

Qual è l'ambito di discrezionalità di una Stazione appaltante riguardo alle norme della *lex specialis* di gara il cui inadempimento comporta l'esclusione dalla procedura?

La portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento: ne discende che, qualora il bando commini espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 4683 del 6 settembre 2007 ci insegna che

<Il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione risponde, infatti, da un lato ad esigenze pratiche di certezza e celerità, dall'altro, e soprattutto, alla necessità di garantire l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti>

Nella particolare fattispecie sottoposta al Supremo Giudice amministrativo inoltre:

< Risultano, invero, decisive e meritevoli di accoglimento le doglianze volte a lamentare l'erroneità della sentenza gravata nella parte in cui non ha considerato, da un lato, che essendo la violazione del bando di gara in cui è incorsa la ricorrente di primo grado prevista dalla stessa *lex specialis* a pena di esclusione, l'amministrazione non poteva non darvi esecuzione; dall'altro che la clausola del bando riguardante la formalità nella presentazione delle offerte non poteva essere ritenuta inutile e pregiudizievole per la p.a., non risultando né irragionevolmente onerosa, né un inutile aggravio del procedimento.>

ma non solo

< Pertanto, essendo nella specie espressamente previsto dal bando a pena di esclusione che le offerte economiche dei partecipanti dovevano essere contenute in apposita busta chiusa all'interno del plico, e non avendo la ricorrente di primo grado osservato tale disposizione, la commissione non poteva esimersi dal disporre l'esclusione dalla gara.

Né tale clausola della *lex specialis* può essere ritenuta inutile o pregiudizievole per la p.a. e come tale censurata, attesa la rilevanza dei principi di segretezza, trasparenza ed imparzialità che essa tende a tutelare e che, in ogni caso, l'Amministrazione, nel predisporre i disciplinari di gara, può inserire determinate previsioni, con il limite di non aggravare il procedimento e la partecipazione delle imprese con prescrizioni irragionevoli, come certo non risulta quella in questione.>

Tratto da Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3456:

<Risulta chiaro che la mancata presentazione di quest'ultima dichiarazione, da ritenere espressamente prevista dal bando a pena d'esclusione, al pari di quella di cui tiene luogo, doveva portare la commissione di gara ad escludere l'impresa inadempiente, e non invece ad ammetterla concedendole un termine per regolarizzare la documentazione. In tal senso, secondo un consolidato

orientamento giurisprudenziale, la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento. Da tale principio discende che, qualora il bando commini espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando. Il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione risponde, infatti, da un lato ad esigenze pratiche di certezza e celerità, dall'altro, e soprattutto, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti. La + s.r.l. andava, pertanto, esclusa dalla gara>.

Tratto da Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2003, n. 357:

>2.- Deve premettersi che il ricorrente non ha impugnato la clausola del bando di gara in applicazione della quale è stata disposta la contestata esclusione e che risultano, in fatto, pacifiche tra le parti, oltretutto adeguatamente documentate, le omissioni riscontrate nella busta contenente l'offerta economica.

Ne consegue che la controversia deve ritenersi circoscritta all'esame delle conseguenze della violazione della prescrizione del bando di gara che imponeva, a pena di esclusione, la controfirma sui lembi di chiusura della busta contenente l'offerta economica e l'indicazione su quest'ultima del nome dell'offerente e dell'oggetto della gara.

Esula, invece, dal thema decidendum ogni indagine circa la legittimità della prescrizione del bando in questione e la proporzionalità della sanzione ivi astrattamente prevista quale conseguenza dell'inosservanza dei relativi adempimenti.

3.- Così definito l'ambito oggettivo della materia controversa e dell'esame riservato al Collegio, occorre procedere alla disamina della fondatezza delle ragioni assunte dal ricorrente a sostegno dell'appello.

3.1- Deve, al riguardo, osservarsi che tutti gli argomenti usati dal ricorrente per criticare il rigore dell'Amministrazione nell'applicazione della sanzione dell'esclusione, e, quello, successivo, dei primi giudici che ne hanno riconosciuto la legittimità, postulano, quale logico presupposto, la discrezionalità dell'Amministrazione nell'applicazione della disciplina di gara contenuta nella *lex specialis*.

Non avrebbe, infatti, alcun senso dedurre la natura di irregolarità formale della violazione in questione ed assumere, comunque, la sua inidoneità ad incidere in via sostanziale sulla correttezza della gara se non si supponesse la facoltà dell'Amministrazione di disapplicare le regole della procedura stabilite nel bando e se non si negasse, al contempo, il carattere vincolante delle stesse nella fase della loro attuazione.

