

PARERE N. 139 del 20/07/2011

PREC 61/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Think Green s.n.c. – Procedura ristretta semplificata per l'affidamento dei lavori per il potenziamento della naturalità della media alta pianura reggiana ed interventi di tutela attiva del sistema di fontanili - Importo a base d'asta €123.581,55 - S.A.: Comune di Gattatico (RE)

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 marzo 2011 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe indicata, con cui la Think Green s.n.c. ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla sua esclusione dalla procedura in oggetto specificata, per non aver prodotto la dichiarazione di cui al punto 1, lett. g) della lettera di invito, attestante l'insussistenza nei propri confronti della causa di esclusione di cui all'art. 38 comma 1, lett. m-ter, D.Lgs. n. 163/06 e s.m.i.. L'istante, inoltre, ha chiesto che l'Autorità si pronunciasse sull'avvenuta apertura in seduta riservata delle buste contenenti le offerte tecniche dei concorrenti. Con separata nota, inoltre, l'istante ha lamentato una probabile discrasia nell'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la stazione appaltante ha confermato la legittimità dell'esclusione della Think Green s.n.c. e la correttezza del proprio operato in merito all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica. In particolare, la stazione appaltante ha rilevato che la documentazione prodotta dall'istante non è conforme a quanto previsto dalla lettera di invito, avendo la concorrente omesso di rendere la dichiarazione espressamente richiesta dalla *lex specialis* relativa alla mancanza della clausola di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. m-ter, D.Lgs. n.163/2006. Conseguentemente, secondo la stazione appaltante, non può trovare applicazione nel caso di specie la disposizione dell'art. 46 D.Lgs. n.163/2006 relativa all'integrazione documentale. Sulla seconda questione, la stazione appaltante ha richiamato la sentenza del Consiglio di Stato n. 7470 del 13.10.2010, ritenendo che l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara può essere derogato per la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche.

Ha partecipato al contraddittorio documentale anche l'aggiudicataria della gara, sostenendo la correttezza dell'operato della commissione di gara.

Ritenuto in diritto

La prima questione controversa sottoposta all'attenzione dell'Autorità attiene alla legittimità del provvedimento di esclusione, disposto nei confronti dell'istante, che ha omesso di allegare alla

domanda di partecipazione la dichiarazione prescritta dall'art. 38, comma 1, lett. m-quater, D.Lgs. n.163/2006 ed espressamente richiesta dalla lettera di invito.

Dall'esame della *lex specialis* si ritiene che la problematica in esame sia riconducibile a quella più volte esaminata dall'Autorità e concernente la redazione da parte della stazione appaltante di modelli allegati al bando di gara ad esso non conformi. Al riguardo l'Autorità ha sostenuto che la predisposizione di uno schema di domanda di partecipazione difforme dalle prescrizioni della *lex specialis* costituisce un comportamento equivoco della stazione appaltante, idoneo a generare convincimenti non esatti e a dare indicazioni o avvertenze fuorvianti, per cui non è legittima l'esclusione dalla gara del concorrente in tal modo indotto in errore. La tutela dell'affidamento e la correttezza dell'azione amministrativa impediscono, infatti, che le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante possano essere traslate a carico del soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla gara (AVCP parere n. 93 del 10.9.2009).

Tale orientamento risulta condiviso anche dal Consiglio di Stato, il quale ha precisato che *“in applicazione dei principi del "favor participationis" e di tutela dell'affidamento, non può procedersi all'esclusione di un'impresa nel caso in cui questa abbia compilato l'offerta in conformità al facsimile all'uopo approntato dalla stazione appaltante (Consiglio Stato, Sezione VI, n. 7278, 10 novembre 2004), potendo eventuali parziali difformità rispetto al disciplinare costituire oggetto di richiesta di integrazione. Premesso che secondo pacifica giurisprudenza il ricorso al principio del "favor participationis", volto a favorire la più ampia partecipazione alle gare pubbliche, ha di norma carattere recessivo rispetto al principio della "par condicio" (se le prescrizioni del bando sulle formalità di presentazione delle offerte rispondono ad un particolare interesse dell'Amministrazione o sono poste a garanzia di essa "par condicio"), deve tuttavia ritenersi sussistente il potere di integrazione nella peculiare ipotesi in cui l'omissione riguardi dichiarazioni, pur se richieste dalla "lex specialis" a pena di esclusione, ove l'errore, a prescindere dalla sua riconoscibilità, sia stato in qualche modo ingenerato dalla stazione appaltante (come accade in caso di modulistica non conforme al disciplinare). La incompletezza della modulistica e la mancata richiesta di integrazione documentale sono infatti comportamenti addebitabili all'operato della pubblica Amministrazione dal quale non può ricavarsi una conseguenza sfavorevole ai soggetti partecipanti alla procedura in forza della prevista comminatoria di esclusione”* (Cons. Stato, Sez. V, n. 4029 del 5.7.2011).

Nel caso in esame la dichiarazione attestante che non sussiste la causa di esclusione di cui al suddetto art. 38, comma 1, lett. m-ter, D.Lgs n.163/2006 e s.m.i. è espressamente richiesta dalla lettera di invito, ma il modello di istanza di ammissione alla gara, predisposto dalla stazione appaltante ed allegato alla lettera di invito, benché disponga che la sua corretta compilazione sia obbligatoria per i soggetti che intendono partecipare alla gara, non contiene invero alcun riferimento alla predetta dichiarazione. La lettera di invito, inoltre, da un lato, non sanziona la violazione della predetta disposizione con l'esclusione, e, dall'altro, dispone che la *“Commissione potrà richiedere, nei casi in cui non sia prevista l'esclusione, informazioni e documenti a mezzo telefono, fax o posta elettronica”* (pag.7).

