

## **PREC 73/12/L**

**OGGETTO:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Commissario Delegato per l’Emergenza Bonifiche e la Tutela delle Acque in Sicilia – “Lavori di messa in sicurezza della discarica per R.S.U. in Contrada Bifara – Favarotta nel territorio del Comune di Campobello di Licata (AG)”-. Importo a base d'asta € 1.901.226,92 – S.A.: Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento Protezione Civile – Regione siciliana – Ufficio del Commissario Delegato per l’Emergenza Bonifiche e la Tutela delle Acque in Sicilia – Palermo.

**Esclusione, art. 46 co. 1 bis D.Lgvo 163/2006; art. 53 comma 4 D.Lgs. 163/2006 e art. 118 d.P.R. 207/2010.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 01/03/2012 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale il Commissario Delegato per l’Emergenza Bonifiche e la Tutela delle Acque in Sicilia ha chiesto un parere in merito all’esclusione disposta, nell’ambito della gara in oggetto, nei confronti dell’ATI Progetto Geo Ambiente S.r.l./Intercantieri S.r.l. in quanto in sede di apertura della busta contenente la documentazione amministrativa, si è rilevato che “la “presa visione” è stata inserita nella busta “A” anziché nella busta “B” relativa all’offerta economica. Ulteriore motivo di esclusione, rilevato in sede di apertura della busta “B”, è la mancata presentazione in sede di offerta della dichiarazione di cui all’art. 53 comma 4, D.Lgs. 163/2006 e art. 118 d.P.R. 207/2010 prevista a pag. 17 del disciplinare di gara.

Pertanto, con verbale del 26.01.2012 la gara è stata provvisoriamente aggiudicata all’ATI Consorzio Stabile Vitruvio scarl – Di Paola C. e Figli s.a.s. – Cucuzzella Giovanna.

A seguito della suddetta esclusione, la società Progetto Geoambiente s.r.l. ha presentato all’amministrazione reclamo ex art. 243 bis D.Lgs. 163/2006, per l’annullamento del provvedimento di esclusione e del verbale di aggiudicazione provvisoria.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 27 marzo 2012, la stazione appaltante e l’aggiudicataria provvisoria hanno prodotto memorie e documenti.

Ritenuto in diritto

L’istanza di parere in oggetto pone in rilievo due distinte questioni: la prima riguarda la legittimità della esclusione disposta dalla Commissione di gara nei confronti dell’ATI capeggiata dalla

Progetto Geo Ambiente s.r.l. che, contrariamente a quanto prescritto nel disciplinare di gara, ha inserito la “presa visione” tra la documentazione contenuta nella busta “A” anziché all’interno della busta “B” offerta economica; la seconda questione concerne invece l’omessa presentazione, in sede di offerta, della dichiarazione dell’istante di cui all’art. 53 comma 4, D.Lgs. 163/2006 e art. 118 D.P.R. 207/2010, prevista a pag. 17 del disciplinare.

Con riferimento al primo motivo di esclusione, vale rilevare che il disciplinare di gara, a pag. 29, punto 15. prevede il sopralluogo e la presa visione come condizione obbligatoria di ammissione alla gara. Lo stesso disciplinare prevede poi che nella busta “A” venga inserita una dichiarazione “nella quale viene attestata la visita resa di persona ...presso il luogo oggetto dell’intervento..” (pag. 11, 6.1. n. 2), e che nella busta “B” venga inserita “l’attestazione di presa visione dei luoghi rilasciata dalla stazione appaltante come da mod. G allegato al presente disciplinare”, specificando che “la mancata produzione dell’attestazione di presa visione dei luoghi rilasciata dalla stazione appaltante costituisce causa di esclusione dalla gara” (pag. 17, 6.2. lett. b)).

Sostiene la Progetto Geoambiente s.r.l. (nel reclamo), in tal senso non smentita dall’amministrazione, di aver inserito il mod. G nella busta “A”, anziché nella prescritta busta “B” e che tale elemento, di carattere meramente formale, non potrebbe giustificare l’esclusione, trattandosi di formalismo non supportato dalla necessità di tutela di interessi sostanziali, tra cui la par condicio tra i partecipanti. Inoltre, il modello G non riporta alcun elemento utile ai fini dell’individuazione dell’offerta economica, bensì una mera attestazione di presa visione dei luoghi, che ben poteva essere inserita anche nella busta “A”. In ogni caso, sostiene l’istante, ai sensi dell’art. 46 comma 1 bis, del D.Lgs. 163/2006, la stazione appaltante non avrebbe potuto procedere alla propria esclusione dalla gara.

Ritiene il Consiglio che le censure formulate dall’istante siano fondate.

