

Parere n.121 del 22/06/2011

PREC 66/11/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 Laino Castello (CS) – *“Procedura aperta per l'appalto dei lavori di ricostruzione del potenziale produttivo forestale e interventi preventivi dei boschi di proprietà comunale siti nella località Laccorosso - Arioso”* – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 310.465,24 – S.A.: Comune di Laino Castello (CS)

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 28 marzo 2011 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Laino Castello ha chiesto un parere circa la legittimità della procedura seguita per l'ammissione alla gara della ditta Di Iacovo Domenico & Figli S.r.l., la quale, ammessa con riserva per avere dichiarato che la certificazione di qualità era stata inserita nella busta “B”(offerta tecnica) e non allegata alla cauzione provvisoria contenuta nella diversa busta “A”, è stata definitivamente ammessa dopo che la Commissione di gara ha constatato l'effettiva presenza di detta certificazione nella busta “B” indicata dal concorrente presente alle operazioni di gara.

Più specificamente, il disciplinare di gara prevedeva a pena di esclusione che la busta “A” dovesse contenere l'istanza e la documentazione amministrativa, fra cui la cauzione provvisoria, pari al 2% dell'importo a base d'asta, la busta “B” dovesse contenere l'offerta tecnica e nella busta “C” fosse contenuta l'offerta economica.

La ditta Di Iacovo Domenico & Figli S.r.l. ha inserito nella busta “A” la cauzione provvisoria, in forma di polizza fideiussoria, pari all'1% dell'importo a base d'asta, ma non ha allegato la certificazione di qualità che tale riduzione avrebbe consentito.

Tuttavia, la carta intestata utilizzata dal concorrente recava il simbolo di detta certificazione.

In base alla dichiarazione del concorrente presente alle operazioni di gara, secondo cui la certificazione di qualità era contenuta nella busta “B”, la Commissione, ha prima ammesso con riserva la ditta in questione e successivamente, constatata la presenza di detta certificazione nella busta “B”, ha ammesso definitivamente la ditta alla gara.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 13 aprile 2011, il legale della ditta interessata è intervenuto ad adiuvandum della S.A., con memoria prodotta in data 23 aprile 2011, sostenendo la regolarità dell'anzidetto procedimento, alla luce della giurisprudenza amministrativa ivi citata.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta all'esame dell'Autorità concerne la regolarità della procedura seguita dalla stazione appaltante e riportata in fatto.

Al riguardo vale rilevare che la portata delle clausole che comminano l'esclusione in termini generali va valutata alla stregua dell'interesse che la norma violata è destinata a presidiare, per cui, ove non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, va accordata la preferenza al *favor participationis* con applicazione del principio di sanabilità delle irregolarità formali e con conseguente attenuazione del rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale (TAR Calabria, Reggio Calabria, 22/02/2006, n. 326).

Costituisce, invero, principio pacifico e consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale, in materia di aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione, l'inosservanza delle prescrizioni del bando - o della lettera di invito - implica l'esclusione dalla gara (solo) quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un interesse dell'amministrazione appaltante e poste a garanzia della *par condicio* dei concorrenti sussistendo l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione alla gara.

In questa logica non può negarsi che il concreto esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante debba essere logicamente coerente con l'interesse pubblico perseguito e come (anche) la clausola del bando che commini l'esclusione in termini generali ed onnicomprensivi debba essere valutata alla stregua dell'interesse che la norma violata è destinata a presidiare, nonché tenendo conto della rilevanza della lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante (C.d.S., sez V, 226/02; 1857/02; 5309/03).

Si tratta, all'evidenza, di un'impostazione sostanzialistica protesa a superare le mere irregolarità, con esse intendendosi quelle carenze assolutamente inidonee ad influire sulla certa conoscenza dello stato dei fatti da parte della pubblica amministrazione, atteso che il vizio di forma può invalidare l'atto solo laddove obiettivamente impedisca il conseguimento del risultato (così il TAR Calabria nella parte motiva della citata decisione, richiamando espressamente il TAR Lazio, sez. I bis, 3991/01; in termini, C.d.S., sez.V, 344/03; sez.IV, 107/04).

Sulla scorta di quanto sopra esposto, risulta palese la conformità alla normativa di settore del procedimento della gara in oggetto, espletato dalla S.A.

D'altronde, a conforto di quanto asserito, si rivela utile rammentare come su una vicenda del tutto analoga si era già espressa la quinta sezione del Consiglio di Stato che, con la sentenza 1558/04, ha avuto modo di dichiarare l'illegittimità dell'esclusione di un'offerta in caso di mancato rinvenimento nel "plico B" della prescritta documentazione allorquando tale documentazione sia stata reperita tra gli altri atti di gara (concordemente: TAR Lombardia, Milano, sez. III, 4265/02).

In adesione a questi principi, il giudice amministrativo ha chiosato la propria decisione evidenziando come la "*verifica della regolarità della documentazione non va condotta con lo spirito della caccia all'errore*" ma tenendo conto del principio di semplificazione dell'azione amministrativa e di quello del divieto di aggravamento degli oneri burocratici, accordando contemporaneamente un *favor* al principio di massima partecipazione alle gare pubbliche (così anche C.d.S., sez. IV, 4559/05; CdS, sez.V, 4941/05; 5649/04; C.d.S., sez.VI, 107/04; TAR Calabria, Reggio Calabria, 2088/05).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la procedura della gara in oggetto sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 7 luglio 2011

Il Segretario: Maria Esposito