



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1473 del 2013, proposto da:  
E.A.Co.S. - Edili Artigiani Consorziati Società Cooperativa in  
persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso  
dall'avv. Fabio Puliti, con domicilio eletto presso il suo studio in  
Firenze, viale Mazzini 60;

***contro***

il Comune di Chianciano Terme in persona del Sindaco in carica,  
rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto  
presso il suo studio in Firenze, via dei Rondinelli 2;

***nei confronti di***

Ediltoscumbra S.r.l. in persona del legale rappresentante in carica,  
non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

- dei verbali n. 1 del 18.05.2012, n. 2 del 1°06.2012, n. 3  
dell'8.06.2012 e n. 4 del 20.06.2012 di valutazione domande ed

offerte alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di ampliamento e riqualificazione del parcheggio di Borgo Nuovo - 2° stralcio;

- della nota a firma del responsabile Servizio Lavori Pubblici Patrimonio - Manutenzioni - Ciclo integrato rifiuti del Comune di Chianciano (Presidente di commissione) prot. 8372 dell'8.06.2012;

- della nota prot. 9058 del 21.06.2012 a firma del Responsabile Servizio Lavori Pubblici Patrimonio - Manutenzioni - Ciclo integrato rifiuti del Comune di Chianciano, avente ad oggetto "Procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di ampliamento e riqualificazione del parcheggio sul Borgo Nuovo - 2° stralcio - Aggiudicazione provvisoria;

- della nota del 1.08.2013 a firma del Responsabile Servizio Lavori Pubblici Patrimonio - Manutenzioni - Ciclo integrato rifiuti del Comune di Chianciano, avente ad oggetto "Procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di ampliamento e riqualificazione del parcheggio sul Borgo Nuovo - 2° stralcio - Aggiudicazione definitiva efficace;

- della determinazione del Responsabile del Servizio Lavori Pubblici Patrimonio - Manutenzioni - Ciclo integrato rifiuti del Comune di Chianciano nr. 262 del 18.07.2013, avente ad oggetto "Lavori di ampliamento e riqualificazione del parcheggio sul Borgo Nuovo - 2° stralcio - Aggiudicazione definitiva efficace" (non allegata alla nota del 1.08.2013 e ottenuta a seguito di apposita istanza di accesso)

nonché, per quanto occorrer possa,

- della lettera di invito alla procedura del 20.04.2012 e dei relativi allegati;
- del contratto eventualmente sottoscritto con l'aggiudicataria individuata dal Comune nonché degli atti amministrativi propedeutici ad esso connessi;
- della nota prot. n. 12.968 del 22.08.2013 a firma del Responsabile Servizio lavori Pubblici Patrimonio - Manutenzioni - Ciclo integrato rifiuti del Comune di Chianciano e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente, ancorché incognito alla ricorrente, e con domanda di conseguire l'aggiudicazione e di risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Chianciano Terme;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2014 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Il Comune di Chianciano Terme ha indetto una procedura negoziata senza pubblicazione di bando, da aggiudicarsi con il criterio del

prezzo più basso mediante prezzi unitari, cui ha invitato quarantasette imprese. L'offerta è stata presentata da tredici delle imprese invitate e dopo la verifica sul possesso dei requisiti soggettivi, la Commissione di gara si è riunita per l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica. Nel corso di questa seduta, svolta il 1° giugno 2012, sono state scrutinate le offerte del consorzio E.A.C.O.S. e dell'impresa M.M. s.r.l. e durante l'operazione, il rappresentante del primo ha rilevato che nell'offerta della seconda, a differenza della sua, mancava la dichiarazione prevista dall'art. 119, comma 5, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, avente ad oggetto la presa d'atto che l'indicazione delle voci e delle quantità non ha effetto sull'importo complessivo dell'offerta il quale, pur determinato con l'applicazione dei prezzi unitari alle quantità delle lavorazioni, resta fisso ed invariabile. La Commissione ha rilevato che la lettera di invito richiamava il citato art. 119, e tuttavia il modello predisposto dalla stazione appaltante per la formulazione dell'offerta non conteneva la dichiarazione suddetta. Ha quindi deciso di rinviare la seduta a data da determinarsi per approfondire la questione, poiché l'omissione poteva avere determinato incertezza tra i concorrenti.

