



Rassegna giurisprudenziale **SULLA TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE**

a cura di *Francesco Armenante* – consulente *FORMEZPA*

Formez **PA**

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 15 settembre 2017, n. 4350

Sulla tassatività delle cause di esclusione

1. Il principio di tassatività delle cause di esclusione previste dalle clausole del bando di gara, non consente che possano essere introdotte nei bandi di gara ‘clausole espulsive’ che non siano conformi alle regole previste dal codice, dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, salvi i casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, nonché di violazione dei principi di segretezza o di manomissione delle buste e di cause elencate dalla norma.

2. Il principio di tassatività delle cause di esclusione previste dalle clausole del bando di gara è finalizzato a ridurre gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti a procedure di affidamento, quando questi non siano strettamente necessari a raggiungere gli obiettivi perseguiti attraverso gli schemi dell’evidenza pubblica, conducendo a privare di rilievo giuridico, attraverso la sanzione della nullità testuale, tutte le ragioni di esclusione dalle gare, incentrate non già sulla qualità della dichiarazione, ma piuttosto sulle forme con cui questa viene esternata, in quanto non ritenute conformi a quelle previste dalla stazione appaltante nella *lex specialis*.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. II – sentenza 2 ottobre 2017 n. 4587

Sui rapporti tra bando e capitolato

I rapporti tra le varie fonti che concorrono alla disciplina delle gare pubbliche sono regolati da una gerarchia differenziata. Se è vero, infatti, che bando, disciplinare di gara e capitolato speciale d’appalto – i quali nel loro complesso formano la *lex specialis* – hanno ciascuno un’autonomia ed una peculiare funzione nell’ambito della procedura di gara, tra essi esiste tuttavia un rapporto gerarchico, che postula la prevalenza del bando di gara.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 5 ottobre 2017 n. 4644

Sull’interpretazione delle clausole del bando

Nelle gare pubbliche di appalto, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* (una avente quale effetto l’esclusione dalla gara e l’altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all’opzione che, ove condivisa, comporterebbe l’esclusione dalla gara, dovendo invece essere favorita l’ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor participationis e dell’interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II – sentenza 6 marzo 2017 n. 3137

Sull’illegittimità dell’esclusione per mancanza del bollo sull’offerta

1. L’inosservanza delle prescrizioni del bando o della lettera d’invito circa le modalità di presentazione delle offerte può implicare l’esclusione dalla gara, in assenza di espressa previsione al riguardo, solo quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse dell’Amministrazione appaltante o poste a garanzia della par condicio dei concorrenti.

2. Non può comportare l’esclusione dalla gara la inosservanza della prescrizione della *lex specialis* di gara, relativa alla presentazione dell’offerta economica su carta legale, con marca da bollo di € 16,00, la quale non è volta a garantire la par condicio dei concorrenti, ma è esclusivamente inerente all’obbligo di corrispondere il pagamento dell’imposta di bollo. Pertanto, nel caso di offerta priva

del prescritto bollo, la P.A. appaltante non può procedere all'esclusione dell'offerta stessa, ma deve procedere piuttosto alla regolarizzazione ai sensi dell'articolo 19 del D.P.R. n. 642 del 1972.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 21 giugno 2017, n. 3035

Sulla presentazione di un'offerta tecnica con numero di pagine superiore a quello prescritto

1. Non può essere esclusa dalla gara la impresa concorrente che ha presentato la relazione illustrativa dell'offerta tecnica composta da un numero di pagine superiore a quello previsto dal bando, qualora tale inosservanza non sia da questo sanzionata espressamente con l'esclusione; in ogni caso tale prescrizione, ove esistesse, deve ritenersi nulla per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione ex art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006 (nella specie il capitolato speciale di appalto imponeva un limite di 30 pagine, mentre la relazione presentata era di 124 pagine).

TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. I, 6 aprile 2017, n. 664

Sull'ammissibilità di un'offerta tecnica mancante di alcune firme e timbri

Non è illegittima l'ammissione ad una gara di appalto di una ditta la cui offerta tecnica non rechi i timbri e la sottoscrizione su alcune pagine, a nulla rilevando che la lex specialis preveda espressamente che l'offerta tecnica dovrà essere timbrata, e sottoscritta in ogni pagina con firma leggibile corredata dalla copia del documento di identità del legale rappresentante della ditta; tali carenze, infatti, non sono idonee a giustificare il provvedimento escludente, non pregiudicando, la mancata sottoscrizione di alcune pagine dell'offerta tecnica, la paternità della stessa, secondo quanto statuito, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione, dall'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006.

TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I, 2 agosto 2017, n. 1252;

TAR PUGLIA – BARI, SEZ. III, 14 luglio 2017, n. 815;

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III, 14 aprile 2017, n. 1025

Sull'ammissibilità di una modulistica alternativa al DGUE

1. Il DGUE (documento di gara unico europeo), previsto dall'art. 85 del d.lgs. n. 50 del 2016, è un modello autodichiarativo introdotto dal nuovo codice appalti, volto a semplificare e ridurre gli oneri amministrativi che gravano sugli operatori economici, ma anche sugli enti aggiudicatori, che infatti sono tenuti ad accettarlo (comma 1 dell'art. 85).

