

## Parere n. 3 del 08/02/2012

Prec.224/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Ditta COGESIL S.r.l. – “*Procedura aperta per l’affidamento di lavori, escluso gli impianti tecnologici, per la manutenzione e l’assistenza degli immobili dell’Istituto Nazionale dei Tumori Fondazione G. Pascale*” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo complessivo lordo €486.000,00 – S.A.: Istituto Nazionale Tumori IRCCS – Fond. Pascale.

### Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 20 settembre 2011 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale la ditta COGESIL S.r.l. contesta alla S.A. di aver pubblicato sul proprio sito, con avviso del 30 agosto 2011, una rettifica del bando di gara con modalità tali da violare il principio di massima partecipazione, per aver ridotto di tre giorni il termine per la presentazione delle offerte (dal 12.09.2011 al 09.09.2011) e per aver espunto l’art. 3 del disciplinare, che richiedeva, tra i requisiti di partecipazione, di aver svolto lavori analoghi negli ultimi esercizi.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 10 ottobre 2011, la S.A. ha confermato la legittimità del proprio operato, osservando che la data di scadenza del 12.09.2011, indicata a pag. 5 del bando, era erranea in quanto in contrasto con quella prevista in altra parte del bando, di trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione dello stesso (avvenuta il giorno 8 agosto 2011); la stessa ha poi aggiunto di aver espunto dalla *lex specialis* l’art. 3 del disciplinare di gara in quanto il requisito di partecipazione, relativo al previo espletamento di servizi analoghi, era stato contestato da molte ditte perché ritenuto arbitrario. Da parte sua la ditta istante ha ribadito che la riduzione del termine di scadenza per la presentazione delle domande avrebbe impedito ad altre imprese di partecipare alla gara, e per tale ragione chiede la riapertura dei termini.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità del comportamento tenuto dalla stazione appaltante che ha rettificato il bando di gara e ridotto di tre giorni il termine per la presentazione delle offerte, oltre ad aver espunto dal disciplinare di gara la disposizione che richiedeva, ai fini della partecipazione, di avere svolto lavori analoghi a quelli da appaltare nell’ultimo triennio.

La ditta istante, quindi, nel richiedere il parere di questa Autorità e porre in rilievo i suddetti autonomi profili, lamenta l’effetto restrittivo che dalla rettifica sopra richiamata deriva, a suo dire, alla possibilità di partecipazione alla gara.

E il deprecato *vulnus* al valorizzato *favor participationis* può essere concettualmente riconnesso, come è evidente, non soltanto alla riduzione del termine di presentazione delle offerte, ma pure alla obliterazione del requisito di capacità tecnica relativo ai lavori pregressi, in quanto la sua introduzione nella versione originaria del bando può avere scoraggiato a partecipare quelle ditte che ritenevano di esserne sprovviste.

Riguardato in siffatti termini il nesso logico che avvince la censura sollevata dall'istante rispetto alla dinamica della vicenda posta all'attenzione dell'Autorità, non resta che concentrare l'indagine sulle modalità seguite dall'Amministrazione nell'apportare, negli anzidetti termini, la rettifica al bando di gara. Mette conto osservare che il bando è stato pubblicato con avviso del 8 agosto 2011, mentre l'avviso di rettifica è stato pubblicato, sul sito della Stazione Appaltante, in data 30 agosto 2011, quindi a distanza di soli nove giorni dalla successiva scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Orbene, la modifica per tal via apportata alla disciplina di gara ha comportato, innanzitutto, la riduzione del termine per la presentazione delle offerte, comportandone, così, l'arretramento dalla data del 12 settembre 2011 a quella antecedente del 9 settembre 2011. Dalla disamina del bando di gara, nella versione originariamente pubblicata, emerge la stridente contraddizione tra la disposizione di cui al punto 1.5 del bando e quella rinvenibile all'ultimo comma della SEZIONE IX – INFORMAZIONI DI CARATTERE AMMINISTRATIVO, in quanto nella prima si indica il giorno 9 settembre 2011 quale data ultima per la presentazione delle offerte, mentre, nella seconda, quella posteriore del 12 settembre 2011. Tale circostanza, valorizzata dalla stazione appaltante nella sua memoria, depone senz'altro nel senso della opportunità della correzione del bando sul punto, ma non è da trascurare la rilevanza della modifica così introdotta, avendo questa comportato l'anticipazione del momento decisivo di scadenza del termine di presentazione delle offerte rispetto a quanto apparentemente consentito dalla previsione di bando oggetto di correzione. La palese contraddittorietà del bando in ordine alla data ultima di scadenza era, infatti, tale da ingenerare legittimi dubbi su quale fosse da considerare applicabile, ma, nell'incertezza, ben si poteva opinare, in ossequio al principio di *favor participationis*, che tale fosse quella cronologicamente successiva.

La obiettiva rilevanza della modifica apportata alla disciplina di *lex specialis*, in uno alla obliterazione del requisito di capacità tecnica di natura esperienziale, connesso al previo espletamento di lavori analoghi, ha determinato complessivamente l'introduzione di modifiche di natura sostanziale riguardando un elemento essenziale della procedura concorsuale come conformata dagli atti di gara (T.A.R. Liguria Genova, sez. I, 04 giugno 2008, n. 1220). Invero, si afferma in giurisprudenza (T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 03 agosto 2009, n. 758) che il bando di gara, pur non avendo la natura giuridica di promessa al pubblico, né di offerta al pubblico (potendo essere semmai accostato all'invito ad offrire) genera, comunque, in capo alle imprese partecipanti alla gara, un livello di affidamento (circa il rispetto da parte dell'Amministrazione della *lex specialis* in esso contenuta) non inferiore a quello generato dai predetti atti negoziali. Da tanto consegue che la stazione appaltante, nell'apportare modifiche di così significativo rilievo, tali da incidere sul tempo messo a disposizione delle imprese per la presentazione della domanda di partecipazione e sulla qualificazione loro richiesta, avrebbe dovuto riaprire i termini di partecipazione alla gara, nel rispetto, peraltro, delle disposizioni in materia del Codice dei contratti pubblici. Invero, secondo costante orientamento giurisprudenziale (seppure con espresso riferimento agli appalti di lavori sopra soglia comunitaria), “*quando l'amministrazione opera modifiche sostanziali del bando già pubblicato, l'avviso di parziale rettifica del bando di gara e la riapertura dei termini hanno il carattere di vera e propria rinnovazione della "lex specialis", con conseguente obbligo del rispetto del termine minimo di cinquantadue giorni, fissato dall'art. 70, d.lgs. n. 163 del 2006 per la ricezione delle offerte*”.

Nel caso di specie, trattandosi di procedura aperta per l'affidamento di lavori pubblici al di sotto di 500.000,00 euro, la disciplina dei termini di scadenza delle offerte va rinvenuta nell'art. 122, comma 6, lett. a), che prevede un termine minimo di 26 giorni dalla pubblicazione del bando in GURI alla scadenza del termine di ricezione delle offerte.

Ne deriva che, tenuto conto della natura sostanziale delle modifiche apportate con la rettifica del bando, la S.A. avrebbe dovuto riaprire i termini di ricezione delle offerte garantendo ai concorrenti ulteriori 26 giorni dalla data di pubblicazione dell'avviso di rettifica, con scadenza quindi al 25 settembre 2011 e non al 9 settembre 2011.

La soppressione del requisito dei lavori analoghi, infatti, è idonea ad alterare l'equilibrio concorrenziale incidendo sulla platea dei potenziali soggetti interessati e legittimati, per effetto dell'intervenuta modifica, a partecipare alla gara di appalto.

In base a tutto quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

- ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'avviso di rettifica non sia conforme ai principi enucleati dall'art. 2 del Codice dei contratti pubblici nella parte in cui non prevede la riapertura dei termini di ricezione delle offerte nel rispetto dell'art. 122, comma 6, lett. a), del medesimo Codice, fissando tale termine non prima del 25 settembre 2011;
- invita la stazione appaltante ad adottare le dovute iniziative in via di autotutela per la rettifica del proprio operato nei termini di cui in motivazione;
- invita la stazione appaltante a comunicare, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del d.lgs. n. 163/2006, entro 30 giorni dalla ricezione del presente provvedimento, le iniziative assunte in merito a quanto sopra evidenziato.

I Relatori: Cons. Giuseppe Borgia Pres. f.f.Sergio Santoro

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2012*

Il Segretario Maria Esposito