

## **Parere n. 178 del 20/10/2010**

### **PREC 163/10/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Energia Verde s.r.l. – Procedura aperta per “lavori di realizzazione impianti fotovoltaici sulle coperture di immobili di proprietà comunali” – Importo a base d’asta €476.684,00 – S.A.: Comune di Ginestra.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 14 giugno 2010 è pervenuta l’istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la Energia Verde s.r.l. censura la clausola del disciplinare di gara, in virtù della quale nella Busta B contenente l’offerta economica doveva essere inserita la dichiarazione del massimo ribasso percentuale offerto, “*specificando quali siano state le modalità di definizione dei prezzi*”, e chiede la riammissione alla gara indicata in epigrafe, essendo stata motivata la sua esclusione come segue: “*codesta ditta è stata esclusa dalla gara con la seguente motivazione: perché nella dichiarazione di offerta non ha specificato quale siano state le modalità di definizione dei prezzi*”.

Secondo l’istante la richiesta della stazione appaltante di indicare le modalità di definizione dei prezzi appare riconducibile alla previgente disposizione dell’art. 86, comma 5, D.Lgs 163/2006, che, però, è stata abrogata dalla l. 102/2009. Conseguentemente, osserva l’istante, le stazioni appaltanti non possono più richiedere agli operatori economici di presentare a corredo dell’offerta la predetta documentazione, e cita a sostegno della propria ricostruzione le sentenze del TAR Piemonte n. 83/2009, Tar Sicilia n. 3358/2007 e Consiglio di Stato n. 3146/2009.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall’Autorità nell’istruttoria procedimentale ha presentato osservazioni il Comune di Ginestra, che difende la legittimità del proprio operato. Secondo il Comune, infatti, in seguito all’abrogazione del comma 5, art. 86 D.Lgs 163/2006, è venuto meno soltanto l’obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei propri bandi e capitolati di gara la predetta disposizione, ma residua in capo alle stazioni appaltante la facoltà di prevedere la disposizione in questione nell’ambito dei propri disciplinari di gara. Conseguentemente, dal momento che il bando costituisce *lex specialis* “*assurge, sul piano delle fonti regolatrici, rispetto ad eventuali disposizioni normative che con esso configgono, in tal senso la sua specifica funzione di atto amministrativo regolatore ed autoritativo si esprime (...) nell’applicarsi secondo la sua portata precettiva, prevalendo su determinazioni contrastanti della stessa, anche di tipo normativo, derogate dalla sua competenza funzionale a regolarne il procedimento di gara, in virtù, appunto del principio di specialità*”. Ne deriva, secondo il Comune, la legittimità dell’esclusione contestata, dal momento che il disciplinare di gara prevedeva espressamente tale sanzione “*in assenza della dichiarazione di giustificazione dei prezzi offerti*”.

#### *Ritenuto in diritto*

Al fine di risolvere la questione sottoposta a questa Autorità, corre l’obbligo preliminarmente di osservare che il Comune di Ginestra ricostruisce erroneamente i rapporti tra norma legislativa e *lex specialis*. Se è vero, infatti, che quest’ultima ha la specifica funzione di regolare la procedura di affidamento scelta dalla stazione appaltante, la *lex specialis* non può mai porsi in contrasto né con i principi dell’ordinamento giuridico né con la specifica normativa di settore, dovendo

necessariamente “soccombere” nel caso di contrasto con le disposizioni legislative, stante da un lato, il principio di legalità che sorregge e giustifica tutta l’azione della pubblica amministrazione (artt. 97 Cost. e l. 1.241/90) e, dall’altro, la gerarchia delle fonti del diritto su cui si regge l’ordinamento giuridico italiano. Ne consegue che la *lex specialis* è sindacabile per violazione di legge nonché per eccesso di potere, in particolare, sotto il profilo della ragionevolezza e proporzionalità delle clausole in essa contenute.

Ciò posto, le argomentazioni fornite dal Comune di Ginestra risultano prive di fondamento: la stazione appaltante, infatti, legittima il proprio operato in base alla considerazione che l’esclusione per la mancanza della documentazione in questione sarebbe stata espressamente disposta dalla *lex specialis*.

In realtà la clausola a cui fa riferimento la stazione appaltante non è di univoca interpretazione, infatti, quest’ultima dispone che: “*nella busta B devono essere contenuti, a pena di esclusione, i seguenti documenti: a) dichiarazione, redatta su carta bollata da € 14.62 e sottoscritta dal legale rappresentante o da suo procuratore, contenente l’indicazione, in cifre ed in lettere, del massimo ribasso percentuale offerto rispetto all’importo € 5.200,00 (diconsi € cinquemiladuecento/00) per ogni KW installato al netto degli oneri per l’attuazione dei piani di sicurezza, ai sensi dell’art. 82 comma 2 lett. a) del D. Lgs. 163/06, corrispondente all’importo complessivo di cui al punto 6.2 del bando, al netto degli oneri per l’attuazione dei piani della sicurezza di cui al punto 6.3 del medesimo bando ed al netto delle lavorazioni in economia di cui al punto 6.4 del Bando stesso specificando quali siano state le modalità di definizione dei prezzi.*”; e non che nella busta B devono essere contenuti, a pena di esclusione, i seguenti documenti: a) dichiarazione (....) del massimo ribasso percentuale offerto; b) dichiarazione che specifica quali siano state le modalità di definizione dei prezzi. Tenuto conto che nel caso di specie il criterio dell’aggiudicazione è quello del prezzo più basso e che nella busta B doveva essere inserita l’offerta economica, non è chiaro, infatti, se la stazione appaltante abbia voluto sanzionare con l’esclusione dalla gara soltanto l’omessa dichiarazione del massimo ribasso percentuale offerto od anche la mancata specificazione delle modalità di definizione dei prezzi.

Conseguentemente nel caso *de quo* deve farsi applicazione del principio secondo cui le disposizioni con le quali sono prescritti particolari adempimenti per l’ammissione alla gara, ove indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all’ammissione degli aspiranti, corrispondendo all’interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni, e quindi, un’aggiudicazione alle condizioni migliori possibili (cfr. parere n. 126 del 23.4.2008). Non giova, invece, l’ulteriore principio – ribadito più volte anche da questa Autorità – secondo cui, qualora il bando commini espressamente l’esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l’Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all’interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell’inadempimento, la sua incidenza 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 del bando (AVCP pareri n. 139 del 19.11.2009, n. 215 del 17.09.2008 e n. 262 del 17.12.2008), in quanto la corretta applicazione di tale principio postula che non vi sia alcun dubbio sulla volontà della stazione appaltante di sanzionare con l’esclusione la violazione della regola dettata nei documenti di gara, circostanza quest’ultima che non si riscontra nel caso in esame.

Sotto altro profilo si osserva che la legge 1. 8 agosto 2009 n. 102 ha abrogato il comma 5, art. 86 D.Lgs 163/2006, secondo cui “*le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all’art. 87, comma 2 relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l’importo complessivo posto a base di gara*”, e modificato l’art. 87, disponendo che la stazione appaltante richiede all’offerente di giustificare la propria offerta nell’ipotesi in cui quest’ultima appare anormalmente bassa. Ne consegue che – in base alla disciplina normativa di riferimento già in vigore alla data di pubblicazione del bando in esame – la sanzione dell’esclusione, prevista a fronte della mancata presentazione di giustificazioni preventive, contrasta con la possibilità

riconosciuta dal legislatore al concorrente di presentare le giustificazioni solo nel momento in cui ha luogo il sub procedimento di verifica dell'anomalia. A ciò si aggiunga che la sanzione irrogata secondo le modalità in esame viola il principio di proporzionalità sancito a livello comunitario e richiamato dall'art. 2 del D.Lgs 163/2006, in quanto l'offerta viene automaticamente esclusa per un vizio di forma, a prescindere da qualsiasi eventuale considerazione circa l'anomalia della stessa, mentre la corretta applicazione del suddetto principio richiede che il sacrificio delle posizioni giuridiche soggettive private avvenga nella misura meno afflittiva e strettamente necessaria al perseguimento del pubblico interesse.

Occorre, infine, tener presente, da un lato, che il legislatore, pur avendo codificato l'onere dell'allegazione preventiva delle giustificazioni, non aveva previsto alcuna sanzione in caso di violazione del predetto comma 5 e, dall'altro, che questa Autorità e costante giurisprudenza amministrativa – sotto la vigenza del precedente art. 86 - hanno evidenziato come le clausole del bando, che richiedono la presentazione di giustificazioni già a corredo dell'offerta, non possono mai essere intese, pena la loro illegittimità, come prescrizioni di un requisito o adempimento a pena di esclusione, in quanto rispondenti a mere esigenze pratiche di accelerazione e semplificazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, che per espressa volontà del legislatore comunitario e nazionale, deve avvenire in contraddittorio (AVCP parere n. 176 del 5.6.2008).

Pertanto le giustificazioni in questione non assurgono a requisito di partecipazione, ma vengono in rilievo – solo in via eventuale – nella fase successiva di verifica dell'anomalia, se ed in quanto l'offerta ne risulti sospetta. Ne consegue che la relativa previsione, comportante l'obbligo di presentazione delle giustificazioni si configura quale impositiva, nei confronti delle imprese partecipanti, di un onere in chiave eminentemente collaborativa e pertanto la sanzione dell'esclusione in caso di mancato assolvimento dello stesso appare eccessiva e del tutto sproporzionata allo scopo dell'art. 86, comma 5 (Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2010 n. 6904; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3146; T.A.R. Piemonte, sez. I, 11 febbraio 2009 n. 401; Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 2005 n. 7034).

Non ignora l'Autorità che nell'ambito della giurisprudenza amministrativa c'è stata anche qualche pronuncia in senso difforme ma, l'opzione interpretativa qui sostenuta, oltre a fondarsi su un'analisi funzionale del previgente art. 86, comma 5, e non meramente testuale, è oggi confermata anche dalla nuova disciplina contenuta negli art. 86 ed 87 e sopra richiamata.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene che, nei limiti di cui in motivazione, l'esclusione dalla procedura di gara della Energia Verde s.r.l. non sia conforme alla specifica normativa di settore ed al principio del *favor participationis* e a quello di proporzionalità.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2010