

## **Sulla (duplice) vincolatività del bando di gara**

*di Daniela Dell'Oro*

*Data di pubblicazione: 24-10-2016*

Il bando di gara costituisce un vincolo dal quale anche la stazione appaltante non può sottrarsi, nel senso che al pari dei concorrenti anche l'amministrazione è inderogabilmente tenuta ad applicare le disposizioni che essa stessa si è data per la procedura di affidamento (1).

*(1) In senso conforme: Cons. Stato, Ad. plen. 25 aprile 2014, n. 9, Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032, Cons. Stato, Ad. plen. 25 febbraio 2014, n. 10, Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032.*

### **Guida alla lettura**

La controversia ruota intorno all'esclusione dell'aggiudicataria disposta dal giudice di prime cure, in accoglimento del ricorso promosso dalla seconda classificata.

Ad avviso dell'amministrazione appellante, l'aggiudicataria non avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, perché attenutasi alla richiesta - avanzata dalla stessa amministrazione - di produrre in alternativa alla certificazione le fatture relative ai servizi precedentemente svolti, sul presupposto dell'equipollenza sostanziale di tali documenti rispetto alle certificazioni attinenti ai medesimi servizi ritenuta dalla stazione appaltante, in conformità agli indirizzi espressi in materia dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

Il Consiglio di Stato, confermando la statuizione del giudice di prime cure, si sofferma sulla duplice direzione in cui opera il vincolo imposto dal bando di gara, nel senso di ritenere inderogabilmente vincolate al rispetto delle prescrizioni ivi contenute sia l'Amministrazione sia le imprese concorrenti.

Il Collegio, infatti, si allinea al pacifico orientamento della giurisprudenza, secondo cui il bando di gara costituisce un vincolo dal quale anche la stazione appaltante non può sottrarsi, nel senso che al pari dei concorrenti anche l'amministrazione è inderogabilmente tenuta ad applicare le disposizioni che essa stessa si è data per la procedura di affidamento (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 25 aprile 2014, n. 9, § 6.2.1).

È, pertanto, irrilevante la circostanza che la richiesta di comprova dell'Amministrazione non indicasse come mezzi di prova la sola certificazione, ma anche le fatture relative ai servizi, perché non è consentito all'Amministrazione disapplicare le norme del bando di gara. Del pari, per la medesima ragione nemmeno la concorrente può sottrarsi alle norme di *lex specialis*, quand'anche richiesta in tal senso dalla stazione appaltante, perché l'effetto disapplicativo di norme regolanti la procedura di gara si realizzerebbe comunque.

Il Collegio esclude, altresì, che possano militare in senso contrario gli "indirizzi" dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (ora appunto Autorità nazionale anticorruzione) formulati nella determinazione n. 111 del 20 dicembre 2012, poiché la facoltà ivi prevista di inserire nella banca dati ex art. 6-bis del codice di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 è riconosciuta solamente in via transitoria agli operatori economici, nella fase di avvio del sistema informatico applicativo AVCpass (art. 6, comma 2, della determinazione).

Per contro, nel caso di specie, l'Amministrazione aveva dettato nel bando di gara una prescrizione puntuale, che imponeva ai concorrenti sorteggiati ai sensi dell'art. 48 del previgente codice di comprovare i requisiti di capacità tecnica ed economica mediante «certificazione rilasciata dai committenti con indicazione di periodi ed importi di svolgimento dei servizi», senza consentire alternative.

Il richiamo all'art. 48 del codice dei contratti contenuto nel bando priva di rilievo ogni assunto fondato sull'inapplicabilità alla procedura di affidamento delle disposizioni contenute nel codice dei contratti, al di là di quelle richiamate dall'art. 20 del medesimo codice, in quanto avente ad oggetto un servizio previsto dall'allegato II B.

Il Collegio sottolinea come la circostanza che il giudice di primo grado abbia fondato l'esclusione sulla violazione degli artt. 41 e 42 d.lgs. n. 163 del 2006 - anziché sull'art. 48 del medesimo codice e sulle disposizioni del bando di gara relative alla prova dei requisiti di partecipazione - costituisca un errore motivazionale che non incide sulla conformità a diritto della decisione finale ed è dunque suscettibile di correzione in appello.

In conclusione, l'esclusione dell'aggiudicataria consegue all'applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 e delle disposizioni del bando di gara, dal cui combinato non era consentita modalità alternativa che quella di comprovare il possesso dei requisiti speciali di partecipazione mediante l'esibizione dei certificati rilasciati dal committente.

L'esclusione dalla gara è, quindi, l'unica conseguenza applicabile all'ipotesi in cui la prova dei requisiti non sia stata data con l'unico mezzo per essi previsto, senza possibilità di regolarizzazione mediante il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante.

Risulta, infatti, applicabile il termine di 10 giorni previsto dall'art. 48 del codice dei contratti ed il carattere perentorio che la costante giurisprudenza amministrativa ha ad esso attribuito impedisce di sanare le conseguenze derivanti dal suo infruttuoso decorso integrale.

Il Collegio, dopo aver ribadito che la sanzione espulsiva non discende solo da una disposizione di legge richiamata dalla stazione appaltante in via di autovincolo, ma anche

attraverso un'ulteriore ed autonoma previsione della normativa di gara, nega che le conseguenze derivanti dallo spirare del termine assegnato per la comprova dei requisiti possano essere sanate in considerazione della successiva produzione delle certificazioni attestanti lo svolgimento dei servizi dichiarati ai fini della qualificazione nella gara.

Se, infatti, fosse consentita una simile prova tardiva ne risulterebbe violato il canone generale della *par condicio* tra i concorrenti ad una procedura di affidamento di contratti pubblici, alla cui realizzazione è preordinato il carattere perentorio del termine previsto dal comma 1 dell'art. 48 del codice dei contratti.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 5756 del 2016, proposto da:

Comune di Recco, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Ghibellini, con domicilio eletto presso l'avvocato Silvia Villani, in Roma, via Asiago 8;

***contro***

Fortunam Experiri s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Piera Sommovigo, Cristian Saffioti e Luca Gabrielli, con domicilio eletto presso Luca Gabrielli, in Roma, via Filippo Nicolai 70;

***nei confronti di***

C.S.P. Società Cooperativa Sociale a resp. lim., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Andrea Zorzi e Giovanni Attilio De Martin, con domicilio eletto presso l'avvocato Antonino Bosco, in Roma, via Sestio Calvino

33;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LIGURIA, SEZIONE II, n. 611/2016, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento del servizio di assistenza sugli scuolabus e pre-scuola

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fortunam Experiri s.r.l. e della C.S.P. Società Cooperativa Sociale a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2016 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Alessandro Ghibellini, Piera Sommovigo, Luca Gabrielli, Cristian Saffioti e Gianluca Contaldi, su delega dell'avvocato Giovanni Attilio De Martin;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con ricorso proposto davanti al Tribunale amministrativo regionale della Liguria la Fortunam Experiri s.r.l. impugnava gli atti della procedura di affidamento in appalto del servizio di assistenza sugli scuolabus e pre-scuola per il periodo dal 1° giugno 2016 al 30 giugno 2020 per il Comune di Recco, indetta con bando pubblicato il 20 dicembre 2015, ed aggiudicata alla C.S.P. Società Cooperativa Sociale a r.l. (determinazione in data 27 novembre 2015 n. 91).

2. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito accoglieva il ricorso, giudicando fondato il motivo con cui la Fortunam Experiri aveva dedotto che in sede di verifica ex art. 48 dell'allora vigente codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) l'aggiudicataria non aveva comprovato i requisiti di capacità tecnica ed economica, essendosi limitata a produrre alla stazione appaltante le fatture dei servizi precedentemente svolti anziché le certificazioni degli stessi, come invece richiesto dal bando di gara (in particolare dagli artt. 12 e 13).

3. Il Comune di Recco contesta questa statuizione con il presente appello.

4. Si sono costituite la Fortunam Experiri e la C.S.P., rispettivamente in resistenza e in adesione all'appello dell'amministrazione.

## DIRITTO

1. Il Comune di Recco ritiene errata la pronuncia di primo grado sotto plurimi profili.

L'amministrazione appellante sostiene innanzitutto che l'aggiudicataria non avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, perché attenutasi alla propria richiesta (formalizzata con nota in data 11 settembre 2015) di produrre in alternativa alla certificazione le fatture relative ai servizi precedentemente svolti, sul presupposto, ritenuto dalla medesima amministrazione sulla base degli indirizzi espressi in materia dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che tali elementi di prova siano equipollenti alle certificazioni attinenti ai medesimi servizi.

Il Comune di Recco si duole inoltre che il giudice di primo grado abbia ritenuto applicabili – e decisivi ai fini dell'esclusione dalla gara della C.S.P. – gli artt. 41 e 42 del citato codice, dedicati ai mezzi con cui può essere dimostrata la capacità tecnica ed economica nelle procedure di affidamento. Secondo l'amministrazione appellante il Tribunale amministrativo non avrebbe tratto le corrette conseguenze dalla circostanza che il servizio oggetto della gara in contestazione è compreso tra quelli previsti dall'allegato II B del medesimo codice, per cui ad esso si applicano solo le specifiche disposizioni richiamate nell'art. 20 d.lgs. n. 163 del 2006, tra cui non sono compresi i citati artt. 41 e 42.

In ogni caso – soggiunge il Comune appellante – anche laddove si volessero ritenere violate le medesime disposizioni, l'esclusione della C.S.P. non avrebbe comunque potuto essere disposta, in ragione del potere di soccorso istruttorio previsto dall'art. 46, comma 1-ter, del medesimo codice dei contratti pubblici. Allo stesso riguardo, l'amministrazione evidenzia che dagli artt. 12 e 13 del bando di gara non è ricavabile alcuna causa di esclusione in caso di documentazione diversa da quelle previste dalla *lex specialis*, ma solo per la diversa ipotesi in cui la dimostrazione della capacità tecnica ed economica non fosse stata data. A conclusione di questo percorso argomentativo, il Comune di Recco sottolinea che la C.S.P. possiede la capacità prevista dal bando di gara per lo svolgimento del servizio, come risulta dalla certificazione relativa ai servizi precedentemente svolti da essa prodotta successivamente all'aggiudicazione e quindi nel giudizio davanti al Tribunale amministrativo, sebbene quest'ultimo non abbia tenuto conto di questo decisivo elemento.

2. Nessuno di questi motivi è fondato e l'appello deve essere respinto.

3. Deve innanzitutto premettersi che per pacifica giurisprudenza il bando di gara costituisce un vincolo dal quale anche la stazione appaltante non può sottrarsi, nel senso che al pari dei concorrenti anche l'amministrazione è inderogabilmente tenuta ad applicare le disposizioni che essa stessa si è data per la procedura di affidamento (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 25 aprile 2014, n. 9, § 6.2.1).

Venendo quindi al caso di specie, come correttamente evidenziato dal Tribunale amministrativo, i sopra richiamati artt. 12 e 13 del bando di gara prevedono che la

commissione giudicatrice procede tra l'altro ad «*effettuare il sorteggio pubblico di cui all'art. 48 del D. Lgs.vo n. 163/2006*», e che i concorrenti sorteggiati devono a tal fine «*presentare la certificazione rilasciata*

*dai committenti con indicazione di periodi ed importi di svolgimento dei servizi*»; l'art. 12 prevede inoltre che nel caso in cui «*tale prova non sia fornita (...) si procederà all'esclusione del concorrente dalla gara*».

E' quindi pacifico, perché non contestato nemmeno dal Comune di Recco o dall'aggiudicataria C.S.P., che a fronte della richiesta di comprova dei requisiti quest'ultima si è limitata a produrre le fatture relative ai servizi precedentemente svolti, mediante inserimento nella banca dati nazionale dei contratti pubblici ex 6-bis, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 (sistema informatico "AVCpass", gestito dall'Autorità nazionale anticorruzione), in luogo della certificazione prevista dall'art. 13 del bando sopra richiamata.

4. Ciò precisato, al fine di confutare le censure contenute nel presente appello deve innanzitutto essere ritenuta irrilevante la circostanza che la richiesta di comprova non indicasse come mezzi di prova la sola certificazione, ma anche le fatture relative ai servizi, perché come poc'anzi chiarito, non è consentito all'amministrazione disapplicare le norme del bando di gara. Del pari, per la medesima ragione nemmeno la concorrente può sottrarsi alle norme *di lex specialis*, quand'anche richiesta in tal senso dalla stazione appaltante, perché l'effetto disapplicativo di norme regolanti la procedura di gara si realizzerebbe comunque.

5. Tanto meno in contrario possono essere richiamati gli "indirizzi" dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (ora appunto Autorità nazionale anticorruzione) formulati nella determinazione n. 111 del 20 dicembre 2012.

In realtà, la facoltà prevista da questo provvedimento di inserire nella banca dati ex art. 6-bis del codice di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 è riconosciuta in via transitoria agli operatori economici nella fase di avvio del sistema informatico applicativo AVCpass (art. 6, comma 2, della determinazione). Per contro, nel caso di specie, il Comune di Recco aveva dettato nel bando di gara una prescrizione puntuale, che imponeva ai concorrenti sorteggiati ai sensi del più volte citato art. 48 del previgente codice di comprovare i requisiti di capacità tecnica ed economica mediante «*certificazione rilasciata dai committenti con indicazione di periodi ed importi di svolgimento dei servizi*», senza consentire alternative.

6. Inoltre, poiché in modo altrettanto puntuale l'art. 48 è richiamato dal bando (art. 12), perde di rilievo ogni assunto fondato sull'inapplicabilità alla procedura di affidamento in contestazione delle disposizioni contenute nel codice, al di là di quelle richiamate dall'art. 20, in quanto avente ad oggetto un servizio previsto dall'allegato II B.

Sul punto deve precisarsi che le censure del Comune di Recco traggono origine dal fatto che il giudice di primo grado ha ritenuto che l'esclusione della C.S.P. si fonda sulla violazione degli artt. 41 e 42 d.lgs. n. 163 del 2006.

Tali critiche sono fondate, ma esse colgono un errore motivazionale che non incide sulla

conformità a diritto della decisione finale e che è dunque suscettibile di correzione in appello. Infatti, l'esclusione di quest'ultima concorrente avrebbe dovuto essere disposta non già in applicazione di tali disposizioni, ma dell'art. 48 e degli artt. 12 e 13 del bando di gara, dal cui combinato era consentita modalità alternativa che quella di comprovare il possesso dei requisiti speciali di partecipazione mediante l'esibizione dei certificati rilasciati dal committente.

7. L'esclusione dalla gara è poi l'unica conseguenza applicabile all'ipotesi, poi concretamente verificatasi, in cui la prova dei requisiti non sia stata data con l'unico mezzo per essi previsto, senza possibilità di regolarizzazione mediante il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante.

Infatti, in forza del richiamo all'art. 48 operato dal bando, è applicabile il termine di 10 giorni previsto da tale disposizione ed il carattere perentorio che la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha ad esso attribuito (da ultimo: Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032), con conseguente impossibilità di sanare le conseguenze derivanti dal suo infruttuoso decorso integrale.

Peraltro - come sopra rilevato - lo stesso bando di gara, ed in particolare l'art. 12, prevede in modo espresso l'esclusione nel caso in cui non sia fornita del possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica mediante attraverso certificazioni dei servizi di cui al successivo art. 13. Pertanto, la sanzione espulsiva non discende solo da una disposizione di legge che il Comune odierno appellante ha ritenuto di richiamare in via di autovincolo, ma anche attraverso un'ulteriore ed autonoma previsione inserita nella normativa di gara.

8. Alla luce di tutto quanto sinora rilevato, le conseguenze derivanti dallo spirare del termine assegnato per la comprova dei requisiti non possono nemmeno essere sanate in considerazione del fatto che l'aggiudicataria ha poi prodotto le certificazioni attestanti lo svolgimento dei servizi dichiarati ai fini della propria qualificazione nella procedura di gara in contestazione. Se infatti fosse consentita la prova tardiva ne risulterebbe violato il canone generale della *par condicio* tra i concorrenti ad una procedura di affidamento di contratti pubblici, alla cui realizzazione è preordinato il carattere perentorio del termine previsto dal comma 1 del più volte citato art. 48 (sul punto si vedano i principi affermati, con riguardo al comma 2 di tale disposizione, in estensione rispetto a quelli già invalsi con riguardo al comma 1, dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, nella sentenza 25 febbraio 2014, n. 10).

9. In conseguenza del rigetto dell'appello il Comune di Recco è tenuto a rifondere all'originaria ricorrente Fortunam Experiri le spese del presente grado di giudizio. Le stesse possono invece essere compensate nei rapporto tra la medesima amministrazione e la controinteressata C.S.P. società cooperativa sociale, che ha aderito alla presente impugnazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando

sull'appello, come in epigrafe proposto lo respinge; condanna l'appellante Comune di Recco a rifondere alla Fortunam Experiri s.r.l. le spese del presente appello, liquidate in € 3.000,00, oltre agli accessori di legge; le compensa tra la medesima appellante e la Csp società cooperativa sociale a responsabilità limitata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere