

IL CONTRASTO TRA BANDO E DISCIPLINARE DETERMINA SENZ'ALTRO LA PREVALENZA DEL PRIMO, IN QUANTO FONTE NORMATIVA GERARCHICAMENTE SOVRAORDINATA RISPETTO AL SECONDO

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 6-12-2016

1. Il bando di gara è fonte gerarchicamente sovraordinata e prevalente agli atti di gara, compreso il disciplinare.
2. L'acclarata situazione di contrasto tra bando e disciplinare determina senz'altro la prevalenza del primo, in quanto fonte normativa gerarchicamente sovraordinata rispetto al secondo.
3. In caso di equivocità della *lex specialis* deve essere preferita l'interpretazione della clausola di gara che consenta la massima partecipazione alla gara.

Guida alla lettura

Il TAR salentino con la decisione in commento ha deciso un ricorso a seguito dell'esclusione da una gara di appalto, facendo applicazione di alcune fondamentali regole in caso di contrasti interpretativi o equivocità di clausole previste nei vari documenti di gara: il bando, che fissa le regole della gara, il disciplinare, che specifica il procedimento di gara, il capitolato, che integra, eventualmente, le disposizioni del bando, con particolare riferimento, di norma, agli aspetti tecnici anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale (v. Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6286).

I predetti documenti, nel loro insieme, costituiscono la c.d. *lex specialis* della gara (v. Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981; 25 maggio 2010, n. 3311; 12 dicembre 2009, n. 7792), assumendo, perciò, carattere vincolante non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall'art. 97 Cost..

Nel caso di specie, il ricorso ha deciso la questione riguardante l'esclusione dalla gara dell'impresa ricorrente per aver consegnato a mano il plico di partecipazione nell'ultimo

giorno utile previsto dal bando per la trasmissione a mezzo servizio postale, ritenendola commissione di gara che la facoltà di consegna a mano doveva intendersi quale possibilità valida nei soli giorni precedenti alla data di scadenza.

In particolare, il disciplinare aveva introdotto *ex novo* regole diversificate per la presentazione delle offerte a seconda della prescelta modalità, prevedendo un secondo termine di consegna, in netto contrasto con l'unico termine stabilito per la ricezione delle offerte dal Bando che, peraltro, non conteneva a tal proposito alcun espresso rinvio al disciplinare, con espressa comminatoria di esclusione.

Ad avviso del Collegio, detto disciplinare non aveva integrato né precisato sul punto il bando di gara, considerato, da un lato, che il criterio di interpretazione letterale è il criterio ermeneutico prevalente (non occorrendo ricorrere a criteri sussidiari allorché la formulazione testuale non sia ambigua), e, dall'altro, che il disciplinare aveva introdotto una regola (ulteriore ed antinomica, assolutamente non raccordabile e contraddittoria rispetto all'unicità del termine previsto dal bando), (sostanzialmente) anticipando (con previsione espulsiva) il termine di ricezione nell'ipotesi di consegna a mano.

Pertanto, a seguito della situazione di contrasto tra bando e disciplinare, è stata affermata dal TAR la prevalenza del primo *in parte qua*, in quanto fonte normativa gerarchicamente sovraordinata rispetto al secondo. Ciò in conformità alla giurisprudenza (v. Consiglio di Stato, V, 9 ottobre 2015, n. 4684) secondo cui, in caso di eventuali contrasti (interni) tra le singole disposizioni della *lex specialis* (Bando, Disciplinare e Capitolato speciale) ed alla loro risoluzione, *“tra i ricordati atti sussiste una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297; 23 giugno 2010, n. 3963)”*. Difatti, *“per principio pacifico le disposizioni del disciplinare sono chiamate ad integrare e non a modificare quelle del bando e ..., in caso di contrasto, prevalgono le disposizioni di quest'ultimo (cfr. per tutte con Stato Sez. V sentenza n. 4981/2011)”* (v. Consiglio di Stato, V, 24 gennaio 2013, n. 439).

