

**Stefano Bertuzzi  
Gianluca Cottarelli**

# **La gara d'appalto**

**100 casi pratici trattati**

**Oltre 400 riferimenti giurisprudenziali**

**Due tesi a confronto su ogni questione  
in materia di appalti pubblici**

*La disciplina delle procedure di affidamento  
dei Contratti pubblici aggiornata al D.Lgs. 11 settembre 2008,  
n. 152 (c.d. "terzo decreto correttivo")*

*Nel CD-ROM allegato la normativa attualmente vigente  
in materia di contratti pubblici, i pronunciamenti più recenti  
del Giudice Amministrativo e le determinazioni salienti  
emanate dall'Autorità per la Vigilanza CC.PP.*



**EPC LIBRI**

---

# INDICE GENERALE

<b>Premessa</b> .....	11
<b>Introduzione</b> .....	13
<b>CAPITOLO 1 IL BANDO DI GARA</b> .....	<b>19</b>
<hr/>	
Modalità di redazione del bando di gara .....	26
Tassatività del bando di gara .....	29
Il principio del <i>favor participationis</i> nelle gare d'appalto .....	32
Integrazione <i>ex lege</i> del bando di gara .....	36
Soggetti ammessi a partecipare alle gare .....	39
Requisito della moralità professionale dell'impresa .....	42
Requisito della regolarità nel pagamento di imposte e tasse .....	45
Individuazione dei requisiti economici per la partecipazione ad una gara di appalto .....	49
Individuazione dei requisiti tecnici per la partecipazione ad una gara di appalto .....	52
La revoca del bando e degli atti successivi di gara .....	55
<b>CAPITOLO 2 IL CONFEZIONAMENTO E IL RECAPITO DEI PLICHI</b> .....	<b>57</b>
<hr/>	
Attestazione del momento di arrivo delle offerte .....	65
Clausola del bando che prevede la consegna dell'offerta a mezzo del servizio postale .....	70

---

Inderogabilità del termine per la presentazione delle offerte .....	72
L'apposizione del timbro sulla ceralacca di chiusura del plico .....	75
La segretezza delle offerte nelle procedura ad evidenza pubblica .....	77
La verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta ..	81
Modalità di confezionamento dei plichi .....	84
Modalità di presentazione delle offerte – clausola divieto c.d. autoprestazione .....	88
Presentazione delle domande di partecipazione alle gare .....	92
Previsione nel bando di termini differenziati per la consegna dei plichi .....	95

### **CAPITOLO 3 LA DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA 97**

Allegazione della fotocopia del documento di identità del dichiarante .....	111
Arresto ed esclusione da una gara .....	115
Il collegamento "sostanziale" tra le imprese .....	118
Il D.U.R.C. e il requisito della regolarità contributiva ..	121
L'attestazione di presa visione dei luoghi .....	123
La produzione del modulo GAP .....	127
Mancato pagamento delle imposte ed esclusione dalle gare .....	130
Obbligo di dichiarazione negativa ex art. 75 D.P.R. 554/1999 .....	134
Produzione documentali a mezzo telefax .....	137
Versamento del contributo dell'Autorità di Vigilanza cc.pp. ....	139

---

**CAPITOLO 4 L'INTEGRAZIONE DOCUMENTALE** 143
 

---

Integrazione della documentazione di gara attestante il possesso dei requisiti di ordine economico-finanziario .....	149
L'integrazione dei documenti in caso di omessa produzione di un titolo autorizzatorio .....	152
L'integrazione documentale nel caso di difformità tra le prescrizioni del disciplinare di gara e lo schema di domanda di partecipazione .....	154
La regolarizzazione della polizza fideiussoria costituisce applicazione concreta del principio del giusto procedimento .....	157
La regolarizzazione documentale è possibile solo nel caso di vizi meramente formali .....	160
La regolarizzazione documentale: ratio e limiti .....	163
Possibilità di chiedere <i>ex post</i> l'integrazione della dichiarazione circa il rispetto del divieto di collegamento .....	165
Regolarizzabilità <i>ex post</i> dell'omessa allegazione della quietanza attestante il versamento del contributo a favore dell'a.v.c.p. ....	170
Regolarizzazione della documentazione nelle gare di appalto .....	173
Richiesta di integrazioni documentali adottata dal presidente della commissione di gara .....	176

---

**CAPITOLO 5 L'OFFERTA** 181
 

---

Dichiarazioni ed arrotondamenti delle offerte nelle gare di appalto .....	191
Integrazione dei criteri di valutazione delle offerte dopo l'apertura delle buste .....	193

---

L'attribuzione prevalente di un punteggio per l'offerta tecnica .....	196
Le proposte in variante, nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa .....	199
Nomina della commissione di gara .....	202
Offerta indicazione del prezzo unitario .....	206
Omessa presentazione dell'offerta economica in busta separata e sigillata .....	209
Principio della pubblicità delle operazioni di gara .....	214
Sottoscrizione delle offerte nelle gare di appalto .....	221
Introduzione elementi di specificazione ed integrazione dei criteri generali di valutazione .....	223

---

**CAPITOLO 6 LE A.T.I. I CONSORZI E L'AVVALIMENTO** 227

---

Applicabilità dell'avvalimento anche in assenza di previsione nel bando .....	244
Associazioni temporanee di imprese costituenti .....	246
Fallimento della impresa capogruppo e mandataria .....	249
I principi generali in materia di avvalimento .....	252
Il c.d. doppio avvalimento .....	255
Impresa maggioritaria <i>ex art. 95</i> del D.P.R. n. 554 del 1999 .....	258
Indicazione della quota di lavori eseguita da ciascuno dei partecipanti ad una A.T.I. ....	261
La produzione del contratto di avvalimento .....	264
R.T.I. capacità tecnico-finanziaria .....	268
Società consortili: obbligo di documentare il possesso dei requisiti di ordine generale .....	272

<b>CAPITOLO 7</b>	<b>LE CAUZIONI (PROVVISORIA E DEFINITIVA) E LE ALTRE GARANZIE</b>	<b>275</b>
	Cauzione provvisoria costituita mediante polizza assicurativa autenticata da notaio .....	281
	Clausola che impone la produzione di una polizza assicurativa RCT per copertura assicurativa .....	283
	Dichiarazione circa l'impegno alla costituzione della cauzione definitiva .....	286
	Termine di validità della cauzione fideiussoria .....	289
	Incameramento della cauzione definitiva .....	293
	L'indicazione della rinuncia al beneficio della preventiva escussione .....	296
	Natura giuridica e funzione della cauzione provvisoria .....	298
	Polizza di assicurazione <i>ex art.</i> 103 D.P.R. n. 554 del 1999 .....	300
	Polizza fideiussoria nel caso di partecipazione alla gara di un R.T.I. ....	303
	Produzione di una cauzione che prevede l'invio di una raccomandata per l'escussione .....	306
<b>CAPITOLO 8</b>	<b>INDIVIDUAZIONE E VALUTAZIONE DELLE OFFERTE ANOMALE</b>	<b>309</b>
	Contraddittorio in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta .....	322
	Il giudizio di verifica dell'offerta anomala .....	324
	Offerte anomale e rispetto del costo del lavoro .....	327