Senonché, secondo un consolidato ed univoco orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 1997, n.763), la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento (che non può, quindi, essere in alcun modo disattesa).

Da tale principio discende che, qualora il bando commini espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, la P.A. è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione (Cons. Stato, Sez. V, 10 marzo 1999, n.228), senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla

regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza l'Amministrazione si è, invero, autovincolata al momento dell'adozione del bando.

In coerenza con tali principi, deve, quindi, concludersi che, non solo l'esclusione dell'offerta del ricorrente è legittima, ma che la stessa era, ancor prima, doverosa, in quanto espressamente contemplata dal bando quale sanzione per l'inosservanza delle prescrizioni (nella specie, pacificamente non rispettate) relative alle modalità di presentazione della busta contenente il prezzo proposto per l'acquisto dell'immobile messo all'asta.

3.2- Così chiarito il carattere vincolante della prescrizione in questione e l'assenza di qualsiasi discrezionalità in ordine all'apprezzamento della rilevanza della violazione colpita con la contestata sanzione, appare agevole negare ogni fondamento alle ragioni addotte dall'appellante a sostegno dell'assunto dell'illegittimità dell'esclusione della propria offerta. >

tratto da Cons. Stato, 23 marzo 2004, n. 1551

< Il Collegio ritiene di non condividere la statuizione del T.A.R. secondo cui l'inosservanza, da parte dei direttori tecnici delle imprese su indicate, dell'onere richiesto dalla prescrizione di cui alla lettera b.18 dell'art. 12 del bando, già richiamata, deve considerarsi "un'omissione innocua perché non violativa di alcun iussum normativamente imposto". L'art. 14 del disciplinare prevede, infatti, che "la mancata presentazione delle dichiarazioni o dei documenti previsti comporta l'esclusione dalla gara". La stessa disposizione precisa, ulteriormente, che "tutte le clausole del presente bando sono da ritenersi assolutamente inderogabili", ribadendo che "pertanto l'inosservanza delle loro prescrizioni, anche meramente formali, darà luogo all'esclusione del concorrente della gara".

Il carattere estremamente rigido del disciplinare non lasciava, quindi, alcun margine di operatività alla Commissione, che avrebbe dovuto sanzionare con l'esclusione l'inosservanza del bando compiuta dalle ditte concorrenti. In tal senso, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento.

Da tale principio discende che, qualora il bando commini espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2003, n. 357). Il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione risponde, infatti, da un lato ad esigenze pratiche di certezza e celerità, dall'altro, e soprattutto, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti. Soltanto nel varco aperto da un'equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara, che nella fattispecie è da escludere in virtù del chiarissimo e perentorio disposto dell'art. 14 cit., può esservi spazio per un'interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 dicembre 2001, n. 6250).

Né, per giustificare la mancata esclusione delle imprese che non hanno presentato la dichiarazione dei direttori tecnici prevista dal punto b.18 dell'art. 12 del disciplinare, può essere avanzata, contrariamente a quanto argomentato dal T.A.R. e a quanto sostenuto dalla resistente, la circostanza

che l'art. 75 del d.P.R. 554/99 non prevede espressamente i direttori tecnici tra i soggetti tenuti alla dichiarazione in questione.

Infatti, in primo luogo può osservarsi che l'art. 75 cit., nel prevedere tale obbligo, si riferisce genericamente ai concorrenti delle gare, senza fornire alcuna specifica indicazione sui soggetti onerati, e quindi lasciando spazio ad un'interpretazione che comprenda anche i direttori tecnici. In ogni caso, comunque, occorre considerare che l'Amministrazione, nel predisporre i disciplinari di gara, può richiedere ai partecipanti anche ulteriori requisiti rispetto a quelli normativamente previsti, con il limite di non aggravare il procedimento e la partecipazione delle imprese con prescrizioni irragionevoli, come certo non può definirsi quella che impone anche ai direttori tecnici delle imprese di presentare la dichiarazione di cui alla lettera b.18 dell'art. 12 del bando.>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA

N. 4683/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.8850-9104 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

decisione

Sui ricorsi in appello riuniti:

1) n. 8850/05 R.G. proposto dal Comune di Premariacco, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Stefano Placidi ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. Luciano Di Pasquale, in Roma, Via Adige, n. 34;

CONTRO

- il Sig. M. Bruno, rappresentato e difeso dagli Avv. Carlo Monai e Ermanno Prastaro, ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, Via G. Chinotto, n. 1, sc. C;

e nei confronti

- della Sig.ra R. Elena, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giuliano Scialino e Gigliola Mazza Ricci, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima, in Roma, Via di Pietralata, n. 320;

2) n. 9104/05 R.G. proposto dalla Sig.ra R. Elena, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giuliano Scialino e Gigliola Mazza Ricci, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima, in Roma, Via di Pietralata, n. 320;

CONTRO

- il Sig. M. Bruno, non costituitosi;

e nei confronti di

- Comune di Premariacco, in persona del Sindaco pro tempore, non costituitosi;

PER LA RIFORMA

della sentenza resa dal TAR per il Friuli – Venezia Giulia, n. 749/05, pubblicata in data 1 settembre 2005;

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio, quanto al ricorso n. 8850/05 del Sig. M. Bruno e della Sig.ra R. Elena;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie conclusioni;

Visti gli atti tutti delle cause;

Nominato relatore il Consigliere Michele Corradino;

Uditi alla pubblica udienza del 28.11.2006 gli avvocati Pirocchi per delega di Placidi e Monai, come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con sentenza n. 749 dell'1 settembre 2005 il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli – Venezia Giulia accoglieva il ricorso presentato dal sig. Bruno M. per l'annullamento del provvedimento di esclusione da una gara indetta dal Comune di Premariacco per la vendita di un immobile e di aggiudicazione di quest'ultimo ad altro soggetto quale migliore offerente.

Gli appellanti contrastano le argomentazioni del giudice di primo grado.

Si sono costituiti, nel ricorso n. 8850/05, i sigg. M. Bruno e R. Elena.

Non si sono costituiti, nel ricorso n. 9104/05, il sig. M. Bruno ed il Comune di Premariacco.

Alla pubblica udienza del 28.11.2006 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione, come da verbale.

DIRITTO

1. Va preliminarmente disposta la riunione dei giudizi per evidenti motivi di connessione soggettiva ed oggettiva.

2. Il Collegio può prescindere dall'esame delle questioni relative alla inammissibilità delle censure proposte con il ricorso di primo grado, atteso che gli appelli sono comunque fondati nel merito.

3. Risultano, invero, decisive e meritevoli di accoglimento le doglianze volte a lamentare l'erroneità della sentenza gravata nella parte in cui non ha considerato, da un lato, che essendo la violazione del bando di gara in cui è incorsa la ricorrente di primo grado prevista dalla stessa *lex specialis* a pena di esclusione, l'amministrazione non poteva non darvi esecuzione; dall'altro che la clausola del bando riguardante la formalità nella presentazione delle offerte non poteva essere ritenuta inutile e pregiudizievole per la p.a., non risultando né irragionevolmente onerosa, né un inutile aggravio del procedimento.

Rileva, infatti, il Collegio che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento. Da tale principio discende che, qualora il bando commini espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, anche soltanto formali, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando. Il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione risponde, infatti, da un lato ad esigenze pratiche di certezza e celerità, dall'altro, e soprattutto, alla necessità di garantire l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3456; 23 marzo 2004, n. 1551; 25 gennaio 2003, n. 357).

Pertanto, essendo nella specie espressamente previsto dal bando a pena di esclusione che le offerte economiche dei partecipanti dovevano essere contenute in apposita busta chiusa all'interno del plico, e non avendo la ricorrente di primo grado osservato tale disposizione, la commissione non poteva esimersi dal disporre l'esclusione dalla gara.

Né tale clausola della *lex specialis* può essere ritenuta inutile o pregiudizievole per la p.a. e come tale censurata, attesa la rilevanza dei principi di segretezza, trasparenza ed imparzialità che essa tende a tutelare e che, in ogni caso, l'Amministrazione, nel predisporre i disciplinari di gara, può

inserire determinate previsioni, con il limite di non aggravare il procedimento e la partecipazione delle imprese con prescrizioni irragionevoli, come certo non risulta quella in questione.

7. Alla luce delle suesposte considerazioni, i ricorsi in appello vanno accolti, con conseguente riforma della sentenza impugnata.

8. Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione V), previa riunione, accoglie i ricorsi in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 28.11.2006 con l'intervento dei sigg.ri

Sergio Santoro	Presidente,
Raffaele Carboni	Consigliere,
Cesare Lamberti	Consigliere,
Caro Lucrezio Monticelli	Consigliere,
Michele Corradino	Consigliere estensore.

L'ESTENSORE

F.to Michele Corradino

IL PRESIDENTE

F.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

F.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 06/09/07

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

P. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi