

Parere n.144 del 12/09/2012

PREC 135/12/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Impresa Staniscia Geom. Antonio "Servizio di gestione e manutenzione degli impianti di depurazione di Campomarino e Nuova Cliternia, compresi i relativi impianti di sollevamento ed assunzione di cinque unità lavorative"-. Importo a base d'asta € 192.500,00 – S.A.: Comune di Campomarino (CB).

Mancata indicazione della apposita dicitura sulla busta contenente l'offerta economica. Esclusione illegittima. Art. 46 comma 1 bis D.Lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 06 aprile 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'Impresa Staniscia Geom. Antonio, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dal Comune di Campomarino per aver presentato la busta contenente l'offerta economica senza la dicitura "Busta B – offerta economica", in violazione di quanto prescritto nel disciplinare di gara al punto 2.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 12 giugno 2012, non sono pervenute memorie né ulteriori documenti.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti dell'impresa istante che ha depositato la busta contenente l'offerta economica senza la relativa dicitura ("Busta B: Offerta economica"), prevista a pena di esclusione dall'art. 2 del disciplinare di gara.

L'art. 46 comma 1 bis D.Lgvo 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) stabilisce che "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, nonche' 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 integrita' del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarita' 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*".

Il Consiglio di Stato, sez. III, 01 febbraio 2012, n. 493 ha ritenuto 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.lg. 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”.

Nella fattispecie in esame deve ritenersi che la stazione appaltante abbia illegittimamente escluso l’impresa istante poiché la busta contenente l’offerta economica, ancorché priva della dicitura richiesta, non poteva essere altrimenti confusa, posto che sull’altra delle due buste era invece indicata la dicitura “Busta A: documentazione” e, quindi, per esclusione, la seconda busta non poteva che contenere l’offerta economica. Ne deriva che l’omissione della mera dicitura non poteva determinare incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, nè la fattispecie qui in esame è equiparabile al 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.

Conclusivamente, in applicazione dell’art. 46 comma 1 bis D.Lgs. 163/2006, deve ritenersi che l’esclusione dell’impresa Staniscia Geom. Antonio sia stata illegittimamente disposta.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l’esclusione dell’impresa Staniscia Geom. Antonio sia stata illegittimamente disposta per violazione dell’art. 46 comma 1 bis D.Lgs. 163/2006 .

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 settembre 2012

Il Segretario Maria Esposito