Offerte anomale: l'obbligo di motivazione nel caso di giudizio negativo .....	332
Potere del giudice amministrativo di sostituire la valutazione effettuata in sede amministrativa .....	334
Procedimento di verifica espletato dal dirigente dell'ente locale che ha bandito la gara .....	338
Termine inderogabile minimo per la presentazione delle giustificazioni .....	341
Verifica dell'anomalia e motivazione anche nel caso di giudizio positivo sulle giustificazioni .....	343
Verifica dell'anomalia anche in assenza di espressa previsione del bando .....	346
Verifica delle offerte anomale e margine dell'utile d'impresa .....	348

## CAPITOLO 9 L'ACCESSO AGLI ATTI DELLA GARA 351

---

Accesso agli atti di gara e tutela della riservatezza .....	360
Accesso agli atti di gara, nel caso di mancata impugnazione del provvedimento di esclusione .....	362
Accesso ai pareri legali richiesti dalla P.A. ....	365
Decorrenza del termine per impugnare, in caso di presentazione di un'istanza di accesso .....	368
Diritto di accesso da parte di una ditta che non ha partecipato alla gara .....	371
Diritto di accesso: limitazioni <i>ex</i> art. 13, comma 5, D.Lgs. n. 163 del 2006 .....	374
Diritto di accesso: presupposti e posizione di interesse .....	377
Presentazione di istanza di accesso al verbale di una gara d'appalto .....	380

---

Soggetti legittimati ad esercitare il diritto di accesso .....	382
Termini per il ricorso <i>ex art. 25</i> della legge n. 241/1990 in materia di diritto di accesso .....	385
<b>CAPITOLO 10 DALLA AGGIUDICAZIONE DELLA GARA ALLA STIPULA DEL CONTRATTO</b>	<b>389</b>
<hr/>	
Annullamento dell'aggiudicazione definitiva adottato dopo la stipula del contratto di appalto .....	403
Diniego di approvazione dell'aggiudicazione definitiva .....	407
Effetti dell'annullamento in S.G. dell'aggiudicazione sul contratto di appalto .....	410
Decorrenza dei termini per la stipula del contratto .....	415
Inefficacia del contratto d'appalto stipulato nelle more del giudizio di annullamento .....	418
L'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria, come atto endoprocedimentale della gara .....	420
Motivazione dell'annullamento dell'aggiudicazione .....	423
Processo verbale di aggiudicazione ed equivalenza ad ogni effetto legale al contratto .....	426
Revoca aggiudicazione per omessa presentazione dei documenti finalizzati alla stipula del contratto d'appalto .....	428
Stipula del contratto d'appalto con urgenza .....	430

---



---



## Premessa



L'attività contrattuale della P.A. inerente gli appalti pubblici consta essenzialmente di due fasi, la prima delle quali, relativa alla scelta del contraente, si articola nella disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, ed è riconducibile alla tutela della concorrenza; la seconda, che ha inizio con la stipulazione del contratto, corrisponde, invece, alla disciplina della esecuzione del contratto e deve essere ascritta all'ambito materiale dell'ordinamento civile.

Per quel che qui interessa, la fase pubblicistica della procedura di affidamento attiene alle modalità di svolgimento delle gare, ai requisiti di qualificazione e partecipazione, ai criteri di selezione dei partecipanti e di aggiudicazione dell'appalto, ai casi di anomalia delle offerte, alle cause di esclusione dei concorrenti, ai poteri di vigilanza sul mercato ecc. fino al momento della stipulazione del contratto - e come tale è ricondotta ai postulati pubblicistici dell'imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa e della tutela concorrenziale del libero mercato.

Va rilevato, infatti, che secondo il concorde indirizzo giurisprudenziale delle Sezioni Unite della Cassazione e del Consiglio di Stato, gli artt. 6 e 7 L. 21 luglio 2000, n. 205 - nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle "procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture" - si riferiscono alla sola fase pubblicistica dell'appalto (compresi i provvedimenti di non ammissione o di esclusione dalla gara), ma non riguardano anche la fase relativa alla esecuzione del rapporto; in tal caso, infatti, la controversia, attenendo a posizioni di diritto soggettivo nascenti da un contratto, rientra nella cognizione della Autorità Giudiziaria Ordinaria.

Per altro verso, la fase relativa all'esecuzione del rapporto contrattuale tra la P.A. ed i privati, che ha inizio con la stipulazione del contratto di appalto, si connota per l'assenza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico; pertanto, la disciplina di tale fase, inerendo a rapporti di natura privatistica, in relazione ai quali sussistono imprescindibili esigenze di

garanzia di uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale, riferite alla conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto, deve essere ricondotta all'ambito dell'ordinamento civile, di spettanza esclusiva del legislatore statale.

Con il presente volume si sono voluti raccogliere i casi pratici più significativi che possono verificarsi nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento dei pubblici, e ciò con particolare riferimento a: 1) Il bando di gara; 2) Il confezionamento e il recapito dei plichi; 3) La documentazione amministrativa; 4) L'integrazione documentale; 5) L'offerta; 6) Le A.T.I., i Consorzi e l'Avvalimento; 7) Le cauzioni (provvisoria e definitiva) e le altre garanzie; 8) Individuazione e valutazione delle offerte anomale; 9) L'accesso agli atti della gara; 10) Dalla aggiudicazione della gara alla stipula del contratto.

Alla stregua della più recente normativa introdotta dal D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), da ultimo modificato con il D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, si intende esaminare in modo sistematico le questioni che interessano la c.d. fase pubblicitica dell'affidamento dei contratti pubblici, e ciò attraverso le indicazioni contenute nelle sentenze più recenti del Giudice Amministrativo che come tali incidono sulla corretta interpretazione ed applicazione della richiamata disciplina normativa.

Ogni caso pratico sarà trattato nei suoi termini essenziali, cercando di individuare, con riferimento alla questione giuridica sottostante, le due possibili tesi prospettabili, da un lato, a favore del concorrente privato, e dall'altro a favore dell'amministrazione pubblica, e ciò, si è detto, in ossequio agli indirizzi interpretativi seguiti in giurisprudenza.

In altre parole, per ogni questione giuridica, si porranno a confronto due soluzioni applicative dei principi generali operanti in materia, quali i principi di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, ed ancora di concorrenza, *par condicio, favor participationis*, nonché del formalismo della legge di gara.

A tal riguardo, nella scelta delle pronunce giurisprudenziali, si è voluto privilegiare quelle che specificano i principi di diritto e i criteri interpretativi cui ricorrere per risolvere le problematiche ricorrenti nel corso delle procedure di gara.

In conclusione, la trattazione in argomento vuole rappresentare una guida utile e pratica, tanto per gli operatori dei soggetti imprenditoriali che intendono partecipare ad una gara d'appalto, tanto per gli operatori delle stazioni appaltanti che devono condurre il complesso ed articolato procedimento amministrativo di scelta del contraente.

---



## Introduzione



### **I) Gli appalti pubblici dalla legge quadro del 1994 alla legge Comunitaria del 2004**

La disciplina degli appalti, così come si presentava prima del recepimento delle direttive nn. 2004/17 e 2004/18 era articolata in tre distinti decreti legislativi - i quali a loro volta recepivano le precedenti direttive comunitarie - che disciplinavano gli appalti sopra soglia comunitaria di forniture (D.Lgs. n. 358/1992), servizi (D.Lgs. n. 157/1995), nonché lavori, servizi e forniture nei settori speciali (D.Lgs. n. 158/1995).

Gli appalti di lavori sia sopra che sotto soglia, nonostante lievi differenze, erano invece disciplinati dalla Legge n. 109/1994 e successive modificazioni ed integrazioni, e da ulteriori normative secondarie di attuazione ed esecuzione (c.d. legge quadro sui lavori pubblici).

Numerose fonti regolamentari davano poi attuazione ai principi contenuti nella legge quadro, quali in particolare: il regolamento generale n. 554/1999 ed il regolamento di qualificazione n. 34/2000.

Gli appalti di forniture sotto soglia erano disciplinati con un regolamento (D.P.R. n. 573/1994). Mancava una disciplina organica degli appalti di servizi sotto soglia, con conseguente applicabilità della legislazione di contabilità di Stato del 1923 - 1924; ed erano inoltre applicabili i principi del Trattato, che secondo costante giurisprudenza comunitaria dovevano riferirsi anche gli appalti sotto soglia.

Nel 2004, è stata approvata dal legislatore una riforma parziale relativa agli appalti pubblici in materia di beni culturali, quale appunto il D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 30, recante "Modificazioni alla disciplina degli appalti di lavori pubblici concernenti i beni culturali".

Nell'ambito di tale frammentaria normativa, nella quale si inserivano anche le antiquate disposizioni in tema di contabilità pubblica dello Stato, si inserisce il progetto di riforma contenuto nella Legge Comunitaria per il 2004.

Gli artt. 24 e 25 della Legge 18 aprile 2005, n. 62 (in vigore dal 12 maggio 2005), oltre ad apportare modifiche alla legge Merloni, hanno disposto il recepimento della Direttiva unica in materia di appalti.

A tal riguardo, era stato in un primo momento previsto un nuovo testo unico che avrebbe dovuto sostituire la legge Merloni; in effetti, il disegno di legge originario intendeva sostituire la legge Merloni con una normativa che introducesse elementi di maggiore elasticità per le stazioni appaltanti.

Senonché, è prevalsa una linea più moderata, col risultato di intervenire sulla Merloni, soprattutto per superare le censure sollevate dalla Commissione europea, nella procedura di infrazione n. 2001/2182.

Di conseguenza, nel testo approvato della Legge comunitaria, ferma la previsione della futura redazione di un testo unico di mero coordinamento delle direttive comunitarie, entravano subito in vigore alcune modifiche alla legge Merloni.

## **II) La disciplina comunitaria nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE**

Come si è accennato, l'art. 25, Legge n. 62/2005 ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento delle direttive 2004/17 e 2004/18.

Lo strumento normativo era costituito da "uno o più decreti legislativi", che dovevano costituire un "unico testo normativo".

Si trattava pertanto di una delega di rango legislativo, esercitabile mediante uno o più decreti legislativi (anche per la prevista possibilità di emanare disposizioni correttive e integrative entro due anni dalla data di entrata in vigore), ma nella logica di un "unico testo normativo".

L'espressione "unico testo normativo" è nuova nel linguaggio legislativo, che conosce gli strumenti del testo unico e del codice.

Tale espressione può essere intesa o nel senso di lasciare al Governo la scelta se redigere un testo unico ovvero un codice, ovviamente nel rispetto dei criteri di delega, o nel senso di ipotizzare un *tertium genus*, ovvero una sorta di ibrido a metà tra il codice e il testo unico.

Più pragmaticamente, si può ritenere che il legislatore, consapevole della difficoltà di raccogliere la copiosa e stratificata disciplina vigente in materia di pubblici appalti, ha inteso delegare il Governo a enucleare i principi della materia (il che è possibile in tema di procedure di affidamento), e a coordinare la disciplina di dettaglio (esecuzione, project financing, infrastrutture strategiche).

A favore dell'idea di un unico testo normativo che raccolga tutta la disciplina legislativa in tema di pubblici appalti milita anche la dizione della prima parte dell'art. 25 in commento, laddove non si incarica il Governo solo di recepire le direttive, ma, in termini più ampi, di «definire un quadro normativo finalizzato al recepimento» delle direttive. Le direttive vanno perciò recepite non già tal quali, ma inserendole in un "quadro normativo".

Con le direttive 2004/17 e 2004/18, il termine per il cui recepimento scadeva il 31 gennaio 2006, il legislatore comunitario era tornato infatti sul tema dei pubblici appalti di lavori, servizi e forniture, sia nei settori ordinari, sia nei settori speciali.

Come si è visto, prima di tale intervento, il diritto comunitario disciplinava con quattro distinte direttive gli appalti e concessioni di lavori, servizi, forniture nei settori ordinari, nonché gli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nei c.d. settori esclusi.

La direttiva 2004/18 ha unificato la disciplina degli appalti e concessioni di lavori, servizi, forniture nei "settori ordinari" (vale a dire tutti, tranne quelli c.d. esclusi, che sono disciplinati dalla direttiva 2004/17, e tranne quelli eccettuati da entrambe le direttive, quali ad. es., gli appalti segreti), mentre la direttiva 2004/17 ha disciplinato gli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori c.d. "esclusi" (rectius: *ex* esclusi), e che si possono definire "settori speciali" (gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica).

La direttiva 2004/18 e la direttiva 2004/17 hanno riprodotto, in buona parte, le direttive precedenti, con aggiustamenti formali; per un'altra parte, più ridotta, le direttive hanno introdotto nuovi istituti e strumenti, volti a rendere più flessibile e moderna l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, e al tempo stesso, volti a meglio garantire sia la concorrenza, sia le esigenze sociali e ambientali che spesso sono toccate dall'attività contrattuale pubblica.

Le due direttive hanno contemplato nuovi strumenti contrattuali e mezzi di modernizzazione, e in particolare:

- nuovi meccanismi di affidamento dei contratti, quali l'accordo quadro, il sistema dinamico di acquisizione, il dialogo competitivo, la contrattazione tramite centrali di committenza;
- la previsione che l'appalto di lavori possa avere ad oggetto sia la sola esecuzione, che la esecuzione e progettazione, che la realizzazione con qualsiasi mezzo;
- l'utilizzo di strumenti informatici, sia per le pubblicazioni e comunicazioni (v. la pubblicazione di avvisi e capitolati sul c.d. profilo di commit-

tente, che è il sito informatico della stazione appaltante, la trasmissione di bandi e avvisi alla Comunità europea per via elettronica), sia per l'attività di contrattazione (v. le aste elettroniche).

A ben vedere, le anzidette direttive hanno potenziato, inoltre, gli strumenti volti a garantire una concorrenza effettiva, e ciò mediante un maggiore rigore nella predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; ed un più articolato contraddittorio nella fase di verifica delle offerte anomale; ed ancora mediante il principio di equivalenza delle specifiche tecniche inerenti alle prestazioni contrattuali.

Sono state, inoltre, valorizzate le esigenze sociali e ambientali sia nell'affidamento che nell'esecuzione degli appalti pubblici, mediante le seguenti previsioni:

- l'utilizzabilità di criteri ambientali nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- la possibilità di esigere condizioni ambientali e sociali per l'esecuzione del contratto;
- la possibilità di riservare l'affidamento degli appalti a laboratori che impiegano mano d'opera disabile;
- la possibilità di prevedere speciali procedure per la realizzazione di programmi di edilizia residenziale pubblica.