2. E' legittima l'ammissione ad una gara indetta dalla P.A. (nella specie per l'affidamento di un appalto di servizi) di una ditta che, nel presentare la domanda di partecipazione, ha ommesso di utilizzare il DGUE (documento di gara unico europeo), e che, tuttavia, ha presentato tutte le dichiarazioni e i documenti richiesti dal bando; infatti, il mancato utilizzo del DGUE non è previsto come causa di esclusione, a tal fine rilevando, ai sensi e nei limiti dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, solo il contenuto delle dichiarazioni in esso riportate.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. II, 4 settembre 2017, n. 9536

Sull'illegittimità dell'esclusione in caso di mancata allegazione di un documento di identità all'offerta economica

E' illegittimo il provvedimento con il quale la Stazione appaltante ha escluso una ditta da una gara di appalto, motivato con riferimento alla omessa allegazione all'offerta della copia fotostatica del documento d'identità del legale rappresentante. Infatti, la mancata produzione di copia del documento di riconoscimento del legale rappresentante della ditta interessata non costituisce causa di esclusione, potendo ove del caso essere richiesta in sede di soccorso istruttorio; e ciò a maggior ragione ove la dichiarazione prodotta non possa ritenersi una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi degli artt. 46 e 47 d.P.R. 445 del 2000.

TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I QUATER – sentenza 4 ottobre 2017 n. 10031

Sull'esclusione per mancata allegazione del documento di identità all'offerta tecnica

1. E' legittimo il provvedimento di esclusione da una gara di appalto di una ditta che non ha allegato alla dichiarazione sostitutiva prescritta dalla *lex specialis* una copia del documento di identità del dichiarante, atteso che l'allegazione della copia del documento di identità rappresenta un elemento essenziale dell'offerta tecnica, in quanto elemento costitutivo dell'autocertificazione; questa, infatti, ai sensi dell'art. 38 comma 3, e degli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000 è considerata un requisito formale *ad substantiam* dell'autocertificazione stessa, in quanto consente di comprovare non solo le generalità del dichiarante, ma anche la riferibilità della dichiarazione stessa al soggetto dichiarante.

2. Nel caso di esclusione per mancata allegazione del documento di identità del dichiarante, non è sanzionata la mancanza tout court della copia del documento di identità (in ipotesi reperibile altrove o integrabile con il soccorso istruttorio), bensì la mancanza della "dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, presentata ai sensi dell'art. 47 del DPR 445/2000", ossia di un elemento essenziale dell'offerta tecnica. Si tratta di una carenza sostanziale e non già di una incompletezza formale; carenza che, per espressa disposizione di legge (art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016), non può essere sanata con il soccorso istruttorio, né con "l'utilizzo" del documento depositato nella busta contenente la documentazione amministrativa, come anche opinato dalla ricorrente.

TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. III, 18 aprile 2017, n. 1069

Sulle modalità di sigillatura dei plichi

Nel caso in cui la *lex specialis* preveda che i plichi contenenti le offerte siano, a pena di esclusione, sigillati, non specificando tuttavia le modalità attraverso le quali debbano essere sigillati i plichi stessi, deve ritenersi che: a) l'apposizione del nastro adesivo possa ritenersi un modo di sigillatura idoneo; b) vadano invece esclusi i plichi privi di qualsiasi forma di sigillatura, ma che siano soltanto incollati, non potendosi certo ritenere equivalenti i termini chiusura e sigillatura. In tal caso, inoltre, priva di rilevanza è la circostanza che sui lembi dei plichi siano state apposte le firme dei concorrenti, costituendo questo un ulteriore garanzia che si aggiunge e non sostituisce quella assicurata dalla loro sigillatura, sulla base della espressa indicazione degli atti di gara.

TAR SICILIA – CATANIA, SEZ. III – sentenza 27 settembre 2017 n. 2240

Sulla necessità della sigillatura del plico

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha escluso un concorrente da una manifestazione di interesse (nella specie, si trattava di una manifestazione di interesse per il conferimento dell'incarico, per un anno, di direttore per l'esecuzione del contratto del servizio di igiene urbana), che sia motivato con riferimento al fatto che l'offerta non è stata presentata in apposita busta chiusa e sigillata, così come espressamente prescritto dalla lex specialis, a pena di esclusione; infatti, ove il bando richieda, a pena di esclusione, la sigillatura della busta dell'offerta, il mancato adempimento di tale prescrizione giustifica l'esclusione dalla gara, a nulla rilevando che sia rimasta una sola offerta da scrutinare; e ciò sul rilievo che, in quest'ultimo caso, a maggior ragione, la sigillatura appare necessaria, posto che l'eventuale sostituzione dell'offerta unica – senza concorrenti comunque da "superare" – è cosa molto più semplice (e "utile"), non essendo necessario agire anche sulle altre buste eventualmente idonee a garantire la segretezza del contenuto.

TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 9 ottobre 2017 n. 634

Sull'illegittimità dell'esclusione in caso di clausola dubbia

Nel caso in cui il bando di gara non sia, al riguardo, sufficientemente perspicuo, non può essere ritenuta illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto di lavori, per il solo fatto che la ditta risultata vittoriosa ha presentato l'offerta allegando una relazione archeologica priva di sottoscrizione da parte del tecnico, bensì sottoscritta dal legale rappresentante; infatti, in presenza di una lex specialis non univocamente interpretabile, la mancata sottoscrizione di elaborati dell'offerta tecnica da parte dei progettisti non può provocare l'automatica esclusione, se la documentazione è regolarmente sottoscritta dalla ditta partecipante ma non dai progettisti da esso indicati.