

Parere n. 53 del 11/03/2010

Protocollo PREC 176/09/L

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dal Ministero della Difesa e dall'impresa Sacchetti Nello s.r.l. – Lavori di realizzazione di una palazzina per volontari dell'esercito - Rimini - zona residenziale Vega – Importo a base d'asta € 5.144.844,15 – S.A.: Ministero della Difesa

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 23 ottobre 2009 e 2 novembre 2009 sono pervenute all'Autorità le istanze di parere indicate in epigrafe, con le quali, in ordine alla procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto il Ministero della Difesa e l'impresa Sacchetti Nello s.r.l. hanno rispettivamente rappresentato quanto segue.

Il Ministero della Difesa ha chiesto se ricorrano nel caso di specie gli estremi per rivedere in autotutela i provvedimenti di esclusione dalla gara adottati nei confronti di 9 dei 46 concorrenti, i quali hanno versato il contributo dovuto all'Autorità ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67 della legge 23 dicembre 2005, n. 266 in misura inferiore a quella dovuta (€ 100,00) per effetto della erronea indicazione in tal senso contenuta nel bando di gara al punto III.1.1, che quantifica il contributo in € 70,00, oggetto di avviso di errata corrige pubblicato sul sito internet del Ministero della Difesa in data posteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, successivamente prorogato.

L'impresa Sacchetti Nello s.r.l., invece, esclusa dalla gara per le ragioni sopra richiamate, ha precisato di aver presentato l'offerta entro il termine di scadenza del 30 settembre 2009 fissato al punto IV.3.2 del bando, successivamente prorogato al 14 ottobre 2009, mentre l'avviso di errata corrige, con il quale è stato rettificato l'importo da versare a titolo di contributo, è stato pubblicato sul sito internet del Ministero della Difesa in data 9 ottobre 2009, a soli cinque giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, come prorogato.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, hanno fatto pervenire osservazioni altre due concorrenti escluse la PI.CA. Costruzioni S.p.A. e la Costruzioni Generali Basso Cav. Angelo S.p.A., rispettivamente, con note del 19 novembre 2009 e 20 novembre 2009.

Con tali note, sostanzialmente, le concorrenti escluse lamentano di essere state indotte in errore dalla clausola del bando che ha erroneamente quantificato l'importo del contributo da corrispondere all'Autorità, contestano le modalità e i tempi con i quali è stata conferita pubblicità all'avviso di errata corrige e deducono che il disciplinare di gara, al punto 15, non prevede tra le cause di esclusione il pagamento parziale del contributo ma solo l'omesso versamento dello stesso, per cui chiedono l'annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione.

La stessa stazione appaltante, pur sottolineando che il contributo è dovuto obbligatoriamente per legge, che la sua entità è stabilita dall'Autorità con apposite delibere in correlazione all'importo posto a base d'asta e che lo stesso sarebbe stato quindi autonomamente calcolabile dai concorrenti, riconosce che questi ultimi possono aver fatto affidamento sulla prescrizione del bando ed aver incolpevolmente ignorato la successiva precisazione pubblicata sul sito internet del Ministero, segnalando che il responsabile del procedimento (che è altresì il presidente del seggio di gara, come si evince dal verbale del 15 ottobre 2009) sarebbe incline a procedere in autotutela all'annullamento dei provvedimenti di esclusione adottati con la medesima motivazione per i nove concorrenti.

Ritenuto in diritto

Dalla ricostruzione dei fatti e dalla loro cronologia emerge chiaramente che i nove concorrenti esclusi per aver versato il contributo ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67 della legge 23 dicembre 2005, n. 266 in misura inferiore al dovuto hanno confidato nell'attendibilità della prescrizione di cui al punto III.1.1 del bando, che quantifica espressamente tale contributo in € 70, ritenendo preminente la *lex specialis* rispetto ad altre fonti che avrebbero condotto ad una diversa determinazione del contributo stesso.

Deve dunque ritenersi che il legittimo affidamento ingenerato dall'erronea clausola del bando, successivamente oggetto di errata corrige, comporti necessariamente la scusabilità dell'errore dei concorrenti esclusi per tale motivo.

Peraltro, il disciplinare di gara, al punto 15, non prevede quale causa di esclusione il pagamento parziale del contributo, bensì solo l'omesso versamento del contributo medesimo.

Al riguardo, questa Autorità ha ripetutamente affermato che "l'inesattezza dell'importo pagato a titolo di contributo non può comportare l'esclusione delle ditte che lo hanno versato, dovendosi consentire ai partecipanti alla gara di provvedere alla relativa integrazione" (parere del 5.11.2008, n. 235) e che ove la stazione appaltante abbia indicato erroneamente l'importo del contributo da versare, non può farsi ricadere tale inesattezza sui partecipanti "i quali hanno considerato il bando di gara quale criterio esclusivo di orientamento e la cifra in esso indicato l'importo effettivo da versare" (parere del 21.5.2008, n. 164). Se questa Autorità ha ritenuto non conforme al *favor participationis* l'esclusione dalla gara di un concorrente che aveva versato un contributo di importo inesatto per effetto della mancata indicazione nel bando dell'esatto importo da versare, con conseguente induzione in errore (parere del 21.2.2008, n. 34), a maggior ragione deve giungersi a tale conclusione ove l'importo da versare sia stato indicato nel bando ma in modo errato.

Anche la giurisprudenza amministrativa, in un caso di erroneo versamento del contributo per effetto di una clausola non chiara del bando, ha ritenuto che "nel caso di disposizioni che indichino in modo equivoco taluni adempimenti, le stesse devono essere interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni e quindi un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili" (TAR Lazio, sez. III quater, 17.12.2008, n. 12198).

In proposito, l'avviso di errata corrige del 9 ottobre 2009, nel comunicare che "per mero errore materiale al punto III.1.1. lettera d) del bando di gara è stato indicato l'importo di € 70,00 anziché di € 100,0, quale versamento da parte dell'offerente in favore dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici" prevedeva altresì che "qualora i concorrenti avessero già provveduto a trasmettere il plico con le tre buste chiuse e separate, potranno inviare specifica integrazione in busta sigillata, sempre entro e non oltre scadenza fissata per la ricezione delle offerte del 14.10.2009

ore 16.30, contenente il documento comprovante l'avvenuto versamento da parte dell'offerente del contributo di € 100,00 in favore della suddetta Autorità".

Da quanto sopra, si evince non solo che l'avviso errata corrige è stato pubblicizzato sul sito internet del Ministero della difesa appena cinque giorni prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, termine che non può ragionevolmente considerarsi congruo, ma che tale forma di pubblicità non ha assicurato la conoscenza certa dell'avviso da parte degli interessati. Secondo l'insegnamento della giurisprudenza infatti "le modifiche del bando di gara non hanno effetto nei confronti delle imprese partecipanti alla gara se non sono portate a conoscenza delle stesse nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando. Non può pertanto essere ritenuta sufficiente la pubblicazione della modifica nel sito internet o su un quotidiano, sia pure a diffusione nazionale. Tali forme di pubblicità non possono, infatti, considerarsi in alcun modo equipollenti alla pubblicazione in gazzetta ufficiale." (Cons. Stato, sez. VI, 11.5.2007, n. 2306; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 8 marzo 2006, n. 528). Nella fattispecie, quindi, ogni eventuale modifica avrebbe dovuto essere pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale.

Peraltro, nemmeno in detto avviso era specificato che l'integrazione del contributo andava fatta a pena di esclusione. Considerato il carattere tassativo delle cause di esclusione, in ossequio al principio della massima partecipazione alle procedure concorsuali, cui si correla l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta, non può che concludersi per la non conformità alla normativa e alla giurisprudenza di settore dell'esclusione dei concorrenti per insufficiente versamento del contributo all'Autorità.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non conforme alla normativa e alla giurisprudenza di settore l'esclusione dei nove concorrenti per insufficiente versamento del contributo all'Autorità.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 Marzo 2010