In relazione ai settori speciali (*ex esclusi*), si segnala l'uscita da tale ambito del settore delle telecomunicazioni, ritenuto ormai aperto alla concorrenza negli Stati membri, e l'ingresso del settore postale.

Un raffronto tra la direttiva 2004/17 e quella 2004/18 consente, poi, di enucleare molteplici principi e disposizioni comuni, che il legislatore italiano ha, in sede di recepimento, unificato, allo scopo di avere un testo normativo più sintetico e snello.

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

Il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 2 maggio 2006, supplemento ordinario n. 107/L) pur entrato in vigore dal 1° luglio 2006, ha subito successivi slittamenti quanto alla vigenza di alcune specifiche disposizioni e più in genere di alcuni istituti, dapprima con l'articolo 1-*octies* del Decreto Legge 12 maggio 2006 n. 173

(convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2006, n. 228), di seguito con il Decreto legislativo 26 gennaio 2007 n. 6 ed in ultimo con il D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (c.d. "terzo decreto correttivo").

Ciò nonostante, con il Codice dei contratti pubblici si è conclusa la procedura di recepimento in Italia delle più volte richiamate direttive comunitarie nn. 17 e 18 del 2004, con cui sono state per la prima volta riunite in unico testo normativo le norme europee in materia di appalti pubblici, prima distinte in relazione all'oggetto (lavori, servizi, forniture).

Numerose sono le novità inserite rispetto al quadro normativo contenuto nella ormai abrogata Legge Merloni.

In particolare, si prevede un maggior numero di ipotesi di utilizzabilità della trattativa privata; viene prevista la scelta, lasciata alla stazione appaltante, e non più predeterminata dalla legge, tra criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; infine, quale dato di portata generale, viene introdotto un regime della verifica delle offerte anomale più rispettoso del diritto comunitario.

Quanto alla struttura del Codice dei Contratti pubblici, è dato rilevare un articolato suddiviso in cinque parti e corroborato da numerosi allegati.

La prima parte del Codice contiene le norme relative all'oggetto, ai principi, alle definizioni, alle fonti di disciplina, al riparto tra Stato e Regioni, all'Autorità per la vigilanza e all'Osservatorio, al responsabile del procedimento ed all'accesso nelle procedure di gara.

La seconda parte disciplina i contratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, sia sopra che sotto soglia comunitaria.

La terza parte, invece, si occupa di recepire il dato normativo della direttiva n. 2004/17, con riferimento ai contratti pubblici di lavori, servizi, forniture nei settori speciali.

Infine, nella quarta parte del Codice vengono disciplinati gli strumenti stragiudiziali e giudiziali di composizione delle liti in materia di contratti pubblici e, in particolare, la transazione, l'accordo bonario, l'arbitrato, nonché le norme in tema di giurisdizione e riti speciali, e la tutela cautelare ante causam, mentre la quinta parte contiene le disposizioni di coordinamento e transitorie, nonché le abrogazioni e la disposizione afferente l'entrata in vigore del Codice.

Il Codice dei Contratti pubblici, nell'aderire al citato principio costituzionale, ha pertanto confermato, in tale specifica materia, la suddivisione dei vari livelli di azione amministrativa tra Stato, Regioni (anche quelle a statuto speciale), Province, Città metropolitane e Comuni, e nel rispetto del titolo V della Costituzione.

---

# 1 | Il bando di gara

Relativamente alle modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi si ricorda che ai sensi dell'art. 66 del D.Lgs. n. 163/2006, comma 5, i bandi e gli avvisi sono pubblicati per esteso in una delle lingue ufficiali della Comunità scelta dalle stazioni appaltanti; il testo pubblicato in tale lingua originale è l'unico facente fede. Le stazioni appaltanti italiane scelgono la lingua italiana, fatte salve le norme vigenti nella Provincia autonoma di Bolzano in materia di bilinguismo. Una sintesi degli elementi importanti di ciascun bando, indicati dalle stazioni appaltanti nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione, è pubblicata nelle altre lingue ufficiali.

Gli avvisi e i bandi sono altresì pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana – serie speciale relativa ai contratti pubblici, sul «profilo di committente» della stazione appaltante, e, non oltre due giorni lavorativi dopo, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20, e sul sito informatico presso l'Osservatorio, con l'indicazione degli estremi di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Gli avvisi e i bandi sono altresì pubblicati, dopo dodici giorni dalla trasmissione alla Commissione, ovvero dopo cinque giorni da detta trasmissione in caso di procedure urgenti di cui all'articolo 70, comma 11, per estratto su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti.

Gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Gli avvisi e i bandi, nonché il loro contenuto, non possono essere pubblicati in ambito nazionale prima della data della loro trasmissione alla Commissione.

Per quanto riguarda invece la Disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia, l'art. 122 del D.Lgs. n. 163/2006 stabilisce che ai contratti di lavori pubblici sotto soglia comunitaria non si applicano le norme



del presente codice che prevedono obblighi di pubblicità e di comunicazione in ambito sovranazionale.

I bandi e gli inviti non contengono le indicazioni che attengono ad obblighi di pubblicità e di comunicazione in ambito sopranazionale.

In base al comma 5, i bandi relativi a contratti di importo pari o superiore a cinquecentomila euro sono pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana – serie speciale relativa ai contratti pubblici, sul «profilo di committente» della stazione appaltante, e, non oltre due giorni lavorativi dopo, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20 e sul sito informatico presso l'Osservatorio, con l'indicazione degli estremi di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Gli avvisi e i bandi sono altresì pubblicati, non oltre cinque giorni lavorativi dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, per estratto, a scelta della stazione appaltante, su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale ovvero su almeno uno dei quotidiani a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i lavori. I bandi relativi a contratti di importo inferiore a cinquecentomila euro sono pubblicati nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori e nell'albo della stazione appaltante; gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione decorrono dalla pubblicazione nell'albo pretorio del Comune. Si applica, comunque, quanto previsto dall'articolo 66, comma 15.

Ai termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, e di comunicazione dei capitolati e documenti complementari, si applicano l'articolo 70, comma 1 e comma 10, in tema di regole generali sulla fissazione dei termini e sul prolungamento dei termini, nonché gli articoli 71 e 72, e inoltre le seguenti regole:

- a) nelle procedure aperte, il termine per la ricezione delle offerte, decorrente dalla pubblicazione del bando sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana per i contratti di importo pari o superiore a cinquecentomila euro, e dalla pubblicazione del bando nell'albo pretorio del Comune in cui si esegue il contratto per i contratti di importo inferiore a cinquecentomila euro non può essere inferiore a ventisei giorni;
- b) nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate previa pubblicazione di un bando di gara, e nel dialogo competitivo, il termine per la ricezione delle domande di partecipazione, avente la decorrenza di cui alla lettera a), non può essere inferiore a quindici giorni;
- c) nelle procedure ristrette, il termine per la ricezione delle offerte, decor-

