

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.lg. n. 358 del 1992, applicabile agli appalti per la fornitura di beni, e

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

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 (anche in fase di sorteggio di cui all'articolo 48 onde evitare l'escussione della cauzione provvisoria)

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.

Le disposizioni appena richiamate, pur riguardando la possibilità di integrazione di una documentazione attestante un requisito soggettivo dell'impresa partecipante ad una gara, introduce la possibilità di "dialogo" tra impresa partecipante ad una procedura pubblica e la stazione appaltante all'evidente fine di consentire la massima partecipazione ad essa e comprova, ulteriormente, l'esigenza di assicurarla in tutte le ipotesi in cui le irregolarità non siano sanzionate dall'esclusione e la loro sanatoria non ridondi in violazione della par condicio le gare pubbliche nel loro svolgimento devono assicurare la massima partecipazione delle imprese, all'evidente scopo di garantire la scelta migliore per l'amministrazione; 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.

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)

Ammesse alla fase di prequalificazione alla gara per "corsi di formazione a distanza destinati ad operatori sanitari" suddivisa in tre lotti, con domande di partecipazione presentate il 23 e 24 maggio 2007, vale a dire entro il termine ultimo stabilito (25 maggio 2007) nel bando di gara, le società ricorrenti sono state escluse dalla II fase della procedura per aver indicato, nella predetta domanda, di voler partecipare a tutti e tre i lotti messi a concorso anziché a due come prescritto.

Hanno, successivamente, appreso che il termine di scadenza era stato differito al 30 maggio 2007, a causa di un "inconveniente di natura tecnica che ha impedito il riscontro - entro il termine previsto per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara - della richiesta di documentazione da parte di una ditta interessata, in ossequio ai principi di trasparenza, concorrenza, imparzialità e parità di trattamento previsti dal D. Lgs. 163/06, la scrivente amministrazione ha ritenuto opportuno concedere alla ditta medesima la possibilità di presentare domanda entro il termine perentorio di mercoledì 30 maggio 2007 ore 12.00" ed hanno, anche, appreso, ma solo dopo loro espressa richiesta, di essere state escluse dal concorso in questione a causa dell'errata indicazione prima riferita.

Si dolgono di tale esclusione che censurano con tre distinti motivi.

Sottolineano, in particolare, 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 e sostengono la natura di mera irregolarità della violazione di tale prescrizione, sanabile con una richiesta di precisazione da parte della stazione appaltante.

Si sofferma, al contrario, sulla natura della prescrizione contenuta nel bando di gara, l'Amministrazione resistente la quale, pur ammettendo l'assenza di una disposizione che sancisca l'esclusione dalla gara per la ragione appena indicata, ritiene che la stessa 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. Assume la citata Amministrazione che, in ogni caso, la regola in questione tende ad escludere l'assegnazione di tutto l'appalto in favore di una sola impresa.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Le argomentazioni svolte dall'Amministrazione resistente, in particolare quelle che si soffermano su un preteso carattere sostanziale della disposizione, non vengono condivise dal Collegio il quale ritiene, invece, fondato l'assunto delle ricorrenti sul punto.

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'omissione 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 ricorrenti - 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. (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.” (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.lg. n. 358 del 1992, applicabile agli appalti per la fornitura di beni, e dall'art. 46, d.lg. 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, sempre che, naturalmente, la procedura di regolarizzazione e di ulteriore chiarificazione, ex art. 15, d.lg. n. 358 del 1992, non debba cedere di fronte al limite della garanzia della par condicio dei partecipanti, “non essendo consentita l'integrazione postuma dei requisiti richiesti a pena di esclusione, in quanto il potere di richiedere chiarimenti alla ditta partecipante alla gara trova sicura applicazione nelle ipotesi in cui sussistono dubbi circa l'esistenza dei requisiti richiesti dal bando ed in ordine ai quali vi sia, tuttavia, un principio di prova circa il loro possesso da parte della ditta medesima, mentre tale potere non può essere esercitato nel caso in cui la documentazione sia del tutto mancante ed in dette ultime ipotesi deve necessariamente comminarsi l'esclusione, specie ove sia stata espressamente prevista da una disposizione di bando.” (T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 17 maggio 2007, n. 846)

Le disposizioni appena richiamate, pur riguardando la possibilità di integrazione di una documentazione attestante un requisito soggettivo dell'impresa partecipante ad una gara, introduce la possibilità di “dialogo” tra impresa partecipante ad una procedura pubblica e la stazione appaltante all'evidente fine di consentire la massima partecipazione ad essa e comprova, ulteriormente, l'esigenza di assicurarla in tutte le ipotesi in cui le irregolarità non siano sanzionate dall'esclusione e la loro sanatoria non ridondi in violazione della par condicio.