Si rileva, in primo luogo, che l’Amministrazione, nel richiedere nel disciplinare di gara sia l’inserimento nella busta “A” della dichiarazione di presa visione che l’inserimento nella busta “B” dell’attestazione di presa visione, oltre ad appesantire con eccessivi ed inutili formalismi il procedimento, ha sostanzialmente autorizzato il concorrente ad inserire, comunque, la presa visione anche nella busta “A”. Peraltro, la circostanza che, in violazione di quanto prescritto, il mod. G (attestazione di presa visione) sia stato inserito nella busta “A” anziché nella busta “B”, non ha alcun rilievo sostanzialistico, posto che dal mod. G non si evince nessun’altra informazione se non quella della presa visione.

Inoltre, trova comunque applicazione alla fattispecie in esame l’art. 46 co. 1 bis del D.Lgs n. 163/2006 (comma inserito dall’articolo 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, in legge 12 luglio 2011, n. 106) secondo cui “1-bis. 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”.

Vale al riguardo rilevare che la norma sopra richiamata, recepita dalla Regione Sicilia con legge regionale n. 12 del 2011, entrata in vigore il 29 luglio 2011, era già in vigore al tempo della pubblicazione del bando di gara (23.12.2011). Tant'è che il T.A.R. Catania - Sicilia, ha ritenuto che "Alla stregua delle previsioni di cui all'art. 46 comma 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006, comma introdotto dal d.l. 13 maggio 2011 n. 70, e recepito dalla Regione Sicilia con l. rg. n. 12 del 2011, entrata in vigore il 29 luglio 2011, sono ormai tassative le cause di esclusione dalle procedure di selezione dei contraenti negli appalti pubblici, restringendo la possibilità di comminare l'esclusione da tali procedure alle ipotesi di mancato adempimento a prescrizioni di legge previste dal codice degli appalti, dal regolamento attuativo (D.P.R. n. 207 del 2010) e da altre disposizioni legislative vigenti, incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o nella sigillazione dei plichi, sanzionando con la nullità ogni altra previsione di impedimento alla partecipazione. La nullità delle clausole della lex specialis contrastanti con l'art. 46 comma 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 è rilevabile d'ufficio dal giudice e non necessita di apposita impugnativa"(sez. IV, 09 febbraio 2012, n. 348)

Inoltre, il Consiglio di Stato, sez. III, 01 febbraio 2012, n. 493 ha sostenuto che "l'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti, ha previsto la tassatività delle cause di esclusione, disponendo che la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal 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; ma i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione".

Anche il T.A.R. Aosta, Valle d'Aosta, sez. I, 23 gennaio 2012, n. 6 ha affermato che "Il nuovo disposto dell'art. 46 comma 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 ha introdotto il principio della tassatività della clausole di esclusione, limitando la discrezionalità delle stazioni appaltanti in tal senso, sicché laddove l'ipotesi di esclusione non rientri tra quelle tassativamente previste, non è possibile comminare l'esclusione della concorrente".

Conseguentemente, l'ATI in contestazione non poteva essere esclusa per non aver inserito il mod. G nella busta "B", essendo sufficiente l'inserimento di tale modello nella busta "A". In tal senso sono illegittime le clausole del disciplinare citate per violazione dell'art. 46 co. 1 bis D.Lgs cit. ed è illegittimo il verbale di esclusione, poiché dette clausole avrebbero dovuto essere disapplicate dalla stazione appaltante, in quanto nulle.

La seconda questione, che qui viene in rilievo, riguarda la mancata presentazione della dichiarazione di cui all'art. 53 comma 4, D.Lgs. 163/2006 ed art. 118 D.P.R. 207/2010 prevista a pag. 17 del disciplinare".

Il disciplinare di gara, al punto 6.2. (busta "B" Offerta economica) stabilisce: "Ai sensi dell'art. 53 comma 4 D.Lgs. 163/2006 ed art. 118 D.P.R. 207/2010 l'offerta va accompagnata, a pena di inammissibilità, della dichiarazione di aver tenuto conto di eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell'offerta, che, riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di

gara, resta comunque fissa ed invariabile” (pag. 17, 6.2). Tale dichiarazione, quindi, avrebbe dovuto essere inserita nella busta “B” – offerta economica.

Sostiene la società Progetto Geoambiente s.r.l. (nel reclamo) che il medesimo disciplinare prevede a pag. 11 punto 6.1 n. 1) (con riferimento ai documenti da inserire nella busta “A” Documentazione) che “nella domanda il concorrente dichiara, ai sensi dell’art. 53 co. 4 di essere a conoscenza che la prestazione che andrà ad effettuare è a corpo e che pertanto il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione”. Inoltre prevede, a pag. 11, punto 6.1 n. 3), che nella busta “A” deve essere inserito l’Allegato B, in calce al disciplinare, che a pag 39, lett. ccc) prevede una dichiarazione sostitutiva secondo cui il concorrente, testualmente: “dichiara, ai sensi dell’art. 53 comma 4, di essere a conoscenza che la prestazione che andrà ad effettuare è a corpo e che, pertanto, il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione e di aver tenuto conto di eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell’offerta, che, riferita all’esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara, resta comunque fissa ed invariabile”.