- rente dalla data di invio dell'invito, non può essere inferiore a venti giorni;
- d) nelle procedure negoziate, con o senza bando, e nel dialogo competitivo, il termine per la ricezione delle offerte viene stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del comma 1 dell'articolo 70 e, ove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni dalla data di invio dell'invito;
  - e) in tutte le procedure, quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione esecutiva, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a quaranta giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara o di invio dell'invito; quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione definitiva, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a sessanta giorni con le medesime decorrenze;
  - f) nelle procedure aperte, nelle procedure negoziate previo bando e nel dialogo competitivo, quando del contratto è stata data notizia con l'avviso di preinformazione, il termine di ricezione delle offerte può essere ridotto a 18 giorni e comunque mai a meno di undici giorni, decorrenti, nelle procedure aperte, dalla pubblicazione del bando, e per le altre procedure, dalla spedizione della lettera invito.
  - g) nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, quando l'urgenza rende impossibile rispettare i termini minimi previsti dal presente articolo, le stazioni appaltanti, purché indichino nel bando di gara le ragioni dell'urgenza, possono stabilire un termine per la ricezione delle domande di partecipazione, non inferiore a quindici giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana; e, nelle procedure ristrette, un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a dieci giorni, ovvero non inferiore a trenta giorni se l'offerta ha per oggetto anche il progetto esecutivo, decorrente dalla data di invio dell'invito a presentare offerte. Tale previsione non si applica al termine per la ricezione delle offerte, se queste hanno per oggetto anche la progettazione definitiva.

La procedura negoziata è ammessa, oltre che nei casi di cui agli articoli 56 e 57, anche per lavori di importo complessivo non superiore a centomila euro.

Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superio-

re alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86; in tal caso non si applica l'articolo 86, comma 5. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque; in tal caso si applica l'articolo 86, comma 3.

Per quanto riguarda la conoscenza legale degli avvisi e dei bandi di gara e i tempi per la presentazione delle offerte si veda la Deliberazione dell'Autorità di Vigilanza per i lavori pubblici n. 47 del 20/06/2006.

Secondo tale recente deliberazione, le vigenti disposizioni prevedono in relazione agli importi dei lavori posti a base dell'appalto forme e modalità diverse per garantire con l'aumentare del valore dell'appalto una più ampia conoscenza e quindi una più ampia possibilità di partecipazione.

L'art. 80 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 prevedeva, al comma 4, che per la pubblicità dei lavori di importo compreso tra i 500.000 ed 1.000.000 di Euro gli avvisi ed i bandi di gara fossero pubblicati sul Bollettino Ufficiale della Regione nella quale ha sede la stazione appaltante e, per estratto, su almeno due dei principali quotidiani avente particolare diffusione nella provincia dove si eseguono i lavori. L'art. 79 del citato D.P.R. n. 554/1999 e s.m., al comma 10, prevede altresì che nei pubblici incanti relativi a lavori di importo inferiore al controvalore in euro di 5.000.000 DSP il termine di ricezione delle offerte non poteva essere inferiore a 26 giorni.

Per soddisfare l'esigenza di dare un'adeguata diffusione del bando al mercato potenzialmente interessato dall'appalto si riteneva che la pubblicazione del bando si concretizzasse solo con il perfezionamento della forma di pubblicità più significativa tra quelle previste dall'art. 80 del D.P.R. n. 554/1999 e s.m. per la specifica fascia di importo cui si riferiva lo stesso appalto, costituita nel caso di specie dalla pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale della Regione.

L'Autorità evidenzia che tale interpretazione trova conferma nel nuovo "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", approvato con il Decreto Legislativo 12 aprile 2006 n. 163, che all'art. 66, comma 8, prevede che gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrano dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. Nel caso di specie, pertanto, i termini minimi per la presentazione delle offerte non possono essere conteggiati dalla data di pubblicazione del bando sull'Albo Pretorio, in quanto questa forma di pubblicità, non compresa tra quelle minime previste dal citato art. 80, comma 4, assolve l'esigenza di diffusione solo a livello locale e non garantisce la più ampia partecipazione.

---

## Normativa di riferimento

- Artt. 66, 70, 71 e 122, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Artt. 58, 60, 63, 68 e 69, D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554.

## Giurisprudenza correlata

- **Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 7/1/2008, n. 4** (sulla legittimità o meno delle clausole di un bando per l'affidamento di servizi che prevedono: a) un fatturato nel triennio pari a 1,50 volte l'importo del lotto in gara; b) un limite per il subappalto del 15%, inferiore a quello del 30% previsto dall'art. 18 L. n. 55 del 1990; c) la facoltà di stipulare il contratto con il secondo classificato in caso di inadempimento o fallimento dell'aggiudicatario).
- **Consiglio di Stato Sez. V, sentenza 31/1/2006, n. 348** (sulla legittimità o meno della clausola del bando che richiede, ai fini dell'ammissione, un fatturato nel triennio d'importo pari al doppio dell'importo a b.a.).
- **Consiglio di Stato Sez. V, sentenza 23/1/2006, n. 206** (sulla legittimità o meno della clausola di un bando che prevede il possesso da parte delle imprese di un fatturato nel triennio pari a sette volte l'importo della gara).
- **Consiglio di Stato Sez. V, sentenza 31/12/2003, n. 9305** (sulla possibilità per l'Amm.ne appaltante di prevedere nel bando requisiti più rigorosi e restrittivi rispetto a quelli stabiliti dalla legge ed in particolare sulla legittimità di una clausola che, per l'appalto del servizio di pulizia di un ospedale, impone il possesso di un fatturato medio nel triennio per servizi analoghi svolti in ambito sanitario).
- **Consiglio di Stato Sez. V, sentenza 1/10/2003, n. 5684** (è illegittima una clausola che imponga la dimostrazione di un fatturato superiore al doppio del corrispettivo presunto dell'appalto).
- **T.A.R. Lazio - Roma Sez. I-bis, sentenza 3/7/2006, n. 5360** (sui limiti del potere delle stazioni appaltanti di prevedere requisiti più stringenti rispetto a quelli contemplati dalla legislazione ed in particolare sulla legittimità o meno dell'esclusione dalla gara di una ditta che non possedeva un fatturato medio annuo pari all'importo a b.a.).
- **T.A.R. Puglia - Lecce Sez. II, sentenza 1/1/2008, n. 1** (sulla illegittimità della clausola di un bando di gara per l'affidamento di un appalto di fornitura, che, ai fini della partecipazione, prescrive il possesso di un fatturato dell'ultimo triennio particolarmente elevato rispetto all'importo a

- base d'asta - nella specie pari a 15 volte l'ammontare dell'importo a b.a.).
- **T.A.R. Veneto, Sez. I, 14 aprile 2004, n. 1038**; v. anche *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 11 febbraio 2003, n. 700; Cons. Stato, Sez. IV, 10 gennaio 2002, n. 113; T.A.R. Sicilia - Palermo, Sez. II, 14 dicembre 2004, n. 2726; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 9 febbraio 2002, n. 291.
  - **Consiglio di Stato Sez. IV, sentenza 19/6/2007, n. 3298** (sulla legittimità o meno della revoca di una gara di appalto disposta allorchè sia già stata individuata l'offerta economicamente più vantaggiosa motivata facendo riferimento alla necessità di assicurare, mediante una nuova gara, un servizio più efficiente).
  - **Consiglio di Stato Sez. V, sentenza 30/11/2007, n. 6137** (sulla legittimità o meno della delibera con la quale un Consiglio comunale revoca in autotutela l'aggiudicazione provvisoria di una gara per l'affidamento di un servizio ed affida il servizio stesso ad una società multiservice in mano pubblica nelle more costituita e sulla configurabilità o meno in tal caso di una responsabilità precontrattuale della P.A.).
  - **Consiglio di Stato Sez. V, sentenza 3/10/2005, n. 5251** (sull'illegittimità della delibera di revoca di una gara di appalto, in corso di espletamento, motivata con l'asserita - ma non dimostrata - maggiore convenienza di rinnovare il vecchio contratto con il precedente affidatario del servizio).
  - **Consiglio di Stato Sez. V, sentenza 5/9/2002, n. 4460** (sulla diversa motivazione richiesta nel caso in cui la revoca intervenga allorchè la procedura di gara si sia ormai conclusa ovvero in un momento in cui la procedura stessa non si sia ancora perfezionata).
  - **Consiglio di stato Sez. VI, sentenza 14/1/2000, n. 244** (con la quale sono stati ritenuti illegittimi la revoca del bando e l'indizione di una nuova gara a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione).
  - **CGA - SEZ. giurisdizionale, sentenza 22/3/2006, n. 93** (sugli effetti della revoca di una gara di appalto disposta nelle more delle definizione del giudizio di appello e sulla possibilità o meno di chiedere il risarcimento dei danni mediante il ricorso per esecuzione del giudicato).
  - **T.A.R. Abruzzo - L'Aquila, sentenza 9/6/2006, n. 410** (sulla legittimità o meno della revoca degli atti di una gara pubblica, nel caso di omessa esternazione delle ragioni di pubblico interesse e di genericità ed indeterminatezza dei motivi posti a base dell'atto di revoca).
  - **T.A.R. Lazio - Roma Sez. I-Bis, sentenza 23/10/2006, n. 10900** (sulla necessità di indicare le preminenti ragioni di pubblico interesse che giustificano la revoca degli atti di gara e di inviare apposito avviso di inizio del procedimento agli interessati).

- **T.A.R. Lazio - Roma Sez. II, sentenza 7/7/2006, n. 5540** (sulla legittimità o meno della revoca di una gara disposta facendo riferimento a sopravvenute esigenze di carattere tecnico-organizzativo).
- **T.A.R. Lazio Sez. II-Bis, 3/12/2003, n. 11589** (occorre avviso del procedimento ed apposita motivazione nel caso di revoca del bando disposta dopo la conclusione della gara).
- **T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, sentenza 21/1/2008, n. 384** (sulla possibilità o meno di ammettere ad una gara per l'affidamento di servizi pubblici una associazione di professionisti e sulla necessità di dimostrare specificamente l'assenza nella Commissione di gara di soggetti in possesso di una "particolare qualificazione professionale").
- **T.A.R. Piemonte - Torino Sez. II, sentenza 5/5/2006, n. 1990** (sulla legittimità o meno della clausola di un bando che preclude la partecipazione alla gara delle associazioni non riconosciute).
- **Consiglio di stato sez. IV, sentenza 20/9/2005, n. 4816** (sulla illegittimità delle clausole dei bandi degli appalti dei servizi di vigilanza che prevedono l'esclusione automatica delle offerte inferiori alle tariffe minime stabilite dai Prefetti).
- **T.A.R. Sardegna - Cagliari, Sez. I, sentenza 29/12/2006, n. 2819** (sul carattere o meno cogente delle c.d. tariffe di legalità).

## Modalità di redazione del bando di gara

### IL CASO

Una società, partecipante ad una gara per la realizzazione di un intervento di riqualificazione urbana, lamenta l'esclusione dalla gara per il seguente motivo: "la ditta è stata esclusa perché ha presentato soltanto le dichiarazioni sostitutive al posto dei certificati in originale o in copia conforme". Tale eccezione appare infondata alla società, in quanto quest'ultima dichiara di essersi attenuta all'art. 47 del D.P.R. 445/2000, così come previsto dal Bando di Gara.

La problematica si riferisce alla disposizione contenuta in un bando di gara ove si legge che "(...) la busta A, pena l'esclusione, deve contenere la documentazione di seguito elencata: 5) Certificati del Casellario Giudiziale e dei Carichi Pendenti in originale oppure in copia conforme all'originale mediante dichiarazione resa con le modalità previste dagli artt. 19 e 19 bis, art. 47, art. 38 del D.P.R. 445/2000."

### LA QUESTIONE

Quali sono le modalità ed i criteri direttivi a cui deve attenersi la P.A. nella redazione dei bandi di gara, tenuto conto, in particolare, che la stessa è comunque tenuta a perseguire nella sua azione un adeguato equilibrio tra il principio della massima partecipazione e concorrenza e quello della chiarezza e della *par condicio* tra i concorrenti.

### TESI A

La P.A., nel predisporre gli atti di una gara d'appalto, ha l'onere di indicare con estrema chiarezza i requisiti richiesti alle imprese partecipanti, onde evitare che il principio di massima concorrenza tra le imprese stesse, cui si correla l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta, possa essere in concreto vanificato da clausole equivoche non chiaramente percepibili dai soggetti partecipanti (cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici - parere n. 126 del 23 aprile 2008).

La richiesta della stazione appaltante risulta essere poco chiara, in quanto si prevede il deposito dei predetti certificati in originale oppure in copia conforme all'originale mediante dichiarazione resa con le modalità previste dal D.P.R. 445/2000, laddove, per contro, l'art. 38 comma 2 del Codice

dei Contratti Pubblici stabilisce che il candidato attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazioni sostitutive di certificazioni, che consistono in dichiarazioni sottoscritte dall'interessato e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore, in cui vengono indicate le eventuali condanne (art. 38, co. 3 del D.P.R. 445/2000).

In particolare, per la definizione del caso di specie, occorre sottolineare che le disposizioni con le quali sono prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara, ove indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni, e quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili.

Tale principio, nello specifico, si concretizza nell'accettare, secondo quanto previsto dall'art. 38 co. 2 del D.Lgs. 163/2006, il possesso dei requisiti e delle eventuali condanne penali, mediante dichiarazione sostitutiva in conformità con il D.P.R. 445/2000.

Peraltro, prima di giungere a comminare un provvedimento di esclusione, l'Amministrazione ha l'onere di sollecitare i partecipanti a fornire chiarimenti, precisazioni e/o integrazione a quanto prodotto nelle rispettive offerte.

## TESI B

In sede di aggiudicazione di contratti con la pubblica amministrazione la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nella *lex specialis* in ordine ai requisiti di partecipazione ovvero alle cause di esclusione, atteso che il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde per un verso ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti.

Ed invero, è stato più volte affermato in giurisprudenza che, nelle procedure concorsuali pubbliche, il formalismo procedurale normalmente è preordinato alla tutela del principio della "*par condicio*" dei concorrenti, che devono poter contare su regole stabili valide per tutti, dovendosi garantire una cornice di certezza e di trasparenza competitiva nell'applicazione delle clausole di gara.

Alla stregua di tale premessa, pertanto, solo in presenza di una equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara può ammettersi una interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti,



posto che la pubblica amministrazione non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle espressamente previste nella speciale disciplina di gara da essa stessa fissata, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'art. 97 cost. (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 05 settembre 2007, n. 4644).

