

## **Parere n. 222 del 16/12/2010**

### **PREC 187/10/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Platania – Lavori di riqualificazione, recupero e valorizzazione del comparto storico Località Pietra nel Comune di Platania per la creazione di un Centro di Ospitalità Turistica Diffusa – Importo a base d'asta: €559.995,67 – S.A.: Comune di Platania (CZ).

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 30 giugno 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Platania ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla legittimità dei provvedimenti di esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, assunti nei confronti di alcune imprese concorrenti per i motivi di seguito esposti.

Nello specifico, la stazione appaltante ha rappresentato che l'impresa COSTRUZIONI GAGLIOTI s.r.l. è stata esclusa in quanto è stato siglato e sigillato con ceralacca solo un lembo del plico d'invio, ritenendo la Commissione di gara che, secondo le prescrizioni del bando, l'impresa medesima avrebbe dovuto, per garantire l'integrità del plico, siglare e sigillare anche i restanti lembi, pur se preincollati dal fabbricante della busta stessa.

Di contro, la predetta impresa – alla quale la stazione appaltante ha inoltrato la comunicazione di cui all'art. 79, comma 5, lett. b) del D.Lgs. n. 163/2006 in data 9 giugno 2010 – ha fatto pervenire all'Amministrazione comunale, in data 12 giugno 2010, un reclamo con il quale ha chiesto la riammissione alla gara in oggetto, elencando una serie di sentenze del Giudice Amministrativo, secondo le quali non avrebbe dovuto essere esclusa.

Il Comune di Platania ha riferito, altresì, che la Commissione di gara ha escluso anche le imprese ELLE DUE COSTRUZIONI s.r.l., CRAPELLA ANTONIO e GENOVESE COSTRUZIONI s.a.s., in quanto *“la dichiarazione di cui al punto 1) del disciplinare di gara non è stata sottoscritta su ogni pagina con firma leggibile e per esteso, così come prevede lo stesso disciplinare al punto 1) – pag. 17”, e che le suddette imprese hanno fatto pervenire alla stazione appaltante una comunicazione dello stesso tenore, con la quale hanno chiesto la riammissione in gara, sostenendo che il disciplinare riporta la dicitura “La dichiarazione su indicata deve essere sottoscritta su ogni pagina con firma leggibile e per esteso” e non specifica “pena l'esclusione”, così come meglio precisato alla nota immediatamente precedente, relativa ai singoli punti della medesima dichiarazione.*

All'istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità in data 7 settembre 2010, ha fatto seguito, in data 17 settembre 2010, la memoria dell'impresa controinteressata ALEX IMPRESITI COSTRUZIONI s.r.l., aggiudicataria provvisoria dell'appalto in oggetto, che ha ribadito la correttezza dell'operato della stazione appaltante, sostenendo la legittimità dei provvedimenti di esclusione adottati nei confronti delle sopra citate imprese.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa sottoposta a questa Autorità dal Comune di Platania attiene alla legittimità dei provvedimenti di esclusione disposti nei confronti delle imprese concorrenti COSTRUZIONI GAGLIOTI s.r.l., ELLE DUE COSTRUZIONI s.r.l., CRAPELLA ANTONIO e GENOVESE COSTRUZIONI s.a.s., per i distinti motivi riportati nella narrativa in fatto.

La prima tipologia di controversia, insorta tra la stazione appaltante e l'impresa COSTRUZIONI GAGLIOTI s.r.l. è ormai nota a questa Autorità, che si è già occupata di casi analoghi in più occasioni (pareri n. 128 del 23 aprile 2008; n. 71 del 6 marzo 2008; n. 170 del 21 maggio 2008). In merito, l'Autorità ha espresso l'avviso che le formalità previste per la presentazione dell'offerta, coerentemente con la finalità di tutelare la *par condicio* tra i concorrenti, assolvono alla funzione preminente di assicurare l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente, nonché di evitare la manomissione del contenuto del plico e di garantire la segretezza dell'offerta. La ceralacca, in particolare, ha la funzione di evitare ogni possibile contestazione e sospetto di manomissione, data la notoria possibilità di aprire e chiudere agevolmente, senza lacerazioni o segni evidenti, i lembi preincollati delle buste all'uopo comunemente usate.

