

PARERE N. 204 DEL 5/12/2012

PREC 227/12/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società CEA s.a.s. di Acanfora Antonio– “Servizio di pulizia ed alberghiero presso il Comando 51^ Stormo di Istrana (TV)”-. Importo a base di gara € 2.180.850,05 – S.A. Aeronautica Militare Comando 51^ Stormo- Treviso.

Giustificazioni preventive formalmente presentate in contrasto con prescrizioni lettera invito. Esclusione dalla gara. Abrogazione art. 86 comma 5 D.Lgs. 163/2006. Illegittimità richiesta giustificazioni preventive. Nullità per violazione art. 46 comma 1 bis D.Lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 24 settembre 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale CEA s.a.s. di Acanfora 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 per avere inserito gli elementi giustificativi nella busta dell'offerta economica anziché in ulteriore e separata busta. In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 16 ottobre 2012, la stazione appaltante ha ribadito la correttezza del proprio operato e la legittimità della disposta esclusione.

Ritenuto in diritto

La questione controversa, oggetto del presente esame, concerne la legittimità della esclusione disposta nei confronti di CEA s.a.s. di Acanfora Antonio per avere inserito l'offerta economica e gli elementi giustificativi di quest'ultima nella medesima busta anziché, come richiesto dalla stazione appaltante, in buste separate.

La lettera di invito alla procedura di gara ristretta ed accelerata per l'affidamento del servizio in oggetto, al punto 5, stabiliva che le ditte dovevano far pervenire alla stazione appaltante tre buste: una contenente i documenti, un'altra contenente l'offerta economica ed una terza contenente la verifica di congruità dell'offerta. Testualmente “Le buste di cui sopra dovranno essere tutte contenute in un unico plico, chiuso e sigillato... a pena di esclusione, il suddetto plico, chiuso e sigillato, contenente le citate buste intestate e separate come precisato, dovrà essere recapitato...”. Risulta sufficientemente chiaro che - nell'ambito del medesimo plico - la busta contenente l'offerta economica e quella contenente la verifica di congruità dovevano essere separate. Al punto 7 lett. a) della lettera di invito, sotto la rubrica “ offerte anormalmente basse”, si legge “come già illustrato in precedenza, unitamente all'offerta, a pena di esclusione, dovrà essere consegnata un'ulteriore busta, chiusa e sigillata, recante sull'esterno la dicitura “giustificazioni” e contenente la dimostrazione dei costi e degli altri elementi giustificativi del prezzo offerto, da aprirsi nel caso in cui occorra effettuare la prescritta verifica di congruità ai sensi dell'art. 86 del decreto legislativo 163/2006”.

Risultando chiare le disposizioni di gara, va, in primo luogo, respinta la dedotta censura di incertezza delle disposizioni contenute nella lettera di invito.

Va, poi, precisato che l'espressa comminatoria dell'esclusione per l'inadempimento ad un onere imposto nella lettera di invito, non consente all'amministrazione alcun margine di discrezionalità nel valutare la rilevanza sostanzialistica o formalistica della medesima prescrizione. Ciò in base al noto principio dell'autovincolo più volte ribadito dalla giurisprudenza e recentemente espresso anche da T.A.R. Roma Lazio, sez. I, 07 maggio 2012, n. 4087 secondo cui "Non sussiste alcuna possibilità di scelta per la Commissione giudicatrice in ordine all'esclusione o meno di un concorrente in caso di mancata presentazione di documenti in osservanza di previsioni del disciplinare di gara dettate a pena di esclusione. Il provvedimento di esclusione, infatti, costituisce atto vincolato rispetto alla clausola del bando che indica le modalità di presentazione dei documenti a pena di esclusione, atteso che la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo rigoroso ed incondizionato le clausole inserite nella *lex specialis* relative ai requisiti formali e sostanziali, di partecipazione ovvero alle clausole di esclusione, senza possibilità alcuna di esaminare il merito e la rilevanza di ogni specifico inadempimento sanzionato con l'esclusione dalla gara, con l'ulteriore precisazione che la disciplina delle procedure di gara è giustamente caratterizzata dal formalismo in quanto strumento utile per rendere trasparente la discrezionalità amministrativa e porre tutti i concorrenti sullo stesso piano partecipativo, richiedendo loro un uguale impegno di diligenza, attenzione e rispetto verso le clausole dei bandi e dei capitolati. Anzi, consentire la regolarizzazione per inosservanze sanzionate con l'esclusione significherebbe, per un verso, contravvenire alla regola preventivamente imposta e considerarle delle mere irregolarità emendabili o delle violazioni formali sanabili determinerebbe, per altro verso, un'illegittima violazione del principio della *par condicio* dei concorrenti".