Peraltro, proprio al fine di individuare i presupposti idonei ad operare una interpretazione della *lex specialis* volta a garantire la massima partecipazione alla concorrenza, ed altresì un corretto rapporto tra amministrazione e privato, rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità e di quello specifico enunciato nell'art. 1337 c.c., è stato osservato che "in tema di interpretazione del bando di gara (...), a chi partecipa ad una gara d'appalto, operatore nel settore e, quindi, soggetto qualificato, si richiede una lettura complessiva e globale delle regole di partecipazione, poste nel bando e nel capitolato. in tema di interpretazione del bando di gara" (cfr. T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 14 agosto 2007, n. 3078).

## Tassatività del bando di gara

### IL CASO

La *lex specialis* disciplinante la gara per l'affidamento di un Servizio di vigilanza presso una P.A., prevedeva che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta in favore del concorrente che avesse offerto il prezzo più basso, valutato in relazione al corrispettivo mensile per lo svolgimento del citato servizio, esposto nella dichiarazione d'offerta, e che, in caso di offerta manifestamente ed anormalmente bassa, la Commissione aggiudicatrice avrebbe chiesto al concorrente, prima dell'aggiudicazione, le necessarie giustificazioni e, qualora queste non fossero state ritenute valide, il concorrente sarebbe stato escluso; era precisato che nella valutazione della anomalia dell'offerta, la Commissione avrebbe considerato le tariffe prefettizie (c.d. tariffe di legalità) come parametri di congruità.

Sennonché, l'offerta presentata dalla impresa, poi risultata aggiudicataria, è stata ritenuta irregolare, e pertanto illegittima, poiché ingiustificatamente inferiore alle tariffe minime prefettizie in base alle quali aveva ottenuto la licenza, non risultando alcuna autorizzazione a praticare importi inferiori.

Più in particolare, si è ritenuto che l'offerta, pur non risultando di per sé invalida, posto che si verteva in materia di pubblico incanto da aggiudicare al massimo ribasso senza limite predefinito, integrava comunque gli estremi dell'offerta anomala, con conseguente obbligo dell'amministrazione appaltante di avviare il procedimento di verifica della congruità dell'offerta, ingiustificatamente ed inopinatamente omissa nel caso di specie, al fine di evitare che si potesse verificare un effetto di dumping vietato dall'ordinamento comunitario al pari delle restrizioni della concorrenza.

### LA QUESTIONE

In sede di aggiudicazione dei contratti con la P.A., la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nella *lex specialis* in ordine ai requisiti di partecipazione ovvero alle cause di esclusione; viceversa, la P.A. stessa non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle espressamente previste nella speciale disciplina di gara da essa stessa fissata, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'art. 97 della Costituzione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 5 settembre 2007 n. 4644).

### TESI A

Secondo una prima tesi si afferma la vigenza di una norma (implicita) che rende obbligatoria la verifica di tutte le offerte che superano le tariffe di legalità, considerando quest'ultime alla stregua di veri e propri minimi tariffari.

In sintesi, secondo tale argomentazione, l'aggiudicataria della gara con la propria offerta economica aveva palesemente ed irrimediabilmente violato le tariffe di legalità approvate dal Prefetto competente (tariffe che la stessa stazione appaltante aveva espressamente affermato di porre a base delle proprie valutazioni) e ciò avrebbe dovuto comportare la loro esclusione dalla gara, indipendentemente dall'esistenza di una apposita clausola del bando, non potendosi condividere una interpretazione del bando di gara che avesse ritenuto ammissibile l'offerta così presentata.

### TESI B

Secondo un'altra lettura, essendo stata abolita la previgente disciplina delle tariffe autoritativamente imposte, la violazione delle c.d. tariffe di legalità, indicate dall'autorità prefettizia, non solo non poteva comportare alcuna invalidità della relativa offerta economica (anche per la mancanza di un'espressa disposizione che ricollegasse alla predetta violazione l'esclusione dalla gara), ma non poteva neppure integrare gli estremi dell'anomalia della relativa offerta e non imponeva per l'amministrazione appaltante l'obbligo di avviare la procedura di verifica delle offerte anomale (obbligo che conseguiva solo al superamento della soglia di anomalia indicata nell'articolo 25 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157).

Più nel dettaglio, e con riferimento al primo ordine di problemi, è possibile constatare come nell'ordinamento giuridico italiano non si rinviene alcuna specifica disposizione normativa, primaria o secondaria, che autorizzi i Prefetti a fissare, in via preventiva e con caratteri di generalità, tariffe minime ed inderogabili per i servizi di vigilanza, non essendo tali le disposizioni contenute negli articoli 9 e 134 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, e 257 del R.D. 6 maggio 1940, n. 635, tanto più che le (più recenti) circolari del Ministero dell'Interno (che hanno introdotto e configurato il nuovo sistema delle tariffe di legalità) si sono preoccupate di chiarire che l'atto di approvazione delle tariffe, mentre impedisce agli istituti di vigilanza di praticare prezzi più alto di quelli ivi stabiliti, non osta a richiedere prezzi inferiori a quelli minimi (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 20/09/2005, n. 4816; T.A.R. Sardegna - Cagliari, Sez. I, sentenza 29/12/2006, n. 2819).

Pertanto, deve escludersi qualsiasi valenza autorizzativo-prescrittiva dell'atto di approvazione delle tariffe di legalità, con la conseguenza, per un verso, che la violazione di queste ultime non comporta alcun effetto automatico di decadenza dal titolo e non spiega nemmeno effetti sulla valida prestazione dei relativi servizi e, per altro verso, che le predette tariffe costituiscono esclusivamente canoni di congruità dei prezzi praticati dagli istituti, ai diversi fini del controllo sulla serietà e affidabilità dell'impresa.

In tal modo, deve essere riferito che, come nel caso di specie, la violazione della tariffa di legalità poteva comportare l'invalidità dell'offerta dell'aggiudicataria e tanto meno la sua automatica esclusione dalla gara.

In conclusione, è possibile affermare che in una gara per l'affidamento di un servizio di vigilanza, non può costituire *ex se* motivo di invalidità della relativa offerta e di esclusione dalla gara la violazione da parte dei concorrenti delle tariffe prefettizie (c.d. tariffe di legalità), nel caso in cui ciò non sia stato espressamente previsto dalla *lex specialis*.

Per altro verso, ed in relazione al secondo ordine di problemi, la violazione della tariffa di legalità non implica automaticamente una fattispecie dell'anomalia dell'offerta, ove l'importo dell'offerta non sia inferiore alla soglia prevista dal bando di gara. Diversamente opinando, il concetto di offerta anormalmente bassa verrebbe rimesso alla mera discrezionalità della stazione appaltante, violando così macroscopicamente i principi di trasparenza, buon andamento, affidamento e *par condicio*, a garanzia dei quali si pone, la *lex specialis* della gara, cui è vincolata la stazione appaltante, che non può essere disapplicarla.

## Il principio del *favor participationis* nelle gare d'appalto

### IL CASO

Nella specie, alcune imprese, pur ammesse alla fase di prequalificazione di una procedura di gara avente ad oggetto un servizio suddiviso in tre lotti, sono state escluse dalla II<sup>a</sup> fase della medesima procedura per aver indicato, nella domanda di partecipazione, di voler partecipare a tutti e tre i lotti messi a concorso anziché a due come prescritto dalla *lex specialis*.