Sostiene, pertanto, la società Progetto Geoambiente s.r.l. di aver adempiuto alle prescrizioni del disciplinare anche in merito alla dichiarazione suddetta, avendo compilato e sottoscritto il mod. “B”, inserito poi nella busta “A”.

L’art. 53 co.4, D.Lgs 163/2006 stabilisce che “I contratti di appalto di cui al comma 2, sono stipulati a corpo... Per le prestazioni a corpo, il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione...”.

L’art. 118 co. 2, D.P.R. 207/2010 stabilisce che “Ai sensi dell'articolo 53, comma 4, del codice, per le prestazioni a corpo, il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità' della prestazione, per cui il computo metrico estimativo, posto a base di gara ai soli fini di agevolare lo studio dell'intervento, non ha valore negoziale. Prima della formulazione dell'offerta, il concorrente ha l'obbligo di controllarne le voci e le quantità attraverso l'esame degli elaborati progettuali e pertanto di formulare l'offerta medesima tenendo conto di voci e relative quantità che ritiene eccedenti o mancanti. L'offerta va inoltre accompagnata, a pena di inammissibilità, dalla dichiarazione di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell'offerta, che, riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara, resta comunque fissa ed invariabile”.

In disparte il rilievo - che deve necessariamente muoversi all’Amministrazione appaltante - in merito all’eccessivo formalismo del disciplinare di gara, che, nel richiedere una pluralità di identiche attestazioni da inserire, ora nella busta “A”, ora nella busta “B”, ha inutilmente aggravato il procedimento, ingenerando confusione negli operatori economici, si tratta di stabilire se l’offerta di cui parla il secondo periodo dell’art. 118 co. 2, del regolamento sia da intendersi quale offerta economica, o, in generale, quale offerta globalmente intesa.

Alla luce della massima partecipazione alle gare d’appalto, secondo i principi costituzionali e comunitari, deve propendersi per una valutazione ampia del termine “offerta”. Del resto, la sentenza citata dalla società Progetto Geoambiente s.r.l. (C.G.A. per la Regione Sicilia, 10.11.2010, n. 1390),

pur riferendosi a diversa fattispecie, stabilisce che “In tema di appalto di lavori pubblici, l'art. 37 comma 8, d.lgs 12 aprile 2006 n. 16 deve essere interpretato nel senso che l'espressione ”offerta” contenuta nella norma deve essere intesa in senso ampio, comprensiva di tutta la documentazione che viene presentata in gara, senza prendere posizione su come vadano distribuiti i documenti in sede di gara, in quanto spetta al bando indicare la modalità di presentazione degli stessi”. Tuttavia, nella fattispecie in esame, il bando, come sopra evidenziato, ha richiesto duplicazioni della medesima dichiarazione, che l'ATI esclusa ha comunque fornito.

Infatti, non si fa questione dell'obbligo (previsto dalla prima parte del co. 2, dell'art. 118 D.P.R. cit.) in capo al concorrente di provvedere, prima della formulazione dell'offerta, a controllarne le voci e le quantità attraverso l'esame degli elaborati progettuali, con il conseguente obbligo di formulare l'offerta medesima tenendo conto di voci e relative quantità che ritiene eccedenti o mancanti; bensì, dell'obbligo di accompagnare l'offerta, “a pena di inammissibilità”, dalla dichiarazione “di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell'offerta, che, riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara, resta comunque fissa ed invariabile”.

Nell'ipotesi in esame, si può ritenere sufficiente, ai fini del rispetto della normativa in questione, l'aver il concorrente comunque sottoscritto la dichiarazione di cui al mod. B – ancorché inserito nella busta A – secondo cui “dichiara, ai sensi dell'art. 53 comma 4 di essere a conoscenza che la prestazione che andrà ad effettuare è a corpo e che, pertanto, il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione e di aver tenuto conto di eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell'offerta, che, riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara, resta comunque fissa ed invariabile”.

Torna pertanto a trovare applicazione, anche nell'ipotesi in esame, il disposto di cui all'art. 46 co. 1 bis D.Lgs. 163/2006.

Conseguentemente, l'ATI non poteva essere esclusa nemmeno per violazione dell'art. 53 comma 4, D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 118 d.P.R. 207/2010.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dell'ATI Progetto Geoambiente S.r.l./Intercantieri S.r.l. non sia conforme alla normativa e ai principi di settore.

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