica e tecnica; peso preponderante; fatturato; localizzazione.

L'eventuale inserimento di requisiti aggiuntivi devono essere previsti all'insegna della massima partecipazione.

Infine, costruito il bando con la previsione di quelle regole che governeranno la gara occorre avere ben chiaro che giammai la lettera di invito, la dove prevista, possa apportare correzioni alla *lex concorsualis*.

## **5. APPROVAZIONE DEL BANDO DI GARA**

Con l'entrata in vigore del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, c.d. T.U.E.L.) viene sancita definitivamente la separazione della gestione dalla politica anche se a volte si registrano dei ripensamenti da parte di quest'ultima più o meno marcati. Nel merito secondo il disposto dell'articolo 107 del T.U.E.L. la competenza per l'approvazione del bando di gara è attribuita ai dirigenti. Nei Comuni sprovvisti di figure dirigenziali, dai responsabili di servizio ai sensi del successivo art. 109. Tale competenza è stata loro attribuita dalla legge 15 maggio 1997, n. 127, conosciuta come Bassanini *bis*, attraverso la modifica del terzo comma dell'articolo 51 della legge n. 142/90, disposta dall'art 6, che ha attribuito loro tutte le competenze ivi elencate indicativamente e quindi ogni responsabilità in tema di procedure d'appalto a partire dall'approvazione del bando.<sup>21</sup>

Il bando di gara è pacificamente revocabile, in presenza di motivi di interesse pubblico<sup>22</sup>, fino al momento prima dell'aggiudicazione, e senza che ciò comporti alcun diritto ad indennizzo. E' opportuno che di tale eventualità ne sia data notizia nel bando stesso.

---

<sup>21</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 26 gennaio 1999, n. 64; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 14 febbraio 2003, n. 805; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 26 settembre 2002, n. 4938; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. II – Parere 13 novembre 2002, n. 1899; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 16 giugno 2005, n. 3166.

<sup>22</sup> TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I BIS - Sentenza 23 ottobre 2006, n. 10900; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 4 marzo 2008, n. 904.

## 6. MODALITÀ DI PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE

### 6.1. Confezionamento del plico

Con il bando di gara la pubblica amministrazione appaltante chiede alle imprese interessate di proporre le proprie offerte.

Il bando di gara detta le regole di confezionamento del “plico” contenente l'offerta economica e la documentazione di rito. Giova ricordare che il bando deve prevedere esplicitamente la esclusione di quelle imprese che omettano di osservare talune delle clausole del bando.

Tra le ulteriori formalità che l'amministrazione appaltante può prescrivere legittimamente vi è quella, che ormai è diventata la regola, di tenere separati i documenti di gara dall'offerta economica. È prescritto quindi che l'impresa introduca i documenti di gara, le eventuali giustificazioni e l'offerta economica propriamente detta in buste separate. Le buste opportunamente sigillate e, se prescritto dal bando, controfirmati sul lembo di chiusura, dovranno essere racchiuse in una busta che in senso tecnico prende il nome di "plico" da presentarsi a cura dell'impresa, alla stazione appaltante. L'esigenza di tenere separati i due momenti di accesso alla gara dal vaglio dell'offerta è determinata dalla necessità di evitare che l'offerta stessa possa influenzare le condizioni della gara stessa minando il principio della *par condicio* tra i concorrenti. Nel merito è stato sostenuto che: “Va esclusa da una gara pubblica di appalto un'impresa che, in violazione di quanto prescritto dalla *lex specialis*, abbia omissis di presentare l'offerta economica in busta separata e sigillata; in tal caso, infatti, si configura la violazione del principio di segretezza dell'offerta e del corretto procedimento di gara, atteso che il mancato inserimento in apposita busta rende immediatamente palese l'offerta, prima ancora dell'esame degli altri elementi, con la conseguente preclusione della possibilità di salvaguardare l'imparzialità del suddetto esame, in quanto potenzialmente influenzabile dall'avvenuta conoscenza dell'offerta complessiva medesima.” L'esclusione dalla gara va disposta anche se tale sanzione non sia stata espressamente prevista dal bando.

Un simile effetto, infatti, in un procedimento strettamente informato ai principi di segretezza delle offerte e di correttezza delle valutazioni relative alle offerte di partecipanti, deve farsi derivare da ogni violazione delle norme di gara che comporti in qualche modo la mancata applicazione degli

criteri posti a presidio della *par condicio* dei partecipanti e, quindi, della trasparenza ed imparzialità nello svolgimento della procedura.<sup>23</sup>

Dopo la fase dell'inserimento dei documenti e dell'offerta economica dentro il "plico" il bando prevede normalmente come completare il "rito" del confezionamento procedendo all'apposizione delle diciture prescritte, alla "sigillatura" e alla controfirma sul lembo di chiusura.

## 6.2. Sigillatura

Quello della sigillatura è un segmento del modo di presentazione delle offerte di cui, spesso, si è occupata la giurisprudenza la quale, per la verità, come si vedrà di seguito, in più di qualche occasione, è stata un po' "ondivaga" facendo sorgere qualche perplessità. Fatta questa breve premessa va detto che già l'articolo 75 del Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827 prevedeva, testualmente, che "le offerte per essere valide devono pervenire in piego sigillato non più tardi del giorno precedente a quello in cui si tiene l'asta". Il sigillo di cui si discute si intende solitamente ceralacca o materiale plastico.

Circa il modo di sigillare le buste interne contenenti i documenti di rito e l'offerta economica, e quindi la busta grande contenente il tutto, sono state sostenute tesi diverse da parte della giurisprudenza e non di rado in contrasto tra loro.

Anzitutto va precisato che la stazione appaltante deve indicare le modalità di sigillatura sia della busta principale (cosiddetta busta esterna) e sia di quelle interne contenenti i documenti di rito prescritti dal bando e l'offerta economica.

Là dove siano state indicate con chiarezza le modalità di sigillatura a pena di esclusione vige la regola generale della esclusione dalla gara per quelle imprese che non abbiano osservato le prescrizioni della *lex specialis*.<sup>24</sup>

Il Consiglio di Stato, a tale proposito ha sostenuto che qualora il bando non sia chiaro circa la prescrizione della specifica modalità della chiusura della busta "*l'uso di un sigillo di ceralacca non è indispensabile affinché sia impedita la manomissione della busta contenente l'offerta; tale finalità può essere ottenuta anche grazie alla firma apposta dai rappresentanti dell'impresa sui lembi di chiusura*".<sup>25</sup>

<sup>23</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - Sentenza 28 aprile 2006, n. 2408.

<sup>24</sup> TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. III - Sentenza 11 dicembre 2000, n. 7702; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 12 giugno 2002, n. 3272; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 3 marzo 2001, n. 1222; TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. II - Sentenza 2 ottobre 2004, n. 6838; CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE - Sentenza 29 gennaio 2007, n. 7.

<sup>25</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 12 giugno 2002, n. 3272 cit.; T.R.G.A., SEZIONE DI BOLZANO - Sentenza 20 settembre 2002, n. 421; TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. II - Sentenza 2 ottobre 2004, n. 6838.

Con successiva decisione il Consiglio di Stato si è pronunciato nel senso che *“è illegittima l’esclusione di una ditta che ha presentato la propria offerta ed i documenti ad essa allegati in buste sigillate nei lembi con la ceralacca ma prive della sottoscrizione dei lembi richiesta dal bando di gara. Se è vero, infatti, che l’Amministrazione ha la facoltà di richiedere il doppio sistema di garanzia (ceralacca e firma), è anche vero che, una volta osservata la formalità relativa alla ceralacca, la omissione della controfirma sui lembi, specie in assenza di una specifica comminatoria di esclusione, non è in grado di pregiudicare interessi pubblici essenziali, e quindi dà luogo ad una mera irregolarità.”*<sup>26</sup>

Dalle due massime sopra citate una riflessione appare necessaria: il Consiglio di Stato nella Sentenza n. 3272/2002, citata in nota n 26, sostiene la non indispensabilità della ceralacca affinché siano impediti manomissioni della busta contenente l’offerta essendo sufficiente la firma apposta dai rappresentanti dell’impresa sui lembi di chiusura. Nella successiva Sentenza n. 4941/2005 il Giudice d’appello afferma che sebbene il bando preveda la sottoscrizione dei lembi di chiusura della busta da parte dei rappresentanti dell’impresa è da considerarsi illegittima in l’esclusione di una ditta che ha presentato la propria offerta ed i documenti ad essa allegati in buste sigillate nei lembi con ceralacca ma prive della sottoscrizione dei lembi di chiusura. E’ da considerarsi, altresì, illegittima in assenza di una specifica comminatoria di esclusione sostenendo dunque che il sigillo a ceralacca è sufficiente a garantire gli interessi pubblici essenziali. Evidentemente il Consiglio di Stato ha mutato orientamento ritenendo superflua la sottoscrizione da parte dei rappresentanti dell’impresa considerando soddisfatte le condizioni richieste dal bando con l’uso del sigillo a ceralacca apposto sui lembi di chiusura. Tuttavia il Consiglio di Stato sembra rivedere ulteriormente il suo precedente orientamento circa l’importanza della controfirma sui lembi di chiusura della busta e confermando la funzione del sigillo a ceralacca che è quella di evitare manomissioni delle buste stesse. Infatti nella massima che segue il Giudice d’appello sostiene: *“nel caso in cui il bando di gara prescriva espressamente che i plichi contenenti le offerte debbono essere sigillati con ceralacca pressata a caldo col timbro dell’impresa, prevedendo l’esclusione nel caso di mancanza di chiusura e sigillo, non può essere esclusa dalla gara una ditta la cui offerta sia pervenuta in busta nella quale il timbro sul sigillo è regolarmente impresso ma non compiutamente leggibile, ove il bando stesso preveda anche la controfirma sui lembi di chiusura della busta, atteso che in tale ipotesi il sigillo ha la sola funzione di evitare abusive manomissioni delle buste con eventuali indebite sostituzioni del contenuto originario e tale scopo può dirsi raggiunto anche con un sigillo con timbro illeggibile”*.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 21 settembre 2005, n. 4941.

<sup>27</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - Sentenza 11 maggio 2007, n. 2324.

### 6.3. Sigillo con la ceralacca recante un'impronta

Circa il modo di apporre il sigillo una ulteriore prescrizione che un bando può prescrivere, è quella che prevede la sigillatura con ceralacca *"con impresso un segno non facilmente contraffabile."*<sup>28</sup> Solitamente il segno è il sigillo della stessa impresa che viene impresso sulla ceralacca mancando il quale, secondo il TAR Lazio, un'impresa può essere esclusa da una gara. A tale proposito, a nostro avviso, la previsione di un sigillo impresso a caldo sulla ceralacca, è da ritenersi superfluo. Tale convincimento trova conforto con quanto sostiene il TAR Puglia. Infatti secondo il primo giudice pugliese la prescrizione di un sigillo impresso a caldo sulla ceralacca costituisce un inutile appesantimento della procedura posto che *"ai fini dell'ammissibilità ad una gara pubblica, non è necessaria l'apposizione sulla ceralacca di un segno di riconoscimento, ancorché richiesto, a pena di esclusione, dal bando di gara o dal capitolato, atteso che il verbo «sigillare» è ormai comunemente usato nel linguaggio comune non nel suo significato etimologico di apposizione di un sigillo, ma in quello, estensivo, indicante una chiusura ermetica tale da impedire ogni accesso o rendere evidente ogni tentativo di apertura"*.<sup>29</sup>

Il Consiglio di Stato, opportunamente, ha sottolineato che la verifica della documentazione prescritta va effettuata tenendo conto della evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto dell'aggravamento della procedura e non con lo spirito della caccia all'errore ad ogni costo.

Nelle due massime che precedono sia il Consiglio di Stato che il Tar Puglia oltre a giurisprudenza maggioritaria emerge chiaramente il richiamo a non appesantire la procedura, in ossequio all'articolo 1, comma 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241,<sup>30</sup> e a tenere conto soprattutto dell'interesse pubblico che sta alla base dell'azione amministrativa. Nel merito si può dunque legittimamente sostenere che il sigillo in generale così come sostenuto dalla prevalente giurisprudenza serve a garantire che non vi siano manomissioni dei plichi con la conseguente sostituzione di documenti o aggiunte o, ancora peggio, sostituzioni di offerte economiche.

Dalle previsioni di cui all'articolo 75 del Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827 sono passati diversi lustri e la sigillatura con ceralacca può essere sostituita con quella altrettanto efficace del nastro adesivo trasparente da apporre sui lembi di chiusura ivi compresi quelli di fabbricazione

<sup>28</sup> TAR LAZIO, SEZ. I TER - Sentenza 20 maggio 2005, n. 4001.

<sup>29</sup> TAR PUGLIA - BARI, SEZ. I - Sentenza 1 settembre 2006, n. 3159.

<sup>30</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 21 settembre 2005, n. 4941; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - Sentenza 11 maggio 2007, n. 2324.

opportunamente controfirmati dal legale rappresentante. Si ritiene di dover includere anche i lembi di chiusura di fabbricazione perché, come giustamente fatto rilevare in giurisprudenza, quei lembi possono facilmente essere aperti con il vapore. Si può verificare che i sigilli a ceralacca si possono facilmente rompere e andare distrutti accidentalmente. Nel qual caso, di fronte ad una precisa comminatoria di esclusione prevista dal bando di gara delle offerte che dovessero pervenire prive dei sigilli a ceralacca, ci si chiede se sia giusto escludere una o più ditte da una gara di appalto perché prive dei sigilli a ceralacca in considerazione del fatto che *“nelle gare d'appalto, l'offerta deve pervenire assolutamente integra, affinché ne sia garantita la segretezza, a salvaguardia dell'oggettività e della serietà della procedura”*.<sup>31</sup>

Conclusivamente, non si può certamente negare che efficaci sistemi di sigillatura giovano a soddisfare legittime esigenze di trasparenza e imparzialità e sono giustificate dalla necessità di assicurare la custodia e l'integrità delle buste contenenti l'offerta economica tenendo presenti da un lato la circostanza che si tratta di operazioni che si possono svolgere, per legge, in più sedute distanziate nel tempo e dall'altro, la notoria possibilità di aprire e chiudere agevolmente i lembi pre incollati delle buste all'uopo comunemente usate. Nel merito riteniamo che forse è assolutamente ozioso rammentare che una pratica del genere rientra comunque nell'ambito della patologia ed è penalmente apprezzabile. A nostro sommo avviso riteniamo che un sistema efficace di sigillatura, che non aggrava la procedura e che pertanto possa essere prescritto, sembra essere quello che prevede la firma sui lembi di chiusura con la sovrapposizione del nastro adesivo trasparente su tutti i lembi di chiusura lasciando al libero apprezzamento delle imprese se servirsi anche del sigillo a ceralacca quale ulteriore garanzia a loro favore.