Nel caso in esame pur non essendosi in presenza di tale evenienza, vale a dire di un documento relativo a requisito soggettivo dell'impresa partecipante ad una gara, carente, parimenti l'amministrazione avrebbe potuto, in considerazione sia della mancata previsione di una sanzione quale quella, invece, applicata sia

della fase della procedura in cui si trovava, fare ricorso alla richiesta di precisazione sui lotti ai quali si intende(va) partecipare, senza per questo alterare la par condicio tra i concorrenti o avrebbe potuto anche tener ferma la domanda relativamente ai primi due lotti ed escluderla per il terzo.

Il primo motivo di ricorso si rivela, pertanto, fondato

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 5491 del 5 giugno 2008, emessa dal Tar Lazio, Roma

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sede di Roma - Sezione III quater

composto dai seguenti magistrati:

Dr. *****
- Presidente

Dr. *****
- Consigliere relatore

Dr. *****
- Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 8481 del 2007 proposto dalla Ricorrente Spa e dal Consorzio in proprio e in qualità di facenti parte della costituenda RTI, rappresentati e difesi dagli avvocati ***** e ***** ed elettivamente domiciliati presso il loro studio in Roma, Via del Babuino n°107;

CONTRO

- L'Agenda Italiana del Farmaco (AIFA), in persona del rappresentante legale in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, Via dei Portoghesi n°12 in Roma;
- CONTROINTERESSATA s.r.l., in persona del rappresentante legale p.t. rappresentato e difeso dagli avv.ti ***** e ***** con domicilio eletto in Roma, Via della Vite n°7;

per l'annullamento

dei provvedimenti privi di protocollo e firma pervenuti a mezzo e-mail in data 15 giugno 2007 con i quali è stata comunicata, ai sensi dell'articolo 79, commi 1 e 2, del D. Lgs. n. 163 del 2006 l'esclusione delle ricorrenti dalla II fase della **gara** di "appalto per i servizi relativi ai corsi di formazione a distanza destinati ad operatori sanitari, suddiviso in 3 lotti" e indetta dalla medesima AIFA e il

risarcimento del danno conseguente;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti della causa;

Nominato relatore all'Udienza Pubblica del 28 maggio 2008 il consigliere dr. ***** e sentiti gli avvocati come da verbale d'udienza;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 29 settembre 2007 e depositato il 12 ottobre successivo, le società nominate in

epigrafe impugnano, chiedendone l'annullamento, gli atti di esclusione dalla II fase della **gara** di appalto per i servizi relativi ai corsi di formazione a distanza destinati ad operatori sanitari, suddiviso in 3 lotti, indetta dalla predetta AIFA.

Con successivi motivi aggiunti le predette società hanno impugnato anche gli atti di aggiudicazione della **gara**.

Deducano i seguenti motivi:

1.
Violazione e falsa applicazione della lex specialis del bando di **gara** ed, in specie, del paragrafo 6, comma 3, del bando di **gara** (c.d. informazioni complementari) nonché del paragrafo 3.2, 6 n. 2 e 7 del cd prospetto informativo. Violazione dei principi di ragionevolezza che si risolvono nel favor participationis in caso di mancata chiarezza del bando in ordine ai criteri di esclusione. Violazione dei principi di eguaglianza, parità di trattamento, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa sanciti dagli articoli 3 e 97 della Costituzione. Eccesso di potere nelle forme sintomatiche dell'illogicità, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta; erroneità, sviamento e travisamento dei fatti.

Il motivo dell'esclusione - fondato sulla, vietata, partecipazione a più di due lotti non trova fondamento nel bando di **gara** e si risolve in una mera irregolarità.

2.
Omessa tempestiva informazione dell'esclusione alla RICORRENTE. Violazione e falsa applicazione degli articoli 79 del D. Lgs. 163/2006. Violazione degli articoli 3 e 97 della Costituzione.
3.
Violazione dell'articolo 3, comma 4, della L. n. 241 del 1990.

Si sono costituite in giudizio sia l'Amministrazione intimata sia la controinteressata che hanno controdedotto alle argomentazioni delle ricorrenti e chiesto il rigetto del gravame.

All'udienza del 28 maggio 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ammesse alla fase di prequalificazione alla **gara** per “corsi di formazione a distanza destinati ad operatori sanitari” suddivisa in tre lotti, con domande di partecipazione presentate il 23 e 24 maggio 2007, vale a dire entro il termine ultimo stabilito (25 maggio 2007) nel bando di **gara**, le società ricorrenti sono state escluse dalla II fase della procedura per aver indicato, nella predetta domanda, di voler partecipare a tutti e tre i lotti messi a concorso anziché a due come prescritto.

Hanno, successivamente, appreso che il termine di scadenza era stato differito al 30 maggio 2007, a causa di un “inconveniente di natura tecnica che ha impedito il riscontro - entro il termine previsto per la presentazione della domanda di partecipazione alla **gara** - della richiesta di documentazione da parte di una ditta interessata, in ossequio ai principi di trasparenza, concorrenza, imparzialità e parità di trattamento previsti dal D. Lgs. 163/06, la scrivente amministrazione ha ritenuto opportuno concedere alla ditta medesima la possibilità di presentare domanda entro il termine perentorio di mercoledì 30 maggio 2007 ore 12.00” ed hanno, anche, appreso, ma solo dopo loro espressa richiesta, di essere state escluse dal concorso in questione a causa dell'errata indicazione prima riferita.

Si dolgono di tale esclusione che censurano con tre distinti motivi.

Sottolineano, in particolare, 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** e sostengono la natura di mera irregolarità della violazione di tale prescrizione, sanabile con una richiesta di precisazione da parte della stazione appaltante.

Si sofferma, al contrario, sulla natura della prescrizione contenuta nel bando di **gara**, l'Amministrazione resistente la quale, pur ammettendo l'assenza di una disposizione che sancisca l'esclusione dalla **gara** per la ragione appena indicata, ritiene che la stessa 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. Assume la citata Amministrazione che, in ogni caso, la regola in questione tende ad escludere l'assegnazione di tutto l'appalto in favore di una sola impresa.

Le argomentazioni svolte dall'Amministrazione resistente, in particolare quelle che si soffermano su un preteso carattere sostanziale della disposizione, non vengono condivise dal Collegio il quale ritiene, invece, fondato l'assunto delle ricorrenti sul punto.

Va premesso 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; 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.

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'omissione 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 ricorrenti - 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. (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." (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.lg. n. 358 del 1992, applicabile agli appalti per la fornitura di beni, e dall'art. 46, d.lg. 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, sempre che, naturalmente, la procedura di regolarizzazione e di ulteriore chiarificazione, ex art. 15, d.lg. n. 358 del 1992, non debba cedere di fronte al limite della garanzia della par condicio dei partecipanti, "non essendo consentita l'integrazione postuma dei requisiti richiesti a pena di esclusione, in quanto il potere di richiedere chiarimenti alla ditta partecipante alla **gara** trova sicura applicazione nelle ipotesi in cui sussistono dubbi circa l'esistenza dei requisiti richiesti dal bando ed in ordine ai quali vi sia, tuttavia, un principio di prova circa il loro possesso da parte della ditta medesima, mentre tale potere non può essere esercitato nel caso in cui la documentazione sia del tutto mancante ed in dette ultime ipotesi deve

necessariamente comminarsi l'esclusione, specie ove sia stata espressamente prevista da una disposizione di bando." (T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 17 maggio 2007, n. 846)

Le disposizioni appena richiamate, pur riguardando la possibilità di integrazione di una documentazione attestante un requisito soggettivo dell'impresa partecipante ad una **gara**, introduce la possibilità di "dialogo" tra impresa partecipante ad una procedura pubblica e la stazione appaltante all'evidente fine di consentire la massima partecipazione ad essa e comprova, ulteriormente, l'esigenza di assicurarla in tutte le ipotesi in cui le irregolarità non siano sanzionate dall'esclusione e la loro sanatoria non ridondi in violazione della par condicio.

Nel caso in esame pur non essendosi in presenza di tale evenienza, vale a dire di un documento relativo a requisito soggettivo dell'impresa partecipante ad una **gara**, carente, parimenti l'amministrazione avrebbe potuto, in considerazione sia della mancata previsione di una sanzione quale quella, invece, applicata sia della fase della procedura in cui si trovava, fare ricorso alla richiesta di precisazione sui lotti ai quali si intende(va) partecipare, senza per questo alterare la par condicio tra i concorrenti o avrebbe potuto anche tener ferma la domanda relativamente ai primi due lotti ed escluderla per il terzo.

