

## **Parere n. 23 del 9 febbraio 2011**

### **PREC 183/10/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Profilvie S.r.l. – Lavori di manutenzione straordinaria opere protettive lungo le strade provinciali – Importo a base d'asta € 536.722,10 – S.A.: Provincia di Lecce.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 27 luglio 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Profilvie S.r.l. ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla legittimità dell'esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, disposta nei propri confronti dalla Provincia di Lecce in quanto l'impresa concorrente *“ha omissis di indicare l'indirizzo di posta elettronica certificata, come prescritto al punto 2) lett. E) del bando di gara”*.

Al riguardo l'impresa istante ha evidenziato di aver comunque comunicato il proprio domicilio, il numero di fax e l'indirizzo e-mail ordinario, come si evince dalla allegata copia della dichiarazione presentata in sede di gara, e che l'art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006, come modificato dall'art. 2 del D.Lgs. n. 53/2010 stabilisce che la stazione appaltante può prevedere l'obbligo per i partecipanti alla gara di indicare o il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica, per cui non viene menzionata la PEC bensì la tradizionale e-mail, che peraltro la Profilvie S.r.l. ha indicato contestualmente al numero di fax.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la Provincia di Lecce ha ribadito la legittimità del proprio operato, stante la necessità, espressamente prevista a pena di esclusione dal bando di gara, dell'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata carente nella domanda presentata dall'istante. Inoltre, la stazione appaltante ha rappresentato la necessità di ricorrere alla posta elettronica certificata per ragioni organizzative di semplificazione, stante le numerose procedure di appalto esperite con un elevato numero di partecipanti che spesso supera il centinaio.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in esame riguarda la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto dalla Provincia di Lecce nei confronti dell'istante Profilvie S.r.l. in applicazione del punto 2) lett. E) del bando che recita: *“2) L'impresa, inoltre, dovrà dichiarare, pena l'esclusione...E) di indicare per gli adempimenti di cui agli artt. 11 e 79 del D.Lgs. n. 163/2006, così come modificato dal D.Lgs. n. 53/2010 il seguente*

*DOMICILIO...FAX...INDIRIZZO DI POSTA ELETTRONICA CERTIFICATA...(è obbligatorio indicare domicilio, fax e posta elettronica certificata (PEC))”.*

In merito, occorre preliminarmente rilevare che la questione posta dall'istante non può essere risolta applicando puramente e semplicemente il principio del formalismo per cui, qualora il bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza 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 del bando (cfr. *ex multis* pareri n. 215 del 17.09.2008 e n. 262 del 17.12.2008), sulla base dell'assunto che la clausola è stata chiaramente evidenziata nell'ambito della *lex specialis*, essendo riportata in parte in maiuscolo ed in parte in neretto come obbligatoria, nonché formulata in termini letterali che non presentano profili di dubbio interpretativo, cosicché i partecipanti risultavano correttamente informati dell'obbligo di produrre indirizzo di posta elettronica certificata a pena di esclusione.

Infatti, nella fattispecie in esame occorre tenere in debito conto che la stazione appaltante, nella prescrizione della *lex specialis* in applicazione della quale ha disposto l'esclusione dalla gara della Profilvie S.r.l., odierna istante, ha espressamente richiamato l'art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006, come modificato dal D.Lgs. n. 53/2010, che testualmente recita: *“Il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni”* (comma 5-quinquies).

Ebbene, la citata disposizione di legge, alla quale la stazione appaltante è tenuta a dare corretta applicazione negli atti di gara, ha puntualmente disciplinato l'esercizio del potere riconosciuto in materia all'amministrazione, trattandosi di un potere in grado di incidere sulle situazioni giuridiche soggettive dei concorrenti imponendo loro un obbligo di fare.

A tal fine, la norma in discussione, per un verso, consente senz'altro alle stazioni appaltanti di obbligare i partecipanti ad indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto; per altro verso, riconosce alle amministrazioni stesse anche una facoltà di obbligare i concorrenti ad indicare altre forme di ricezione concernenti le comunicazioni di gara, individuandole, tuttavia, espressamente nella *“posta elettronica”*, genericamente menzionata senza fare alcun riferimento alla PEC, o nel *“numero di fax”*, senza lasciare margini alla stazione appaltante per interpretazioni estensive che consentano di individuare ulteriori specifici mezzi di comunicazione rispetto a quelli ordinari previsti, e ciò anche alla luce della normativa di settore (cfr.: decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, art. 16, comma 6) che impone alle società già operanti di munirsi di un indirizzo PEC non prima del mese di novembre 2011.

Si evidenzia, peraltro, che la disposizione del Codice dei contratti pubblici in questione individua mezzi di comunicazione alternativi (l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax) e non cumulativi (cfr.: ordinanza TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 30 settembre 2010, n. 736), come previsto nella clausola del bando di gara in esame, né la richiesta della stazione appaltante nei termini sopra richiamati appare giustificata dalla presenza di particolari situazioni organizzative dell'amministrazione medesima, la quale si è limitata a fare generico riferimento a ragioni di semplificazione, stante le numerose procedure di appalto esperite con un elevato numero di partecipanti, che non appaiono di per sé sufficienti, in quanto riferite ad un'attività ordinaria dell'amministrazione, a giustificare un'eventuale deroga a quanto espressamente previsto dall'art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006, come modificato dal D.Lgs. n. 53/2010.

In base a quanto sopra considerato

## **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara dell'istante Profilvie S.r.l. disposta dalla Provincia di Lecce non sia conforme alla vigente normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza