

PARERE N. 179 DEL 24/10/2012

PREC 188/12/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. 163/2006 presentate dalla società RIS srl e dal Comune di Trinitapoli – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione delle infrastrutture a supporto degli insediamenti produttivi – Importo a base d'asta €1.910.600,00 – S.A.: Comune di Trinitapoli

Termine di presentazione delle offerte: ambiguità della lex specialis

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 26 luglio 2012 e 3 settembre 2012 sono pervenute le istanze di parere indicate in oggetto, con cui è stato chiesto l'avviso di questa Autorità in merito all'ammissione di due concorrenti alla gara, bandita dal Comune di Trinitapoli, per l'affidamento dei Lavori di realizzazione delle infrastrutture a supporto degli insediamenti produttivi.

Le istanze hanno rappresentato che durante l'espletamento delle operazioni di gara la Commissione ha escluso le società RIS srl e Napolitano Costruzioni srl, in quanto i plichi presentati dalle stesse sono giunti il giorno 9.5.2012, il primo alle ore 12,11 ed il secondo alle ore 12,58, quindi, oltre la scadenza fissata dal bando: ossia ore 12:00 del 9.5.2012.

I rappresentanti delle due imprese concorrenti, presenti alla seduta pubblica, si sono opposti all'esclusione ed hanno chiesto la riammissione in gara delle stesse, in quanto i predetti plichi sono stati in realtà consegnati a mano, come consentito dal disciplinare di gara, entro il termine ultimo stabilito dallo stesso, ossia le ore 13:00.

La Commissione, visto il disciplinare di gara, al fine di garantire la massima partecipazione e concorrenza, ha riammesso le predette società con riserva di chiedere un parere in merito all'Autorità.

Entrambe le società hanno partecipato al contraddittorio documentale, rappresentando che il bando di gara ha indicato in termini generali la data e l'ora entro cui le offerte dovevano essere ricevute, mentre il disciplinare ha regolato nel dettaglio le modalità di presentazione delle stesse.

Quest'ultimo, in particolare, ha distinto tra la consegna a mezzo servizio postale o agenzia di recapito autorizzata (art. 1, comma 1, lettera a) e la consegna a mano (art. 1, comma 1, lettera b), rinviando nel primo caso al termine di ricevimento fissato dal bando, e determinando, invece, nel secondo caso tale termine in via autonoma entro le ore 13:00. Conseguentemente, entrambe le concorrenti, originariamente escluse, hanno fatto affidamento sull'ora indicata nel disciplinare di gara per la consegna a mano ed hanno presentato le rispettive offerte entro le ore 13.00.

Le suddette società hanno anche richiamato a favore della propria ammissione alla gara il consolidato canone interpretativo, in virtù del quale le clausole di contenuto oscuro o ambiguo – come sarebbe quella in esame – vanno comunque interpretate in senso favorevole alla massima partecipazione.

Ritenuto in diritto

La questione controversa attiene alla legittimità dell'ammissione alla gara *de qua* di due società. E' opportuno al riguardo leggere attentamente la *lex specialis*. E' indiscusso che il bando di gara al punto IV.3.4 fissa quale termine ultimo per il ricevimento delle offerte la data del 9.5.2012 ore

12:00. Il disciplinare, invece, all'art. 1, rubricato "Modalità di presentazione dell'offerta", dispone per quel che qui rileva, quanto segue:

"a) il plico contenente la documentazione di cui al successivo Capo 2 e le due buste interne di cui alla successiva lettera f), deve pervenire, a pena di esclusione dalla gara, a mezzo raccomandata del servizio postale, oppure mediante agenzia di recapito autorizzata, entro il termine perentorio di cui al punto IV 3.4) del bando di gara all'indirizzo appositamente indicato al punto I.1) del bando di gara;

b) la consegna a mano del plico direttamente all'indirizzo di cui alla precedente lettera a) è ammessa anche senza formalità, tutti i giorni feriali, escluso il sabato dalle ore 9:00 alle ore 13:00, fanno fede la data e l'ora di presentazione apposte sul plico a cura dell'addetto alla ricezione".

Quest'ultima disposizione a ben vedere reca l'orario entro il quale la domanda di partecipazione poteva essere consegnata a mano, ma nulla dice con riferimento al giorno della consegna. Si potrebbe allora integrare la disposizione in esame con quella contenuta nel bando di gara e concludere che nel caso di recapito a mano del plico, la stazione appaltante abbia inteso fissare il termine di consegna alle ore 13 del 9.5.2012. In alternativa dovrebbe ritenersi che la stazione appaltante per mero errore materiale abbia indicato le ore 13:00 come termine ultimo, anziché le ore 12:00, come previsto nel bando di gara.

E' evidente che le suddette opzioni interpretative portano a risultati opposti: la prima consente alla stazione appaltante di ammettere le società in questione alla gara, la seconda impone la loro esclusione.

La prima delle due soluzioni possibili appare quella preferibile, tenuto conto non solo del principio invocato dalle concorrenti, in virtù del quale in un contesto di incertezza circa l'interpretazione della portata precettiva di una clausola ambigua della legge di gara, deve accordarsi prevalenza all'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti in vista della selezione della migliore offerta proposta (cfr. AVCP, pareri n.208 del 31.7.2008; n.66 del 10.10.2007; TAR Piemonte, Sez. I, n. 252 del 24.2.2012), ma anche dell'orientamento più volte espresso dall'Autorità, secondo cui eventuali omissioni o errori nella redazione della *lex specialis* non possono riverberarsi a danno dei concorrenti che hanno fatto legittimo affidamento su di essa, in quanto 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 (cfr. AVCP pareri n.125 del 19.7.2012, n.117 del 16.6.2010; n. 93 del 10.9.2009; n. 21 del 12.2.2009).

In base a quanto sopra considerato

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le società RIS srl e Napolitano Costruzioni srl possano essere ammesse alla gara .

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 ottobre 2012

Il Segretario Maria Esposito