

## **Parere n. 218 del 16/12/2010**

### **PREC 199/09/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa International Elettric di Nardolillo Massimiliano – Lavori di manutenzione straordinaria relativi agli impianti di illuminazione pubblica di via Corridoni e zone limitrofe della Stazione F.S. – Importo a base d'asta €173.973,21 – S.A.: Comune di Pisa.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 25 novembre 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa International Elettric di Nardolillo Massimiliano ha chiesto a questa Autorità di pronunciarsi in merito alla propria esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto. Nello specifico, l'istante ha rappresentato di aver avuto notizia con raccomandata prot. n. 47462 in data 11 novembre 2009 dell'esclusione dalla procedura di gara di cui trattasi, determinata dal fatto che la documentazione di gara era stata spedita dall'impresa medesima con modalità "posta celere", diversa dalla "raccomandata postale" prevista dal bando.

Al riguardo, l'istante ha precisato di aver prodotto la documentazione utile per partecipare alla gara, il cui termine di scadenza era fissato dal bando per il giorno 5 ottobre 2009 ore 12,30, a mezzo posta celere 1(PI122661914IT) in data 29 settembre 2009, ricevuta in data 1 ottobre 2009, e che la posta celere è, a tutti gli effetti, una spedizione del servizio postale di Stato, superiore per qualità e prezzo anche alla semplice raccomandata, in quanto spedizione "registrata" così come richiamato all'art. 4 del Decreto del Ministero delle Comunicazioni del 12 maggio 2006.

Pertanto, alla luce dalle vigenti normative in materia di spedizioni (DPR 29.03.73 n. 156 Codice Postale; DPR 655 del 29.05.82; L. 14.11.95 n. 481; L. 273/95; L. 281/98; D.Lgs. 261/99; DPR 12.01.07 n. 17; direttiva PCM 27.01.94; D.M. 09.04.01; Decreto Ministero Comunicazioni 13.03.06; Decreto Ministero Comunicazioni 12.05.06; Deliberazione Ministero Comunicazioni 16.12.04; Contratto di Programma fra Poste Italiane e Ministero delle Comunicazioni 2003-2005, e concordato dalle varie associazioni di categoria nazionali) il provvedimento di esclusione – ad avviso dell'istante – è da considerarsi illegittimo.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con nota pervenuta il 29 dicembre 2009, il Comune di Pisa ha rilevato che il bando di gara e le istruzioni per la partecipazione alla stessa, che costituiscono *lex specialis* di gara, prevedono espressamente, come unica modalità di recapito dei plichi, la raccomandata postale e sanzionano la violazione di tale prescrizione con un'apposita causa di esclusione. Conseguentemente, l'istante International Elettric di Nardolillo Massimiliano è stata esclusa dalla procedura per non aver fatto pervenire con tali modalità la domanda di partecipazione alla gara. La stazione appaltante ha comunicato, inoltre, che con provvedimento n. D-15 del 30 novembre 2009 divenuto esecutivo il 2 dicembre 2009, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore dell'impresa Palandri Leo S.r.l. Impianti Elettrici di San Miniato (PI).

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere indicata in epigrafe attiene alla verifica della correttezza del provvedimento di esclusione assunto dal Comune di Pisa nei confronti dell'istante International Elettric di Nardolillo Massimiliano, che lo ha contestato affermando la sostanziale equivalenza tra la raccomandata postale e la posta celere ai fini della presentazione delle offerte nell'ambito della gara pubblica in oggetto.

Al riguardo, occorre preliminarmente considerare che – come rilevato dal Comune di Pisa – nella fattispecie, il bando di gara e le istruzioni per la partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica sono chiari nel prevedere espressamente, a pena di esclusione, quale unica modalità di recapito dei plichi contenenti le domande di partecipazione e le offerte, la raccomandata postale.

Il paragrafo 7 del bando di gara, infatti, prevede che *“I plichi indirizzati all'Ufficio Gare del Comune di Pisa, devono pervenire esclusivamente mediante raccomandata postale all'Ufficio Protocollo, posto in Lungarno Galilei, 43, entro e non oltre le ore 12.30 del giorno 5 ottobre 2009”*.

Inoltre, le modalità di partecipazione della gara, che fanno parte integrante del bando, dettano un identico obbligo (cfr. Art. 1 Modalità di presentazione dell'offerta), prevedendo l'esclusione dalla gara per i casi in cui *“il plico pervenisse con modalità diverse dalla raccomandata postale”* (cfr. Art. 4 Cause di esclusione).

Alla luce di tale specifica disciplina di gara, sul piano formale appare obbligata la determinazione della Commissione di gara di escludere l'odierna istante dalla procedura di cui trattasi, considerando la chiarezza e l'univocità della volontà espressa a monte dall'Amministrazione (nel dettare la disciplina speciale della procedura) di sanzionare con l'esclusione dalla gara la ricezione dei plichi recapitati con modalità diverse dalla raccomandata postale.

Infatti, secondo il principio del formalismo negli atti di gara, 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. E quindi, qualora il bando commini espressamente - come nel caso di specie - 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 (cfr. *ex multis* parere n. 42 del 2 aprile 2009).

Tuttavia, a prescindere dalla correttezza formale dell'operato della Commissione, si deve rilevare, altresì, che le richiamate disposizioni della *lex specialis*, la cui applicazione ha determinato l'esclusione oggetto di contestazione, appaiono indebitamente limitative dell'accesso alla procedura di gara di cui trattasi, attesa la sostanziale equivalenza tra la raccomandata postale e la posta celere, tenuto conto dell'identità delle relative caratteristiche.

In base a quanto sopra considerato

## **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione dalla gara dell'istante International Elettric di Nardolillo Massimiliano, assunto dal Comune di Pisa, sia conforme alla *lex specialis*, ma che le disposizioni della documentazione di gara, causa dell'esclusione, secondo le quali le offerte debbono essere spedite all'amministrazione appaltatrice solo a mezzo di raccomandata a.r., siano indebitamente limitative dell'accesso alla procedura di gara.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 dicembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito