

## **Massime per Atto Ricercato: Parere di Precontenzioso n. 110 del 09/06/2011 - rif. PREC 67/11/S**

Parere di Precontenzioso n. 110 del 09/06/2011 - rif. PREC 67/11/S d.lgs 163/06 Articoli 38 - Codici 38.1

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. 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, 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.