

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 214

del 17 settembre 2008

PREC 189-08-S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata da Biblion Società Cooperativa – procedura ristretta per l'affidamento della fornitura del servizio di catalogazione testi giuridici esistenti presso la Biblioteca Centrale Giuridica con l'utilizzo del software Sebina/Indice. S.A.: Ministero della Giustizia.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 29 febbraio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto, con la quale la Biblion s.c. contesta la propria esclusione dalla procedura ristretta per l'affidamento della fornitura in oggetto, disposta in quanto la società non ha prodotto la cauzione provvisoria. Più precisamente, l'istante espone come la documentazione di gara della procedura in esame presenti aspetti contraddittori, richiedendo la cauzione provvisoria non nella lettera di invito ma nel solo bando di gara che, peraltro, non reca alcuna sanzione di esclusione in caso di mancata produzione della stessa. Detta contraddittorietà degli atti avrebbe ingenerato un errore scusabile in capo a Biblion s.c. la quale, attenendosi alle previsioni della lettera di invito, ha omesso di presentare la cauzione provvisoria a corredo dell'offerta. L'Amministrazione, secondo l'istante, ha riconosciuto l'errore, dando la possibilità alla società di integrare la documentazione mancante entro un termine perentorio. Detto termine, è stato considerato troppo breve dalla società la quale, pertanto, ha

fatto richiesta di una proroga che, tuttavia, non è stata concessa dall'Amministrazione che ha provveduto ad escludere la società. La disposta esclusione è considerata dalla Biblion s.c. viziata e meritevole di revisione da parte dell'Amministrazione, in via di autotutela, in considerazione del rispetto della buona fede dei partecipanti.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità ha presentato osservazioni la stazione appaltante, la quale ha fatto presente come il bando di gara, al punto III.1.1, prevedeva come requisito per poter partecipare alla gara la produzione di una cauzione provvisoria nella misura prevista dall'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006 ed una cauzione definitiva. Nella successiva lettera di invito la cauzione provvisoria non è stata indicata tra i documenti da produrre, atteso che tale requisito era stato già richiesto nel bando di gara. Secondo l'amministrazione detta omissione non genererebbe una contraddittorietà degli atti di gara in considerazione anche del fatto che la mancata indicazione dell'obbligo di prestare la cauzione nella lettera di invito non esonera la ditta partecipante a conformarsi alle prescrizioni contenute nel bando di gara, le quali discendono direttamente dalla legge. Inoltre l'amministrazione osserva come la Biblion s.c. sia stata posta nella condizione di rimediare successivamente a tale inadempimento, accordando termini (quindici giorni) per integrare la documentazione mancante. Anche a tale secondo invito la Biblion ha omesso di ottemperare, adducendo il motivo che il tempo concesso era estremamente ristretto. Detta doglianza, secondo il Ministero di Giustizia è ingiustificata anche per quanto riguarda l'eventuale annullamento della gara, atteso che tale provvedimento non troverebbe giustificazione in un comportamento sostanzialmente corretto dell'Amministrazione stessa.

Ritenuto in diritto

E' principio noto che la lettera di invito si ponga in rapporto di accessorietà con il bando, potendo solo specificarne le prescrizioni, con conseguente prevalenza, in caso di contrasto, del bando rispetto alla lettera di invito. Di regola, pertanto, la lettera di invito può indicare in aggiunta ulteriori clausole disciplinanti la gara e prescrizioni e adempimenti aggiuntivi che non debbono, in ogni caso, violare la *par condicio* dei concorrenti, risultando difformi da quanto previsto nel bando di gara.

Questa Autorità ha avuto in passato già modo di osservare (Deliberazione n. 98 del 29.03.2007), anche in linea con quanto chiarito dalla più recente giurisprudenza amministrativa, come il carattere complementare riconosciuto, in via generale, alle disposizioni contenute nei

singoli atti di gara “non può condurre, nel caso di contrasto tra di esse, all’inefficacia della clausola contenuta nel bando atteso che questo costituisce la fonte primaria e madre delle altre disposizioni che possono, pertanto, avere un contenuto integrativo ma mai sostitutivo del primo” (TAR Lazio, sez. III quater, 22/2/2007 n. 1609). E ancora il giudice amministrativo ha osservato come “in assenza di contraddizioni lessicali o logiche il bando e il disciplinare, ben possono integrarsi reciprocamente, nel senso di prevedere autonome prescrizioni anche a pena di esclusione, non essendo necessario che queste siano contenute in tutti gli specifici atti costituenti la *lex specialis* di gara” (TAR Campania sez. I sent. n. 3141/2006).

Nel caso di specie, il bando di gara prevedeva al punto III.1.1, disciplinante i requisiti di partecipazione economico – finanziari, l’obbligo di presentare una “*cauzione provvisoria nella misura prevista dall’art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006*”. Tale requisito, indicato chiaramente nel bando di gara è vincolante per i partecipanti e per la stessa stazione appaltante che, pertanto, non può disapplicarlo, bensì è tenuta a darvi puntuale e incondizionata esecuzione. Di conseguenza, anche alla luce dei precedenti indirizzi espressi da questa Autorità e dal giudice amministrativo, i partecipanti erano a conoscenza, sin dalla pubblicazione del bando dell’obbligo, per poter prendere regolarmente parte alla procedura, di prestare la cauzione provvisoria. Del resto, deve osservarsi come tale requisito sia conforme a quanto disposto dall’art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006, che lo prevede quale requisito di partecipazione, stante la sua funzione di garantire all’amministrazione l’affidabilità e serietà dell’offerta presentata.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene che la mancata presentazione della cauzione provvisoria da parte della Biblion s.c. risulta non essere conforme alla *lex specialis* di gara e alla normativa vigente di settore.

Il Consigliere Relatore

Andrea Camanzi

Il Presidente

Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 19 settembre 2008