

**DUE CASI NON INFREQUENTI IN TEMA DI APPALTI PUBBLICI: a) LA POSSIBILE IRRILEVANZA DELL'OMISSIONE DI INFORMAZIONI DA PARTE DEI CONCORRENTI; b) IL RIFLESSO DELLE SPECIFICHE TECNICHE PRESENTI NEL BANDO SULLA INDICAZIONE NOMINATIVA DEL PRODOTTO RICHIESTO**

**Ezio Maria Barbieri**

*Premessa.*

Pur senza pretendere di esaminare in tutta la sua ampiezza e complessità il tema della interpretazione della legge, sembra utile prendere in considerazione un caso concreto presentatosi recentemente ai giudici amministrativi dal quale emerge l'importanza di non adagiarsi mai soltanto su una interpretazione strettamente letterale delle norme (ed ancor meno, ovviamente, su una lettura comodamente parziale delle medesime). È ben vero, infatti, che l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale dispone che *“nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse”*; a tale criterio parimenti si affianca, però, anche l'obbligo di tener conto dell'intenzione del legislatore, alla quale giustamente il legislatore dell'art. 1362 cod. civ. equipara, nel caso di rapporti contrattuali, l'intenzione delle parti. Il contratto, infatti, non si differenzia sostanzialmente dalla legge; esso è, anzi, la legge che le parti concordemente si danno per regolamentare il rapporto che intendono stabilire fra di loro. Di qui, dunque, l'importanza di dare in ogni caso il giusto rilievo anche alla funzione della norma, sia essa legale o contrattuale, ogniqualvolta la lettera della disposizione o dell'accordo non imponga obblighi o doveri di carattere assoluto, che non abbiano altra giustificazione che quella di individuare caratteri essenziali ed imprescindibili del procedimento

o del rapporto, regolandoli sotto un profilo rigorosamente formale. È soltanto in tali situazioni che può trovare applicazione tranquilla la regola che il noto brocardo latino riassume nella formula “*in claris non fit interpretatio*”.

1. Un primo caso che sembra interessante prendere in esame è quello nel quale la giurisprudenza amministrativa si è differentemente pronunciata in primo ed in secondo grado nel dare la propria interpretazione all’art. 80 comma 5 lett. *c-bis* del codice dei contratti pubblici. Questa norma dispone che le stazioni appaltanti escludano dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico qualora egli abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

In alcune occasioni l’amministrazione aveva fatto uso di questa norma per negare ad un concorrente di una gara pubblica l’autorizzazione ad affidare alcune opere in subappalto, giustificando il proprio diniego con il fatto che egli aveva omesso di dichiarare nell’apposito modello predisposto dalla medesima amministrazione che il proprio direttore tecnico aveva subito una condanna a pena pecuniaria per il reato di ingiurie e lesioni lievissime.

I giudici di primo grado avevano ritenuto legittimo tale diniego, benché il reato di ingiurie fosse stato depenalizzato, a quello di lesioni lievissime fosse stato applicato l’indulto senza essere stato, però, dichiarato estinto dal giudice dell’esecuzione e nonostante il certificato del casellario non indicasse la condanna per nessuno di tali reati. La decisione del TAR è stata, però, annullata con sentenza del Con-

siglio di stato, sez. IV, in data 28 agosto 2020, n. 4641 (che omette l'indicazione degli estremi della sentenza appellata), con la quale si è statuito che *“la violazione degli obblighi informativi che incombono sui partecipanti alle pubbliche gare in tanto può comportare l'esclusione del concorrente reticente, in quanto essa sia stata effettivamente valutata dalla stazione appaltante in termini di incidenza sulla permanenza degli imprescindibili requisiti di integrità ed affidabilità del concorrente stesso sì che l'esclusione non è automatica, ma è rimessa all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante”*.

La decisione dei giudici d'appello è, a mio giudizio, del tutto corretta. Per giungere a questa conclusione già nel giudizio di primo grado sarebbe bastata in primo luogo una lettura più attenta della norma in esame. Il fatto addebitato al concorrente poteva indifferentemente rientrare nella categoria delle informazioni false ovvero omesse, non importa se per dolo o per negligenza. Come che fosse, il legislatore attribuiva comunque rilevanza a tali comportamenti di falsità o di omissione solo in quanto essi fossero suscettibili di influenzare la scelta amministrativa o comunque incidessero sul corretto svolgimento della procedura di selezione. Se dunque si fosse trattato di falsità o di omissioni riguardanti reati espressamente previsti dall' art. 80 del codice dei contratti pubblici di per sé comportanti esclusione dalla gara perché presuntivamente incidenti sui necessari requisiti di integrità e di affidabilità dei concorrenti, l'esclusione dalla gara avrebbe potuto e dovuto essere automaticamente dichiarata dalla stazione appaltante. Quando, invece, la falsità o l'omissione riguarda altri tipi di reato, come per esempio nel caso sul quale il Consiglio di stato era chiamato a pronunciarsi, che si riferiva ad una ipotesi di ingiurie e di lesioni lievissime, trattandosi di reati che la dottrina qualifica come *“non ostativi”* proprio per la loro natura neutra ai fini della moralità dello svolgimento di una gara pubblica, non ricorre alcuna automaticità valutativa e pertanto, in assenza di tale automaticità, nel caso in

questione l'amministrazione non avrebbe dovuto fermarsi a prendere atto di una condotta dolosamente o negligenemente omissiva e ritenere di per sé dotata di effetti escludenti, ma avrebbe dovuto, prima di adottare una misura espulsiva, accertare e valutare tutte le circostanze del caso. Era dunque il fatto commesso e non la mera omissione comunicativa che l'amministrazione avrebbe dovuto valutare, al fine di stabilirne l'eventuale incidenza sulla integrità o affidabilità del concorrente. Intervenendo a questo punto un elemento valutativo di natura discrezionale, necessariamente si imponeva, di conseguenza, prima di trarne una conclusione punitiva, anche l'obbligo di motivare adeguatamente l'eventuale riflettersi del fatto commesso sui requisiti qualitativi soggettivi richiesti per i concorrenti.