La Commissione si è riunita nuovamente l'8 giugno 2012 in seduta riservata e in applicazione dei principi di collaborazione tra stazione appaltante e concorrenti e di *favor participationis*, ha stabilito di consentire a tutti la produzione tardiva della dichiarazione entro il termine del successivo 20 giugno 2012, ore 12.00.

Riunitasi nuovamente in questa stessa data, ha dato atto che undici delle tredici imprese offerenti avevano prodotto la dichiarazione integrativa e dopo avere escluso il concorrente che non vi aveva provveduto, ha aperto le buste offerta e aggiudicato in via provvisoria il contratto all'impresa Ediltoscumbra s.r.l. Sono poi state condotte con esito positivo le verifiche sulle dichiarazioni sostitutive presentate e quindi il Comune ha provveduto all'aggiudicazione definitiva con determinazione dirigenziale 18 luglio 2013, n. 262, dandone comunicazione tramite fax con nota 1 agosto 2013, prot. 12119.

Il consorzio E.A.C.O.S. ha allora impugnato gli atti di gara con il presente ricorso, notificato il 15 ottobre 2013 e depositato il 29 ottobre 2013, lamentando violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si è costituito il Comune di Chianciano Terme chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza 6 novembre 2013, n. 557, è stata respinta la domanda cautelare.

All'udienza del 26 novembre 2014 la causa é stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Con il presente ricorso il consorzio E.A.C.O.S., premesso di essere stato l'unico concorrente in una gara per l'aggiudicazione di lavori pubblici a produrre la dichiarazione prevista dall'art. 119,

comma 5, del d.P.R. 207/2010, lamenta che la Commissione di gara invece di provvedere all'esclusione degli altri concorrenti, abbia dato loro la possibilità di produrre tardivamente la dichiarazione stessa. Con primo motivo deduce che il comportamento della Commissione sarebbe illegittimo poiché la disposizione regolamentare soprarichiamata espressamente prevede che detta dichiarazione debba essere prodotta a pena di inammissibilità dell'offerta e d'altra parte, a suo dire, nella legge di gara esisteva un richiamo all'obbligo di formulare l'offerta secondo le modalità previste dal suddetto d.P.R. 207/2010. Laddove poi si dovesse ritenere che la *lex specialis* non fosse rispondente alla normativa in materia di lavori pubblici e in particolare alla disposizione citata, la impugna *in parte qua*. Sarebbe inconferente il principio di soccorso istruttorio poiché questo può essere applicato solo per completare o regolarizzare la dichiarazione resa ma l'Amministrazione invece, nel caso in esame, avrebbe illegittimamente riaperto i termini per il deposito dell'offerta.

Con secondo motivo si duole che la Commissione di gara, dopo la prima seduta per l'apertura delle buste offerta, si è riunita in seduta riservata durante la quale ha deciso di procedere alla richiesta di integrazione. Ebbene tale condotta avrebbe violato sia la legge di gara che la disposizione di cui all'art. 117, d.P.R. 207/2010, il quale vieta di posticipare le sedute per l'apertura delle offerte economiche e per di più, ne impone la pubblicità. Propone poi domanda di risarcimento danni, quantificata in memoria finale a titolo di lucro

cessante e danno curriculare nella misura di € 59.641,00.

Il Comune di Chianciano Terme replica alle deduzioni del ricorrente evidenziando che la mancata previsione dell'obbligo dichiarativo nella modulistica allegata alla lettera invito potrebbe avere indotto in errore i concorrenti, tant'è che alcuna delle imprese, tranne il consorzio ricorrente, avevano presentato la dichiarazione *de qua*. La loro esclusione avrebbe quindi, a suo dire, violato i principi di affidamento e buona fede. Il richiamo all'art. 119 del d.P.R. 207/2010 è contenuto non nella sezione della lettera invito relativa alle istruzioni per la redazione delle offerte, ma in quella riguardante l'indicazione del criterio di aggiudicazione prescelto. Quanto al secondo motivo, replica che non sarebbe inibito svolgere sedute riservate anche in fase di apertura delle offerte economiche qualora si verificano situazioni impreviste e particolari, come avvenuto nel caso di specie, né il principio di continuità delle operazioni di gara sarebbe stato lesa dall'intervallo minimale occorso tra le sedute.