Occorre, tuttavia, valutare se la clausola del bando di cui al punto 5, laddove prevede che il suddetto plico debba contenere le citate buste intestate e separate, a pena di esclusione, sia conforme all'art. 46, comma 1 bis D.lgs. 163/2006. In altre parole, poiché il candidato ha comunque presentato le giustificazioni per la verifica di congruità, ancorché non in busta separata, ma nell'ambito dell'offerta economica medesima, occorre stabilire se detta clausola costituisca un mero formalismo, ovvero abbia una incidenza sostanziale sui valori tutelabili in sede di gare pubbliche.

Ritiene il Consiglio che la clausola in esame debba essere considerata nulla per violazione dell'art. 46 comma 1 bis D.Lgs 163/2006 secondo cui "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". Infatti, le giustificazioni economiche finalizzate alla verifica di congruità dell'offerta, oltre ad essere pertinenti all'offerta economica, non godono di segretezza. Il loro inserimento nella busta contenente la medesima offerta economica, non pone pertanto né un problema di incertezza sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, né di non integrità del plico o di altre irregolarità relative alla sua chiusura tali da far ritenere che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. Il principio evidenziato è sostenuto anche dalla giurisprudenza amministrativa. In particolare, si è affermato che "a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 46, comma 1 bis, deve considerarsi illegittima l'esclusione da una gara di appalto di una ditta che abbia ommesso di allegare all'offerta economica le giustificazioni preventive sulla congruità dell'offerta. D'altro canto, è principio consolidato quello secondo cui "Le giustificazioni preventive, originariamente previste dall'art. 87 d.lgs. n. 163 del 2006, non devono più essere richieste in sede di presentazione delle offerte, ma vengono in rilievo - solo in via eventuale - nella fase successiva dell'anomalia, se e in quanto l'offerta ne risulti sospetta, occorrendo quindi un segmento procedimentale successivo per la

valutazione di congruità”.(T.A.R. Roma Lazio, sez. II, 17 settembre 2012, n. 7812).

“In tema di anomalia delle offerte, l'abrogazione dell'art. 86 comma 5, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, in combinato disposto con la positivizzazione del generale principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica, ha comportato il definitivo superamento della tesi che ravvisava nella prima norma una *ratio* sanzionatoria per il caso della mancata produzione delle giustificazioni preventive”. (T.A.R. Palermo Sicilia sez. II, 26 giugno 2012, n. 1300).

Conseguentemente, la stazione appaltante non poteva richiedere giustificazioni preventive se non nei modi di cui agli artt. 87 e 88 del Codice, a nulla rilevando la destinazione delle stesse in una busta anziché in un'altra.

L'esclusione disposta nei confronti della ditta CEA s.a.s. è quindi palesemente illegittima per nullità, ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, della clausola che prevede l'obbligo, a pena di esclusione, di inserimento delle giustificazioni in una busta distinta rispetto a quella contenente l'offerta economica.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della CEA s.a.s. di Acanfora Antonio sia stata illegittimamente disposta per violazione dell'art. 46 comma 1 bis D.lgs 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 dicembre 2012

Il Segretario Maria Esposito