A conclusioni di questo genere avrebbe dovuto condurre anche la considerazione che i requisiti di forma richiesti in molteplici occasioni dalle amministrazioni prima di accedere alle richieste del privato, ove non posti dalla legge come condizioni insuperabili, perseguono pur sempre una funzione, alla luce della quale essi vanno valutati. Questa funzione della norma, infatti, non è altro che l'obiettivo perseguito dall'intenzione del legislatore. Di regola, salvo contraria espressa disposizione di legge, deve ritenersi che nessuna forma sia fine a sé stessa, ma sempre essa vada inquadrata e valutata in collegamento con l'obiettivo che le è assegnato all'interno del procedimento amministrativo. Il che vale, in particolare, nel caso dell'art. 80 comma 5 lett. c) del codice dei contratti pubblici dove i fatti sono considerati escludenti quando siano caratterizzati dalla loro capacità di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante. Anche una omessa informazione, dunque, in quanto relativa a fatti inidonei a riflettersi sul corretto svolgimento della procedura di selezione, avrebbe dovuto essere considerata priva di rilievo o, meglio, avrebbe dovuto o almeno potuto essere approfondita, accertata e valutata con adeguata motivazione prima di assurgere, con la necessaria ed ade-

guata motivazione, a causa giustificativa di una esclusione dalla gara.

2. In altra occasione, invece, si è posto il problema della interpretazione di una norma contrattuale che si collocava in un bando di gara per la fornitura di beni ad una pubblica amministrazione. In questo caso una amministrazione si era limitata ad una non condivisibile interpretazione letterale del bando di gara che essa stessa aveva formulato e sulla correttezza del comportamento amministrativo ha deciso il TAR Veneto sez. III con sentenza 3 giugno 2021 n. 749.

Un concorrente era stato escluso dalla partecipazione ad una gara di fornitura di beni perché aveva proposto un prodotto che non recava la stessa denominazione del modello che la stazione appaltante aveva indicato nel bando. Nel medesimo bando, però, l'amministrazione non aveva richiesto espressamente, a pena di esclusione, che venisse offerto unicamente il prodotto recante la denominazione indicata nel bando, tanto che il medesimo proseguiva con la puntuale indicazione delle caratteristiche tecniche cui doveva corrispondere il prodotto offerto. In altre parole, la gara era stata indetta ai sensi dell'art. 68 comma 5 lett. a) del codice dei contratti pubblici in quanto le specifiche tecniche del prodotto richiesto erano state precisate in termini di requisiti funzionali sufficientemente precisi che consentivano agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare l'appalto medesimo. Una precisazione di questo genere, di conseguenza, toglieva ogni significato alla indicazione nominativa del prodotto effettuata nel bando, essendo logico ed evidente che la specificazione puntuale delle caratteristiche proprie del prodotto richiesto apriva automaticamente alla possibilità di presentare tutti i prodotti, indipendentemente dalla loro denominazione commerciale, purché funzionalmente coerenti al modello indicato. A questa interpretazione della volontà contenuta nel bando di gara e quindi ad una coerenza di comportamento con essa la stazione appal-

tante avrebbe dovuto essere indotta, inoltre, non solo dalla integrale valutazione di tutte le affermazioni da essa stessa formulate negli atti di gara relativamente alle specifiche tecniche dei beni richiesti, ma anche dal disposto normativo di cui all'art. 68 del codice dei contratti pubblici, sul quale la giurisprudenza si è costantemente espressa, affermando che il principio di equivalenza *“permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del “favor participationis” (ampliamento della platea dei concorrenti) e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione”* (Cons. stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364).

Come giustamente ricorda il TAR nella succitata sentenza, nel caso in esame la stazione appaltante, non avendo richiesto uno specifico prodotto non sostituibile da altri, avrebbe dovuto tenere presente che il principio di equivalenza *“trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica e l'effetto di escludere un'offerta, che la norma consente di neutralizzare facendo valere l'equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto, è testualmente riferibile sia all'offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti ... e la ratio della valutazione di equivalenza è la medesima quali che siano gli effetti che conseguono alla difformità”* (Cons. stato, sez. III, 27 novembre 2018, n. 6721) e che *“l'art. 68, comma 7, del D.Lgs. 50/2016 non onera i concorrenti di un'apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato; la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al*

*requisito previsto dalla lex specialis”* (Cons. stato, sez. III, 29 marzo 2018, n. 2013; Cons. st. sez. III, 5 febbraio 2018, n. 747).

Leggi, contratti ed atti amministrativi vanno, dunque, sempre interpretati nel rispetto del significato delle parole utilizzate, in modo, però, da salvaguardare esigenze di intima coerenza delle scelte effettuate, di logica comportamentale e quindi di lealtà e di buona fede nonché, quando si tratti di enti pubblici, di buona amministrazione.