Più nel dettaglio, è dato constatare che la regola che limita la partecipazione a due dei tre lotti messi a concorso, non prevede per il caso di sua inosservanza, la sanzione dell'esclusione dalla gara.

### LA QUESTIONE

Fermo che le gare pubbliche, nel loro svolgimento, devono assicurare la massima partecipazione delle imprese, all'evidente scopo di garantire la scelta migliore per l'amministrazione, le medesime procedure selettive devono svolgersi secondo la più rigorosa *par condicio*, attraverso la stretta osservanza delle regole formali contenute nel bando di gara, rispetto alle quali va segnalato il discrimine tra quelle assistite dalla sanzione dell'esclusione e le altre (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *quater* - sentenza 5 giugno 2008 n. 5491).

### TESI A

Secondo un primo indirizzo, si afferma che la prescrizione contenuta nel bando di gara, a termini della quale è necessario per le imprese concorrenti indicare per quali lotti s'intende partecipare, pur se formulata in assenza di una disposizione che sancisca l'esclusione dalla gara per il caso di sua eventuale inosservanza, sia di natura sostanziale in quanto mira ad individuare – sin dalla fase della preselezione – l'interesse dei soggetti concorrenti in merito ai tre lotti messi in gara e a verificare, di contro, l'eventuale mancanza di interesse per uno dei tre lotti. In ogni caso, la regola in questione tende ad escludere l'assegnazione di tutto l'appalto in favore di una sola impresa.

La possibilità, poi, di consentire una interlocuzione tra le imprese e la stazione appaltante determinerebbe la violazione della *par condicio* tra le imprese concorrenti.

## TESI B

Per altro verso, si precisa che, in casi quale quello di specie, occorre verificare il discrimine tra le clausole della *lex specialis* assistite dalla sanzione dell'esclusione ed quelle formulate, per il caso di loro violazione, in assenza di una espressa sanzione di esclusione.

Quanto alle prime, vale a dire le regole la cui inosservanza è sanzionata con l'esclusione dalla gara pubblica, va richiamato l'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo il quale "Nel caso in cui il bando di gara indetta per l'affidamento di un appalto di servizi impone ai partecipanti, a pena di esclusione, determinati oneri formali deve ritenersi che si è inteso dare prevalenza al principio di formalità collegato alla garanzia della *par condicio*, che per l'effetto non può essere superato dall'opposto principio del *favor participationis*. (Consiglio Stato, sez. V, 19 febbraio 2008, n. 567), ed ancora che: "È illegittima l'automatica esclusione di una impresa per irregolarità formali della documentazione presentata, ove tali irregolarità non costituiscano, per chiara ed espressa previsione del bando di gara, causa di esclusione e non abbiano formato oggetto di una valutazione che escluda la possibilità della loro regolarizzazione, dato che le clausole di esclusione di un concorrente sono di stretta e rigorosa interpretazione, in quanto limitative della massima partecipazione che costituisce principio a cui l'amministrazione deve attenersi nell'interesse pubblico alla migliore scelta del contraente privato. (T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 11 dicembre 2007, n. 2002).

L'orientamento riferito precisa, senza tentennamenti, che nel caso di previsione dell'esclusione da una gara pubblica a causa dell'inosservanza di una prescrizione contenuta nel relativo bando, questa è legittimamente disposta anche sulla base di una lettura soltanto formalistica della previsione, se l'impresa che intende partecipare alla gara è incorsa nella violazione della disposizione contenente la prescrizione in parola.

Nel caso in esame, però, la prescrizione violata (partecipazione a non più di tre lotti) non risulta assistita dalla sanzione dell'esclusione sicchè la stessa – per essere ragionevolmente e legittimamente applicata – avrebbe dovuto trovare il suo fondamento in altre esigenze, di natura sostanziale che, nella specie, non sono rinvenibili.

Richiamando un orientamento giurisprudenziale affermatosi al riguardo, deve rilevarsi che un'esclusione per violazione di una prescrizione del bando di gara se non è prevista espressamente, può essere disposta se viola, nella sostanza, un fine essenziale perseguito con la gara stessa.

E' stato precisato, al riguardo, che: "L'esclusione va disposta se l'omis-

sione riguarda un elemento essenziale della domanda di partecipazione o dell'offerta, oppure un documento o una dichiarazione, attestanti l'esistenza di una condizione ineliminabile o di un requisito del concorrente (CdS, sezione V, 6 maggio 2003 n. 2379).

Nella fattispecie in esame l'errata indicazione in cui sono incorse le imprese concorrenti – essendo stata inserita nella domanda prodotta in sede di prequalificazione – non sembra violare il fine per il quale era prevista la regola stessa che è, certamente, quello di evitare che tutto l'appalto si concentrasse in favore di un'unica impresa.

La previsione ancorché violata avrebbe potuto essere facilmente rispettata se la stazione appaltante o avesse tenuto ferma la volontà di partecipazione limitatamente ai primi due lotti escludendo, automaticamente il terzo o avesse richiesto precisazioni sui lotti di interesse delle ricorrenti, senza introdurre una regola non scritta (quella dell'esclusione).

In tale ultimo caso l'interlocuzione tra le imprese e la stazione appaltante non avrebbe violato la *par condicio* tra le concorrenti, anche in considerazione della fase della procedura in cui si sarebbe svolta, ma avrebbe portato ad una correzione capace di assicurare quella più ampia partecipazione alla gara che costituisce il punto di tendenza delle procedure pubbliche.

Il *favor participationis*, e la sua più ampia affermazione trovano fondamento nella giurisprudenza amministrativa che più volte ha sostenuto che "Le prescrizioni di esclusione dalla procedura concorsuale di appalto devono essere interpretate in funzione della finalità di consentire la massima partecipazione alla gara delle imprese ordinariamente diligenti, tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici. (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 01 febbraio 2008, n. 899) e che "Le disposizioni di esclusione di imprese da una gara d'appalto di opere pubbliche possono e debbono essere interpretate secondo criteri di ragionevolezza, in vista dell'interesse generale ad aggiudicare l'appalto all'offerta più conveniente per l'amministrazione. Ne discende che costituiscono mere irregolarità quelle carenze che siano assolutamente inidonee ad influire sulla conoscenza dello stato dei fatti da parte dell'amministrazione appaltante e che, comunque, non possano far insorgere dubbi sulla paternità, veridicità e consistenza dell'offerta." (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 13 marzo 2006, n. 1918).

Del resto che un'interlocuzione tra le imprese e la stazione appaltante sia possibile, proprio in ragione di garantire la più ampia partecipazione, si desume dall'articolo 15, del D.Lgs. n. 358 del 1992, applicabile agli appalti per la fornitura di beni, e dall'art. 46, D.Lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici).

---

Si tratta di norme che dispongono che le amministrazioni invitano, se necessario, le ditte partecipanti a gare per l'aggiudicazione di appalto di servizi a fornire chiarimenti e ad integrare la carente documentazione presentata e che sono state intese non come una mera facoltà o un potere eventuale, ma piuttosto come la codificazione di un ordinario modo di procedere, volto a far valere, entro certi limiti e nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, coerentemente con la disposizione di carattere generale contenuta nell'art. 6, L. 7 agosto 1990 n. 241.