



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**PARERE N. 121 del 15 luglio 2015**

**PREC 38/15/L**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da Comune di Nocera Inferiore e dall'ATI Edil Costruzioni S.r.l. e Santarpia Gaetano S.r.l. – Procedura di gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria dell'ex lavanderia da adibire ad archivio, deposito e nuovo alloggio custode presso la cittadella giudiziaria – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 618.218,24 – S.A.: Comune di Nocera Inferiore (SA)

**Bando di gara e *ius superveniens* - Decreto-legge non convertito.**

Le regole fissate dal bando di gara, in quanto *lex specialis* della procedura, devono essere applicate anche se non conformi allo *ius superveniens* determinato dalla mancata conversione di un decreto legge e considerato l'intervenuto espletamento della procedura con aggiudicazione dell'appalto.

**Art. 3, comma 9, d.l. 151/2013 (non convertito in legge)**

### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza prot. n. 98709 del 15.09.2014 e l'istanza prot. n. 144738 del 22.12.2014 con le quali, rispettivamente l'aggiudicataria provvisoria ATI Edil Costruzioni S.r.l. e Santarpia Gaetano S.r.l. e il Comune di Nocera Inferiore, sottopongono all'Autorità una richiesta di parere in ordine alla presunta illegittimità della gara in oggetto al fine di valutare la legittimità di un annullamento d'ufficio degli atti della procedura come da avvio del procedimento notificato dall'amministrazione;

VISTO il quesito specifico sollevato dalle parti e che attiene alla legittimità della procedura di gara rispetto al d.P.R. 30.10.2013 ed alla normativa introdotta con l'art. 3, comma 9, d.l. 30.12.2013, n. 151 non convertito in legge, in quanto il bando di gara precludeva la partecipazione alle imprese che, pur sprovviste della qualificazione OG11, erano in possesso della qualificazione nella categoria OG1 con classifica coprente l'intero importo dell'appalto, circostanza che invece, stando al richiamato decreto che aveva annullato il comma 2 dell'art. 109, D.P.R. 207/2010, consentiva alle imprese in possesso della



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

qualificazione nella categoria prevalente di poter eseguire anche le opere delle categorie scorporabili, purché la classifica posseduta nella prevalente coprisse l'intero importo;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 2.02.2015;

VISTE le memorie delle parti;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

CONSIDERATO che l'efficacia del d.P.R. 30.10.2013 era sospesa dall'art. 3, comma 9, d.l. 151/2013 che prescriveva l'adozione, nei sei mesi successivi, di disposizioni regolamentari sostitutive di quelle annullate, le quali avrebbero trovato applicazione, nelle more dell'adozione delle nuove disposizioni regolamentari, non oltre la data del 30.09.2014;

CONSIDERATO che il d.l. 151/2013 non veniva convertito in legge con la conseguente perdita di efficacia ai sensi dell'art. 77, comma 3, della Costituzione;

CONSIDERATO che il bando di gara, alla data di pubblicazione (18.02.2014), era soggetto al regime giuridico transitorio previsto all'art. 3, comma 9, d.l. 151/2013 e, in conformità alla disciplina vigente al tempo della pubblicazione, richiedeva come requisiti di partecipazione il possesso dell'attestazione di qualificazione per la categoria prevalente OG1 insieme al possesso dell'attestazione di qualificazione per la categoria specialistica OG11;

CONSIDERATO l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa in diverse pronunce - si veda, tra le altre: Cons. Stato, sez. V, 23.06.2010, n. 3964 - secondo cui «in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la Pubblica amministrazione è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la *lex specialis* della gara che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *jus superveniens*, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela (Sez. V, 11 luglio 1998, n. 224; id., 3 settembre 1998, n. 591)»;

RILEVATO che la stazione appaltante è tenuta ad applicare le regole stabilite dal bando di gara senza poterle disapplicare neppure ove risultino non più conformi allo *jus superveniens* determinato dalla



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

mancata conversione di un decreto legge (in tal senso, si veda: parere di precontenzioso n. 47 del 21.03.2012);

RITENUTO, pertanto, che sia illegittimo l'annullamento in autotutela della procedura di gara motivato in ragione del contrasto del bando con la disciplina giuridica derivante dalla mancata conversione del d.l. 151/2013, per violazione della *lex specialis* di gara e della normativa applicabile alla procedura, oltre che lesivo del legittimo affidamento del concorrente aggiudicatario;

### **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che non sia legittimo l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria in favore dell'ATI istante tenuto conto che le regole fissate dal bando di gara, in quanto *lex specialis* della procedura, devono essere applicate anche se non conformi allo *ius superveniens* determinato dalla mancata conversione di un decreto legge e considerato l'intervenuto espletamento della procedura con aggiudicazione dell'appalto.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 luglio 2015

Il Segretario Maria Esposito