



Università
degli Studi di
Messina

DIREZIONE GENERALE

E-MAIL

ALLEGATO 1

Al Presidente della commissione di concorso
prof. Marco Centorrino

e p.c. Al Direttore Generale
avv. Francesco Bonanno

OGGETTO: Concorso per opere d'arte di design urbano, ambientale e della luce per la rigenerazione del Museo a cielo aperto d'arte contemporanea "Fiumara d'arte".
Richiesta parere.

Giunge all'esame di questo Ufficio, con nota prot. n. 58503 del 04.05.2021, la richiesta di parere formulata dalla Commissione valutatrice, al fine di *"adottare i conseguenti provvedimenti"*, in merito all'istanza di riammissione del sig. Bruni al concorso in oggetto e *"alle istanze di altri concorrenti pervenute oltre il termine fissato"*.

Sulla base della nota inoltrata in allegato alla citata nota n. 58503/21, della documentazione di concorso reperita sul sito istituzionale e dell'avviso, successivamente pervenuto, per la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, si propongono le considerazioni che seguono.

Dall'esame della predetta documentazione, è emerso, tra l'altro, che nella seduta del 3 maggio 2021 la Commissione ha valutato l'istanza con cui il sig. Bruni Roberto, escluso dalla partecipazione al concorso per aver presentato la domanda *"oltre i termini indicati"*, ha contestato l'incongruenza derivante dalla circostanza che *"sul ... sito, il bando integrale indica che la scadenza di presentazione della domanda di partecipazione è fissata per il giorno 11-03-2021, alle ore 13,00"*, mentre *"dal solo bando si può dedurre che la scadenza di presentazione è il 11-03-2021, ma come per tutte le amministrazioni, anche pubbliche, la scadenza del giorno si fissa alla mezzanotte dello stesso"*.

A proposito, si osserva quanto segue.

Preliminarmente, occorre ribadire il consolidato principio secondo cui il bando rappresenta la *lex specialis* che disciplina e regola il procedimento di concorso. Orbene, si legge nel bando che ci occupa, all'art. 2 (Requisiti di ammissione), terzo alinea, che *"La partecipazione al concorso impone l'accettazione piena da parte dei concorrenti di tutte le condizioni stabilite nel bando"* e la prescrizione è ripetuta, con formulazione pressoché identica, all'art. 12 (Norme di rinvio); tale disposizione chiarisce il principio espresso, in altri termini, dalla giurisprudenza, secondo cui *"il meccanismo competitivo proprio della gara è tale per cui il rispetto puntuale delle formalità prescritte"*

dalla *lex specialis* non può essere oggetto di interpretazioni, che avrebbero come unico risultato quello di violare l'intero procedimento a danno di chi ha pedissequamente osservato le prescrizioni previste dal bando di gara" (T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 06/05/2020, n. 739; Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2014, n. 3150).

Bisogna, peraltro, precisare che, "come chiarito dalla giurisprudenza, "Il bando di concorso pubblico, in quanto "*lex specialis*", vincola non solo i concorrenti, ma "*in primis*" la stessa p.a., che non conserva alcuna discrezionalità nella sua concreta attuazione" (T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 11/11/2019, n. 5322); infatti, "Il bando, costituendo la *lex specialis* del concorso, deve essere interpretato in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'Amministrazione, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità; e ciò in forza sia dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, la quale sarebbe per certo pregiudicata ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima, sia del più generale principio che vieta la disapplicazione del bando quale atto con cui l'amministrazione si è originariamente autovincolata nell'esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva" (Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2021, n. 1788; Cons. Stato, Sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1322; Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2709; Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2013 n. 1969).

Ebbene, nel caso che ci occupa, il bando *de quo* recita testualmente, all'art. 5 (Domanda di partecipazione), che "La domanda di partecipazione ... dovrà pervenire, pena l'esclusione dalla selezione, entro 90 giorni dal giorno successivo della data di pubblicazione...". Pertanto, ai fini di una corretta individuazione del termine di scadenza, da valutarsi nell'adozione di un eventuale provvedimento di esclusione, deve tenersi conto, in via prodromica, della data di pubblicazione del bando in questione sulla Gazzetta Ufficiale, unanimemente indicata nell'11.12.2020 (prot. 127510/2020); dalla lettura del bando emerge testualmente che la domanda di partecipazione "dovrà pervenire" presso l'Amministrazione nel rispetto del termine fissato (come detto, "entro 90 giorni dal giorno successivo della data di pubblicazione"), in assenza, nel medesimo articolo 5 o altrove nello stesso bando, di qualsivoglia ulteriore specificazione in ordine all'orario di presentazione della domanda.

L'indicazione del termine di scadenza di presentazione delle domande alle ore "13.00", invero, si rinviene esclusivamente sul sito dell'Università, nella pagina internet riservata alla selezione in questione, laddove viene riportata la dicitura "*SELEZIONE N.: 127510 del 11/12/2020 PUBBLICATO SU G.U.: 96 del 11/12/2020*" e sono indicate, quale data di pubblicazione, "*Venerdì, Dicembre 11, 2020*" e, quale data di scadenza per la presentazione delle domande, "**Giovedì, Marzo 11, 2021-13:00**".

Si osserva, in via incidentale, che l'indicazione di un orario di scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione è prassi corrente nella redazione dei bandi di concorso da parte delle amministrazioni; tant'è che la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che, ove nel bando o nel disciplinare di gara venga indicato un orario come *"termine ultimo di presentazione delle offerte, debba essere inteso nel senso che le offerte che provengono oltre tale orario ... sono tardive e quindi legittimamente non avrebbero potuto essere prese in considerazione dalla stazione appaltante ..."*, e, in particolare, *"allorquando si indica un numero intero (in questo caso ore e minuti), ossia privo di frazioni, queste sono da intendersi pari a zero ... Del resto una simile ricostruzione risulta, oltre che pienamente ragionevole, altresì conforme ai principi di imparzialità e buon andamento, predicati dall'art. 97 della Costituzione, e a quelli parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, indicati dalla normativa comunitaria, sottraendo una fase particolarmente delicata, quale quella della tempestività delle domande di partecipazione ad una selezione pubblica, a qualsiasi forma di discrezionalità da parte della stazione appaltante"* (Cons. Stato, Sez. V, 19/3/2018 n. 1745).

Tuttavia, nel caso allo studio, come già sopra chiarito, l'indicazione di un orario di scadenza per la presentazione delle domande (oltre alla data), segnatamente alle ore 13.00, non è stata esplicitamente inserita nell'ambito della *lex specialis*; la quale, come anticipato, risulta vincolante anche per l'Amministrazione. La giurisprudenza si è, del resto, diffusamente pronunciata in materia di interpretazione delle disposizioni del bando, ribadendo costantemente il principio secondo cui *"la dovuta prevalenza da attribuire alle espressioni letterali, se chiare, contenute nel bando esclude ogni ulteriore procedimento ermeneutico per rintracciare pretesi significati ulteriori e preclude ogni operazione intesa ad evidenziare significati inespressi e impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti e la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione"* (ex multis Cons. Stato Sez. V, 12/09/2017 n. 4307). Ancora più recentemente è stato affermato che *"dev'essere "privilegiata, a tutela dell'affidamento delle imprese, l'interpretazione letterale del testo della lex specialis, dalla quale è consentito discostarsi solo in presenza di una sua obiettiva incertezza, atteso che è necessario evitare che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale. Inoltre, l'interpretazione della "lex specialis" soggiace, come per tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss., c.c., tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale".* Ciò al fine di garantire che le procedure concorsuali si svolgano secondo obiettivi principi di certezza e di trasparenza (id est, di verificabilità), i quali impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole della *lex specialis* di gara" (Consiglio di Stato sez. V, 31/03/2021, n. 2710).

A ben vedere, la circostanza che il termine di scadenza per la presentazione delle domande sia espressamente riportato sul sito istituzionale dell'Università consegue, in realtà, all'adempimento degli obblighi di pubblicità e trasparenza di cui all'art. 19 d. lgs. n. 33/2013, per cui le amministrazioni sono tenute, tra l'altro, a pubblicare nella sezione "Amministrazione trasparente" i bandi di concorso emanati, garantendo, ai sensi dell'art. 6 del medesimo decreto, la qualità delle informazioni pubblicate, di cui devono essere assicurate *"l'integrità, il costante aggiornamento, la completezza, la tempestività, la semplicità di consultazione, la comprensibilità, l'omogeneità, la facile accessibilità, nonché la conformità ai documenti originali in possesso dell'amministrazione, l'indicazione della loro provenienza e la riutilizzabilità"*. L'ANAC, divulgando con determinazione n. 1310 del 28/12/2016 le *"Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016"*, ha, in quella sede, al paragrafo 3 (*"Qualità dei dati pubblicati. Decorrenza e durata dell'obbligo di pubblicazione"*), fornito alcune indicazioni operative, raccomandando, tra l'altro, l'*"esposizione in tabelle dei dati oggetto di pubblicazione"*, considerato che il relativo utilizzo, ove possibile, *"... aumenta ... il livello di comprensibilità e di semplicità di consultazione dei dati, assicurando agli utenti della sezione "Amministrazione trasparente" la possibilità di reperire informazioni chiare e immediatamente fruibili"*.

