



*Autorità Nazionale Anticorruzione*  
*Presidente*

**DELIBERA N. 153**

**DEL 19 febbraio 2020**

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dalla Soc. Arch&Tech S.r.l.s., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con la Soc. Monaco Architetti Associati STP s.n.c. – Lavori di realizzazione del nuovo presidio sanitario polivalente di Alcamo. Procedura aperta per l'affidamento del servizio di progettazione, direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza – Importo a base di gara: euro 1.740.756,23 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani.

**PREC 21/2020/L**

**Provvedimento di esclusione dalla gara – definitivo – impugnazione proroga termini presentazione offerte – inammissibile – carenza di interesse**

In forza del principio di conservazione degli atti giuridici e dei criteri di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, l'eventuale accertamento dell'illegittima proroga dei termini di scadenza per la presentazione delle offerte ovvero dell'indebita modifica delle modalità di sottoscrizione della stessa non potrebbe mai condurre all'annullamento dell'intera gara ma alla sola esclusione dei soggetti che abbiano presentato la propria offerta dopo la proroga concessa ovvero senza rispettare le formalità di sottoscrizione originariamente fissate.

**Art. 79 D.lgs. 50/2016**

VISTA l'istanza di parere acquisita al prot. n. 100499 del 13 dicembre 2019 con cui la Soc. Arch&Tech S.r.l.s., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con la Soc. Monaco Architetti Associati STP s.n.c., ha contestato la legittimità della sua esclusione dalla gara, disposta in ragione della mancata indicazione del nominativo del giovane professionista nonché del mancato possesso del requisito di capacità economico-finanziaria, relativo al fatturato globale conseguito nell'ultimo quinquennio per i servizi di ingegneria ed architettura, richiesto dal bando di gara;

VISTO che con riferimento al nominativo del giovane professionista, l'istante ha dichiarato, in sede procedimentale, di averlo indicato all'interno dell'offerta tecnica, nell'organigramma del personale impegnato nell'espletamento del servizio; quanto al requisito di capacità economico-finanziaria, ha rilevato l'esistenza di un contrasto tra le disposizioni del bando di gara e quelle del disciplinare in merito all'importo del fatturato e al periodo di riferimento e, anche in considerazione del fatto che il disciplinare era stato oggetto di una rettifica prima della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, seppur per profili diversi da quelli relativi ai requisiti di partecipazione, aveva ritenuto di potersi qualificare secondo le sue previsioni e non secondo quelle del bando di gara, peraltro contrastanti con l'art. 83 del d.lgs. 50/2016 e con le Linee guida n. 1 approvate dall'Autorità;



*Autorità Nazionale Anticorruzione*  
*Presidente*

VISTO che l'istante eccepisce, in via subordinata, la violazione dell'art. 79 del d.lgs. 50/2016, per aver l'Amministrazione prorogato i termini per la presentazione delle offerte in mancanza dei presupposti normativamente previsti e modificato, a scadenza dei termini già avvenuta, talune modalità per la presentazione delle offerte, domandando, per tali ragioni, l'annullamento dell'intera gara;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 5771 del 23 gennaio 2020 e le memorie pervenute;

CONSIDERATO che sebbene il bando, il disciplinare e il capitolato speciale d'appalto costituiscano, nel complesso, la *lex specialis* di gara, nondimeno ciascuno di essi detiene una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura, il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando;

CONSIDERATO che la giurisprudenza è da sempre unanime nel sostenere che in caso di eventuali contrasti tra le singole disposizioni della *lex specialis*, sussiste una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara (cfr., tra le tante, Cons. Stato Sez. V 9 ottobre 2015 n. 4684; Cons. Stato Sez. IV, 3 maggio 2016, n. 1716; Cons. Stato Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2248; Cons. Stato Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439); recentemente è stato affermato che “*nelle gare pubbliche il disciplinare di gara deve essere interpretato in conformità a quanto statuito dal bando, atteso che le sue disposizioni sono chiamate ad integrare, e non a modificare, quelle del bando, ed in caso di contrasto prevalgono le previsioni di quest'ultimo*” (Tar Lazio, Roma, Sez. III-quater, 28 novembre 2017, n. 11765);

CONSIDERATO che, se esiste una gerarchia tra i documenti che costituiscono la *lex specialis* di gara, la risoluzione delle eventuali antinomie non può essere affidata al criterio cronologico, secondo cui *lex posterior derogat priori*, ma dovrà essere accordata preferenza alla disposizione contenuta nella fonte di grado più elevato ovvero a quelle che è deputata *ex lege* alla disciplina della specifica materia; con riferimento al caso di specie, va rilevato che l'art. 71 del D.lgs. 50/2016 stabilisce che i bandi di gara devono contenere le informazioni di cui all'allegato XIV, Parte I, lettera C, tra le quali figura anche, al punto 11.c), “*un elenco e una breve descrizione dei criteri riguardanti la situazione personale degli operatori economici che possono comportarne l'esclusione e dei criteri di selezione...*”;