Inoltre, considerata l'obiettivo carenza di chiarezza e di univocità della complessiva della disciplina di gara – comprovata dal notevole numero di concorrenti indotti in errore (ben sette concorrenti su sedici) – il Collegio ha escluso che nella fattispecie ricorressero i principi di trasparenza e parità di trattamento in ordine alle condizioni sostanziali e procedurali, ribaditi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 27 luglio 2016, n. 20), dovendo il contrasto interpretativo *“in ogni caso, essere risolto con un'interpretazione finalizzata a privilegiare il favor participationis e l'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale, costituenti principi generali ... (... tra le altre, Cons. Stato sez. IV n. 1015/2016; Cons. Stato sez. III n. 58/2016)”* (T.A.R. Lazio, Roma, Terza ter, 6 luglio 2016, n. 7774).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1161 del 2016, proposto da:

XXX s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Ernesto Sticchi Damiani (C.F. STCRST41E16D862W), con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via 95° Rgt. Fanteria, 9;

contro

Ente per lo Sviluppo dell'Irrigazione e la Trasformazione Fondiaria in Puglia, Lucania ed Irpinia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Serafino Picerno (C.F. PCRSFN68T05A225X), con domicilio eletto presso l'avv. Umberto Bisciotti in Lecce, via A. Imperatore, 16;

nei confronti di

YYY e ZZZ, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento,

- del verbale n. 3 del 25 luglio 2016, nella parte in cui la Commissione ha disposto l'esclusione dalla gara della società ricorrente;

- della nota prot. n. 0003138/7 del 25 luglio 2016, con cui l'E.I.P.L.I. ha comunicato l'esclusione dalla gara;

- in via subordinata, del Disciplinare di gara, nella parte in cui ammette la consegna a mano dei plichi contenenti le offerte nei giorni precedenti quello di scadenza del termine ultimo fissato dal Bando;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale e, in particolare, del verbale di gara n. 2 dell'11 luglio 2016;

- nonché, in subordine, per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno per equivalente;

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ente per lo Sviluppo dell'Irrigazione e la Trasformazione Fondiaria in Puglia, Lucania ed Irpinia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2016 la dott.ssa Maria Luisa Rotondano e uditi per le parti gli avv.ti E. Sticchi Damiani e S. Picerno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Società XXX - partecipante, insieme ad altre quindici ditte, alla procedura aperta per la progettazione definitiva, esecutiva e per l'esecuzione dei lavori urgenti di bonifica e ripristino di alcune tratte collassate della seconda parte del canale a cielo aperto in c.a. del secondo tronco dell'Acquedotto Sinni, da aggiudicare con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa (importo a base d'asta per l'esecuzione dei lavori euro 2.697.988,47, per la progettazione definitiva ed esecutiva e coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione euro 110.000,00, oltre oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza euro 120.000,00) - impugna, domandandone l'annullamento:

1) il verbale n. 3 del 25 luglio 2016, nella parte in cui la Commissione giudicatrice (sciogliendo in senso negativo la "riserva" espressa nella precedente seduta dell'11 luglio 2016) ha disposto l'esclusione (in suo danno) dalla gara *de qua*, "avendo ... consegnato a mano il plico di partecipazione in data 23/05/2016, ultimo giorno utile previsto dal bando per la trasmissione a mezzo servizio postale", ritenendo, "in ossequio alle previsioni del bando di gara, come meglio esplicitate nell'allegato disciplinare, che la facoltà di consegna a mano doveva intendersi quale possibilità valida nei soli giorni precedenti alla data di scadenza, e che per le ditte che si siano avvalse della consegna nell'ultimo giorno utile, valesse la regola della trasmissione a mezzo servizio postale, onde garantire il rispetto della *par condicio* tra tutti i partecipanti sotto il profilo del tempo utile a disposizione per la predisposizione dell'offerta, posto che il più breve tempo per la consegna a mani, compensa il tempo necessario per l'invio del plico a mezzo del servizio postale";