2. Nel caso in esame viene in rilievo la mancata produzione, nell'ambito di una gara d'appalto svolta con procedura negoziata, di una dichiarazione da parte di tutte le imprese partecipanti ad eccezione del consorzio ricorrente. Si tratta della "dichiarazione di presa d'atto che l'indicazione delle voci e delle quantità non ha effetto sull'importo complessivo dell'offerta che, seppure determinato attraverso l'applicazione dei prezzi unitari offerti alle quantità delle varie lavorazioni, resta fisso ed invariabile". Essa deve

accompagnare l'offerta nel caso di appalto di progettazione ed esecuzione e di appalti i cui corrispettivi sono stabiliti esclusivamente a corpo, ovvero a corpo e a misura. La mancata produzione della dichiarazione comporta inammissibilità dell'offerta, a norma dell'art. 119, d.P.R. 207/2010.

Tale dichiarazione, pur assistita da esclusione prevista dalla normativa, non era invece richiesta dalla lettera di invito alla gara e la stazione appaltante, per ovviare all'errore, ha rimesso in termini i concorrenti consentendo loro di produrla entro un termine, successivamente alla scadenza del termine originariamente stabilito per la presentazione delle offerte. Il ricorrente contesta che in tal modo sia stato violato il principio di parità di trattamento poiché, a suo dire, la mancanza di tale dichiarazione avrebbe dovuto comportare l'esclusione di tutti coloro che non l'avevano prodotta.

È pacifico che la lettera invito non richiedesse, tra le dichiarazioni da produrre, anche quella di cui si tratta. E' vero che essa, a pag. 10, conteneva un riferimento al rispetto delle prescrizioni previste dal d.P.R. 207/2010 e tuttavia, nella stessa pagina, stabiliva anche che l'offerta economica dovesse essere prodotta in conformità all'allegato 2 nel quale non figurava la dichiarazione in questione. Da queste circostanze, che non sono oggetto di contestazione, si può trarre una prima conclusione: la lettera invito non conteneva un espresso richiamo alla necessità di produrre la dichiarazione ed anzi, proprio perché stabiliva che le offerte fossero redatte secondo l'allegato 2

ove tale schema di dichiarazione non figurava, essa conteneva disposizioni contrastanti con la normativa.

Secondo il ricorrente la legge di gara doveva ritenersi integrata dalla disposizione regolamentare richiamata, sicché gli altri concorrenti non avrebbero potuto esimersi dal suo rispetto e avrebbero dovuto quindi essere esclusi. Il soccorso istruttorio non è infatti ammesso nel caso in cui venga omessa una dichiarazione prescritta a pena di esclusione.

In via preliminare, ai fini della soluzione della controversia deve darsi atto che la gara in questione è stata indetta con lettera invito del 20 aprile 2012 e pertanto non ricade nell'ambito di applicazione del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114, che ha introdotto una forte estensione del principio di soccorso istruttorio. Le previsioni di quest'ultimo si applicano infatti alle gare indette dopo la sua entrata in vigore, avvenuta il 25 giugno 2014.

Questa Sezione concorda sul principio di eterointegrazione della legge di gara e più volte ne ha fatto applicazione (sentenze 10 marzo 2014, n. 476; 12 giugno 2012, n. 1140). Il caso in esame presenta però una peculiarità costituita dalla circostanza che la stessa stazione appaltante ha indotto in errore i concorrenti. Non è infatti dubitabile che l'obbligo stabilito nella lettera di invito, di produrre l'offerta economica secondo quanto previsto dal suo allegato 2 ove mancava lo schema della dichiarazione ex art. 119, comma 5, d.P.R. 207/2010, possa avere indotto i partecipanti alla gara a ritenere che quest'ultima

non fosse necessaria.