## **7. Modalità di recapito del plico alla stazione appaltante**

Circa il modo di recapito del plico, che costituisce un altro segmento della procedura di partecipazione alle gare d'appalto non poche sono state le controversie a risolvere le quali è chiamata la giurisprudenza.

Le stazioni appaltanti non di rado esercitano la loro facoltà di prevedere ulteriori clausole inserendo quelle prescrizioni che ritengono più opportune anche per quanto concerne la modalità di recapito dei plichi contenenti le offerte alle stazioni appaltanti.

---

<sup>31</sup>CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 30 aprile 2002, n. 2299.

Tra le modalità di consegna più in uso si ricordano quella effettuata mediante il servizio postale, servizio di postacelere, a mano direttamente al protocollo. Nel prevedere le modalità di consegna il bando deve chiaramente prevedere la comminatoria dell'esclusione in caso di inosservanza delle clausole imposte, mancando le quali è illegittimo escludere quelle imprese che non vi ottemperino.<sup>32</sup>

### **7.1. Modalità di recapito - spedizione mediante servizio postale**

Un'altra previsione che spesso viene inserita nel bando è quella che prevede il recapito dell'offerta esclusivamente tramite il servizio postale nelle forme della raccomandata a.r. senza prevedere forme alternative.

Nel merito è stato detto che la previsione del bando di gara che impone ai partecipanti, a pena di esclusione, di fare pervenire l'offerta entro un certo termine, solo mediante il servizio postale, senza consentire altre modalità equipollenti, è illegittima in quanto aggrava immotivatamente le condizioni di partecipazione alla gara.<sup>33</sup>

Di diverso avviso è il TAR Puglia il quale ha sostenuto la legittimità della clausola del bando di gara che prevede a pena di esclusione che le offerte debbono essere presentate tramite il servizio postale (raccomandata o servizio di postacelere) con esclusione di strumenti equipollenti.<sup>34</sup>

Una via mediana è rappresentata dall'orientamento del Consiglio di Stato il quale sostiene che la previsione della consegna esclusivamente a mezzo del servizio postale non può dirsi illegittima in assoluto potendo essere legittimamente inserita nel bando di gara allorché è previsto un congruo termine per la presentazione delle offerte.<sup>35</sup>

### **7.2. Modalità di spedizione - la raccomandata**

La Pubblica Amministrazione appaltante può prescrivere la presentazione dell'offerta mediante la raccomandata scegliendo tra i due prodotti postali: la raccomandata a.r. o la

---

<sup>32</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 21 giugno 2006, n. 3703.

<sup>33</sup> TAR CAMPANIA-NAPOLI, SEZ. I - Sentenza 25 febbraio 2003, n. 1686.

<sup>34</sup> TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. II - Sentenza 8 ottobre 2004, n. 7065.

<sup>35</sup> TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. II - Sentenza 8 ottobre 2004, n. 7065; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 23 gennaio 2006, n. 205.



raccomandata semplice. Anche sull'argomento ha avuto modo di pronunciarsi la giurisprudenza parte della quale si è pronunciata pro raccomandata a.r. altra parte ritiene che la prescrizione di tale mezzo come esclusivo sia da ritenere illegittimo.

Tra i sostenitori della raccomandata a.r. va citato il Consiglio di Stato il quale ha sostenuto la legittimità di quella clausola del bando che impone il recapito dell'offerta mediante raccomandata ritenendo tale metodo né una formalità arbitraria né superflua.

E' stato detto che l'interesse pubblico sotteso alla prescrizione dell'uso del servizio raccomandato per la trasmissione dei plichi contenenti le offerte, che oggi è il mezzo prevalente previsto nei bandi di gara, va senz'altro riconosciuto nell'esigenza dell'amministrazione di conseguire pubblica certezza circa gli estremi della spedizione (data di invio, identificazione del mittente e data della ricezione) e di attribuire l'esclusivo compito di registrare e documentare tali informazioni al servizio postale pubblico.<sup>36</sup>

Sul punto pensiamo che sia condivisibile la clausola che prescrive quale mezzo di recapito quello del servizio postale mediante la raccomandata semplice. A nostro avviso va detto che la prescrizione della raccomandata a.r. in effetti si traduce in un appesantimento della procedura ove si consideri che l'avviso del ricevimento risponde ad una finalità di esclusivo interesse del mittente ai fini della eventuale prova della tempestività dell'offerta. La disposizione di che trattasi è stata ritenuta illogica, aggrava la procedura in quanto l'avviso di ricevimento costituisce un vero elemento di prova dell'avvenuto invio a favore dell'istante ma dal punto di vista dell'amministrazione a nulla rileva.<sup>37</sup> Si può legittimamente sostenere che se mai, l'invio dell'offerta mediante a. r. costituisce un onere a carico dei privati ma non un obbligo.<sup>38</sup>

Va evidenziato che le esigenze dell'amministrazione possono essere soddisfatte anche da altre forme infatti il Consiglio di Stato non chiude ad altre possibilità di recapito. A tale proposito è stato sostenuto dal giudice d'appello che anche quando il bando di gara prevede la presentazione mediante il servizio raccomandato non esclude la possibilità di presentazione mediante altre forme quali ad esempio il servizio di postacelere<sup>39</sup> dato che lo stesso, *“per come regolato dal vigente ordinamento postale, è idoneo a garantire le esigenze di documentazione degli estremi della spedizione ed è da considerare sostanzialmente equipollente al servizio raccomandato, avendo la capacità di soddisfare in egual misura gli interessi dell'Amministrazione.”*<sup>40</sup> Si fa osservare che il

---

<sup>36</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 4 aprile 2002, n. 1857.

<sup>37</sup> TAR VALLE D'AOSTA - Sentenza 10 giugno 2004, n. 66.

<sup>38</sup> TAR EMILIA ROMAGNA, SEZ. DI PARMA - Sentenza 25 ottobre 2001, n. 882.

<sup>39</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 15 ottobre 2003, n. 6332; TAR MOLISE - CAMPOBASSO - Sentenza 9 marzo 2007, n. 162.

<sup>40</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 15 ottobre 2003, n. 6332.

servizio di cui si discute è stato istituito con decreto ministeriale 28 luglio 1987, n. 564 ed è stato assoggettato al medesimo regime dei servizi postali e di telecomunicazioni. Esso comprende la registrazione delle essenziali informazioni relative alla spedizione (identità del mittente e del destinatario e date di invio e di ricezione) e risulta affidato al servizio postale pubblico.

### **7.3. Modalità di spedizione - presentazione a mano**

E' stato sostenuto che in assenza di apposita previsione della sanzione di esclusione, anche se il bando prevede la consegna mezzo servizio postale la stessa può avvenire a mano personalmente, mediante corriere privato non potendosi disporre legittimamente l'esclusione a carico di quella ditta che non ha osservato la prescrizione del bando.<sup>41</sup> Sul punto occorre evidenziare che la presentazione diretta (autoproduzione) è la regola generale nelle gare d'appalto e costituisce espressione di un principio di libertà che non può essere derogata dal bando di gara.<sup>42</sup>

Per quanto precede deve considerarsi illegittima quella clausola del bando di gara che non consente la consegna diretta dell'offerta. Infatti tale prescrizione, oltre a dimostrarsi irragionevole, e in evidente contrasto con l'articolo 8 del decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 recante "attuazione della direttiva 97/67/CE concernente le regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio"<sup>43</sup> secondo cui è consentita senza l'autorizzazione la prestazione di servizi postali da parte di persona fisica o giuridica che è all'origine della corrispondenza (auto prestazione) oppure da parte di un terzo che agisce esclusivamente in nome dell'interesse dell'autoproduttore.

Nel merito va sottolineato che a prescindere dalla modalità di consegna effettivamente scelta il plico deve essere presentato entro l'ora indicata nel bando (tradizionalmente, entro le 12:00 del giorno fissato per la presentazione delle offerte., non potendosi ritenere che nel caso di consegna

---

<sup>41</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 21 giugno 2006, n. 3703; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 24 agosto 2006, n. 4972; TAR VALLE D'AOSTA - AOSTA, SEZ. I - Sentenza 10 luglio 2008, n. 65.

<sup>42</sup> TAR UMBRIA - Sentenza 6 settembre 2005, n. 412; TAR SICILIA - CATANIA, SEZ. IV - Sentenza 28 novembre 2005, n. 2187; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 24 agosto 2006, n. 4972.

<sup>43</sup> Decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261. *Attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio.*

Art 8. Autoprestazione.

1. È consentita, senza autorizzazione, la prestazione di servizi postali da parte della persona fisica o giuridica che è all'origine della corrispondenza (autoprestazione) oppure da parte di un terzo che agisce esclusivamente in nome e nell'interesse dell'autoproduttore.

diretta del plico questa possa essere effettuata comunque entro l'orario di chiusura degli uffici (ore 14:00). A tale proposito si rammenta che il termine ha natura decadenziale.

## **8. CAPACITÀ ECONOMICA E FINANZIARIA - FATTURATO**

Come si è già avuto modo di dire è consentito alla stazione appaltante di inserire ulteriori clausole anche più rigorose e restrittive di quelle previste dalla legge<sup>44</sup> a condizione però che siano rispettati alcuni principi fondamentali, più volte richiamati, di proporzionalità e ragionevolezza.<sup>45</sup> La *ratio* sottostante la individuazione da parte della stazione appaltante di requisiti relativi al possesso di pregresse esperienze, in grado di evocare una astratta affidabilità dei concorrenti va combinata con la più generale *ratio* che presiede alla stessa esistenza delle procedure concorsuali.

La breve premessa di cui sopra trova fondamento ove si pensi alle prescrizioni di un bando di gara che riguardano il fatturato o più in generale la capacità economica e finanziaria.

La norma non stabilisce in modo tassativo quali sono i requisiti da richiedere ai partecipanti alle gare di appalto lasciando tale determinazione alla ragionevole discrezionalità delle singole amministrazioni.

Le prescrizioni di cui si parla, si è detto, devono necessariamente raccordarsi con l'oggetto dell'appalto e non costituire una deleteria limitazione dell'accesso alla gara delle imprese presenti sul mercato.<sup>46</sup>

I requisiti economico finanziari, ad esempio, nell'ambito delle concessioni di lavori pubblici, sono considerati quali indicatori della vitalità attuale e della effettiva capacità operativa dell'impresa (lett. a, art. 98, D.P.R. n. 554/99) nonché della sua affidabilità sotto il profilo finanziario (lett. b); la richiesta dunque del possesso di un adeguato fatturato tende ad ottenere tale assicurazione.

I requisiti tecnico-organizzativi previsti dalla stessa norma sono indici rilevatori dell'astratta idoneità dell'impresa a realizzare l'intervento oggetto dell'affidamento in concessione.

Va ricordato che i requisiti indicati all'articolo 13, primo comma del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 attuativo della direttiva comunitaria CEE/92/50, oggi articolo 42 del codice dei contratti sono da considerarsi requisiti minimi indispensabili per provare la capacità economica e finanziaria dell'aspirante "aggiudicatario di un appalto pubblico di servizi".

---

<sup>44</sup> Art. 31 direttiva comunitaria 18 giugno 1992 n. 92/50/CEE; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – Sentenza 22 ottobre 2004, n. 6972; TAR LAZIO, SEZ. I TER – Sentenza 11 novembre 2004, n. 12914; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 5 ottobre 2005, n. 5318; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 14 aprile 2006, n. 2959; TAR CALABRIA - REGGIO CALABRIA - Sentenza 6 dicembre 2006, n. 1775; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - Sentenza 9 maggio 2006, n. 2567; TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I BIS - Sentenza 3 luglio 2006, n. 5360; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 14 aprile 2006, n. 2959; TAR BASILICATA - SEZ. I - Sentenza 21 novembre 2007, n. 655; TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I BIS - Sentenza 11 aprile 2008, n. 3083.

<sup>45</sup>TAR LAZIO, SEZ. III – Sentenza 27 novembre 2002, n. 10823; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 31 dicembre 2003, n. 9305.

<sup>46</sup> TAR LAZIO, SEZ. I – Sentenza 1° marzo 2002, n. 1577.

Circa i modi di dimostrare il possesso del fatturato richiesto va detto, secondo quanto sentenziato dal Consiglio di Stato, che l'articolo 13 del D.Lgs n. 157/95 confluito nell'art. 42 del D.Lgs n. 163/2006, prevede tra l'altro che le imprese concorrenti possono dimostrare la propria capacità finanziaria ed economica anche con una dichiarazione concernente il fatturato globale di impresa e l'importo relativo a servizi identici a quello oggetto della gara realizzato negli ultimi tre esercizi. Dunque *“l'amministrazione in applicazione di tale norma può quindi chiedere che la capacità economico finanziaria sia dimostrata dalle imprese partecipanti ad una gara con l'indicazione del fatturato relativo agli ultimi tre anni”*.<sup>47</sup>

Il TAR Piemonte sostiene la illegittimità di quella clausola del bando che prescrive solo il fatturato globale. Secondo il primo giudice piemontese l'articolo 42, lettera c) del decreto legislativo 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici) ormai impone che, per la dimostrazione della capacità economica e finanziaria delle imprese partecipanti, l'Amministrazione appaltante richieda una dichiarazione concernente sia il fatturato globale dell'impresa, sia l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi; tale norma, pertanto, obbliga le Amministrazioni appaltanti a parametrare la capacità economica e finanziaria sul fatturato specifico, riferito ai servizi analoghi a quelli oggetto di gara, e non limitato al fatturato globale. E' pertanto illegittima la clausola di un bando di gara che, in violazione dell'art 41, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006, richiede la prova del solo fatturato globale, omettendo quello specifico riferito ai servizi oggetto della gara.<sup>48</sup>

Anche il TAR Lecce ha sostenuto la illegittimità della previsione di un fatturato globale negli ultimi tre esercizi finanziari e di importo particolarmente elevato o comunque eccessivo rispetto all'importo a base d'asta, all'oggetto dell'appalto ed alle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione attraverso l'esperimento di gara<sup>49</sup>. Il Giudice di prime cure sostiene infatti che le previsioni sproporzionate rispetto all'oggetto del contratto si risolve in una ingiustificata limitazione della platea dei possibili concorrenti con evidente violazione dell'articolo 42 comma 3 del decreto legislativo 163/2006 il quale riproduce la formulazione dell'articolo 44 comma 3 della direttiva CE 31 marzo 2005/18/4/CE secondo cui le informazioni sulla capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori dei servizi non possono eccedere l'oggetto dell'appalto.

Il TAR Emilia-Romagna considera possibile indicare alternativamente il fatturato ovvero il volume di affari contemporaneamente il primo giudice non ha trascurato di pronunciarsi sulla portata delle prescrizioni del bando ritenendo illegittima la clausola che impone la dimostrazione

---

<sup>47</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 23 gennaio 2006, n. 206.

<sup>48</sup> TAR PIEMONTE, SEZ. I - Sentenza 10 ottobre 2008, n. 2568.

<sup>49</sup> TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. II - Sentenza 2 gennaio 2008, n. 1.

del possesso di un fatturato globale di impresa realizzato nel triennio pari ad un importo equivalente ad oltre diciassette volte il prezzo a base d'asta.<sup>50</sup>

### 8.1. Entità del fatturato

Avuto riguardo dunque ai requisiti di ammissione l'entità del fatturato è stata e continua ad essere oggetto di contestazione e quindi motivo di apprezzamento da parte della giurisprudenza.

Il contenuto precettivo dell'articolo 42 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 il quale prevede i vari requisiti che debbono essere valutati ai fini della determinazione della capacità economico e finanziaria delle ditte partecipanti alla gara è quello di imporre alla pubblica amministrazione appaltante, ai fini del rispetto della trasparenza nonché del rispetto dell'altro non meno importante principio della *par condicio* dei singoli partecipanti, la preventiva determinazione degli elementi in base ai quali essa procederà ad effettuare la verifica dell'affidabilità economico finanziaria delle imprese partecipanti rispetto al servizio che intende appaltare.

Volendo cercare di individuare il punto di equilibrio tra “razionalità non sindacabile” e “illogicità censurabile” potremmo dire che sia l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici sia il Giudice Amministrativo ritengono congrua e non limitativa dell'accesso alla gara la richiesta di un fatturato nel triennio pregresso, sino al doppio dell'importo posto a base d'asta.<sup>51</sup>

A tale proposito il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima la clausola del bando che prevede la richiesta del possesso di un fatturato realizzato nel triennio pari all'importo dell'appalto. Il Giudice Amministrativo d'Appello ritiene che la previsione di siffatti requisiti, finalizzati alla verifica di una esperienza maturata nel settore di riferimento risulta coerente con l'interesse pubblico perseguito dalla Pubblica Amministrazione. Risulta anche conforme al dettato dell'articolo 13, comma 1, lettera c) del D.Lgs. n. 157/95 - corrispondente ora all'art. articolo 42, del D.Lgs. n. 163/2006 - laddove riferisce il fatturato necessario a comprovare la capacità economica dell'impresa “ai servizi identici a quello oggetto della gara” intende evidentemente valorizzare l'acquisizione da parte della concorrente di una peculiare perizia acquisita nell'esercizio della medesima attività appaltata.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> TAR EMILIA ROMAGNA - BOLOGNA, SEZ. I - Sentenza 11 aprile 2008, n. 1424.

<sup>51</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 31 gennaio 2006, n. 348; Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – Deliberazione 24 gennaio 2007, n. 20; TAR EMILIA ROMAGNA - BOLOGNA, SEZ. I - Sentenza 11 aprile 2008, n. 1424.

<sup>52</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 31 dicembre 2003, n. 9305.

E' stata, altresì, ritenuta legittima la clausola che prevede il possesso di un fatturato da parte delle imprese partecipanti pari a 1,50 volte l'importo posto a base d'asta realizzato mediamente negli ultimi tre anni.<sup>53</sup>

Legittimamente si può confermare quanto detto precedentemente che la richiesta del possesso di un fatturato fino al doppio maturato nel triennio si da ritenere legittima.

Al contrario è ritenuto illegittimo l'operato della Pubblica Amministrazione appaltante quando per la partecipazione alle gare d'appalto prevede il possesso di un fatturato molto elevato.

Sul punto è stato sostenuto che il potere discrezionale concesso alla Pubblica Amministrazione di prevedere requisiti di partecipazione più restrittivi deve essere esercitato nell'osservanza dei principi di non discriminazione. Pertanto è stato ritenuto illegittimo il bando che richieda ai concorrenti per la partecipazione alla gara un fatturato superiore al doppio del corrispettivo presunto dell'appalto medesimo, con conseguente illogica ed irrazionale sproporzione tra i criteri di filtro di partecipabilità alla gara e l'oggettiva tipologia della gara; più in generale va osservato che la necessaria libertà valutativa di cui dispone la P.A. appaltante nell'ambito dell'esercizio della discrezionalità tecnica che alla stessa compete in sede di predisposizione della *lex specialis* della gara, deve pur sempre ritenersi limitata da riferimenti logici e giuridici che derivano dalla garanzia di rispetto di principi fondamentali altrettanto necessari nell'espletamento delle procedure di gara, quali quelli della più ampia partecipazione e del buon andamento dell'azione amministrativa.<sup>54</sup>

Ancora il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimità la prescrizione del bando che richiede il possesso di un fatturato nell'ultimo triennio di importo pari a sette volte l'importo posto a base d'asta.

Un'altra clausola ritenuta illegittima è quella che limita la partecipazione alla gara alle sole imprese con un bilancio in attivo nell'ultimo quinquennio senza prevedere strumenti ulteriori o alternativi per la dimostrazione del requisito come quelli elencati dall'articolo 42 del D.Lgs. n. 163/2006. A tale proposito si evidenzia, come si è più volte ripetuto, che sebbene le amministrazioni appaltanti abbiano la facoltà di introdurre ulteriori clausole, facoltà riconosciuta anche dal diritto comunitario, la clausola censurata è stata ritenuta incongrua e irrazionale nella misura in cui conduce alla meccanicistica esclusione delle imprese che hanno riportato una perdita di esercizio relativamente ad uno solo degli ultimi cinque anni ed escludendo ogni altra possibilità di valorizzazione di ulteriori indici di valutazione idonei a suffragare un complessivo giudizio di capacità economica ed affidabilità quali i bilanci decisamente in attivo in tutti gli anni successivi, la pregressa esperienza maturata in servizi analoghi con le pubbliche amministrazioni, le dichiarazioni

---

<sup>53</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - Sentenza 7 gennaio 2008, n. 4.

<sup>54</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 1° ottobre 2003, n. 5684.

bancarie, le dichiarazioni dei redditi o le dichiarazioni IVA. In effetti una società nell'ultimo quinquennio può ben presentare almeno un bilancio con il segno "meno" senza per questo essere ritenuta ragionevolmente inaffidabile o "economicamente incapace".

Va evidenziata che la perdita di esercizio in uno degli anni dell'ultimo quinquennio può avere cause diverse quali operazioni societarie di espansione mediante incorporazione delle controllate ed avere una gestione economica complessiva assolutamente più che sana.

Nel caso in specie il prevedere la clausola di cui si discute risulta illogica, discriminante e sproporzionata rispetto allo specifico servizio oggetto dell'appalto che finisce con il restringere il potenziale numero degli aspiranti immotivatamente.<sup>55</sup>

E' stata, altresì, ritenuta illegittima quella prescrizione del bando (come già accennato in precedenza) che richiede alle imprese partecipanti il possesso di un fatturato globale realizzato negli ultimi tre anni equivalente a oltre diciassette volte il prezzo base d'asta.<sup>56</sup>

Sul punto, posto che l'amministrazione appaltante deve accertarsi se effettivamente l'impresa partecipante sia in grado di onorare la sua offerta, non si può fare a meno di chiedersi che senso abbia la previsione del possesso di un fatturato pari a diciassette volte l'importo base d'asta. Tale pretesa del bando di gara è sicuramente da ritenersi eccessiva e confliggente con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

Continuando nella presente rassegna, Il TAR del Lazio, ha ritenuto illegittima la clausola del bando di una gara relativa a forniture di prodotti innovativi (nella specie si trattava di una gara per la stipula di un accordo quadro della durata di cinque anni per la fornitura di n. 100 autobus elettrici a batteria innovativa ad alta capacità con manutenzione *full service*) che richieda, per la partecipazione alla gara stessa, il possesso da parte delle imprese di un fatturato non proporzionato e che non tiene in debita considerazione la reale struttura del mercato di che trattasi (fornitura di autobus elettrici ad alta tecnologia e relativo servizio di manutenzione), il quale costituisce un settore nuovo che solo di recente si sta aprendo alla concorrenza in ragione dell'ingresso di nuove imprese.<sup>57</sup>

Tra le prescrizioni ulteriori ritenute illegittime è stato annoverato anche quella che prevede quale requisito di partecipazione, il possesso, in capo ai concorrenti, di un patrimonio netto di importo particolarmente elevato, e/o comunque eccessivo rispetto alle finalità perseguite dalla P.A. con l'espletamento della procedura di evidenza pubblica; tale requisito di partecipazione, infatti, appare incongruo, sia perché il suddetto fine può essere comunque perseguito con la previsione di un importo, relativo al requisito in questione, sensibilmente inferiore a quello indicato nel

---

<sup>55</sup> TAR LAZIO, SEZ. I TER – Sentenza 11 novembre 2004, n. 12914.

<sup>56</sup> TAR EMILIA ROMAGNA - BOLOGNA, SEZ. I - Sentenza 11 aprile 2008, n. 1424.

<sup>57</sup> TAR LAZIO - ROMA, SEZ. II TER - Sentenza 9 dicembre 2008, n. 11147.

disciplinare di gara, sia perché, conseguentemente, suscettibile di escludere dalla gara imprese di pulizie di dimensioni medie e quindi di restringere in modo irrazionale il potenziale numero dei partecipanti.<sup>58</sup>

## **9. ATTRIBUZIONE DI NOTEVOLE PESO AD UN DETERMINATO PARAMETRO**

In materia di appalti pubblici l'art. 81 del codice dei contratti precisa i criteri in base ai quali sarà selezionata l'offerta pervenuta all'amministrazione appaltante.

I criteri di cui si parla sono il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa.

I successivi art. 82 e 83 precisano che l'offerta economicamente più vantaggiosa tende a conferire rilievo oltre che la prezzo del servizio, alle caratteristiche oggettive della prestazione alcune direttamente indicate dalle suddette norme, altre ancora suscettibili di essere inserite dalle stesse amministrazioni appaltanti ma sempre riconducibili alla valorizzazione della qualità intrinseca della prestazione offerta.

L'offerta economicamente più vantaggiosa è istituto di origine comunitaria e rappresenta il metodo di aggiudicazione degli appalti pubblici che anziché collegarsi all'automatica valutazione della convenienza economica su base meramente quantitativa, si fonda sulla comparazione tra il dato economico e quello tecnico così da consentire un penetrante e concreto potere di valutazione delle offerte.

Per quanto precede è censurabile quel bando di gara per il conferimento di servizi pubblici che, per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa conferisce notevole peso alle esperienze pregresse, al fatturato, nonché alle dimensioni aziendali.

A tale proposito non va sottaciuto che attribuendo un notevole peso alle esperienze pregresse, fatturato, nonché le dimensioni aziendali, si finisce col premiare qualità soggettive del soggetto proponente che possono certamente avere rilievo nei limiti segnati dall'oggetto dell'appalto, quali indici dimostrativi della capacità economica e tecnica dei concorrenti ma che non possono assumere rilievo di parametro indicativo della qualità della proposta.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 tende in modo tassativo a premiare il merito tecnico dell'offerta oggettivamente considerata per cui la sua corretta applicazione richiede che gli elementi di valutazione prescelti siano tali da evidenziare un maggior pregio della proposta contrattuale che dovrà essere resa in favore dell'amministrazione appaltante. Dopo quanto appena detto si ricava che

---

<sup>58</sup> TAR BASILICATA - SEZ. I - Sentenza 21 novembre 2007, n. 655.



è illegittima la previsione del bando di gara che attribuisce un rilevante punteggio per elementi che nulla hanno a che fare con il metodo tecnico dell'offerta e che attengono invece all'esperienza professionale acquisita del concorrente che sicuramente ha il suo peso ma che non rileva ai fini della qualità dell'offerta. La regola “aurea” del metodo dell’offerta economica più vantaggiosa è quella di non attribuire maggior importanza ad un singolo elemento ma di combinarlo con gli altri in modo tale da assicurare all’amministrazione il migliore risultato possibile da un lato e dall’altro di consentire ai partecipanti di confidare in una uniforme valutazione delle offerte.

Nel merito va sottolineato che la giurisprudenza ha censurato la clausola contenuta nel capitolato speciale di appalto che riserva il punteggio al possesso della sola certificazione UNI EN ISO 9002 senza ammettere la possibilità di documentare forme alternative e senza consentire all'eventuale seggio di gara, vincolato dalle prescrizioni di gara, di valutare certificazioni alternative.<sup>59</sup>

Così anche è stata censurata quella previsione del bando che attribuisce un maggior punteggio “per pregresse esperienze” in quanto detto parametro è più attinente alla fase di ammissione e nulla ha a che vedere con la qualità dell’offerta.<sup>60</sup> Analogamente è stata censurata quella clausola del bando che prevede un maggiore punteggio per la qualità organizzativa.<sup>61</sup>

## **9.1. PESO PREPONDERANTE - INSERIMENTO DI UN TIPO DI MARCHIO O PRODOTTO**

Un'altra clausola che non deve essere inserita nel bando di gara è quella che fa espressa menzione di prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza se non in casi eccezionalissimi di cui si dirà dopo.

