

Parere n.10 del 08/02/2012

PREC 252/11/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 Ministero delle Politiche Agricole e Forestali – “*Procedura aperta per l’affidamento del servizio di assistenza tecnica e gestionale alla Direzione Generale della Pesca Marittima e dell’Acquacoltura nella realizzazione di un adeguato sistema di coordinamento e monitoraggio delle attività spettanti agli Organismi intermedi in esecuzione del Programma Operativo del Fondo Europeo per la Pesca*” – Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – Importo complessivo dell’appalto: €600.000,00; S.A.: Ministero delle Politiche Agricole e Forestali.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 19 ottobre 2011 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale il Ministero delle Politiche Agricole e Forestali chiede lumi in ordine alla possibilità di applicare alla gara in oggetto la sopravvenuta disciplina normativa di cui al cosiddetto Decreto Sviluppo (d.l. n. 70/2011), nella parte in cui essa introduce il principio di tassatività delle cause di esclusione. La stazione appaltante specifica che il bando di gara, pubblicato antecedentemente alla data (14 maggio 2011) di entrata in vigore della citata normativa, contiene una prescrizione a pena di esclusione, secondo la quale la documentazione deve essere siglata in ogni pagina dal legale rappresentante delle imprese, singole o associate, partecipanti alla selezione. In considerazione del fatto che ben quattro delle cinque ditte che hanno presentato domanda di partecipazione hanno omesso tale formale adempimento, la stazione appaltante si interroga circa la possibilità di ampliare il novero delle imprese partecipanti alla gara, a beneficio del *favor participationis*, auspicando l’applicazione dell’art. 4, comma 2, lettera d), punto 2, del decreto legge sopra richiamato, che, nel sanzionare le ipotesi di esclusione atipiche, non contempla quella introdotta dalla stazione appaltante; a tal uopo l’Amministrazione, nell’ottica del necessario rispetto del principio di *par condicio*, valorizza il fatto che la norma in questione è intervenuta nel panorama uto vincolata in un momento antecedente alla presentazione delle offerte. Informate le ditte partecipanti alla gara dell’intenzione di ritenere nulla la suddetta prescrizione di *lex specialis*, quindi sterilizzandone la portata applicativa *ad excludendum*, il raggruppamento di imprese costituito da Consedin e Cogca, il solo ad aver dato ottemperanza alla prescrizione in oggetto (ragion per cui lo stesso assume la veste di uto vincolata rispetto alla questione interpretativa insorta), osserva che la legge di conversione n. 106/2011 ha introdotto una norma transitoria, secondo cui il principio di tassatività delle cause di esclusione può applicarsi solo quando, a differenza di quanto accaduto nel caso di specie, il bando di gara non sia stato ancora pubblicato.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 8.11.2011, la Società Ernst & Young, che è tra le ditte partecipanti alla gara che hanno omesso di dare piena attuazione al ridetto adempimento formale, ha evidenziato che la propria domanda di partecipazione reca le sottoscrizioni richieste e pertanto sarebbe da ammettere alla gara a prescindere dalla soluzione della questione agitata con il presente parere. Il raggruppamento Consedin, da parte sua, ha ribadito la inapplicabilità della norma introdotta dal d.l. n. 70/2010, sia in ragione della disposizione transitoria

di cui alla legge di conversione (l.n. 106/2011), che esclude l'applicabilità della norma in caso di bandi già pubblicati, sia in ossequio al principio di impermeabilità della disciplina di gara allo *jus superveniens*.

Ritenuto in diritto

La questione interpretativa posta con l'istanza di parere in esame involge la definizione dei confini temporali entro i quali si colloca l'art. 46 comma 1-*bis* del d.lgs. 163/2006, così come introdotto dal decreto legge n. 70/2011, concernente - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia (convertito in legge n. 106/2011), il quale prevede che *“La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*. In merito alla *ratio* di tale recente modifica normativa il T.A.R. Lazio Roma, sez. I *bis*, con la sentenza n. 9791 del 15 dicembre 2011, ha chiarito che il Legislatore, ispirato anche dal principio del *favor participationis*, ha limitato il numero di esclusioni fondate su elementi di carattere formale. L'intento è stato quello di tutelare in modo sostanziale e concreto il principio di derivazione comunitaria della concorrenza oltre quello, più squisitamente politico-economico-sociale, di ridurre il contenzioso in materia di appalti. Secondo il nuovo testo del citato art. 46, la stazione appaltante può escludere le imprese dalla gara di appalto esclusivamente in caso di:

- mancato adempimento a prescrizioni di legge previste dal codice degli appalti, dal regolamento attuativo (DPR n. 207/2010) e da altre disposizioni legislative vigenti;
- incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;
- non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura del plico, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Pervero, in sede pretoria, non si è mancato di rilevare una certa oscurità del testo normativo, in quanto si afferma che *“la formulazione della novella non è chiarissima, ma sembra sottendere la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione. La lettura della norma condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere la possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi”* (cfr. Tar Liguria, n. 1396 del 26.09.2011).

Orbene, fatta questa necessaria premessa in ordine alla dirompente portata della nuova previsione, vale osservare, in merito alla agitata questione della successione nel tempo delle norme regolatrici *in subiecta materia*, che essa è stata affrontata dallo stesso legislatore mercè la modifica introdotta all'art. 4 comma 3, con la Legge di conversione (n. 106/11), stabilendo che l'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163/06, si applica *“alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte”*.

Alla luce del *discrimen* temporale normativamente fissato deve inferirsi la inapplicabilità al caso di specie della nuova disciplina in materia di cause di esclusione, avuto riguardo al fatto che il Ministero ha trasmesso il bando all'Ufficio Pubblicazioni della GUUE il 4 aprile 2011, quindi in data antecedente a quella del 14 maggio 2011, cui risale l'entrata in vigore del d.l. n. 70/2011. Tanto è sufficiente ai fini della soluzione, in termini negativi, della questione sollevata con l'istanza di parere in esame, tenuto conto della specifica norma transitoria introdotta dal legislatore, in disparte il principio di irrilevanza dello *jus superveniens* nelle pubbliche gare, secondo cui "*il bando di una gara di appalto è atto amministrativo a carattere normativo, lex specialis della procedura, rispetto alla quale l'eventuale jus superveniens di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovativi (salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela), le disposizioni sopravvenute alla pubblicazione del bando, non possono essere applicate alla gara*" (cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 08 febbraio 2007, n. 223).

La giurisprudenza, dal canto suo, non ha potuto che prendere atto del predetto assetto normativo, come risultante dalla legge di conversione, affermando, per ipotesi analoghe, che "*il principio della tassatività delle cause legali che legittimano l'esclusione dalle gare di appalto ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis del codice appalti, come modificato dal d.l. n. 70 del 2011 non è, in ogni caso, estendibile alla procedura oggetto del presente giudizio iniziata in data antecedente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore della predetta norma*" (v. Cons. Stato, ordinanza 12 ottobre 2011, n. 4497; T.A.R. Palermo, Sez. III, sentenza n. 2437 del 21 dicembre 2011).

Alla luce della disciplina di gara le ditte che non hanno ottemperato alla previsione del bando in questione vanno escluse dalla selezione.

Va, infatti, ribadito al riguardo che, qualora la *lex specialis* 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 uo vincolata al momento dell'adozione del bando (cfr. AVCP pareri n. 215 del 17.09.2008 e n. 262 del 17.12.2008).

In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene che la disciplina di gara predisposta dalla stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore *ratione temporis* vigente.

I Relatori: Cons. Giuseppe Borgia, Pres. f.f. Sergio Santoro

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2012

Il Segretario: Maria Esposito