L'operatività dell'integrazione della legge di gara da parte della normativa trova un limite nella tutela dei principi di affidamento e buona fede dei concorrenti. Ove cioè la stazione appaltante stessa crei una situazione di apparenza di diritto non se ne può non tenere conto poiché, diversamente opinando, verrebbero violati i principi suddetti e anche quello di massima partecipazione alle gare di appalto. A questo proposito è stato affermato che “nel caso in cui la stazione appaltante ometta di inserire nella disciplina di gara un elemento previsto come obbligatorio dall'ordinamento giuridico soccorre il meccanismo di integrazione automatica.....; peraltro da ciò non consegue in modo diretto ed automatico l'esclusione dalla gara del concorrente che non abbia formulato la dichiarazione espressamente prevista dalla legge, dovendo tenersi conto che non solo fondamentali esigenze di certezza del diritto e tutela della par condicio dei concorrenti impediscono all'Amministrazione di disattendere i precetti fissati nella normativa di gara dalla stessa formulata, ma soprattutto del principio di affidamento — formalmente elevato al rango di principio generale dell'azione amministrativa dall'art. 1, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241 — che impedisce che sul cittadino possano ricadere gli errori dell'Amministrazione” (C.d.S. V, 9 settembre 2011 n. 5073). Il principio è confermato dalla stessa Sezione del Consiglio di Stato 17 giugno 2014, n. 3093.

Tale conclusione è stata avvalorata anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 30 luglio 2014, n. 16, a tenore della quale “la presentazione di una dichiarazione dal tenore letterale identico a quello riportato negli atti di gara impone la tutela della buona fede in ordine alla sua correttezza ed impedisce, in ogni caso, qualsivoglia sanzione espulsiva del concorrente che l'ha presentata”, e tanto a finalità di tutela dell'affidamento ingenerato nei concorrenti e del principio di *favor participationis*.

Il caso di specie deve dunque essere risolto alla luce di questi principi.

La stazione appaltante ha ingenerato nei concorrenti la convinzione che la dichiarazione prevista dall'art. 119, d.P.R. 207/2010, ultimo periodo, non fosse necessaria poiché, se pure nel corpo della lettera invito vi era un richiamo alla necessità di rispettare le norme del regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici, tuttavia nel paragrafo immediatamente successivo si disponeva che l'offerta economica fosse redatta conformemente all'allegato 2 della lettera invito medesima, il quale tra gli schemi delle dichiarazioni che i concorrenti avrebbero dovuto compilare non conteneva quella di cui si tratta. Tale conclusione viene confermata dalla circostanza che solo il ricorrente, tra le tredici imprese partecipanti, l'ha presentata, e dimostra che il concorrente di ordinaria diligenza ben poteva ragionevolmente presumere che la stessa non fosse necessaria, a causa dell'errore compiuto dalla stazione appaltante. Bene quindi

quest'ultima ha emendato l'errore, rimettendo in termini i concorrenti per produrre la dichiarazione, poiché agendo nel senso indicato dal ricorrente avrebbe certamente inciso l'interesse pubblico alla massima partecipazione alla gara d'appalto e violato i principi di buona fede ed affidamento.

Il primo motivo deve quindi essere respinto.

Quanto al secondo motivo, va ricordato che “nelle gare pubbliche il principio di continuità e speditezza della procedura va correlato agli altri concorrenti principi che informano l'azione amministrativa ed è derogabile in presenza di ragioni oggettive, quali la complessità delle operazioni di valutazione delle offerte” (C.d.S. III, 1 settembre 2014 n. 4449; 31 dicembre 2012 n. 6714). Nel caso di specie, effettivamente si era presentato un problema particolare rappresentato dalla mancata previsione, nella legge di gara, dell'obbligo dichiarativo di cui si tratta, e questa circostanza imponeva un approfondimento. Peraltro tra la seduta in cui la questione è emersa (1 giugno 2012) e lo svolgimento della seduta in cui alla stessa è stata data soluzione (8 giugno 2012) sono trascorsi solo sette giorni, vale a dire un intervallo minimo che, come correttamente deduce la difesa comunale, non è tale da incidere il principio di continuità della procedura d'appalto.

La circostanza poi che la seconda seduta sia stata svolta in forma riservata non costituisce motivo di illegittimità, come correttamente replica la difesa comunale, poiché in tale sede non sono stati aperti i

plici offerta presentati dai concorrenti e la Commissione si è limitata a esaminare ed approfondire la questione emersa nel corso della gara.

3. In conclusione, il ricorso deve essere respinto. Le spese di causa possono tuttavia essere integralmente compensate tra le parti in ragione della novità e della particolarità della questione affrontata.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)