2) la nota prot. n. 0003138/7 del 25 luglio 2016, con cui l'Ente per lo Sviluppo dell'Irrigazione e la Trasformazione Fondiaria in Puglia, Lucania ed Irpinia ha comunicato l'esclusione dalla gara, riportando le motivazioni di cui innanzi espresse dalla Commissione nella seduta pubblica del 25 luglio 2016;

3) in via subordinata, il disciplinare di gara, nella parte in cui, al punto "B" - "Norme per la partecipazione alla gara", ammette la consegna a mano dei plichi contenenti le offerte nei giorni "precedenti" quello di scadenza del termine ultimo fissato dal bando;

4) ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, e, in particolare, il verbale di gara n. 2 dell'11 luglio 2016, con cui la Commissione - rilevato che il plico della Società deducente è pervenuto tramite consegna a mano il 23 maggio 2016 e che <<il disciplinare di gara prevede al capo b) Norme per la partecipazione alla gara che "la consegna a mano viene ammessa nei giorni precedenti quello di scadenza", mentre il bando di gara non prevede alcuna differenza di consegna e pone come termine ultimo quello del 23/05/2016>> - ha sospeso l'apertura del plico, riservandosi di comunicare l'eventuale ammissione nella successiva seduta.

Chiede, in subordine, per il caso che questo Tribunale non ritenga di accordare la tutela in forma specifica, il risarcimento del danno per equivalente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 del C.P.A..

A sostegno del gravame deduce:

1) violazione e falsa applicazione del Bando di gara, violazione dei principi di tutela del legittimo affidamento e del *favor participationis*, eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto ed in diritto;

2) in subordine, illegittimità del Disciplinare per violazione del Bando di gara, violazione del principio di tutela del legittimo affidamento e di *par condicio* tra i concorrenti, eccesso di potere per manifesta illogicità ed irragionevolezza, illegittimità derivata.

Si costituisce in giudizio l'Ente per lo Sviluppo dell'Irrigazione e la Trasformazione Fondiaria in Puglia, Lucania ed Irpinia (l'E.I.P.L.I.), contestando *in toto* le avverse pretese e chiedendo la reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 476/2016, questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare formulata incidentalmente dalla Società ricorrente, "*posto che: 1) il bando di gara prevede quale termine unico di ricezione delle offerte quello del 23 maggio 2016; 2) appare sussistente il dedotto contrasto tra bando e disciplinare; 3) in caso di contrasto tra bando e disciplinare, deve accordarsi prevalenza al primo, in quanto fonte normativa speciale sovraordinata; 4) deve essere privilegiato il favor participationis*".

All'udienza pubblica dell'8 novembre 2016, su richiesta di parte, la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

0. - E' opportuno premettere che, nonostante la Stazione appaltante abbia provveduto all'ammissione "con riserva" dell'odierna deducente al prosieguo della gara *de qua*, "nelle more del giudizio definitivo del T.A.R. Puglia" (v. verbale di gara n. 4 del 3 ottobre 2016, depositato il 18 ottobre 2016), la Società ricorrente, come dalla stessa correttamente evidenziato, conserva l'interesse ad una pronuncia definitiva di merito, in quanto (definitivamente) idonea, nell'ipotesi di accoglimento, a superare la summenzionata "riserva".

0.1 - Nel merito, il ricorso è fondato.

1. - Fondata ed assorbente (e ciò dispensa il Collegio dall'esame delle ulteriori doglianze formulate) è la prima censura, con la quale la Società istante deduce l'illegittimità della disposta esclusione, atteso (sostanzialmente) che: da un lato, la presentazione dell'offerta è avvenuta entro l'unico termine di ricezione (chiaramente) stabilito dal Bando (senza prevedere deroghe di sorta), il quale non contiene rinvio alcuno al Disciplinare (che, invece, ha previsto, in contrasto con il Bando - fonte gerarchicamente sovraordinata e prevalente -, termini differenziati per la presentazione delle offerte in relazione alla prescelta modalità di presentazione delle stesse); dall'altro, che, in ogni caso, non si potrebbe non rilevare l'equivocità della *lex specialis* nel suo complesso (tant'è che ben sette concorrenti su sedici hanno consegnato a mano i plichi nell'ultimo giorno utile per la presentazione delle offerte), sicchè deve essere preferita l'interpretazione che consenta la massima partecipazione alla gara.