Il primo motivo di ricorso si rivela, pertanto, fondato.

Da respingere invece, il secondo e il terzo motivo con i quali le ricorrenti hanno denunciato la violazione dell'articolo 79 del D.Lgs. n. 1673/2006 (omessa comunicazione dell'esito della **gara**) e la violazione dell'articolo 3, comma 4 della l. n. 241 del 1990 (omessa indicazione dell'autorità cui proporre gravame).

Nel primo caso si tratta di disposizione la cui inosservanza assume rilievo ai soli fini della decorrenza dei termini di decadenza, per esercitare i mezzi di tutela giurisdizionale sui risultati della procedura e può giustificare la proposizione di motivi aggiunti, ma non implica di per sè l'illegittimità dell'aggiudicazione (Consiglio Stato, sez. V, 16 marzo 2005, n. 1079); nel secondo caso si è in presenza di una mera irregolarità.

Da respingere, ancora, l'eccezione di disparità di trattamento per la riapertura dei termini disposta in favore di altra impresa atteso che secondo quanto precisato dall'Amministrazione resistente, senza contestazioni ex adverso, la remissione in termini sarebbe stata disposta in relazione a problemi organizzativi dell'amministrazione appaltante che non aveva tenuto conto di una domanda di partecipazione presentata entro i termini.

Il ricorso, peraltro, sulla base delle argomentazioni svolte a proposito del primo motivo di gravame, deve essere accolto e, conseguentemente, gli atti adottati devono essere annullati.

Va, ora, esaminata la richiesta di risarcimento del danno avanzata dalle ricorrenti.

Al riguardo deve precisarsi che secondo quanto stabilito al punto II.3 del bando di **gara** la durata

dell'appalto è pari a 36 mesi decorrenti dall'aggiudicazione dell'appalto medesimo e che quest'ultima è intervenuta con atto del 25 luglio 2007, vale a dire meno di un anno fa, sicchè del servizio messo a **gara** risulta fornita meno di un terzo della prestazione richiesta.

Ne consegue che accolto il ricorso per tutte le argomentazioni svolte e annullati gli atti di **gara**, l'Amministrazione resistente è tenuta a ripetere la procedura concorsuale.

Ebbene, il necessario "rinnovo della procedura contestata, conforme a legge comporta, di per sé, una forma di risarcimento in forma specifica, che esclude o riduce altre forme di risarcimento; infatti - in caso di annullamento dell'illegittima esclusione - il rinnovo della **gara**, con la possibilità effettiva di partecipazione dell'impresa ricorrente, costituisce risarcimento in forma specifica della chance di successo: ne consegue che non spetta il risarcimento del danno per equivalente ove l'accoglimento del ricorso avverso l'esclusione intervenga in tempo utile a restituire in forma specifica all'impresa interessata la chance di partecipare alla **gara** da rinnovare, consentendo quindi il soddisfacimento diretto e pieno dell'interesse fatto valere." (T.A.R. Veneto, sez. I, 15 ottobre 2007, n. 3260).

Deve aggiungersi che "In assenza di una posizione giuridica così detta a risultato garantito, va disconosciuto il diritto al risarcimento del danno conseguente ad illegittima esclusione da una **gara** d'appalto, dal momento che la ripetizione delle operazioni di **gara** successive all'annullamento giurisdizionale pone il concorrente nella possibilità di partecipare alla competizione emendata dai vizi di legittimità, con la conseguenza che non è minimamente configurabile il preteso danno lamentato dalla ricorrente." (T.A.R. Liguria Genova, sezione II, 11 ottobre 2007, n. 1725 e Consiglio Stato, sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4955)

Alla luce dell'orientamento giurisprudenziale menzionato, al quale il Collegio aderisce integralmente, la richiesta di risarcimento del danno deve, pertanto essere respinta.

La particolarità della vicenda trattata consente al Collegio di disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sede di Roma - Sezione III quater

Accoglie il ricorso proposto dalle imprese nominate in epigrafe e per l'effetto annulla gli atti di **gara** impugnati.

Respinge, per le ragioni indicate in motivazione, la domanda di risarcimento danni.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 28 maggio 2008

Dr. Mario Di *****
- Presidente

Dr. *****
- Consigliere estensore

<https://www.diritto.it/del-resto-che-un-interlocuzione-tra-le-imprese-e-la-stazione-appaltante-sia-possibile-proprio-in-ragione-di-garantire-la-piu-ampia-partecipazione-si-desume-dall-articolo-15-del-d-lg-n-358-del-199/>