Il divieto già stabilito in via generale dall'articolo 8, comma 6 del D.Lgs. n. 358/1992 è oggi ribadito dall’art. 68, comma 13, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti). Va detto subito che tale divieto non è assoluto ma relativo. A tale proposito il Consiglio di Stato ha stabilito doversi ritenere legittima l’indicazione di un determinato prodotto nel bando a condizione che tale indicazione sia adeguatamente giustificata nella esigenza che la fornitura di che trattasi debba soddisfare e non produca l’effetto di favorire o escludere determinati fornitori o prodotti.<sup>62</sup>

Viceversa se la motivazione non è coerente con il principio di logicità, ragionevolezza,

---

<sup>59</sup> TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. III - Sentenza 12 maggio 2004, n. 1684.

<sup>60</sup> TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. II - Sentenza 20 aprile 2006, n. 1981.

<sup>61</sup> TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. I - Sentenza 2 aprile 2007, n. 3024.

<sup>62</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ V - Sentenza 10 aprile 2002, n. 1945; CONSIGLIO DI STATO, SEZ V - Sentenza 18 dicembre 2002, n. 7050; TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. I - Sentenza 3 marzo 2004, n. 2586; TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ, I – Sentenza 19 maggio 2006, n. 4737; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V- Sentenza 9 giugno 2008, n. 2836.

proporzionalità il bando che non prevede la possibilità di fornitura di prodotti equivalenti è censurabile anche perché non è rispettoso delle ragioni del pubblico interesse finalizzato alla ricerca del "giusto" contraente che implica necessariamente il rispetto del principio della *par condicio* e quindi della libera concorrenza.

Nell'ambito della manutenzione del parco macchine, ad esempio, coerentemente con quanto precede, mentre è illegittima la previsione del bando di gara che limita la partecipazione alle sole officine specializzate di una determinata fabbrica automobilistica<sup>63</sup> è perfettamente legittima la previsione della fornitura di prodotti originali che può essere assicurata dalle officine meccaniche partecipanti alla gara, in condizioni di libera concorrenza.<sup>64</sup>

## **9.2. PESO PREPONDERANTE - LIMITAZIONI TERRITORIALI**

Un'altra clausola che sovente capita di leggere nel bando di gara è quella relativa alla territorialità.

E' stato detto prima che la stazione appaltante gode di un ampio potere discrezionale, tuttavia il bando che contenesse delle clausole preferenziali per quelle ditte operanti sul territorio non potrebbe non essere considerato illegittimo perché violerebbe i superiori valori della parità di trattamento tra i concorrenti e della proporzionalità dell'azione amministrativa facendo un uso distorto della discrezionalità amministrativa. Sul punto, sono da condividere gli orientamenti più recenti della giurisprudenza, in base ai quali i bandi di gara non possono stabilire limitazioni territoriali ai fini della partecipazione alle gare, a pena di illegittimità. Nel caso in esame, la clausola eventualmente inserita nel bando presenterebbe evidenti elementi di contrasto con i principi di libera concorrenza e di *par condicio* degli operatori del mercato, poiché la suddetta clausola limita la partecipazione alla gara soltanto ai soggetti aventi tale requisito soggettivo, peraltro del tutto sganciato da qualsiasi elemento di ragionevolezza, né motivato in relazione a specifiche finalità del servizio da rendere.

Tali clausole sono state censurate più volte dalla giurisprudenza. A tale proposito il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo il requisito previsto in un bando di gara che prevede l'attribuzione di un maggiore punteggio nei confronti delle imprese locali partecipanti perché capace di determinare discriminazioni tra ditte concorrenti finendo con il privilegiare le imprese locali in contrasto con la normativa comunitaria e nazionale.

<sup>63</sup> TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I BIS – Sentenza 11 aprile 2008, n. 3083.

<sup>64</sup> TAR SICILIA-PALERMO, SEZ. III - Sentenza 30 maggio 2006, n. 1354; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - Sentenza 19 settembre 2007, n. 4884.

Riteniamo necessario evidenziare che tali clausole sono ritenute illegittime in quanto in conflitto con i principi di derivazione costituzionale e comunitaria che vietano ogni discriminazione.<sup>65</sup> Inoltre ingiustificatamente restringono il campo della concorrenza e violano il principio comunitario della libera prestazione dei servizi. Nel merito è stata ritenuta illegittima quella clausola del bando che pretende, quale requisito di partecipazione, che le imprese abbiano la sede legale nel territorio nel quale ha sede la stazione appaltante. Tale disposizione in buona sostanza risulta essere limitativa del principio della libera concorrenza e di quello della *par condicio* e non costituisce in alcun modo indice di un servizio di migliore qualità.

Inoltre, non è ammissibile la clausola che impone che ogni impresa partecipante abbia una sede stabilmente operativa nel territorio comunale perché il requisito in questione presenta una connotazione squisitamente oggettiva a carattere meramente organizzativo. Non è nemmeno ammissibile la clausola del bando che accorda un maggior punteggio all'offerta presentata da impresa avente sede legale da almeno un anno nel comune della stazione appaltante atteso che tale clausola finirebbe col comportare una discriminazione a carico di quelle imprese che non sono localizzate in ambito comunale e avvantaggerebbe le imprese già localizzate; tale provvedimento violerebbe il principio della non discriminazione.<sup>66</sup>

A proposito della localizzazione delle imprese partecipanti perfino la Corte Costituzionale si è pronunciata nel merito di norme che discriminano le stesse imprese sulla base di un elemento di localizzazione territoriale. Il giudice delle leggi ha stabilito che le norme contenute in leggi regionali che discriminano le imprese con un elemento di localizzazione territoriale contrasta con il principio di uguaglianza nonché con il principio in base al quale la regione non può adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose e non può limitare il diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego o lavoro.<sup>67</sup>

Il Giudice d'Appello ha ritenuto viceversa legittima la clausola del bando che limita la partecipazione alle sole imprese aventi sede nella regione nella quale dovrà essere svolto il servizio a condizione però che l'inserimento di tale clausola sia giustificato da esigenze prettamente organizzative della stazione appaltante.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> TAR SICILIA-PALERMO, SEZ. III - Sentenza del 4 marzo 2008, n. 290.

<sup>66</sup> CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – Sentenza 26 gennaio 2006, n. 29.

<sup>67</sup> CORTE COSTITUZIONALE - Sentenza n. 440/2006.

<sup>68</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – Sentenza 15 settembre 2006, n. 5377.

## 10. DOCUMENTO DI IDENTITÀ SCADUTO

L'allegazione della fotocopia, sia pure non autenticata, del documento di identità dell'interessato vale a conferire legale autenticità alla sua sottoscrizione apposta in calce ad una istanza o ad una dichiarazione, non rappresenta un vuoto formalismo ma semmai si configura come l'elemento della fattispecie normativa diretto a comprovare oltre alle generalità del dichiarante, l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione di una determinata persona fisica.<sup>69</sup> A quanto appena detto si deve aggiungere inoltre che l'obbligo di produrre copia del documento di identità risulta inderogabile in considerazione della sua introduzione quale forma di semplificazione, né è data possibilità di regolarizzazione o integrazione del documento mancante, nel rispetto anche della *par condicio* tra i concorrenti. A tale proposito va opportunamente sottolineato che la portata delle disposizioni del bando di gara come *lex specialis* è tale da ritenere impossibile la integrazione di documentazione non presentata in sede di gara poiché secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, le prescrizioni contenute nel regolamento di gara esigono che le stesse siano puntualmente osservate senza che in capo alla stazione l'appaltante rimanga un potere discrezionale residuale.<sup>70</sup>

Ciò premesso va evidenziato tuttavia che durante il riscontro della documentazione prescritta dal bando, in sede di gara, qualora venga presentato un documento di identità scaduto o altro documento che presenta una qualche irregolarità formale è in facoltà della pubblica amministrazione consentirne la regolarizzazione. Sul punto, riteniamo, occorre fare una distinzione nel senso che una cosa è la omessa presentazione di un documento preteso dal bando a pena di esclusione, altra cosa è una mera irregolarità riguardante un documento prescritto dalla *lex specilis*, regolarmente presentato e per il quale è consentito all'amministrazione appaltante invitare le imprese a completare o a chiarire certificati, documenti o dichiarazioni presentate.<sup>71</sup>

La discrezionalità accordata alla P.A. appaltante prevista in generale dall'art. 6, legge n. 241/90 rientra comunque in quei limiti in cui l'integrazione non sia riferita agli elementi essenziali

<sup>69</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – Sentenza 7 novembre 2007, n. 5761.

<sup>70</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 4 novembre 2004, n. 7140; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 10 gennaio 2005, n. 32; TAR LAZIO - ROMA, SEZ. II BIS - Sentenza 1° febbraio 2005, n. 880; TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. III - Sentenza 1° agosto 2005, n. 3521; TAR LAZIO - ROMA, SEZ. II TER - Sentenza 11 luglio 2005, n. 5603; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 4 maggio 2006, n. 2477; TAR VENETO, SEZ. II - Sentenza 20 luglio 2006, n. 2220; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 8 gennaio 2007, n. 16; TAR LAZIO - ROMA, SEZ. III - Sentenza 14 settembre 2007, n. 8927; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 7 novembre 2007, n. 5761; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - Sentenza 23 luglio 2008, n. 3651; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - Sentenza 4 giugno 2009, n. 3445.

<sup>71</sup> CONSIGLIO DI STATO - SEZ. V - Sentenza 11 novembre 2004, n. 7339; TAR SICILIA - PALERMO, SEZ. II - Sentenza 20 gennaio 2005, n. 89; CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE - Sentenza 11 febbraio 2005, n. 47; TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I BIS - Sentenza 28 settembre 2005, n. 7581; GIURISDIZIONALE - Sentenza 27 dicembre 2006, n. 802.

della domanda, rispetto ai quali devono essere rispettati i principi della *par condicio* e l'osservanza dei tempi procedurali.

Pensiamo a quelle clausole che prevedono la presentazione di autodichiarazioni che in sede di gara risultino in qualche modo irregolari come ad esempio la presentazione di un documento di identità scaduto in quanto trova applicazione l'articolo 38, comma 3 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.<sup>72</sup> Oppure la documentazione relativa alla cauzione provvisoria richiesta dal bando, nel caso in cui comunque risulti che le polizze presentate a tal fine erano del tutto complete e corrispondenti ai requisiti indicati, menzionando la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e l'impegno a rilasciare garanzia per la cauzione definitiva. Orbene nel caso specifico per il responsabile del procedimento è un adempimento dovuto, consentire la loro regolarizzazione prevista dall'art. 71 del T. U. delle disposizioni in materia di documentazione amministrativa - D.P.R. n. 445/00.<sup>73</sup> Sul punto il Consiglio di Stato puntualizza che *“La previsione della «lex specialis» della gara recante la comminatoria di esclusione in caso di irregolarità anche di un solo documento richiesto non è idonea ad escludere la facoltà dell'Amministrazione di richiedere la regolarizzare la documentazione incompleta.”*<sup>74</sup>

In quest'ultimo caso occorre precisare che i requisiti prescritti dal bando devono essere posseduti dall'impresa, e dalla stessa dimostrati, al momento della scadenza del termine prescritto dal bando di gara, oltre il quale non è possibile richiedere né ricevere chiarimenti ed integrazioni,

---

<sup>72</sup> CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE - Sentenza 11 febbraio 2005, n. 47.

<sup>73</sup> Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 - *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa. (Testo A)*.

71. (R) Modalità dei controlli.

1. Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione, e in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47. (R)

2. I controlli riguardanti dichiarazioni sostitutive di certificazione sono effettuati dall'amministrazione procedente con le modalità di cui all'articolo 43 consultando direttamente gli archivi dell'amministrazione certificante ovvero richiedendo alla medesima, anche attraverso strumenti informatici o telematici, conferma scritta della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei registri da questa custoditi. (R)

3. Qualora le dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47 presentino delle irregolarità o delle omissioni rilevabili d'ufficio, non costituenti falsità, il funzionario competente a ricevere la documentazione dà notizia all'interessato di tale irregolarità. Questi è tenuto alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione; in mancanza il procedimento non ha seguito. (R)

4. Qualora il controllo riguardi dichiarazioni sostitutive presentate ai privati che vi consentono di cui all'articolo 2, l'amministrazione competente per il rilascio della relativa certificazione, previa definizione di appositi accordi, è tenuta a fornire, su richiesta del soggetto privato corredata dal consenso del dichiarante, conferma scritta, anche attraverso l'uso di strumenti informatici o telematici, della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei dati da essa custoditi. (R) (\*).

(\*) Si riporta, in parentesi tonda, la corrispondenza del presente articolo alla norma previgente:

comma 1: (articolo 11, comma 1, D.P.R. n. 403/1998);

comma 2: (articolo 11, comma 2, D.P.R. n. 403/1998);

comma 3: (-);

comma 4: (articolo 2, comma 1, secondo periodo, L. n. 340/2000).

<sup>74</sup> CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE - Sentenza 11 febbraio 2005, n. 47; CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 30 agosto 2006, n. 5064.

giacché una eventuale sanatoria comporterebbe la violazione del principio della parità di trattamento tra le imprese partecipanti alla gara.