1.1 - E' necessario, innanzitutto, precisare che: per un verso, il Bando di Gara ha fissato, quale unico termine di ricezione delle offerte (in proroga rispetto a quello originario del 24 marzo 2016), la data del 23 maggio 2016 (v. art. 10 - "Termine ultimo per la ricezione delle offerte" - "Le offerte dovranno pervenire entro le ore 12.00 del 23 maggio 2016") - senza alcuna specificazione in ordine alle modalità di presentazione e/o deroga in relazione alle stesse - e tanto in conformità all' "Avviso di rettifica e proroga termini" pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 5^a Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 33 del 21 marzo 2016 ("...il nuovo termine ricezione offerte è fissato per il giorno 23.05.2016 ore 12.00"); per altro verso, il Disciplinare ha introdotto *ex novo* regole diversificate per la presentazione delle offerte a seconda della prescelta modalità (e, precisamente, in caso di trasmissione a mezzo del servizio postale, corriere o agenzia di recapito autorizzata, entro il termine perentorio delle ore 12.00 del giorno indicato all'art. 10 del Bando di gara - cioè il 23 maggio 2016; in caso di consegna a mano dei plichi, nei giorni di apertura al pubblico precedenti quello di scadenza, esclusi sabato e domenica, e, pertanto, entro venerdì 20 maggio 2016).

Come condivisibilmente rilevato dalla Società ricorrente (ed anticipato in sede cautelare), la diversa previsione del secondo termine (contenuta unicamente nel Disciplinare, in relazione alla consegna a mano dei plichi) si pone in netto contrasto con l'unico termine stabilito per la ricezione delle offerte dal Bando (che, peraltro, non contiene al proposito alcun espresso rinvio al Disciplinare, con espressa comminatoria di esclusione).

Ed invero, ad avviso del Collegio, non può ritenersi, nel caso di specie, che il Disciplinare integri e/o precisi sul punto il Bando (come, viceversa, dedotto dall'Ente resistente, secondo il quale - essenzialmente - le disposizioni del Disciplinare non contrasterebbero, bensì completerebbero - con previsioni di dettaglio - quelle previste dal Bando, dovendosi - asseritamente - ricostruire l'intento perseguito dall'Amministrazione sulla base del contenuto complessivo dell'atto - c.d. interpretazione "sistematica"), considerato che: da un lato, il criterio di interpretazione letterale è il criterio ermeneutico prevalente (e non occorre ricorrere a criteri sussidiari allorché la formulazione testuale non sia ambigua, come nella specie, laddove l'art. 10 del Bando - "Termine ultimo per la ricezione delle offerte" - stabilisce chiaramente - ed inequivocamente - che "le offerte dovranno pervenire entro le ore 12.00 del

23 maggio 2016”); dall’altro (e con portata dirimente), il punto “B” del Disciplinare non si limita, con ogni evidenza, ad integrare e/o specificare il contenuto del Bando *in parte qua* (art. 10), bensì lo modifica (ed innova) in modo sostanziale, introducendo una regola (ulteriore ed antinomica, assolutamente non raccordabile e contraddittoria rispetto all’unicità del termine previsto dal Bando) secondo la quale le offerte presentate a mano devono pervenire non già entro il “23 maggio 2016” (termine unico previsto dal Bando), bensì “nei giorni di apertura al pubblico precedenti quello di scadenza, esclusi sabato e domenica”, (sostanzialmente) anticipando (con previsione espulsiva) il termine di ricezione nell’ipotesi di consegna a mano.

Orbene, l’acclarata situazione di contrasto tra Bando e Disciplinare determina senz’altro la prevalenza del primo *in parte qua*, in quanto fonte normativa gerarchicamente sovraordinata rispetto al secondo.

La giurisprudenza ha al riguardo a ragione osservato (Consiglio di Stato, V, 9 ottobre 2015, n. 4684) che, quanto agli eventuali contrasti (interni) tra le singole disposizioni della *lex specialis* (Bando, Disciplinare e Capitolato speciale) ed alla loro risoluzione, “*tra i ricordati atti sussiste una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297; 23 giugno 2010, n. 3963)*”: difatti, “*per principio pacifico le disposizioni del disciplinare sono chiamate ad integrare e non a modificare quelle del bando e ..., in caso di contrasto, prevalgono le disposizioni di quest’ultimo (cfr. per tutte con Stato Sez. V sentenza n. 4981/2011)*” (Consiglio di Stato, V, 24 gennaio 2013, n. 439).

1.2 - Solo per esigenze di completezza, il Collegio rileva, inoltre (considerata, comunque, l’obiettivo carenza di chiarezza ed univocità della complessiva - e contraddittoria, *in parte qua* - disciplina di gara in parola - come si evince, peraltro, dalla circostanza concreta che ben sette concorrenti su sedici hanno consegnato i plichi a mano nell’ultimo giorno utile previsto dal Bando -, carenza che destituisce pure di ogni fondamento il richiamo, operato dalla P.A., essenzialmente ai principi di trasparenza e parità di trattamento in ordine alle condizioni sostanziali e procedurali, ribaditi dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 27 luglio 2016, n. 20), che “*In presenza di clausole di un bando o di un disciplinare ambigue o contraddittorie, deve essere privilegiata l’interpretazione favorevole all’ammissione alla gara invece che quella che tenda all’esclusione di un concorrente, in ossequio al canone del favor participationis, che sottende anche l’interesse pubblico al massimo dispiegarsi del confronto concorrenziale, inteso all’individuazione dell’offerta maggiormente vantaggiosa e conveniente per l’Amministrazione appaltante, dovendo in difetto affermarsi l’illegittimità dell’esclusione dalla gara pronunciata in applicazione di disposizioni di lex specialis che, sebbene corredate dell’espressa comminatoria di esclusione, evidenziano tratti di ambiguità, incertezza o contraddittorietà (T.A.R. Torino, sez. I, 30 novembre 2009 n. 3190; in senso analogo, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 15 marzo 2016 n. 1024; T.A.R. Salerno, sez. I 09 ottobre 2015, n. 2181; T.A.R. Milano, sez. III 08 luglio 2015 n. 1577*” (T.A.R. Piemonte, Torino, II, 8 luglio 2016, n. 987): ed invero, l’eventuale contrasto tra disposizioni della *lex specialis* deve, “*in ogni caso, essere risolto con un’interpretazione finalizzata a privilegiare il favor participationis e l’interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale, costituenti principi generali ... (... tra le altre, Cons. Stato sez. IV n. 1015/2016; Cons. Stato sez. III n. 58/2016)*” (T.A.R. Lazio, Roma, Terza ter, 6 luglio 2016, n. 7774).

2. - Per tutto quanto innanzi sinteticamente esposto, il ricorso deve essere accolto, nei sensi e termini innanzi indicati, e, per l'effetto, va disposto l'annullamento dell'impugnata esclusione, disponendo (altresì) la (definitiva) riammissione in gara della Società odierna ricorrente.

3. - Sussistono gravi ed eccezionali motivi (la peculiarità delle questioni trattate) per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio (con la precisazione, ove occorra, che il rimborso del contributo unificato, *ex lege* a carico della parte soccombente, dovrà essere richiesto all'atto dell'eventuale passaggio in giudicato della presente sentenza - art. 13, co. 6-*bis*. 1 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi e termini di cui in motivazione.

Dispone l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 8 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Costantini, Presidente

Enrico d'Arpe, Consigliere

Maria Luisa Rotondano, Referendario, Estensore