

Parere n. 12 del del 26 gennaio 2011

PREC 142/10/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Tomassini Style S.r.l. – Fornitura di n. 1 scuolabus con disponibilità al ritiro in permuta dello scuolabus in uso presso il comune – Importo a base d'asta: euro 69.000,00 – S.A.: Comune di Sellano (PG).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 6 maggio 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Tomassini Style S.r.l. ha lamentato l'illegittimità della propria esclusione dalla procedura di gara per la fornitura in oggetto, disposta dal Comune di Sellano.

Nello specifico, l'impresa istante ha rappresentato che la Commissione di gara, in sede di controllo dei plichi pervenuti *“ricontrollate le prescrizioni del disciplinare di gara dove si ribadisce che il plico, a pena di esclusione, dovrà essere sigillato, controfirmato o siglato sui lembi di chiusura dal legale rappresentante della ditta concorrente”*, ha rilevato che i plichi *“di cui al numero di gara 1 (quello dell'istante Tomassini Style S.r.l.), 3 e 4 sono controfirmati senza l'indicazione della carica e del nominativo del legale rappresentante della società o della ditta e quindi non essendo individuabile a quale persona e carica corrispondano le sigle o firme riportate sui plichi”*, ed in ragione di ciò ha disposto l'esclusione dell'impresa istante e di altre due imprese concorrenti.

La Tomassini Style S.r.l. ha contestato l'esclusione disposta a suo carico, premettendo che il plico esterno di cui trattasi è stato sigillato sui lembi di chiusura, al di sopra dei quali è stato apposto anche il timbro della società e la firma del procuratore alle gare, il quale ha anche sottoscritto la documentazione di gara e l'offerta economica. Il disciplinare di gara, peraltro, sotto la rubrica *“modalità di presentazione delle offerte”* prevede che *“il plico (quello contenente le buste della documentazione amministrativa, della offerta qualitativa e dell'offerta economica), a pena di esclusione, dovrà essere sigillato, controfirmato o siglato sui lembi di chiusura dal legale rappresentante della ditta concorrente, riportante esternamente, oltre all'indicazione del nominativo della ditta concorrente e l'indirizzo del destinatario, la seguente dicitura: “GARA AD EVIDENZA PUBBLICA per la fornitura di n.1 SCUOLABUS con ritiro di scuolabus USATO-NON APRIRE”*. Pertanto, ad avviso dell'impresa istante, il disciplinare di gara non prevedeva che il soggetto, alla cui cura era rimesso di controfirmare i lembi di chiusura, dovesse esplicitare nell'occasione la propria carica o il proprio nominativo e, in ogni caso, la provenienza del plico da parte della società era garantita, nella fattispecie, dall'apposizione sui lembi del timbro della società, mentre la carica rivestita e le generalità di chi sottoscriveva erano quelle stesse esplicitate negli atti di gara e nell'offerta, unici documenti per i quali tale incumbente era previsto come necessario, così come la segretezza e l'integrità erano ampiamente garantite dalla chiusura con ceralacca dei lembi della busta-contenitore.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, avviata da questa Autorità con nota del 15 giugno 2010, la stazione appaltante ha replicato con nota del 17 giugno 2010, confermando quanto risultante dagli atti prodotti e deducendo la legittimità del proprio operato esclusivamente in ragione della *“finalità di tutelare la par condicio tra i concorrenti, assicurando l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente ed evitando la manomissione del contenuto del plico e la segretezza dell'offerta”*.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto occorre preliminarmente rilevare che il disciplinare di gara, al punto 1, sotto la rubrica *“Modalità di presentazione delle offerte”* prevede che *“il plico, a pena di esclusione, dovrà essere sigillato, controfirmato o siglato sui lembi di chiusura dal legale rappresentante della ditta concorrente, riportante esternamente, oltre all'indicazione del nominativo della ditta concorrente e l'indirizzo del destinatario, la seguente dicitura: “GARA AD EVIDENZA PUBBLICA per la fornitura di n. 1 SCUOLABUS con ritiro di scuolabus USATO-NON APRIRE”*.

Dal tenore letterale della disposizione sopra riportata si evince chiaramente che il soggetto tenuto a controfirmare o siglare i lembi di chiusura era il legale rappresentante, mentre non era espressamente previsto che tale soggetto dovesse esplicitare nell'occasione la propria carica o il nominativo del legale rappresentante della società.

Nel caso di specie, risulta (dal verbale di Commissione redatto in data 8 aprile 2010) che la società istante Tomassini Style S.r.l. ha presentato il plico di cui sopra regolarmente sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura, ma recante solo il timbro della società partecipante alla gara (“mittente”) e non anche l'indicazione della carica e del nominativo del legale rappresentante della società stessa, che erano comunque ben esplicitati negli atti di gara e nell'offerta, unici documenti per i quali tale incumbente era necessario e poteva giustificarsi.

Pertanto, alla luce del significato letterale della *lex specialis* di gara risultano osservate le prescrizioni essenziali, inerenti la sigillatura effettuata con ceralacca dei lembi della busta, nonché l'apposizione della controfirma sui lembi medesimi, strettamente funzionali alla salvaguardia dell'interesse pubblico alla “segretezza” dell'offerta nonché alla *“par condicio”* fra i concorrenti, mentre non si evince alcun obbligo, sanzionato a pena di esclusione, di esplicitare sui lembi del plico la carica e le generalità del sottoscrittore o il nominativo del legale rappresentante.

Ne discende che la stazione appaltante in nessun caso avrebbe potuto disporre l'esclusione dell'istante Tomassini Style S.r.l..

Invero, la stessa sigillatura mediante ceralacca, operata nella fattispecie, ed il timbro della società risultano esaustivamente rispondenti al fine precipuo di assicurare la chiusura e di confermare l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente, al fine di evitare manomissioni del contenuto del plico stesso e, quindi, la necessaria segretezza di tale offerta, a tutela della *par condicio*. Inoltre, l'apposizione della controfirma sui lembi di chiusura, nonché del timbro della società era idonea a consentire, nella fattispecie, di evitare (non solo) la manomissione da parte di terzi del plico, ma anche di attestare che il contenuto dello stesso fosse quello approvato dal concorrente che lo aveva presentato e, quindi, la provenienza dall'offerente, nel rispetto del principio dell'integrità e imputabilità dell'offerta che governa la materia delle gare pubbliche. Per altro verso, l'esegesi della portata delle clausole che comminano l'esclusione dell'offerta per violazione delle regole di formazione della stessa, nell'ambito di una gara pubblica, deve essere condotta secondo un criterio rigoroso, che impone di circoscrivere gli effetti della sanzione entro l'ambito oggettivo espressamente definito dalla stessa previsione e che impedisce ogni lettura che estenda l'efficacia della stessa oltre i limiti di riferimento chiaramente ricavabili dall'esame del dato testuale (cfr. in tal senso Consiglio Stato, Sez. V, 19 febbraio 2003, n. 918).

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara dell'impresa concorrente Tomassini Style S.r.l. disposta dal Comune di Sellano non sia conforme alla *lex specialis*.

Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 febbraio 2011

Il Segretario: Maria Esposito