Alla luce di quanto sopra, appare consono ricondurre l'indicazione del termine di scadenza sul sito dell'Università alla sua precipua funzione, che non è "regolatoria" della procedura ma, piuttosto, divulgativa e consultiva.

Si aggiunge, inoltre, che, secondo costante giurisprudenza, *"la "lex specialis" del concorso non può essere modificata o integrata né in pendenza dei termini per la presentazione delle domande di partecipazione né successivamente alla loro scadenza, ciò comportando la violazione della par condicio: deve quindi escludersi che la p.a. possa integrare nel corso della procedura selettiva i requisiti di partecipazione o i criteri di valutazione dei titoli e, ove ritenga di innovare o modificare le previsioni del bando, deve emettere un successivo avviso e intervenire in autotutela sull'originaria "lex specialis", che, diversamente, resta imm modificabile; in difetto di siffatti interventi correttivi o modificativi, eventuali clausole ambigue devono essere interpretate applicando il principio del "favor participationis" (Tar Puglia, Lecce, sez. II, 20 dicembre 2014, n. 3148)"* (T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 11/11/2019, n. 5322). Del resto, che l'Amministrazione debba attenersi scrupolosamente al testo del bando è confermato dalle statuizioni giurisprudenziali in materia di "chiarimenti", in materia di appalti; è stato, infatti, espressamente precisato che *"I chiarimenti non possono integrare o modificare la legge di gara, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza, che qui si ribadisce, la quale sottolinea che i medesimi hanno una mera funzione di illustrazione delle regole già formate e*

predisposte dalla disciplina di gara (cfr., tra le altre, Cons. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 978; id., V, 16 marzo 2020, n. 1868), con la conseguenza che i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono mai assumere carattere vincolante per la commissione giudicatrice (Cons. Stato, sez. III, 13 gennaio 2016 n. 74, richiamato, da ultimo, da Cons. Stato, III, 23 maggio 2019, n. 3376, nonché già Cons. Stato, V, 23 settembre 2015, n. 4441) e sono perciò privi di efficacia ove difforni dalla portata oggettiva della lex specialis” (Consiglio di Stato sez. V, 30/11/2020, n. 7555).

Per ulteriore completezza, si aggiunge, infine, che la giurisprudenza ha anche affrontato l'ipotesi in cui dal testo del bando emergano delle indicazioni non univoche, definendo “il principio giurisprudenziale secondo cui in presenza di clausole ambigue o contraddittorie deve essere privilegiata l'interpretazione favorevole all'ammissione alla gara invece che quella che tenda all'esclusione di un concorrente, in ossequio al canone del favor participationis, che sottende anche l'interesse pubblico al massimo dispiegarsi del confronto concorrenziale (cfr., ex multis, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 8.6.2018, n. 6395; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 26.7.2017, n. 860; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 24.1.2017, n. 169; Consiglio di Stato, sez. V, 15.3.2016, n. 1024)” (T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 14/01/2021, n. 31). Sulla base di tali considerazioni, andrebbe comunque privilegiata l'interpretazione meno restrittiva per l'individuazione del termine di scadenza applicabile al caso.

Alla luce di quanto sopra, l'indicazione divulgata *on line* sul sito dell'Università, riguardante la scadenza alle ore 13:00, non può, ad avviso della Scrivente, considerarsi parte integrante del bando in quanto, seppure ad esso riferita, non risulta in esso espressamente né citata né richiamata, tantomeno *“a pena di esclusione”*.

In conclusione, la scadenza del termine per la presentazione delle domande da parte dei partecipanti, in assenza di una specifica diversa indicazione nella compagine del bando, come nel caso di specie - anche in applicazione del *favor participationis* - dovrà ritenersi fissata alle ore 24:00 dell'ultimo giorno utile. Ne consegue che potranno essere considerate regolarmente trasmesse le domande inviate entro il sopra indicato orario del termine fissato.

Il presente parere è reso sulla base della documentazione agli atti ed è sottratto al diritto di accesso ai sensi dell'art. 2 D.P.C.M. n. 200/96, norma applicabile anche agli uffici legali delle amministrazioni (in termini, v. Cons. St. sez. VI, 30.09.2010, n. 7237).

Si resta a disposizione per eventuali ulteriori chiarimenti.

IL RESPONSABILE DELL'UNITÀ DI COORDINAMENTO TECNICO
AFFARI LEGALI E CONTENZIOSO
avv. Domenico Donato

r.p.a.: d.ssa Dorotea Fazio

*Documento informatico firmato digitalmente ai sensi del D.Lgs. n.82/2005 e ss.mm.ii. e norme collegate, il quale
sostituisce il documento cartaceo e la firma autografa*