## 11. ARROTONDAMENTO DEL CALCOLO

Un altro dei motivi che è causa di contenzioso nei pubblici appalti è originato dall'arrotondamento. A tale proposito il TAR della Campania-Napoli ha avuto modo di precisare che nel caso di offerte espresse in euro, in ossequio alla circolare del Dipartimento delle Entrate n. 291/1998, i loro importi devono essere arrotondati al centesimo per eccesso se la frazione non è inferiore ad 0,05 euro e per difetto se la frazione è inferiore a tale ammontare.<sup>75</sup> Anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con deliberazione del 29 aprile 2002, n. 114 ha evidenziato che *“è opportuno che la «lex specialis» contenga esplicita disciplina relativa al numero di cifre decimali che saranno considerati dopo la virgola.....”*. Nel caso in cui il bando di gara non preveda esplicita disciplina, non possono essere posti limiti alle offerte proposte dai concorrenti con la conseguenza che il calcolo della media dovrà essere effettuato con un numero di cifre decimali pari al maggior numero di cifre proposto dai concorrenti.<sup>76</sup>

E' appena il caso di evidenziare che nella fase di individuazione dell'offerta più bassa e delle offerte ricadenti automaticamente oltre la soglia di anomalia, alla commissione di gara è inibito procedere ad arrotondamenti nel calcolo delle medie e della soglia di anomalia ove il bando non provveda alcunché. Questo perché nella fase di esclusione dell'offerta anomala ogni arrotondamento costituisce una deviazione dalle regole matematiche da applicare in via automatica. Il comportamento della commissione, qualora provvedesse ad effettuare arrotondamenti, ipotesi non prevista dal bando, è da ritenersi illegittimo perché l'iniziativa della stessa commissione si pone come una modifica del bando di gara ad essa precluso così come più volte precisato in giurisprudenza amministrativa.

Sicché questi ultimi sono consentiti solo se espressamente previsti dal bando di gara. In mancanza di tali precisazioni si deve escludere che l'amministrazione appaltante possa procedere ad arrotondamenti.

Va inoltre detto che qualora la *lex specialis* preveda l'arrotondamento alla seconda cifra decimale solo per il calcolo dei ribassi, la stazione appaltante non può applicare la stessa regola per la determinazione della soglia di anomalia delle offerte procedendo all'arrotondamento alla seconda cifra decimale della media dei ribassi, della media degli scarti e della stessa soglia di anomalia.<sup>77</sup>

<sup>75</sup> TAR CAMPANIA-NAPOLI, SEZ. I – Sentenza 10 maggio 2002, n. 2647; TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. I - Sentenza 10 maggio 2006, n. 621.

<sup>76</sup> AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI - Deliberazione 29 aprile 2002, n. 114.

<sup>77</sup> TAR SICILIA - PALERMO, SEZ. II - Sentenza 20 gennaio 2005, n. 89.

## 12. DILAZIONI DI PAGAMENTO

Con il D.Lgs. n. 231/2002 "attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali" è stato introdotto, con l'articolo quattro, il termine di pagamento previsto in trenta giorni. Quindi vi è un termine già stabilito dalla legge e non è dato all'amministrazione appaltante alcuna possibilità derogatoria.

Sul punto, il solito Consiglio di Stato ha ritenuto illegittima la clausola che prevede una dilazione per i pagamenti superiore al termine di trenta giorni come stabilito dall'articolo 4 del D.Lgs. n. 231/2002 prima citato, perché introduce un indebito vantaggio per l'amministrazione considerato l'automatismo della decorrenza degli interessi di mora per come stabilito dall'articolo quattro avanti citato. La clausola eventualmente presente nel bando produrrebbe uno squilibrio nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione nella esecuzione del contratto che sono posti sostanzialmente sullo stesso piano di parità.<sup>78</sup>

Sulla stessa scia del Consiglio di Stato, il TAR Lazio, ha ritenuto illegittime le clausole del bando che consentono l'osservanza dei termini di pagamento di decorrenza degli interessi moratori e del saggio degli interessi diversi da quelli stabiliti negli articoli 4 e 5 del D.Lgs. n. 231/2002 considerate gravemente inique<sup>79</sup>.

## 18. CONCLUSIONI

In buona sostanza la pubblica amministrazione appaltante quando ritiene di dover inserire clausole ulteriori, legittime, ragionevoli, non sproporzionate e rispettose anche del principio della non discriminazione si preoccupa di verificare come riteniamo giusto che sia che l'impresa aggiudicataria sia nelle reali condizioni di eseguire effettivamente la prestazione richiesta dal bando di gara.

C'è da dire inoltre che la giurisprudenza del giudice amministrativo è ferma nel sostenere il principio secondo il quale le formalità prescritte nel bando di gara devono trovare applicazione quando siano dirette ad assicurare un particolare interesse dell'amministrazione ovvero la *par condicio* dei concorrenti mentre la stessa formalità non si giustifica e diventa mera irregolarità

---

<sup>78</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 12 aprile 2005, n. 1638.

<sup>79</sup> LAZIO, SEZ. III QUATER - Sentenza 22 dicembre 2008, n. 12229.

qualora le finalità perseguite risultano egualmente ed integralmente soddisfatte. D'altro canto l'imposizione di clausole inutili può comportare un danno per la stessa amministrazione che di fatto limita la platea dei partecipanti.

Infine va sottolineato che la procedura di una gara di appalto deve essere pensata avendo sempre presente che deve essere osservato il criterio della "ricerca della miglior offerta" per il perseguimento del pubblico interesse.

Le clausole del bando di gara possono essere un vero e proprio campo minato ove si consideri che la loro deflagrazione è costituita dall'annullamento della procedura in sede giurisdizionale con la conseguenza che in simile ipotesi viene travolto il contratto eventualmente sottoscritto.<sup>80</sup> Nel merito la Corte di Cassazione ha sentenziato che *"L'annullamento in sede giurisdizionale del verbale di aggiudicazione di una gara di appalto pone nel nulla l'intero effetto-vicenda derivato dall'aggiudicazione, a cominciare quindi dal contratto di appalto che vi è insito o che, ove stipulato in successivo momento, non ha alcuna autonomia propria e non costituisce la fonte dei diritti ed obblighi tra le parti, ma, assumendo il valore di mero atto formale e riproduttivo, è destinato a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento cui è inscindibilmente collegato e a restare automaticamente e immediatamente caducato, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell'amministrazione, in conseguenza della pronunciata inefficacia del provvedimento amministrativo «ex tunc», travolto dall'annullamento giurisdizionale"*.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> TAR LOMBARDIA - BRESCIA - Sentenza 15 marzo 2007, n. 263; TAR VENETO, SEZ. I - Sentenza 14 maggio 2007, n. 1461; CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA - Sentenza 30 luglio 2008 n. 9.

<sup>81</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE - Sentenza 15 aprile 2008, n. 9906.



## 2. Regole procedurali - loro applicazione

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - Sentenza 23 luglio 2008, n. 3638: *“La commissione di gara può legittimamente introdurre elementi di specificazione ed integrazione dei criteri generali di valutazione fissati ex ante in sede di bando, ma ciò a condizione che vi provveda prima dell’apertura delle buste contenenti le offerte”*.

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – Ordinanza 4 dicembre 1998, n. 1: *“L’Amministrazione può non dare applicazione a clausole del bando illegittime, o dare alle clausole del bando un’interpretazione conforme a legge, o estensiva della partecipazione al concorso, solo nel caso di clausole del bando ambigue e suscettibili di più possibili e ugualmente plausibili letture da parte dell’interprete”*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 7 aprile 2009, n. 2147: *“Il difetto di chiarezza di una clausola che regola la procedura di gara impone un’interpretazione nel senso dell’ammissione del maggior numero di concorrenti e, viceversa, nel senso della non legittimità dell’esclusione delle imprese”*;

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 25 gennaio 2003, n. 357: *“2. Qualora il bando commini espressamente l’esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, la P.A. è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell’inadempimento, l’incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella «lex specialis», alla cui osservanza l’Amministrazione si è, invero, autovincolata al momento dell’adozione del bando (alla stregua del principio nella specie è stata ritenuta legittima l’esclusione di una offerta che, in violazione del bando - il quale comminava nel caso di inosservanza l’esclusione - era risultata priva di controfirma sui lembi di chiusura della busta e dell’indicazione in quest’ultima del nome dell’offerente e dell’oggetto della gara)”*.

TAR LAZIO SEZ. II TER - Sentenza 11 luglio 2002, n. 6264: “7. Per giurisprudenza costante, le regole procedurali della gara non possono essere disapplicate né dall’Amministrazione né dalla Commissione di gara”.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 1 dicembre 2003 n. 7833: “1. Il procedimento per la scelta del contraente privato da parte della pubblica Amministrazione, sebbene articolato in varie fasi, ha carattere unitario e si conclude soltanto con l’aggiudicazione definitiva; il particolare, il riesame di operazioni già svolte, effettuato prima dell’aggiudicazione definitiva, non è configurabile come un nuovo procedimento che renda necessaria la comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell’art. 7 L. 7 agosto 1990, n. 241, inserendosi, invece, nell’unica serie procedimentale in corso”.

### **3. Le clausole**

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – Sentenza 5 aprile 2003, n. 1785: “4. L’indicazione sul piego contenente l’offerta del codice alfanumerico del bando di gara è di regola sufficiente a consentire una rapida ed inequivoca individuazione della gara cui si riferisce l’offerta, sicché la previsione di oneri formali ulteriori, quali l’indicazione sul plico anche del giorno fissato per la gara, si risolve in un non motivato aggravamento delle condizioni di gara. E’ pertanto da ritenere illegittima una clausola del bando di gara che configura quale causa di esclusione dell’offerta la mancata indicazione sul plico anche del giorno fissato per la gara”.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. II – Sentenza 15 settembre 2008, n. 8328: “1. Nel caso di gare da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, l’art. 83, comma 4, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici, secondo cui «...il bando di gara per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi»), ormai limita la discrezionalità della commissione di gara nella specificazione dei criteri di valutazione delle offerte, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest’ultimo di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri. Alla stregua di tale nuova disposizione di legge, deve quindi ritenersi che è illegittimo il bando di gara di un appalto da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa il quale prevede il potere della commissione giudicatrice di suddividere i criteri in dettagliati sottopunteggi, atteso che tale potere, sia pur ammesso nella disciplina ante-Codice, è ormai

*precluso dalle disposizioni innovative dell'art. 83 del Codice dei contratti, il quale stabilisce ormai che sia il bando a individuare i sub-criteri, i sub-pesi ed i sub-punteggi, eliminando in proposito ogni margine di discrezionalità in capo alla commissione giudicatrice”.*

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – Sentenza 4 novembre 2008, n. 872: “3. *E’ illegittima una clausola contenuta nella «lex specialis» di una gara di appalto che richiede, a pena di esclusione, una dichiarazione da parte dei concorrenti «che mai la ditta o società rappresentata si è resa gravemente colpevole di false dichiarazioni»; tale clausola finisce per prevedere una causa di esclusione del tutto nuova e comporta la commistione di un elemento soggettivo (la grave colpevolezza) con una conseguenza giuridica perpetua (mai ... si è resa ... etc.) e quindi si appalesa contraria alla norma, in effetti, applicabile, vale a dire l'articolo 75, comma 1, lettera h), del d.p.r. n. 554 del 1999; quest’ultimo articolo, infatti, da un lato si limita a richiedere l’esistenza di dichiarazioni false, prescindendo totalmente dall’indagine sull’elemento psicologico, ritenendo sufficiente la «falsità» oggettiva della dichiarazione, e, dall’altro, mitiga la portata negativa della rilevanza oggettiva, restringendo l’efficacia interdittiva della falsa dichiarazione ad un solo anno, al fine di non pervenire ad una sostanziale, e non voluta, esclusione perpetua della impresa”.*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 15 febbraio 2007, n. 647: “2. *Rientra nella discrezionalità delle Amministrazioni appaltanti la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza di quanto richiesto e della pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, in modo da non restringere, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio”.*

#### **4. Clausole o requisiti ulteriori del bando**

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 2 febbraio 2009, n. 525: “1. *Sussiste una certa discrezionalità della stazione appaltante nel fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, in modo più rigoroso ed anche in numero superiore rispetto a quelli minimi previsti dalla legge. In generale deve infatti ritenersi che l’Amministrazione è legittimata ad introdurre, nella «lex specialis» della gara d'appalto che intende indire, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte*

*le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza”.*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 8 settembre 2008, n. 3083: *“1. Anche se deve ammettersi una certa discrezionalità della stazione appaltante nel fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, in modo più rigoroso ed anche in numero superiore rispetto a quelli minimi previsti dalla legge, deve comunque coesistere il potere-dovere di apprestare (attraverso la specifica individuazione dei requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell’interesse pubblico concreto, oggetto dell’appalto da affidare. La relativa scelta poi può essere sindacata dal giudice amministrativo in sede di legittimità in quanto sia manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica o contraddittoria”.*

TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. I - Sentenza 18 giugno 2007, n. 5269: *“1. In base al principio della massima partecipazione, deve ritenersi che la stazione appaltante abbia il potere discrezionale di fissare i requisiti di partecipazione ad una gara, ma debba esercitare tale potere conformemente a criteri di ragionevolezza, parità di trattamento ed efficienza della azione amministrativa; legittimamente quindi possono essere previsti requisiti di partecipazione ristretti e selettivi, ma solo quando tali criteri rispondano ad esigenze oggettive dell'amministrazione in relazione al tipo di prestazione oggetto dell’appalto”.*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 15 febbraio 2007, n. 647: *“1. Il D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157, attuativo della Direttiva C.E.E. n. 92/50, non stabilisce in modo tassativo quali sono i requisiti da richiedere ai partecipanti alle gare di appalto di servizi, lasciando tale determinazione alla ragionevole discrezionalità delle singole Amministrazioni e consentendo che la singola Stazione appaltante prescriva requisiti idoneativi diversi e più stringenti rispetto a quelli normativamente fissati, anche al fine di meglio tutelare l'interesse pubblico perseguito”.*

TAR FRIULI - VENEZIA GIULIA – Sentenza 21 dicembre 2002, n. 1086: *“1. E’ illegittimo il provvedimento con il quale la Commissione di una gara d’appalto esclude un partecipante per la mancanza di requisiti non previsti nel bando, ma pretesi dalla stessa Commissione, essendo a quest’ultima inibito introdurre nella procedura concorsuale clausole aggiuntive”.*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 30 agosto 2006, n. 5082: *“Nel caso in cui per una gara di appalto si adotti il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell’art. 23, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 157 del 1995, è necessario - a pena di illegittimità - che la commissione giudicatrice stabilisca, prima dell’apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e della conoscenza del loro contenuto, i pesi relativi dei sub-elementi di un criterio di aggiudicazione stabilito in precedenza, al momento della redazione del capitolato o del bando di gara; e ciò al fine di scongiurare il rischio che l’organo di gara possa in astratto premiare, plasmando opportunamente i sub-punteggi, talune offerte, già conosciute, al fine di valorizzarne le specifiche caratteristiche. E’ pertanto illegittimo l’operato di una commissione di gara che abbia fissato i sottocriteri di valutazione delle offerte dopo l’apertura delle buste contenenti le offerte tecniche”*.

## **5. Approvazione del bando di gara**

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 16 giugno 2005, n. 3166: *“6. La competenza dei dirigenti degli enti locali in ordine all’adozione dei bandi di gara deve farsi risalire, non già alla legge n. 265/1999, ma alla precedente legge Bassanini-bis (L. 15.5.1997, n. 127) il cui art. 6, nel modificare il terzo comma dell’art. 51 della L. n. 142/1990, ebbe ad attribuire loro: «tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dall’organo politico, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell’ente: a) la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; b) la responsabilità delle procedure d’appalto e di concorso; c) la stipulazione dei contratti; d) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l’assunzione di impegni di spesa; ... »; l’adozione della normativa di una gara rientra a pieno titolo nelle previsioni di cui alle precedenti lett. b) e d)”*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 4 marzo 2008, n. 904: *“7. La revoca di un bando di gara o di concorso rientra nei normali poteri discrezionali dell’amministrazione ove sopravvengano ragioni che sconsigliano la prosecuzione dell’iter concorsuale rendendone evidente l’inopportunità. Tuttavia la P.A. può provvedere in tal senso in presenza di fondati motivi di pubblico interesse da indicare nel provvedimento”*.

## **6. Modalità di presentazione delle offerte**

### **6.1. Modalità di confezionamento del plico**

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - sentenza 28 aprile 2006 n. 2408: *“1. Va esclusa da una gara pubblica di appalto un’impresa che, in violazione di quanto prescritto dalla «lex specialis», abbia omissso di presentare l’offerta economica in busta separata e sigillata; in tal caso, infatti, si configura la violazione del principio di segretezza dell’offerta e del corretto procedimento di gara, atteso che il mancato inserimento in apposita busta rende immediatamente palese l’offerta, prima ancora dell’esame degli altri elementi, con la conseguente preclusione della possibilità di salvaguardare l’imparzialità del suddetto esame, in quanto potenzialmente influenzabile dall’avvenuta conoscenza dell’offerta complessiva medesima.*

*2. La omessa osservanza delle prescrizioni della «lex specialis» relative alla modalità di presentazione dell’offerta in una apposita busta sigillata e controfirmata, dà luogo ad esclusione dalla gara, anche se tale effetto non sia stato espressamente previsto dalla «lex specialis» stessa. Un simile effetto, infatti, in un procedimento strettamente informato ai principi di segretezza delle offerte e di correttezza delle valutazioni relative alle offerte di partecipanti, deve farsi derivare da ogni violazione delle norme di gara che comporti in qualche modo la mancata applicazione degli criteri posti a presidio della «par condicio» dei partecipanti e, quindi, della trasparenza ed imparzialità nello svolgimento della procedura”.*

## **6.2. Sigillatura**

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE - Sentenza 29 gennaio 2007, n. 7: *“8. Nel caso in cui il bando di gara non contenga l’espressa comminatoria di esclusione per l’ipotesi dell’inosservanza di una data formalità nella presentazione delle offerte, il giudice amministrativo può procedere ad una disamina della formalità in questione, al fine di stabilire se essa corrisponda o meno ad un interesse sostanziale dell’amministrazione per il proficuo svolgimento della gara o, comunque, sia disposta a garanzia della parità di condizioni tra i concorrenti dal momento che l’esclusione da una gara d’appalto per cause non espressamente previste dalla «lex specialis» della procedura può avvenire solo per la violazione di clausole che corrispondono ad un interesse sostanziale dell’Amministrazione”.*

TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. II – Sentenza 2 ottobre 2004, n. 6838: *“E’ legittimo il provvedimento di esclusione di un’impresa da una gara pubblica, motivato con riferimento alla presentazione dell’offerta secondo modalità diverse da quelle imposto dal bando di gara, nel caso*

*in cui, detta impresa, a fronte della previsione della «lex specialis» richiedente la sigillatura della busta di presentazione dell'offerta economica con ceralacca "su tutti i lembi di chiusura" e con le controfirme su tutti i lembi di chiusura, abbia presentato - in violazione della di tale previsione del bando – la busta medesima con tre sigilli di ceralacca, apposti soltanto sul lembo superiore (più precisamente con due sigilli di ceralacca laterali aderenti in piccola parte anche sui lembi laterali già preincollati dal fabbricante), e con due controfirme, apposte soltanto sul lembo superiore in mezzo alle tre predette bolle di ceralacca”.*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 21 settembre 2005, n. 4941: “3. *E' illegittima l'esclusione di una ditta che ha presentato la propria offerta ed i documenti ad essa allegati in buste sigillate nei lembi con la ceralacca ma prive della sottoscrizione dei lembi richiesta dal bando di gara. Se è vero, infatti, che l'Amministrazione ha la facoltà di richiedere il doppio sistema di garanzia (ceralacca e firma), è anche vero che, una volta osservata la formalità relativa alla ceralacca, la omissione della controfirma sui lembi, specie in assenza di una specifica comminatoria di esclusione, non è in grado di pregiudicare interessi pubblici essenziali, e quindi dà luogo ad una mera irregolarità”.*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - Sentenza 11 maggio 2007, n. 2324: “*Nel caso in cui il bando di gara prescriva espressamente che i plichi contenenti le offerte debbono essere sigillati con ceralacca pressata a caldo col timbro dell'impresa, prevedendo l'esclusione nel caso di mancanza di chiusura e sigillo, non può essere esclusa dalla gara una ditta la cui offerta sia pervenuta in busta nella quale il timbro sul sigillo è regolarmente impresso ma non compiutamente leggibile, ove il bando stesso preveda anche la controfirma sui lembi di chiusura della busta, atteso che in tale ipotesi il sigillo ha la sola funzione di evitare abusive manomissioni delle buste con eventuali indebite sostituzioni del contenuto originario e tale scopo può dirsi raggiunto anche con un sigillo con timbro illeggibile”.*

### **6.3. Sigillo con la ceralacca recante un'impronta**

TAR LAZIO, SEZ. I TER - Sentenza 20 maggio 2005, n. 4001: “*Nel caso in cui il bando di una gara di appalto prescriva, a pena di esclusione, che «l'offerta ed i documenti allegati dovranno pervenire in apposito plico chiuso e sigillato con ceralacca e con impresso un segno non facilmente contraffabile», legittimamente una ditta viene esclusa per non avere apposto il prescritto segno*

*sulla sigillatura in ceralacca, essendosi invece il suo responsabile limitato a firmare i lembi della busta”.*

TAR PUGLIA - BARI, SEZ. I - Sentenza 1° settembre 2006, n. 3159: *“E’ illegittima l’esclusione di un concorrente da una gara pubblica, motivata con riferimento alla presentazione del plico contenente l’offerta che, nonostante regolarmente chiuso, sigillato e controfirmato, sia risultato privo del sigillo apposto sulla ceralacca, così come espressamente richiesto, a pena di esclusione, dal capitolato speciale; ai fini infatti dell’ammissibilità ad una gara pubblica, non è necessaria l’apposizione sulla ceralacca di un segno di riconoscimento, ancorché richiesto, a pena di esclusione, dal bando di gara o dal capitolato, atteso che il verbo «sigillare» è ormai comunemente usato nel linguaggio comune non nel suo significato etimologico di apposizione di un sigillo, ma in quello, estensivo, indicante una chiusura ermetica tale da impedire ogni accesso o rendere evidente ogni tentativo di apertura”.*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - Sentenza 11 maggio 2007, n. 2324: *“Nel caso in cui il bando di gara prescriva espressamente che i plichi contenenti le offerte debbono essere sigillati con ceralacca pressata a caldo col timbro dell’impresa, prevedendo l’esclusione nel caso di mancanza di chiusura e sigillo, non può essere esclusa dalla gara una ditta la cui offerta sia pervenuta in busta nella quale il timbro sul sigillo è regolarmente impresso ma non compiutamente leggibile, ove il bando stesso preveda anche la controfirma sui lembi di chiusura della busta, atteso che in tale ipotesi il sigillo ha la sola funzione di evitare abusive manomissioni delle buste con eventuali indebite sostituzioni del contenuto originario e tale scopo può dirsi raggiunto anche con un sigillo con timbro illeggibile”.*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 30 aprile 2002, n. 2299: *“Nelle gare d’appalto, l’offerta deve pervenire assolutamente integra, affinché ne sia garantita la segretezza, a salvaguardia dell’oggettività e della serietà della procedura; rilievo non minore riveste il plico contenente la documentazione allegata all’offerta, posto che la manomissione, soppressione o alterazione di un documento può provocare l’esclusione della concorrente, mentre la sostituzione o l’integrazione delle certificazioni può conferire la validità ad una offerta che sarebbe altrimenti da escludere”.*

## **7. Modalità di recapito del plico alla stazione appaltante**



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 21 giugno 2006 n. 3703: *“1. L’esclusione da una gara pubblica di appalto può essere disposta solo tutte le volte in cui non venga osservata dal concorrente una clausola della «lex specialis» espressamente prevista a pena di esclusione; eccezionalmente l’esclusione può essere disposta, pur in assenza di una previsione esplicita siffatta, tutte le volte in cui, dal contesto della «lex specialis» della gara, emerga manifestamente (in ragione dei pregnanti contenuti delle clausole inosservate) che il mancato rispetto di talune clausole essenziali comporti, comunque ed inevitabilmente, l’esclusione anche senza una espressa previsione in tal senso”*.

### **7.1. Modalità di recapito - spedizione mediante servizio postale**

TAR CAMPANIA-NAPOLI, SEZ. I - Sentenza 25 febbraio 2003, n. 1686: *“2. E’ legittimo un bando di gara che preveda un congruo termine (nella specie fissato in 40 giorni) per la presentazione delle offerte e che quest’ultime possono essere presentate solo mediante due mezzi alternativi (raccomandata espresso e posta celere)”*.

TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. II – Sentenza 8 ottobre 2004, n. 7065: *“1. E’ legittima la clausola di un bando di gara che prevede, a pena di esclusione, che le offerte debbono essere presentate tramite il servizio postale (nella specie tramite raccomandata od il servizio posta celere), con esclusione di strumenti equipollenti; tale clausola si giustifica con il particolare regime probatorio che caratterizza i registri del protocollo della corrispondenza tenuti obbligatoriamente da Poste Italiane, i quali, nonostante l’avvenuta privatizzazione dell’ente, fanno ancora fede fino a querela di falso circa gli estremi della spedizione, in quanto il gestore del servizio postale universale – ossia Poste Italiane S.p.A. – deve essere considerato come soggetto che esercita una funzione pubblica, anche alla luce del disposto di cui agli artt. 357 e 358 c.p., nel testo risultante dalla novella di cui alla L. n. 86 del 26/4/1990 (alla stregua del principio è stata ritenuto legittimo un provvedimento con il quale, in applicazione del bando, era stata disposta l’esclusione dell’offerta perchè presentata mediante corriere privato)”*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 23 gennaio 2006, n. 205: *“1. Non può ritenersi irragionevole la clausola del bando che impone la consegna dell’offerta solo a mezzo del servizio*

*postale nel caso in cui l'amministrazione stabilisca un termine congruo per la presentazione delle offerte”.*

## **7.2. Modalità di spedizione - la raccomandata**

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 4 aprile 2002, n. 1857: “5. *In materia di aggiudicazione dei contratti della Pubblica amministrazione, la prescrizione della spedizione dell'offerta mediante raccomandata contenuta nella lettera di invito, non rappresenta una previsione di formalità arbitraria o superflua, ma attiene all'esigenza di assicurare la certezza delle date di spedizione e di arrivo e l'identità del plico (registrato), con l'intervento di organo estraneo all'Amministrazione, che si aggiunge così all'intervento dell'organo interno della stessa Amministrazione (protocollo di arrivo)”.*

TAR VALLE D'AOSTA - Sentenza 10 giugno 2004, n. 66: “1. *Nel caso in cui il bando di gara preveda una modalità di spedizione delle offerte «a mezzo di raccomandata A.R. del servizio postale», non può disporsi l'esclusione delle offerte pervenute con raccomandata semplice, ovvero con «postacelere», atteso che la formalità dell'avviso di ricevimento risponde ad una finalità di esclusivo interesse del mittente ai fini dell'eventuale prova della tempestività dell'offerta; pertanto, non presiedendo tale formalità alla tutela di un interesse dell'Amministrazione o della par condicio dei concorrenti, l'inosservanza di essa non può determinare l'esclusione. Quanto poi alla spedizione mediante «postacelere», questa modalità di spedizione è equivalente a quella con raccomandata, tenuto conto dell'identità delle relative caratteristiche”.*

TAR EMILIA ROMAGNA, SEZ. DI PARMA - Sentenza 25 ottobre 2001, n. 882: “L'avviso di ricevimento può consentire più facilmente all'interessato di provare, com'è suo onere, di avere presentato la domanda; tuttavia, ove non sorga detta questione, l'invio attraverso una mera raccomandata è da ritenere idoneo e sufficiente, onde l'invio di una raccomandata con a.r., può costituire una facoltà per i privati per adempiere al suddetto onere, ma non un obbligo, a pena di esclusione (alla stregua del principio il T.A.R., constatato peraltro che non era in contestazione il fatto che la domanda era stata in effetti ricevuta dall'Amministrazione, ha ritenuto illegittima nella specie non solo la previsione del bando che comminava l'esclusione nel caso in cui la raccomandata non fosse stata inviata con avviso di ricevimento, ma anche, in via derivativa, il

*conseguente provvedimento che, in applicazione di detta clausola del bando, aveva in concreto disposto l'esclusione)*".

