

Appalti

La stazione appaltante non ha alcun margine di discrezionalità sulle norme del bando anche se la gara va deserta

di Susy Simonetti e Stefania Sorrentino

23 Febbraio 2023

Il rispetto delle regole vincola non solo gli operatori economici ma l'ente appaltante

Il Consiglio di Stato, sezione terza, con la [sentenza n. 1299/2023](#), ha deciso che il bando di gara costituisce *lex specialis* e che le regole contenute hanno portata vincolante sia per i partecipanti alla competizione che per la pubblica amministrazione appaltante, che non può disattendere le prescrizioni, anche a garanzia della *par condicio competitorum*, a prescindere dalla presenza di controinteressati.

La vicenda prende le mosse dal ricorso presentato da un operatore economico, unico partecipante alla procedura per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, che è stato escluso dalla gara, dichiarata quindi deserta, per aver datato e sottoscritto il capitolato da presentare con l'offerta, come espressamente prescritto dal bando, con una correzione «di minima entità» di una grammatura contenuta nella tabella dietetica.

Il giudice di prime cure, pur ritenendo improcedibile il ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto il servizio era stato poi affidato ad altro operatore con successiva trattativa privata, ha, però, condannato l'amministrazione comunale al risarcimento del danno, ritenendone illegittimo l'operato per il fatto che, prima di disporre l'esclusione, in presenza di un solo concorrente, l'ente avrebbe almeno dovuto consentire la correzione attraverso l'istituto del soccorso istruttorio.

L'ente locale si è rivolto al Consiglio di Stato che ha ribaltato la decisione del Tar.


Dalla qualificazione giuridica del bando di gara come atto normativo, propria della giurisprudenza maggioritaria, discende l'imperatività del divieto di disapplicazione delle prescrizioni contenute, posto, tra l'altro, che la difformità dell'offerta alle condizioni fissate nel capitolato speciale era espressamente prevista a pena d'esclusione: quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a base dell'espletamento di una futura gara, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, e non può successivamente discostarsene.

Il meccanismo competitivo proprio della gara comporta, infatti, il rispetto puntuale delle formalità prescritte dalla *lex specialis* e non può essere oggetto di interpretazione, tanto che alla stazione appaltante non residua alcun margine di discrezionalità in ordine all'applicazione delle norme del bando pubblico, neppure nel caso in cui alcune di tali regole risultino inopportunamente o

illegittimamente formulate, salva la possibilità, in tal caso, di procedere all'annullamento del bando stesso nell'esercizio del potere di autotutela.

A nulla rileva l'assenza di controinteressati: violare la disciplina di gara, e dunque l'autovincolo che l'amministrazione si è imposta, comporta l'illegittimità delle successive determinazioni, a prescindere dalla presenza di più concorrenti. Il rispetto del principio del *favor participationis* può rappresentare un canone ermeneutico nell'interpretazione di clausole dal contenuto dubbio o equivoco, ma non in presenza di regole del bando chiare ed esplicite, il cui rispetto vincola non solo gli operatori economici ma la stessa stazione appaltante.

Il principio di immodificabilità dell'offerta, inoltre, esclude che la presentazione di un'offerta oggettivamente difforme rispetto alle prescrizioni del bando di gara possa essere sanata mediante il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, non trattandosi, nel caso di specie, di rettificare una omissione documentale, ma di variare l'offerta presentata.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE