

Parere n.110 del 09/06/2011

PREC 67/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Consorzio Stabile Nextor Sc. a.r.l. – “*Procedura ristretta per l’affidamento dei servizi inerenti la progettazione, il coordinamento della sicurezza e la direzione lavori per la realizzazione del Nuovo Palazzetto dello Sport*” – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: euro 638.476,54 – S.A.: Comune di Oristano

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 28 marzo 2011 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, preceduta da preinformativa di contenzioso ai sensi dell’art.243-*bis* del D.Lgs. n.163 del 2006 ad opera del Consorzio Stabile Nextor Sc. a.r.l., con la quale lo stesso ha chiesto un parere sulla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, viziata, a suo dire, da irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà.

Secondo quanto affermato dall’istante, la lettera di invito prevedeva, a garanzia dell’anonimato, che la dicitura da apporre sul plico contenente l’offerta avesse il carattere “*Times New Roman dimensione 18*”; la Commissione pertanto, avendo riscontrato nel plico trasmesso dal Consorzio istante un carattere differente, ha disposto l’esclusione di quest’ultimo dalla gara. L’istante però contesta la comminata esclusione in quanto questa concerne la violazione di una disposizione contenuta nella lettera di invito e non nel disciplinare di gara.

In riscontro all’istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità in data 13 aprile 2011, la S.A., con nota del 19 aprile 2011, ha ribadito la legittimità e la vincolatività del proprio operato, in ragione di quanto previsto nella *lex specialis* di gara.

Al contraddittorio documentale ha preso parte anche il Raggruppamento 3TI Progetti Italia S.p.A – VSP S.r.l. – Arch. Rossella Sanna, aggiudicatario provvisorio della gara, che con nota del 20 aprile 2011 ha ribadito quanto sopra dedotto dalla S.A.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta all’esame di questa Autorità con l’istanza di parere in oggetto riguarda la legittimità del provvedimento di esclusione disposto dal Comune di Oristano nei confronti del Consorzio Stabile Nextor Sc. a.r.l., che, a dire dell’istante, sarebbe viziato da irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà.

Per la definizione della questione, occorre preliminarmente rilevare che la lettera di invito, nel punto 2.5 (*Modalità di presentazione delle offerte*), espressamente richiedeva, fra l’altro, a pena di

esclusione, oltre alle indicazioni riportate negli artt. 6 e 7 del Disciplinare di gara, e al fine precipuo di garantire l'anonimato, che le diciture su tutte le buste e/o i plichi fossero stampate su etichette o direttamente apposte sulla busta e/o plico, "in carattere Times New Roman dimensione 18".

La clausola, dunque, prescriveva in modo chiaro, e a pena di esclusione, il suddetto onere in capo ai partecipanti.

Pertanto, la Commissione, escludendo il concorrente istante, ha correttamente applicato la *lex specialis*. Né vale in contrario addurre –come evidenziato nell'informativa esplicita dal legale del medesimo in data 25 febbraio 2011, ex art.243-bis del D.Lgs n.163/2006 – che la violazione concernerebbe una specifica disposizione contenuta nella lettera di invito e non nel disciplinare di gara, in quanto l'insieme delle regole costituisce in tutta evidenza un *unicum*, come del resto fatto presente dalla S.A. nella lettera di invito diramata in data 6.8.2010, dove è esplicitamente premesso che "le modalità di partecipazione sono indicate nel Disciplinare di gara, nell'allegato Documento Preliminare all'avvio della Progettazione (DPP), associato al Disciplinare della fase concorsuale di gara e nella presente lettera di invito".

Valgano al riguardo, fra le tante, le considerazioni espresse da questa Autorità nel parere n. 42, del 2 aprile 2009 laddove si chiarisce che "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 sia prevista 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.

In sintonia con gli affermati principi di cui sopra si pone, del resto, la stessa giurisprudenza amministrativa che *a contrario* fa prevalere il *favor participationis* unicamente nei casi, diversi da quello in esame, in cui le clausole del bando suscitino perplessità in sede di applicazione (Consiglio Stato, sez. V, 12 ottobre 2010 n. 7403; sez. VI, 27 ottobre 2009 n. 6567; sez. V, 16 giugno 2009, n. 3902; sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2381 ; sez. V, 17 ottobre 2008 n. 5064).

Invero, di fronte ad un'espressa comminatoria di esclusione della domanda di partecipazione alla gara, in conseguenza del mancato rispetto di determinate prescrizioni, non spetta all'interprete sovrapporre le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione, dato che il cd. criterio teleologico, volto a individuare la *ratio iuris* o l'interesse dell'Amministrazione a quella particolare dichiarazione, ha un valore esclusivamente suppletivo rispetto a quello formale, nel senso che può essere utilizzato solo nel caso in cui una determinata formalità non sia prevista espressamente a pena di esclusione (cfr. da ultimo, Consiglio Stato, sez. VI, 6 luglio 2010 n. 4295; idem, sez. V, 29 aprile 2010 n. 2459).

Pertanto, in caso di clausola espressa di esclusione, la stazione appaltante è tenuta al rispetto delle norme cui si è autovincolata e che essa stessa ha emanato sulla base di un giudizio di utilità procedimentale. Sul punto, la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato non ha mancato di chiarire che "Nelle gare pubbliche le regole stabilite dalla *lex specialis* vincolano rigidamente l'Amministrazione, la quale è tenuta ad applicarle senza alcun margine di discrezionalità nella

loro interpretazione, in applicazione del principio di tutela della par condicio e del principio generale che vieta la disapplicazione del bando quale atto con il quale l'Amministrazione si è in origine autovincolata" (Cons. Stato, Sez. V, 29 gennaio 2009, n. 498).

A maggior ragione la commissione di gara non può interpretare discrezionalmente le norme di gara quando queste, come nella fattispecie, contengono espresse clausole "a pena di esclusione". Infatti, *"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"* (Cons. Stato, Sez. V, 6 settembre 2007, n. 4683).

D'altra parte, non poteva ritenersi consentita la successiva regolarizzazione della riscontrata omissione, per cui l'opposto principio richiamato dall'istante, volto a favorire la più ampia partecipazione alle gare pubbliche, ha, per quanto ne occupa, carattere recessivo rispetto al principio della *par condicio*. Invero, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale *"la violazione di oneri formali imposti a pena di esclusione dalla lex specialis esprime la prevalenza del principio di formalità collegato alla garanzia della par condicio che non può essere superato dall'opposto principio del favor participationis"* (Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2008, n. 6498; Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2008, n. 567)

In ultimo, come evidenziato dal Raggruppamento aggiudicatario, la prescrizione della lettera di invito oggetto del contendere, non può considerarsi nemmeno eccessivamente gravosa o tale da comportare un impegno defatigante per i concorrenti, come dimostrato dal fatto che essa è stata rispettata dalla pressoché totalità dei partecipanti alla procedura *de qua*.

In conclusione, si deve ritenere, nei limiti di cui sopra, conforme alla normativa di settore la procedura di gara in oggetto.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara del Consorzio Stabile Nextor Sc. a.r.l. sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: *Alessandro Botto, Sergio Santoro*

Il Presidente: *Giuseppe Brienza*

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 giugno 2011

Il Segretario: Maria Esposito