Nel caso in esame, il punto 14, lett. a), n. 2 del bando di gara prevede espressamente, come causa di esclusione dalla gara, la circostanza che le offerte siano "*mancanti o carenti di sigilli o di sigle sui lembi del plico d'invio, rispetto a quanto prescritto dal presente bando*" e il punto 1 del disciplinare di gara prevede, quali modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte, che "*i plichi devono essere idoneamente sigillati con ceralacca, controfirmati sui lembi di chiusura...*". In sede di gara, la Commissione ha escluso l'impresa COSTRUZIONI GAGLIOTI s.r.l. in quanto è stato siglato e sigillato con ceralacca solo un lembo del plico d'invio, ritenendo che, secondo le richiamate prescrizioni del bando, l'impresa medesima avrebbe dovuto, per garantire l'integrità del plico, siglare e sigillare anche i restanti lembi, pur se preincollati dal fabbricante della busta stessa. In merito, si rileva che la prescrizione di cui trattasi è, in tutta evidenza, prevista a garanzia della provenienza e della segretezza della proposta contrattuale e le regole cui si ispira non possono recedere dal rigido formalismo, a pena di illegittimità, dovendo vietare che sussistano margini di discrezionalità della stazione appaltante – a tutela della stessa *par condicio* dei concorrenti – in merito alle modalità di presentazione dell'offerta, in relazione alle prescrizioni preventivamente esternate dalla medesima negli atti di gara.

Al riguardo, sono da ritenere valide, proporzionate e non discriminatorie le disposizioni della *lex specialis*, che sul punto sanziona, con l'esclusione dalla gara, la mancata controfirma e sigillatura con ceralacca su tutti i lembi di chiusura della busta contenente l'offerta. Nello stesso senso si esprime il TAR Lazio, Roma, sez. III, 23 ottobre 2009, n. 10361, secondo cui "*il principio di proporzionalità non consente all'amministrazione pubblica, in sede di predisposizione degli atti di gara, di adottare atti restrittivi della sfera giuridica dei privati in misura non proporzionata all'interesse pubblico, essendo necessaria l'idoneità del mezzo prescelto rispetto al fine perseguito, la necessità dello stesso e la sua adeguatezza rispetto al sacrificio imposto al privato*". Trattasi, infatti, di accorgimento coincidente con l'interesse essenziale della stazione appaltante al regolare svolgimento del procedimento di evidenza pubblica, che fornisce una maggiore garanzia nei confronti di eventuali frodi o indebite violazioni del segreto, senza per questo imporre ai partecipanti alla gara di appalto oneri particolarmente gravosi (T.A.R. Puglia Lecce, II, 18 ottobre 2003, n. 6948).

Peraltro, si sottolinea che non è neppure possibile ipotizzare "sanatorie" del vizio formale di presentazione dell'offerta, giacché l'attività diretta a sanare i vizi delle istanze di taluni concorrenti, sarebbe in violazione del fondamentale principio della parità di trattamento.

Per ragioni di completezza, non può, tuttavia, essere sottaciuto l'orientamento giurisprudenziale contrario secondo cui, in materia di contratti della pubblica amministrazione, per lembo di chiusura di un plico dovrebbe intendersi il lembo ancora aperto, costituente l'imboccatura della busta stessa e soggetto ad operazione di chiusura a sé stante, che va ad aggiungersi a quelli già chiusi dal fabbricante del plico stesso mediante operazione di preincollatura; sicché, sarebbe sufficiente che l'adempimento formale imposto al concorrente venisse limitato al lembo della busta che viene

chiuso da chi la utilizza, con esclusione dei lembi preincollati dal fabbricante (cfr. *ex multis* T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 12 settembre 2008, n. 10097; T.A.R. Molise, 1 luglio 2008, n. 651; T.A.R. Valle d'Aosta Aosta, 11 luglio 2007, n. 91; Consiglio Stato, sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2946).

Non di meno, a sostegno del rispetto puntuale delle regole di gara, condiviso da questa Autorità per le ragioni suesposte, merita di essere segnalata – per la sua stretta pertinenza al caso in esame – la sentenza del T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 2 ottobre 2009 n. 1722, secondo cui “...*si deve tener presente il dato di comune esperienza per cui le buste per invii postali e simili normalmente reperibili in commercio sono formate da un foglio di carta spessa ripiegato su sé stesso, per formare l'interno della busta, e preincollato dal costruttore in tre lembi su quattro; il quarto ed ultimo è lasciato invece aperto, per consentire di inserire nella busta quanto desiderato, e si chiude al momento dell'uso utilizzando la striscia di adesivo appositamente predisposta. Interessa ora qui rilevare che i quattro lembi della busta, una volta che essa è stata chiusa, sono identici l'uno rispetto all'altro: non importa che essi siano stati incollati all'origine dal costruttore o all'uso dall'utilizzatore, perché ciascuno può essere riaperto e reincollato senza lasciare tracce - ad esempio col proverbiale vapore - e consente quindi operazioni fraudolente. Per prevenire tale esito, è necessario che ognuno dei lembi in questione, e non solo quello preincollato, sia sigillato, con un suggello di ceralacca, un nastro adesivo firmato o altro artificio che, se alterato, dell'alterazione lasci una traccia ineliminabile.*” A tale *ratio* sostanziale si aggiunga, sul piano formale, che la lettera del bando – nella fattispecie in esame come in quella oggetto della citata pronuncia giurisprudenziale – si riferisce testualmente ai lembi di chiusura, al plurale, e non a uno solo di essi. Ciò stante, questa Autorità, – pur consapevole dell'esistenza, nella giurisprudenza amministrativa, di un diverso orientamento, favorevole a che l'adempimento formale imposto al concorrente venga, in linea generale, limitato al lembo della busta che viene chiuso da chi la utilizza, con esclusione dei lembi preincollati dal fabbricante (cfr. ad es. Consiglio Stato, sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2946) – ritiene di concludere, in accordo con la più recente giurisprudenza richiamata (T.A.R. Lombardia, n. 1722/2009 cit.) “*che, nella presente fattispecie, la peculiare lex specialis che la governa non può non essere interpretata nel senso che tutti i lembi delle buste andavano necessariamente sigillati e controfirmati dai concorrenti, quale garanzia certa e incontrovertibile dell'inalterabilità dell'offerta, uscita dalla loro disponibilità*”.

Parimenti prive di pregio sono le rimostranze delle altre tre imprese escluse, ELLE DUE COSTRUZIONI s.r.l., CRAPELLA ANTONIO e GENOVESE COSTRUZIONI s.a.s., in quanto “*la dichiarazione di cui al punto 1) del disciplinare di gara non è stata sottoscritta su ogni pagina con firma leggibile e per esteso, così come prevede lo stesso disciplinare al punto 1) – pag. 17*”. Infatti, il punto 14, lett. d), n. 2 del bando di gara prevede espressamente, come causa di esclusione dalla gara, la circostanza che le offerte siano “*in contrasto con le clausole essenziali del presente bando*” e il disciplinare di gara, nel dettare le norme integrative al bando medesimo (ai sensi del punto 5, pag. 2 del bando di gara) riporta, nel punto 1, concernente la necessaria dichiarazione cumulativa, un Nota Bene, a pag 17, opportunamente evidenziato in grassetto, contenente la dicitura “*La dichiarazione su indicata deve essere sottoscritta su ogni pagina con firma leggibile e per esteso*”.

In merito, si rileva che la clausola di cui trattasi è, in tutta evidenza, una clausola essenziale, in quanto prevede una componente essenziale dell'atto dichiarativo cumulativo, quale la sottoscrizione del medesimo su ogni pagina con firma leggibile, che si configura in termini di forma prescritta “*ad substantiam*”.

Peraltro, l'adempimento in questione è richiesto in termini chiari che non si prestano ad equivoci di alcun genere, oltre ad essere adeguatamente evidenziato all'interno del disciplinare di gara, per cui non sussistono margini per l'applicazione del principio del “*favor participationis*”, che presuppone invece che vi siano incertezze in ordine al senso da attribuire ad una determinata clausola. Né si può, per altro verso, dubitare della meritevolezza dello specifico interesse della stazione appaltante ad imporne il puntuale adempimento, in funzione di assicurare certezza nella riconducibilità delle

plurime dichiarazioni contenute nell'atto ad un soggetto e serietà e attendibilità di quanto dichiarato, né l'adempimento medesimo si traduce nell'imposizione di un onere sproporzionato rispetto agli scopi perseguiti dalla stazione appaltante ovvero *ex se* eccessivamente gravoso.

In base a quanto sopra considerato

### **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara delle imprese concorrenti COSTRUZIONI GAGLIOTI s.r.l., ELLE DUE COSTRUZIONI s.r.l., CRAPELLA ANTONIO e GENOVESE COSTRUZIONI s.a.s. disposta dal Comune di Platania sia conforme alla *lex specialis* di gara.

Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 dicembre 2010*

Il Segretario: Maria Esposito