TAR MOLISE - CAMPOBASSO - Sentenza 9 marzo 2007, n. 162: *"E' illegittimo il provvedimento di esclusione di una impresa da una gara pubblica, adottato perché ha presentato l'offerta con modalità differenti da quelle previste dal bando di gara (nella specie, la consegna del plico era avvenuta a mezzo di corriere privato, e non a mezzo del servizio postale di Stato), nel caso in cui la relativa previsione contenuta nella «lex specialis» stabilisca testualmente che il plico deve essere fatto pervenire alla stazione appaltante «a pena di esclusione, esclusivamente mediante servizio postale di Stato»; tale previsione, infatti, deve essere interpretata nel senso che il plico può essere fatto pervenire non già soltanto a mezzo del servizio postale di Stato, ma anche a mezzo di un corriere privato che sia inderogabilmente in possesso dell'autorizzazione postale generale rilasciata dal Ministero delle Comunicazioni, in qualità di Autorità di regolamentazione per il settore postale"*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 15 ottobre 2003, n. 6332: *"3. E' illegittima l'esclusione dell'offerta presentata utilizzando il servizio postacelere, piuttosto che quello raccomandato previsto dal bando, dato che il servizio postacelere, per come regolato dal vigente ordinamento postale, è idoneo a garantire le esigenze di documentazione degli estremi della spedizione ed è da considerare sostanzialmente equipollente al servizio raccomandato, avendo la capacità di soddisfare in egual misura gli interessi dell'Amministrazione"*.

### **7.3. Modalità di spedizione - presentazione a mano o per corriere privato**

TAR VALLE D'AOSTA - AOSTA, SEZ. I - Sentenza 10 luglio 2008, n. 65: *"E' illegittima la clausola di un bando di gara per l'affidamento di un appalto pubblico la quale, con riferimento alle modalità di presentazione delle offerte, stabilisce che «non sono ammesse, stante l'esigenza dell'amministrazione di conseguire pubblica certezza circa gli estremi della spedizione, forme di recapito diverse dal servizio postale e, pertanto... non è ammessa né la consegna a mano del plico né la timbratura del plico alle poste e la successiva consegna a mano da parte del concorrente (cosiddetta autoprestazione o corso particolare)»; tale clausola, infatti, nella parte in cui esclude la c.d. autoprestazione, oltre che irragionevole, è in contrasto con quanto previsto dall'art. 8 del decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 (recante «Attuazione della direttiva 97/67/CE*

*concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio»), secondo cui "è consentita senza autorizzazione la prestazione di servizi postali da parte di persona fisica o giuridica che è all'origine della corrispondenza (autoprestazione) oppure da parte di un terzo che agisce esclusivamente in nome e nell'interesse dell'autoproduttore".*

TAR UMBRIA - Sentenza 6 settembre 2005, n. 412: *"1. La regola generale della presentazione diretta dell'offerta nelle gare di appalto costituisce espressione di un principio di libertà che non può essere derogata dal bando di gara; pertanto in linea di principio non può ammettersi che l'amministrazione vieti la consegna diretta e faccia gravare sui concorrenti il rischio del mancato rispetto di formalità che non sono nella loro disponibilità".*

## **8. Capacità economica e finanziaria - fatturato**

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I BIS - Sentenza 11 aprile 2008 n. 3083: *"1. Rientra nella discrezionalità della P.A. appaltante la fissazione di requisiti di partecipazione diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza di quanto richiesto e della pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, in modo da non restringere, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio".*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 31 dicembre 2003, n. 9305: *"1. Le amministrazioni possono richiedere alle imprese requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, a condizione che, tuttavia, tali ulteriori prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, non limitino indebitamente l'accesso alla procedura e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto".*

TAR LAZIO, SEZ. I – Sentenza 1° marzo 2002, n. 1577: *"1. Il potere discrezionale della P.A. di integrare, tramite il bando di gara, per gli aspetti non oggetto di specifica ed esaustiva regolamentazione, i requisiti di ammissione alle procedure di evidenza pubblica, deve in ogni caso raccordarsi con carattere di proporzionalità ed adeguatezza alla tipologia ed all'oggetto della*

*prestazione per la quale è stata indetta la gara e non deve, inoltre, tradursi in un' indebita limitazione dell'accesso delle imprese interessate presenti sul mercato".*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 23 gennaio 2006, n. 206: *"2. L'art. 13 del D.P.R. 17 marzo 1995, n. 157, prevede un potere discrezionale della P.A. appaltante di stabilire anche il livello del fatturato relativo agli ultimi tre anni delle imprese ai fini della dimostrazione della loro capacità finanziaria ed economica; tale potere discrezionale, tuttavia, è suscettibile di sindacato da parte del giudice di legittimità nei casi in cui le relative scelte appaiano, «ictu oculi», irrazionali o fondate su errori di fatto".*

TAR PIEMONTE, SEZ. I - Sentenza 10 ottobre 2008, n. 2568: *"1. L'art. 42, lett. c), del D.Lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici) ormai impone che, per la dimostrazione della capacità economica e finanziaria delle imprese partecipanti, l'Amministrazione appaltante richieda una dichiarazione concernente sia il fatturato globale dell'impresa, sia l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi; tale norma, pertanto, obbliga le Amministrazioni appaltanti a parametrare la capacità economica e finanziaria sul fatturato specifico, riferito ai servizi analoghi a quelli oggetto di gara, e non limitato al fatturato globale. E' pertanto illegittima la clausola di un bando di gara che, in violazione dell'art 41, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006, richiede la prova del solo fatturato globale, omettendo quello specifico riferito ai servizi oggetto della gara".*

TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. II - Sentenza 2 gennaio 2008, n. 1: *"E' illegittimo un bando di gara per l'affidamento di un appalto di forniture che preveda, quale requisito di partecipazione, il possesso da parte dei concorrenti di un fatturato nell'ultimo triennio di importo particolarmente elevato, e/o comunque eccessivo rispetto all'importo a base d'asta (nella specie l'importo del fatturato richiesto era pari ad oltre 15 volte quello a b.a.); la previsione di requisiti partecipativi sproporzionati rispetto all'oggetto del contratto, si risolve infatti in una non giustificata limitazione della platea dei possibili concorrenti, con chiara violazione dell'art. 42, comma 3, del D.Lgs. 163/2006 (il quale riproduce il contenuto dell'art. 44 comma 3 della Direttiva CE 31.3.2005 18/04/CE), secondo cui le informazioni sulla capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori dei servizi non possono eccedere l'oggetto dell'appalto.*

TAR EMILIA ROMAGNA - BOLOGNA, SEZ. I - Sentenza 11 aprile 2008, n. 1424: *"3. E' illegittima, essendo irragionevole, eccessiva e sproporzionata, la clausola di un bando di gara che,*

*a fini della partecipazione alla procedura di evidenza pubblica, prevede, quale requisito di capacità economica e finanziaria delle ditte concorrenti, l'aver realizzato, nell'ultimo triennio, un fatturato globale d'impresa pari ad un importo equivalente ad oltre 17 volte il prezzo a base d'asta, potendosi viceversa ritenere non incongrua né limitativa dell'accesso alla gara la richiesta di un fatturato, nel triennio pregresso, sino al doppio dell'importo posto a base d'asta”.*

### **8.1. Entità del fatturato**

TAR EMILIA ROMAGNA - BOLOGNA, SEZ. I - Sentenza 11 aprile 2008, n. 1424: *“2. Rientra nella discrezionalità della Stazione appaltante fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, anche superiori rispetto a quelli previsti dalla legge, sussistendo il potere-dovere di apprestare (attraverso la specifica individuazione dei requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare; unico limite alla insindacabilità della scelta si rinviene allorché la stessa sia manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria, nonché lesiva della concorrenza; la ragionevolezza dei requisiti non va valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto”.*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 31 dicembre 2003, n. 9305: *“3. E' legittima la prescrizione contenuta in un bando di gara per l'affidamento del servizio di pulizia di un ospedale che richiede alle imprese partecipanti di possedere un fatturato realizzato nel triennio per servizi di pulizia svolta in ospedali dotati di più di cinquecento posti letto pari all'importo dell'appalto; tale prescrizione, oltre a rivelarsi coerente con l'interesse pubblico della P.A. appaltante alla verifica di un'esperienza specifica maturata nel settore della pulizia sanitaria (che implica attitudini, capacità e competenze peculiari e diverse da quelle che servono per la gestione del servizio in ambienti diversi da quelli sanitari), risulta anche conforme al dettato dell'art. 13, comma i lett.c), d. lgs. n.157/95, che, laddove riferisce il fatturato necessario a comprovare la capacità economica dell'impresa «ai servizi identici a quello oggetto della gara», intende evidentemente valorizzare l'acquisizione da parte della concorrente di una peculiare perizia acquisita nell'esercizio della medesima attività appaltata”.*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - Sentenza 7 gennaio 2008, n. 4: *“1. E’ legittima la clausola di un bando relativo ad un appalto di servizi (nella specie di trattava dell’affidamento del servizio di pulizia di materiale rotabile ferroviario) che prevede, quale requisito di ammissione in gara, il possesso di un fatturato medio dell’ultimo triennio, pari a 1,50 volte l’importo del lotto in gara, non potendo tale clausola considerarsi irrazionale o sproporzionata facendo riferimento al rapporto «fiduciario» (se non di esclusiva) intrattenuto nel passato con la Stazione appaltante”*.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – Sentenza 1° ottobre 2003, n. 5684: *“1. E’ illegittimo il bando che richieda ai concorrenti per la partecipazione alla gara un fatturato superiore al doppio del corrispettivo presunto dell’appalto medesimo, con conseguente illogica ed irrazionale sproporzione tra i criteri di filtro di partecipabilità alla gara e l’oggettiva tipologia della gara; più in generale va osservato che la necessaria libertà valutativa di cui dispone la P.A. appaltante nell’ambito dell’esercizio della discrezionalità tecnica che alla stessa compete in sede di predisposizione della «lex specialis» della gara, deve pur sempre ritenersi limitata da riferimenti logici e giuridici che derivano dalla garanzia di rispetto di principi fondamentali altrettanto necessari nell’espletamento delle procedure di gara, quali quelli della più ampia partecipazione e del buon andamento dell’azione amministrativa”*.

TAR LAZIO, SEZ. I TER – Sentenza 11 novembre 2004, n. 12914: *“2. La possibilità, per la stazione appaltante, di prevedere in sede di bando requisiti di partecipabilità più severi rispetto a quelli indicati nell’art 13 D.lgs. 17 marzo 1995 n. 157 deve essere attuata in maniera tale da non porre criteri discriminanti, illogici e sproporzionati rispetto alla specificità del servizio oggetto dell’appalto, per non restringere (in maniera altrettanto discriminante, illogica ed irrazionale) oltre lo stretto indispensabile il potenziale numero degli aspiranti concorrenti”*.

TAR EMILIA ROMAGNA - BOLOGNA, SEZ. I - sentenza 11 aprile 2008 n. 1424: *“3. E’ illegittima, essendo irragionevole, eccessiva e sproporzionata, la clausola di un bando di gara che, a fini della partecipazione alla procedura di evidenza pubblica, prevede, quale requisito di capacità economica e finanziaria delle ditte concorrenti, l’aver realizzato, nell’ultimo triennio, un fatturato globale d’impresa pari ad un importo equivalente ad oltre 17 volte il prezzo a base d’asta, potendosi viceversa ritenere non incongrua né limitativa dell’accesso alla gara la richiesta di un fatturato, nel triennio pregresso, sino al doppio dell’importo posto a base d’asta”*.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. II TER - Sentenza 9 dicembre 2008, n. 11147: “3. *E' illegittima la clausola del bando di una gara relativo a forniture di prodotti innovativi (nella specie si trattava di una gara per la stipula di un accordo quadro della durata di cinque anni per la fornitura di n. 100 autobus elettrici a batteria innovativa ad alta capacità con manutenzione «full service») che richieda, per la partecipazione alla gara stessa, il possesso da parte delle imprese di un fatturato non proporzionato e che non tiene in debita considerazione la reale struttura del mercato di che trattasi (fornitura di autobus elettrici ad alta tecnologia e relativo servizio di manutenzione), il quale costituisce un settore nuovo che solo di recente si sta aprendo alla concorrenza in ragione dell'ingresso di nuove imprese”.*

TAR BASILICATA - SEZ. I - Sentenza 21 novembre 2007, n. 655: “5. *E' illegittimo un bando di gara per l'affidamento di un appalto di servizi che, al fine di ottenere elementi di maggiore garanzia di solvibilità delle ditte, preveda, quale requisito di partecipazione, il possesso, in capo ai concorrenti, di un patrimonio netto di importo particolarmente elevato, e/o comunque eccessivo rispetto alle finalità perseguite dalla P.A. con l'espletamento della procedura di evidenza pubblica (nella specie, si trattava del possesso di un patrimonio netto di Euro 2.000.000,00); tale requisito di partecipazione, infatti, appare incongruo, sia perché il suddetto fine può essere comunque perseguito con la previsione di un importo, relativo al requisito in questione, sensibilmente inferiore a quello indicato nel disciplinare di gara, sia perché, conseguentemente, suscettibile di escludere dalla gara imprese di pulizie di dimensioni medie e quindi di restringere in modo irrazionale il potenziale numero dei partecipanti”.*

## **9. Attribuzione di notevole peso ad un determinato parametro**

TAR LOMBARDIA – MILANO, SEZ. III - Sentenza 12 maggio 2004, n. 1684: “5. *Ai sensi dell'art. 14 D.Lgs. n. 157/95 è consentito alle amministrazioni appaltanti, senza distinzione di settori di attività, di indicare tra gli altri requisiti di capacità tecnica, anche il possesso di certificazioni di qualità aziendale, ma a condizione di ammettere certificazioni o misure equivalenti di garanzia della qualità. E' pertanto illegittima la clausola contenuta nel capitolato speciale di appalto che riserva il punteggio al possesso della sola certificazione UNI EN ISO 9002, senza ammettere la possibilità di documentare forme alternative e senza consentire al seggio di gara, vincolato all'applicazione delle prescrizioni di gara, di valutare certificazioni alternative”.*



TAR PUGLIA - LECCE, SEZ. II - Sentenza 20 aprile 2006, n. 1981: “3. Nella valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa l’Amministrazione deve necessariamente valorizzare elementi (quali il merito tecnico, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il servizio successivo, l’assistenza tecnica, il termine di consegna o esecuzione, il prezzo etc.) che siano indicativi della qualità del servizio oggetto d’appalto in una proiezione temporale logicamente futura, e cioè ancorata ad un periodo in cui la prestazione d’appalto verrà in concreto eseguita in favore dell’Amministrazione; in tale prospettiva è illegittima la clausola del bando che prevede, nella fase della valutazione delle offerte, l’attribuzione di un punteggio per le esperienze pregresse, le quali, invece, possono al più assurgere a requisiti di ammissione alla gara, in quanto incidenti sulla capacità tecnica del soggetto offerente (v. art. 14 del D. Lgs. n. 157/95)”.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. I - Sentenza 2 aprile 2007, n. 3024: “2. E’ illegittima la clausola della *lex specialis* di una gara per l’affidamento di un servizio pubblico con il sistema dell’offerta economicamente più vantaggiosa che prevede l’assegnazione di una quota rilevante di punteggio per l’elemento costituito dalla «qualità organizzativa» e quindi per aspetti che non riguardano le concrete modalità di svolgimento del servizio ma per quelle che si rivelano più propriamente requisiti di capacità tecnica del soggetto partecipante, quali appunto le pregresse esperienze, la formazione del personale, le attrezzature tecniche e gli strumenti di studio; profili che anche secondo la nuova disciplina introdotta del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 riguardano la sola capacità tecnica e professionale (art. 42) e non anche il *cd. merito tecnico* (art. 83)”.

### **9.1. Peso preponderante - Inserimento di un tipo di marchio o prodotto**

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V- Sentenza 9 giugno 2008, n. 2836: “1. E’ legittima, non essendo in contrasto con l’art. 16, comma 3, D.P.R. n. 554 del 1999, confermato dall’art. 68, comma 16, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la clausola contenuta nel bando di una gara per l’affidamento di un appalto di lavori pubblici, che indichi come necessario, ai fini della realizzazione delle opere, un determinato prodotto od un procedimento costruttivo che l’aggiudicatario è tenuto, rispettivamente, a fornire o ad osservare, a condizione che tale indicazione della stazione appaltante sia accompagnata dall’espressione «o equivalente», e non sia altrimenti possibile una compiuta ed efficace descrizione dell’oggetto contrattuale richiesto”.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I BIS – Sentenza 11 aprile 2008, n. 3083: “2. E’ illegittima la

*clausola del bando di gara relativo ad un appalto per la fornitura di veicoli, che limita la partecipazione alla procedura ai soli concorrenti che sono costruttori dei veicoli oggetto di fornitura, ovvero ai rappresentanti in esclusiva forniti di autorizzazione alla partecipazione da parte della casa madre costruttrice dei veicoli stessi; infatti, la richiesta di tale peculiare requisito non è giustificabile neppure con riferimento alla motivazione espressa dalla P.A. di volersi garantire l'esatta e completa esecuzione del contratto, atteso che, qualunque operatore del settore, anche il rivenditore senza esclusiva, può essere in grado di garantire la corretta esecuzione del contratto”.*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - Sentenza 19 settembre 2007, n. 4884: *“Ai sensi dell’art. 19, comma 5, del d.lgs. n. 158/1995 (secondo cui «non possono essere introdotte specifiche tecniche che menzionino prodotti di una fabbricazione o di una provenienza determinata o procedimenti particolari aventi l'effetto di favorire o eliminare talune imprese, a meno che tali specifiche tecniche siano giustificate dall'oggetto dell'appalto ...»), è possibile indicare nel bando specifiche tecniche che menzionino prodotti di una fabbricazione o di una provenienza determinata, nel caso in cui ciò sia «giustificato dall'oggetto dell'appalto»; è pertanto legittimo, ai sensi di tale disposizione, un bando per la fornitura di pezzi di ricambio per autobus di marca FIAT IVECO che richieda espressamente ricambi originali della stessa marca, nel caso in cui la prescrizione sia giustificata dal fatto che la garanzia per la manutenzione degli stessi era condizionata all'utilizzazione di ricambi originali FIAT IVECO”.*

## **9.2. Peso preponderante - Limitazioni territoriali**

TAR SILILIA-PALERMO, SEZ. III - Sentenza 4 marzo 2008, n. 290: *“2. I bandi di gara non possono stabilire limitazioni territoriali ai fini della partecipazione alle gare, a pena di illegittimità di tali clausole per violazione dei principi di derivazione costituzionale e comunitaria che vietano ogni discriminazione «ratione loci»”.*

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – Sentenza 26 gennaio 2006, n. 29: *“6. E' illegittima la clausola del bando che accorda un maggior punteggio (nella specie, pari a quasi il 50% del totale dei 15 punti disponibili) alla offerta presentata da impresa avente sede legale da almeno un anno nel Comune della Stazione appaltante, atteso che tale clausola finisce per comportare una pesante ed ingiustificata discriminazione a favore delle imprese già formalmente localizzate in ambito*

*comunale, come tali note all'amministrazione, senza che a fondamento della stessa sia ravvisabile alcun apprezzabile profilo d'interesse pubblico".*

CORTE COSTITUZIONALE - Sentenza 22 dicembre 2009, n. 440: *"E' costituzionalmente illegittimo l'art. 25 della legge regionale Valle d'Aosta n. 19 del 2005 nella parte in cui individua il criterio della migliore localizzazione territoriale fra i criteri di selezione dei candidati da ammettere alla procedura ristretta, in riferimento all'art. 2 dello statuto speciale per la Valle d'Aosta, nonché agli artt. 3, 97 e 120 della Costituzione atteso che: «discriminare le imprese sulla base di un elemento di localizzazione territoriale» contrasta con il principio di eguaglianza, nonché con il principio in base al quale la regione «non può adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose fra le regioni» e «non può limitare il diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego o lavoro» (art. 120, secondo e terzo comma, della Costituzione) (sentenza n. 207 del 2001)".*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – Sentenza 15 settembre 2006, n. 5377: *"2. E' legittima la clausola del bando che limita la partecipazione alla gara a ditte con sede operativa centrale o distaccata ubicata nelle regioni nelle quali dovrà essere svolto il servizio, nel caso in cui tale clausola sia legata ad esigenze prettamente organizzative della stazione appaltante, connesse alla possibilità di poter operare un controllo delle operazioni, con economie di personale (nella specie si trattava di gara per l'affidamento del servizio di riparazione e manutenzione di autoveicoli e mezzi militari riservata a ditte concorrenti con sede operativa centrale o distaccata ubicata nelle regioni di competenza del 15° Ce.Ri.Mant.: Triveneto - Trentino Alto Adige, Friuli Venezia Giulia, Veneto ed Emilia Romagna)".*

## **10. Documento di identità scaduto**

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – Sentenza 7 novembre 2007, n. 5761: *"1. Ai sensi del combinato-disposto degli artt. 21, comma 1° e 38, commi 2° e 3° del D.P.R. n. 445 del 2000, l'allegazione della copia fotostatica, sia pure non autenticata, del documento di identità dell'interessato vale a conferire legale autenticità alla sua sottoscrizione apposta in calce ad una istanza o ad una dichiarazione, e non rappresenta un vuoto formalismo ma semmai si configura*

*come l'elemento della fattispecie normativa diretto a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione ad una determinata persona fisica”.*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - Sentenza 4 giugno 2009, n. 3445: *“1. In base al combinato-disposto degli artt. 21, comma 1 e 38, commi 2-3 del d.P.R. n. 445 del 2000, nel caso di dichiarazioni sostitutive, l'allegazione della copia fotostatica, sia pure non autenticata, del documento di identità dell'interessato vale a conferire legale autenticità alla sottoscrizione apposta in calce ad una istanza o ad una dichiarazione, e non rappresenta un vuoto formalismo ma semmai si configura come l'elemento della fattispecie normativa diretto a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione ad una determinata persona fisica; tale incumbente riveste natura nodale, ed è insuscettibile di regolarizzazione”.*

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. I BIS - Sentenza 28 settembre 2005, n. 7581: *“5. La regolarizzazione della documentazione prodotta nella gara per l'aggiudicazione di un contratto della P.A., pure costituendo istituto di carattere generale incontra, nella sua concreta applicazione, il limite del rispetto della par condicio delle imprese partecipanti, atteso che la sua ratio va individuata nell'esigenza di pubblico interesse di assicurare la massima partecipazione alla gara e di evitare che detta esigenza possa essere compromessa da carenze di ordine meramente formale nella documentazione comprovante il possesso dei prescritti requisiti di partecipazione.*

*6. L'art. 16 del D.lgs. 17 marzo 1995 n. 157, consente, in tema di appalto di servizi, l'integrazione documentale limitatamente alle ipotesi in cui gli atti tempestivamente prodotti e già in possesso dell'Amministrazione, costituiscono ragionevole indizio del possesso del requisito di partecipazione non espressamente o univocamente documentato; tale possibilità è, viceversa, preclusa nelle ipotesi in cui si tratti di supplire all'inosservanza di adempimenti”.*

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE - Sentenza 11 febbraio 2005, n. 47: *“1. E' illegittima l'esclusione da una gara di appalto di una impresa che ha allegato all'istanza di partecipazione ed alle relative attestazioni e dichiarazioni sostitutive la fotocopia di un documento la cui validità sia scaduta, a nulla rilevando che in calce alla fotocopia del documento scaduto non sia stata apposta la dichiarazione attestante che i dati del documento di identità non avevano subito variazioni dalla data del rilascio, dato che in tal caso la P.A. appaltante può disporre eventuali verifiche e regolarizzazioni ex art. 71 del d.P.R. n. 445/2000”.*

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 30 agosto 2006, n. 5064: “2. La previsione della «lex specialis» della gara recante la comminatoria di esclusione in caso di irregolarità anche di un solo documento richiesto non è idonea ad escludere la facoltà dell’Amministrazione di richiedere la regolarizzare la documentazione incompleta”.

## **11. Arrotondamento del calcolo**

TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. I - Sentenza 10 maggio 2006, n. 621: “Nella fase di individuazione delle offerte anomale ogni arrotondamento costituisce una deviazione dalle regole matematiche da applicare in via automatica, sicché gli arrotondamenti sono consentiti solo se espressamente previsti dal bando; ciò, peraltro, in linea con la determinazione dell’Autorità per la Vigilanza sui LL.PP. 29 aprile 2002 n. 114, che ha sottolineato la necessità che gli eventuali arrotondamenti siano previsti dalla «lex specialis». In mancanza di tale previsione, si deve escludere la possibilità che l’amministrazione proceda ad arrotondamenti”.

AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI - Deliberazione 29 aprile 2002 n. 114 (in G.U. n. 115 del 18 maggio 2002) - Oggetto: Lista prezzi - Richiedente: Comune di Montebelluna e Comune di Rosà - Riferimento normativo: art. 90, comma 7, D.P.R. n. 554/1999: “Nel caso in cui il bando di gara non preveda esplicita disciplina in tal senso, non sembra possano essere posti limiti alle offerte proposte dai concorrenti con la conseguenza che il calcolo della media dovrà essere effettuato con un numero di cifre decimali pari al maggior numero di cifre proposto dai concorrenti”.

TAR SICILIA - PALERMO, SEZ. II - Sentenza 20 gennaio 2005, n. 89: “1. E’ illegittima la clausola contenuta nella «lex specialis» della gara che limita il calcolo della media delle offerte, prevedendo l’arrotondamento delle sole prime due cifre decimali, atteso che l’arrotondamento, di per sé, comporta un sistema di aggiudicazione non rispondente al criterio della «ricerca della migliore offerta», introducendo elementi di aleatorietà nel calcolo tali da stravolgere il dato matematico”.

## **12. Dilazioni di pagamento**

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - Sentenza 12 aprile 2005, n. 1638: “2. *E' illegittima la clausola contenuta in una lettera d'invito ad una gara (nella specie per fornitura di medicinali) secondo cui «i pagamenti saranno effettuati, tramite il servizio di tesoreria, entro 90 giorni dalla data di ricevimento delle fatture», atteso che l'aumento a novanta giorni del termine per pagare le forniture rispetto a quello di trenta giorni previsto dall'art. 4 del D.Lgs. n. 231/2002 introduce un indebito vantaggio per l'Amministrazione, dato l'automatismo della decorrenza degli interessi di mora stabilito dall'art. 4 citato”.*

LAZIO, SEZ. III QUATER - Sentenza 22 dicembre 2008, n. 12229: “2. *Contratti della P.A. - Appalti di forniture - Bando - Condizioni generali che consentono l'osservanza dei termini di pagamento, di decorrenza degli interessi moratori e del saggio degli interessi, diversi da quelli stabiliti negli artt. 4 e 5 del D.L.vo n. 231 del 2002 - Illegittimità, essendo gravemente inique.*

## **18. Conclusioni**

TAR VENETO, SEZ. I - Sentenza 14 maggio 2007, n. 1461: “4. *L'annullamento (sia giurisdizionale, sia disposto in via di autotutela o per effetto dell'accoglimento di un ricorso giustiziale) del provvedimento di aggiudicazione, ha efficacia caducante nei riguardi del contratto vigente «inter partes», tenuto conto del rapporto di consequenzialità necessaria che sussiste tra la procedura di gara ed il contratto successivamente stipulato; l'inefficacia successiva del contratto di appalto, al pari della nullità successiva, agisce retroattivamente ma, differentemente dalla seconda, incontra il duplice limite delle situazioni soggettive che si siano già consolidate in capo ai terzi fino alla domanda volta a far dichiarare l'inefficacia (arg. ex artt. 1452, 1458, secondo comma, 1467 e 2901 c.c.) e delle prestazioni già eseguite nei negozi di durata”.*

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE - Sentenza 15 aprile 2008, n. 9906: “1. *L'annullamento in sede giurisdizionale del verbale di aggiudicazione di una gara di appalto pone nel nulla l'intero effetto-vicenda derivato dall'aggiudicazione, a cominciare quindi dal contratto di appalto che vi è insito o che, ove stipulato in successivo momento, non ha alcuna autonomia propria e non costituisce la fonte dei diritti ed obblighi tra le parti, ma, assumendo il valore di mero atto formale*

