

Parere n.192 del 20/10/2011

PREC 229/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Climambiente srl – Procedura aperta per l'affidamento della progettazione ed esecuzione dei lavori di sicurezza per l'ottenimento dell'agibilità della facoltà di Agraria - Importo complessivo lordo €2.081.021,34 - S.A.: Università degli studi Aldo Moro di Bari

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

La società Climambiente srl ha presentato l'istanza di parere in oggetto, con cui ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla propria esclusione dalla procedura bandita dall'Università degli studi di Bari per l'affidamento della progettazione ed esecuzione dei lavori di sicurezza, necessari all'ottenimento dell'agibilità della facoltà di Agraria. L'istante ha precisato di essere stata esclusa a causa della mancata presentazione della domanda di partecipazione, richiesta a pena di esclusione dalla *lex specialis* (disciplinare di gara punto 1 pag. 4).

Secondo l'istante sussisterebbero nel caso in esame i presupposti per la riammissione in gara o per la richiesta di integrazione documentale, atteso che sarebbe incorsa in errore scusabile circa l'inesistenza dell'obbligo di presentare la domanda in questione. La stazione appaltante, infatti, pur disponendo che: *“il possesso dei requisiti è provato, a pena di esclusione dalla gara, con le modalità, le forme ed i contenuti previsti nel disciplinare di gara e utilizzando preferibilmente i modelli predisposti dalla stazione appaltante”* (punto III.2), non avrebbe poi inserito la domanda di partecipazione tra i predetti modelli, inducendo in tal modo in errore l'istante, che ha impiegato proprio tali modelli.

Secondo l'impresa, inoltre, trattandosi di una procedura aperta e non negoziata, l'offerta presentata dal concorrente costituirebbe automaticamente domanda di partecipazione alla gara, in quanto manifesterebbe la volontà dell'impresa di partecipare alla procedura.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato, osservando che la *lex specialis* è stata chiara ed inequivoca nel richiedere, a pena di esclusione, la presentazione di apposita domanda di partecipazione. Conseguentemente l'istante non potrebbe invocare alcun errore scusabile in cui sarebbe caduto a causa della formulazione della stessa *lex specialis*, né alcun valore dirimente potrebbe essere attribuito ai citati allegati A e B, predisposti unicamente per guidare le imprese nella formulazione delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti e non nella redazione della domanda di partecipazione.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto in applicazione della *lex specialis* (punto 1 pag 4 del disciplinare di gara), che impone a pena di esclusione la presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Al fine di dirimere la questione, occorre prendere le mosse proprio dall'analisi del disciplinare di gara. Tale documento è chiaro nel disporre che *“nella busta A devono essere contenuti, a pena di esclusione i seguenti documenti: 1) domanda di partecipazione alla gara sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente (...); 4) dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente (...) in conformità al modello di cui all'Allegato A (...); 5) dichiarazione sostitutiva resa dai progettisti incaricati o associati (...) in conformità all'allegato B”*.

Alla luce della formulazione sopra richiamata l'esclusione in esame è legittima. Va, infatti, ribadito al riguardo che, qualora la *lex specialis* commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando (cfr. AVCP pareri n. 215 del 17.09.2008 e n. 262 del 17.12.2008).

Tanto più nel caso in esame in cui la disposizione sopra citata, da un lato, è formulata in termini letterali che non presentano profili di dubbio interpretativo, e, dall'altro, evidenzia in neretto che la prescrizione ivi contenuta è a pena di esclusione, con la conseguenza che tutti i concorrenti sono stati correttamente informati circa l'obbligo di presentare apposita domanda di partecipazione. Pertanto è del tutto irrilevante il riferimento al punto III.2 del bando di gara, invocato dall'istante quale causa dell'errore in cui sarebbe incorso, dal momento che tale disposizione fornisce unicamente indicazioni in merito alle modalità con cui i concorrenti potevano dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione, mentre la questione controversa concerne la mancata presentazione della domanda di partecipazione, regolata dal punto 1 del disciplinare di gara.

Né appare possibile il ricorso all'istituto della c.d. integrazione documentale, come vorrebbe dall'istante, non ricorrendone i presupposti oggettivi. Al riguardo occorre considerare che in virtù dell'art 46 del Codice degli appalti pubblici le stazioni appaltanti possono invitare i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in merito al contenuto dei soli *“certificati, documenti e dichiarazioni presentati”*, ossia già allegati agli atti di gara, relativi al possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, mentre in ossequio al principio generale di *par condicio* dei concorrenti non possono consentire l'integrazione postuma di un documento assente, non trattandosi in tal caso di rimediare a vizi puramente formali (cfr. Avcp pareri n. 26 del 9.2.2011 e 67 del 7.5.201, Cons. Stato, Sez. V, n. 5084 del 2.8.2010). Ciò tanto più nel caso in esame dove non solo il documento di cui l'istante pretende l'integrazione non è stato presentato in gara, ma trattasi anche di un documento non afferente ai requisiti di partecipazione alla gara.

Né, infine, risulta fondato l'assunto dell'istante secondo cui nelle procedure aperte la domanda di partecipazione alla gara sarebbe superflua, in quanto *“l'offerta stessa costituisce automaticamente la domanda di partecipazione alla gara”*. Al riguardo si osserva che il Codice dei contratti pubblici, nel distinguere nettamente i due documenti, disciplinando la forma ed il contenuto delle domande di partecipazione all'art. 73 e la forma ed il contenuto delle offerte all'art. 74, mostra di ritenere entrambi i documenti in questione necessari per concorrere ad una procedura di affidamento. Peraltro appare opportuno sottolineare che i due documenti rispondono ad esigenze diverse della stazione appaltante, che ne determinano anche una diversità dei contenuti: la domanda di partecipazione ha lo scopo di identificare i destinatari della procedura concorsuale, fornendo

immediatamente all'Amministrazione tutti gli elementi che le occorrono per lo svolgimento della successiva attività procedimentale; l'offerta, invece, ha lo scopo di svelare all'Amministrazione la volontà negoziale del concorrente, che - a garanzia dell'imparzialità delle scelte operate dalla stazione appaltante - deve rimanere segreta fino al momento in cui la commissione non procede alla formale apertura delle buste contenenti le offerte.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della società Climambiente srl sia conforme al principio di *par condicio* dei concorrenti ed alla *lex specialis*.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente supplente: Pietro Calandra

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 ottobre 2011

Il Segretario: Maria Esposito