

Parere n. 120 del 19/07/2012

PREC 86/12/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società Izzo Mario Costruzioni srl – Procedura aperta per l'adeguamento strutturale ed antisismico dell'edificio scolastico "Scuola Media G. Garibaldi" – Importo a base d'asta € 550.000,00 – S.A.: Comune di Vairano Patenora –

Art. 46, comma 1 bis; D.Lgs. 163/2006

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15.2.2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe indicata, con la quale la società Izzo Mario Costruzioni srl ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara, bandita dal Comune di Vairano Patenora, per l'adeguamento antisismico dell'edificio scolastico G. Garibaldi.

L'istante ha fatto presente di essere stato escluso in quanto l'offerta economica presentata non recava accanto alla firma del legale rappresentate l'indicazione del luogo e della data di nascita di quest'ultimo. Secondo la società il provvedimento di esclusione sarebbe illegittimo in quanto, sebbene il disciplinare di gara richieda di fornire le suddette informazioni, la prescrizione in questione non è apposta a pena di esclusione. Inoltre, seppure la lex specialis disponesse in tal senso, la prescrizione risulterebbe comunque nulla ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, D.Lgs. 163/2006, in quanto introdurrebbe una causa di esclusione non prevista dalla predetta disposizione. L'istante, inoltre, ha rappresentato di aver correttamente adempiuto a tutte le prescrizioni funzionali a garantire la provenienza dell'offerta: ha, infatti, regolarmente firmato e timbrato l'offerta su ogni pagina; l'ha inserita in una busta intestata, timbrata, firmata sui lembi, chiusa e sigillata con ceralacca ed ha, infine, collocato tale busta in un ulteriore plico regolarmente chiusi e sigillato.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, la stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato, in base alla constatazione che la redazione dell'offerta economica dell'istante non è conforme a quanto disposto dal punto 3 del disciplinare di gara.

La società Edilsap srl, aggiudicataria della gara de qua, ha partecipato al contraddittorio documentale, rilevando l'infondatezza della doglianza presentata dalla Izzo Mario Costruzioni srl, in quanto la lex specialis ha previsto espressamente che "la mancata compilazione anche d'una sola voce del suddetto modulo o la sua compilazione senza l'osservanza delle modalità sopra indicate comporta l'esclusione dell'offerta", conseguentemente la stazione appaltante – una volta riscontrata la violazione della predetta prescrizione - non ha potuto far altro che escludere il concorrente. Ciò sia in ossequio al principio di par condicio collegato al rispetto degli oneri formali, che prevale

rispetto all'opposto principio del favor participationis, sia in ossequio al vincolo rappresentato dalla lex specialis per la stessa stazione appaltante.

Ritenuto in diritto

La questione controversa concerne la legittimità del provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante in danno dell'istante.

Valore dirimente al riguardo assume l'analisi della lex specialis. Quest'ultima, per quanto qui rileva, prevede che formulazione dell'offerta economica deve avvenire – a pena di esclusione – mediante la compilazione del modulo predisposto dalla stazione appaltante denominato “Lista delle lavorazioni” (punto 3 del disciplinare di gara). La disposizione in esame prosegue, indicando tutti i dati che debbono essere riportati sul modulo, in particolare: “la firma nell'ultimo foglio deve essere seguita dall'indicazione del luogo e della data di nascita del firmatario”, (...) e precisa che “la mancata compilazione anche di una sola voce del suddetto modulo o la sua compilazione senza l'osservanza delle modalità sopra indicate comporta l'esclusione dell'offerta”(art. 3 del disciplinare di gara).

Dalla lettura delle disposizioni in esame pare emerge la volontà della stazione appaltante di sanzionare con l'esclusione dalla gara la mancata compilazione di tutte le voci indicate nel predetto modulo, tra cui anche l'indicazione del luogo e della data di nascita di colui che firma l'offerta economica. Si osserva, però, che il modulo predisposto dalla stazione appaltante per la presentazione dell'offerta non reca nell'ultima pagina (né altrove) accanto allo spazio riservato alla firma del concorrente quello per l'indicazione del “luogo e data di nascita”. Conseguentemente l'istante potrebbe essere stata tratta in inganno dalla stessa documentazione di gara circa la necessità di apporre, a pena di esclusione, i dati contestati. In ipotesi del genere questa Autorità ha affermato che “laddove la stazione appaltante abbia ritenuto di indirizzare le modalità di partecipazione alla gara con la predisposizione di moduli, schede e/o schemi di documenti, l'eventuale difformità degli stessi dalle prescrizioni del disciplinare di gara costituisce un comportamento equivoco dell'amministrazione, idoneo a generare convincimenti non esatti e a dare indicazioni o avvertenze fuorvianti”, per cui l'Autorità medesima ha ritenuto in tali casi non legittima l'esclusione dalla gara dei concorrenti che non hanno correttamente presentato quanto richiesto dal disciplinare (AVCP pareri n.117 del 16.6.2010; n. 93 del 10.9.2009; n. 21 del 12.2.2009; deliberazione n. 68 del 13.9.2006).

Anche la giurisprudenza amministrativa concorda con l'orientamento di questa Autorità, ritenendo che il principio di correttezza dell'azione amministrativa, in correlazione con la generale clausola di buona fede, che informa l'amministrazione nel suo complesso, non consente di traslare a carico del soggetto partecipante ad una gara le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante, “attesa la duplice necessità di tutelare sia l'affidamento ingenerato nelle imprese partecipanti, sia l'interesse pubblico al più ampio possibile confronto concorrenziale, al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'Amministrazione”(Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3384 del 21.6.2007; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5064 del 17.10.2008; Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 1186 del 12.3.2007). Ne deriva che il principio del favor participationis e quello di tutela dell'affidamento ostano all'esclusione di un'impresa, nel caso in cui la compilazione dell'offerta risulti conforme al modulo approntato dalla stazione appaltante, potendo eventuali parziali difformità rispetto al disciplinare costituire oggetto di richiesta di integrazione (Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza n. 5692 del 18 novembre 2009). Ne consegue che la stazione appaltante non avrebbe dovuto escludere l'istante.

Sotto concorrente profilo, si osserva che il D.L. 77/2011 convertito dalla L. 106/2011 ha novellato l'art. 46 D.Lgs. 163/2006, con l'intento di collegare l'esclusione dalla gara a tutte quelle ipotesi in cui sono compromessi preminenti interessi di natura pubblicistica, evitando, invece, tale sanzione per mere irregolarità di stampo soltanto formale. In particolare il nuovo comma 1 bis dispone che "la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle" (così il comma 1 bis).

La fattispecie oggi all'esame non rientra in alcuna delle ipotesi indicate dal legislatore, conseguentemente la clausola del disciplinare di gara invocata dalla stazione appaltante per legittimare l'esclusione dell'istante deve reputarsi nulla e, pertanto, l'Amministrazione comunale non ha l'obbligo di uniformarsi alla stessa. Difatti, se è vero, come correttamente osserva l'aggiudicataria, che le prescrizioni della *lex specialis* vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa stazione appaltante, è altrettanto vero che tale vincolo intanto esiste, in quanto la prescrizione che lo pone non sia viziata da nullità, poiché "quod nullum est, nullum producit effectum". Ne consegue allora che anche sotto quest'altro profilo la stazione appaltante non avrebbe dovuto escludere l'istante.

In base a quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della società Izzo Mario Costruzioni srl non sia conforme ai principi di affidamento e del favor participationis e non sia conforme alla disciplina di cui all'art. 46, comma 1 bis, D.Lgs. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2012

Il Segretario: Maria Esposito