Tali peculiari prescrizioni della lettera di invito possono aver indotto l'istante in errore in merito alla sufficienza, ai fini della partecipazione alla gara, della corretta redazione del predetto allegato e degli altri modelli predisposti dalla stazione appaltante. Conseguentemente si ritiene che l'esclusione dalla gara di cui trattasi delle imprese che hanno fatto incolpevole uso della modulistica predisposta dalla stazione appaltante non sia conforme ai principi di *favor participationis* e di tutela dell'affidamento, e, conseguentemente è necessario procedere alla richiesta di integrazione documentale.

Con riferimento alla seconda questione sottoposta all'esame dell'Autorità, si ritiene di non condividere la motivazione adottata dalla stazione appaltante, la quale interpreta erroneamente, richiamandola a sostegno del proprio operato, la decisione n.7470/2010 del Consiglio di Stato, secondo cui: *“i principi di pubblicità e trasparenza delle sedute della commissione di gara non sono assoluti, ma derogabili dalla “lex specialis”, la quale, ove trattasi di gara svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ben può prevedere la valutazione in seduta riservata dell'offerta tecnica e, per esigenze di economicità della procedura, anche che tanto sia effettuato previa apertura delle relative buste nel corso della seduta stessa: l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara riguarda esclusivamente la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti, e non anche la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche mentre il rispetto del principio di pubblicità si rende doveroso solo nei casi in cui le attività che devono essere svolte dal seggio di gara implicano l'adozione di decisioni suscettibili di riverberarsi sulla partecipazione o meno dei concorrenti alla procedura (cfr. Cons. Stato, V, 14 ottobre 2009 n.6311; V, 11 maggio 2007 n. 2355)”*.

Nello specifico caso in esame, è opportuno considerare che la *lex specialis* non ha derogato al principio di pubblicità e trasparenza delle sedute di gara ed anzi lo ha ribadito, prevedendo a pagina 4 che *“l'apertura delle offerte avverrà in seduta pubblica il giorno 16 febbraio 2011”*. La stazione appaltante, inoltre, ha disposto a pagina 5 della lettera di invito che la busta B, contenente l'offerta tecnica deve essere *“sigillata, a pena di esclusione, con ceralacca e controfirmata, sui lembi di chiusura, sulla quale dovrà essere indicato l'oggetto dell'appalto ed il nominativo dell'impresa concorrente, contenente, a pena d'esclusione, tutta la documentazione prodotta, dovrà essere, a pena d'esclusione, sottoscritta del titolare rappresentante o suo procuratore (...)”*. In virtù della predetta disposizione, le attività che devono essere svolte dal seggio di gara implicano l'adozione di decisioni suscettibili di riverberarsi sulla partecipazione dei concorrenti e, quindi, proprio facendo applicazione della regola di diritto ricavabile dalla sentenza richiamata dalla stazione appaltante, la commissione avrebbe dovuto aprire in seduta pubblica le buste contenenti le offerte tecniche dei concorrenti (cfr. in senso conforme Consiglio di Stato, Sez. IV n. 5217 del 8.10.2007).

Con riferimento alla terza questione controversa, si ritiene che la doglianza presentata dall'istante non sia sufficientemente articolata e provata. L'istante, infatti, si duole del punteggio attribuito all'offerta tecnica all'aggiudicataria, ritenendo che ci sia una *“probabile discrasia”*, *“in particolare per quanto riguarda i parametri 1, 2 e 3, del disciplinare di gara”*, ma poi non indica in cosa consiste tale *“probabile discrasia”*, né indica vizi dell'iter logico che ha portato la commissione di gara ad assumere le proprie determinazioni al riguardo, ma riferisce esclusivamente di una possibile incongruità tra il punteggio attribuito in relazione al parametro n. 3 e quello assegnato alla cartografia prodotta dall'azienda aggiudicataria. In particolare, secondo l'istante, il primo dei punteggi su richiamati avrebbe dovuto essere più basso, in considerazione del fatto che la cartografia prodotta dall'aggiudicataria non è georeferenziata.

In realtà dalla lettura della *lex specialis* si evince che tale circostanza non si riflette sul terzo parametro di valutazione dell'offerta tecnica *“qualità tecniche azienda in riferimento alle specifiche opere da eseguire”*, ma sul primo parametro *“qualità studio naturalistico”* ed in tale ambito è stata apprezzata dalla commissione di gara, come risulta dal relativo verbale.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che: - l'esclusione della Think Green s.n.c. dalla gara in epigrafe indicata non sia conforme al principio di *favor participationis* ed a quello di tutela

dell'affidamento; - l'apertura delle offerte tecniche in seduta riservata non sia conforme a quanto disposto dalla *lex specialis* ed ai principi di pubblicità e trasparenza delle procedure di gara; - i rilievi mossi all'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica dell'aggiudicataria non siano sufficientemente argomentati e provati.

I Consiglieri relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29 luglio 2011

Il Segretario: Maria Esposito