RILEVATO che, nel caso di specie, il bando di gara richiedeva il possesso di un fatturato globale per servizi di ingegneria ed architettura, espletati nell'ultimo quinquennio, per un importo non inferiore al doppio della base d'asta mentre il disciplinare richiedeva il possesso di un fatturato globale relativo ai servizi di ingegneria ed architettura espletati nei migliori tre esercizi dell'ultimo quinquennio per un importo non inferiore a quello a base d'asta;

RILEVATO, altresì, che in data 17 ottobre 2019, l'Amministrazione procedeva ad una rettifica del disciplinare di gara, comunicando che al fine di armonizzare le sue previsioni con quelle contenute nelle



*Autorità Nazionale Anticorruzione*  
*Presidente*

Linee guida ANAC n. 1 e nel Bando tipo n. 3, si introducevano modifiche al Punto 13 - lettera a) Merito Tecnico e al Punto 2 - soggetti ammessi alla gara - Raggruppamenti temporanei di concorrenti e precisava, infine, l'eliminazione dell'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori;

RILEVATO, peraltro, che non risultano pervenute richieste di chiarimenti in merito all'importo e al periodo di riferimento del fatturato né da parte dell'istante né da altri operatori economici e che la Stazione appaltante ha dichiarato, nelle memorie, che gli altri concorrenti si sono correttamente qualificati secondo le disposizioni del bando di gara;

RITENUTO, pertanto, che non vi erano fondati motivi per ritenere che fosse consentito qualificarsi secondo le prescrizioni del disciplinare di gara anziché rispettando la fonte sovraordinata del bando, le cui previsioni erano peraltro chiare ed univoche nel loro significato; né la rettifica del disciplinare può aver ingenerato un affidamento nell'operatore economico atteso che l'amministrazione aveva espressamente indicato i punti oggetto di modifica, tra i quali non vi rientravano i criteri di selezione; in ogni caso, dal momento che i principi di buona fede e affidamento di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. comportano per le imprese partecipanti l'obbligo dell'attenta disamina del bando e di tutti gli atti di gara e visto che, in sede procedimentale, l'istante ha dichiarato di riconoscere l'esistenza di una gerarchia tra le fonti che costituiscono nel complesso la *lex specialis* di gara, avrebbe potuto avanzare un'espressa richiesta di chiarimenti all'Amministrazione;

CONSIDERATO, inoltre, che è da considerarsi tardiva la dedotta illegittimità del requisito di capacità economico-finanziaria fissato dal bando di gara, per contrasto con l'art. 83 del d.lgs. 50/2016 e con le Linee Guida n. 1 approvate dall'Autorità, atteso che, trattandosi di clausola escludente, gravava sull'istante l'onere di immediata impugnazione;

RITENUTO che la correttezza dell'esclusione disposta in ragione del mancato possesso del requisito di capacità economico finanziaria richiesto dal bando di gara consenta di ritenere assorbita la questione relativa alla mancata indicazione del nominativo del giovane professionista;

CONSIDERATO, con riferimento alle ulteriori contestazioni sollevate dall'istante, che, in forza del principio di conservazione degli atti giuridici e dei criteri di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, l'eventuale accertamento dell'illegittima proroga dei termini di scadenza per la presentazione delle offerte ovvero dell'indebita modifica alle modalità di sottoscrizione della stessa non potrebbe mai condurre all'annullamento dell'intera gara ma alla sola esclusione dei soggetti che abbiano presentato la propria offerta dopo la proroga concessa ovvero senza rispettare le formalità di sottoscrizione originariamente fissate (cfr.; T.A.R. Catania, 30 dicembre 2019, n. 3150; T.A.R. Lazio, Latina, 30 ottobre 2018, n. 542; T.A.R. Lazio, 20 luglio 2017 n. 8806);

RILEVATO che dal verbale della prima seduta pubblica di gara si evince che solo una parte dei concorrenti ammessi ha presentato la propria offerta dopo la proroga dei termini: l'eventuale esclusione



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

di detti operatori economici non impedirebbe, pertanto, all'Amministrazione di proseguire le operazioni di gara con gli altri concorrenti legittimamente ammessi;

RITENUTO, pertanto, che l'esclusione dalla gara, correttamente disposta dalla Stazione appaltante, rende carente di legittimazione la domanda volta all'accertamento dell'illegittima proroga dei termini di scadenza per la presentazione delle offerte e della indebita modifica alle modalità di sottoscrizione delle medesime, non potendo l'istante ottenere alcuna *utilitas* dall'eventuale accoglimento delle censure mosse (egli, infatti, quand'anche fosse stato legittimato, non avrebbe avuto, in ogni caso, la titolarità dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara, per quanto sopra evidenziato);

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono:

- Conforme alle previsioni del bando di gara l'esclusione dell'operatore economico per mancanza del requisito di capacità economico-finanziaria;
- Inammissibile, per difetto di legittimazione e carenza d'interesse, conseguente alla definitiva esclusione dalla gara, la domanda tesa all'accertamento dell'illegittima proroga dei termini per la presentazione delle offerte e delle modifiche alle modalità di sottoscrizione dell'offerta stessa.

Il Presidente f.f.  
*Francesco Merloni*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 marzo 2020  
Il segretario Rosetta Greco