TAR Campania, Sezione I Napoli - Sentenza 14/01/2005 n. 158
legge 109/94 Articoli 1, 20, 21 - Codici 1.1, 20.1, 21.1

L'art. 9, comma 5bis, del D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157, introdotto dall'art. 7, comma 2, del D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 65, in materia di attuazione delle direttive 97/52/CE e 98/4/CE, prevede - con una disposizione che sebbene riferita formalmente ai soli appalti pubblici di servizi deve invece ritenersi di portata generale - che le offerte siano recapitate o direttamente oppure a mezzo posta, contemplando altresì la possibilità di prevedere ulteriori modalità di inoltro, purché vengano salvaguardate specifiche esigenze di riservatezza e par condicio.

Trattasi di una disposizione volta a tutelare la posizione delle imprese concorrenti, nel senso che impone alle stazioni appaltanti di prevedere sempre tali due principali modalità di consegna, di cui, più specificamente, quella per autoproduzione determina una maggiore garanzia in termini di certezza e tempestività nella ricezione, i cui potenziali effetti negativi incidenti sul principio di concorrenzialità e di massimizzazione dell'utile per l'amministrazione - rischi che si identificano nel pericolo di aggiustamenti dell'offerta in considerazione del numero di quelle già pervenute - possono essere comunque scongiurati attraverso l'adozione di idonee misure correttive, quali ad esempio la previsione di una consegna obbligatoria anticipata di alcuni giorni rispetto alla scadenza del termine generale fissato dal bando. Mentre deve ritenersi senz'altro illegittimo un bando in cui non siano state previste ambedue le modalità di inoltro richiamate, deve chiedersi se ad analoghe conclusioni debba pervenirsi nell'ipotesi in cui la lex specialis di gara non abbia previsto modalità di consegna ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge come assolutamente indefettibili. Fermo restando che il principio del favor participationis resta pur sempre assicurato nella sua massima estensione dalla previsione del sistema dell'autoproduzione, non è affatto necessario che la stazione appaltante debba introdurre ulteriori sistemi di inoltro dei plichi e che, in ogni caso, debba fornire giustificazioni in merito alla loro mancata previsione. Infatti, ciò che rileva è che il bando abbia previsto quelle modalità di recapito che la legge considera indefettibili a garanzia della par condicio e del favor participationis, restando del tutto estraneo a qualsiasi logica di aggravamento del procedimento la mancata previsione di ulteriori sistemi di inoltro, evenienza che non è destinata in alcun modo ad incidere sulla possibilità delle imprese di partecipare utilmente alla gara.