

PARERE N.152 del 27/9/2012

PREC 117/12/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Clean System di Valletta Jonathan – Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di pulizia – Importo a base d'asta: euro 382.866,52 – S.A.: Regione Siciliana Presidenza – Palermo.

Art. 46, comma 1 bis, D.Lgs. 163/2006: prescrizioni meramente formali

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

Con l'istanza di parere pervenuta in data 20 marzo 2012 la ditta Clean System di Valletta Jonathan (di seguito Clean System) ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito all'esclusione dalla gara in oggetto disposta in suo danno per violazione dell'art. 9 del disciplinare di gara. Difatti, sebbene la *lex specialis* prevedesse: “*il plico dovrà contenere, a pena di esclusione, al suo interno tre buste debitamente sigillate e controfirmate sui lembi di chiusura con l'indicazione del mittente (...) su ciascuna delle tre buste dovrà essere riportata, a pena di esclusione, l'indicazione dell'impresa concorrente e l'oggetto dell'appalto*”, la Clean System ha ommesso di riportare l'oggetto della gara sulla busta dell'offerta economica posta all'interno del plico contenitore.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale avviata dall'Autorità la stazione appaltante ha confermato la legittimità degli atti assunti in ragione del chiaro tenore della *lex specialis* sopra richiamata.

Considerato in diritto

La questione controversa attiene alla legittimità del provvedimento di esclusione assunto in danno dell'odierna istante, per mancata ottemperanza a quanto disposto a pena di esclusione dalla *lex specialis*.

Al riguardo si osserva che il bando di gara pubblicato in data 14.12.2011 è soggetto alla disciplina del comma 1-bis dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 (comma inserito dall'articolo 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70), secondo cui, “*la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete,*

che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

Così disponendo, il legislatore ha codificato il principio di tassatività delle clausole di esclusione, al fine di evitare che il mancato adempimento di prescrizioni meramente formali potesse determinare una contrazione dei partecipanti alla gara, con conseguente, riduzione della concorrenza e sacrificio dell'interesse della stazione appaltante a scegliere la migliore offerta tra un ampio ventaglio di soluzioni proposte (cfr. AVCP, Documento di consultazione “Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività della cause di esclusione e costo del lavoro”) Pertanto, qualora l'ipotesi di esclusione prevista dalla *lex specialis* non sia riconducibile a quelle tipiche previste dal Codice dei Contratti Pubblici non è più possibile comminare l'esclusione (cfr. AVCP parere di precontenzioso PERC 135/12/S del 13.9.2012; Cons. Stato, Sez. III, 9.5.2012 n. 2689).

Venendo al caso in esame, si osserva che la prescrizione del disciplinare di gara sopra trascritta non assolve ad alcuna funzione di garanzia della certezza del contenuto o della provenienza dell'offerta, esigenza soddisfatta appieno dalla inclusione in un unico plico sigillato e controfirmato sui lembi delle tre buste relative all'offerta della singola impresa concorrente. Pertanto nella fattispecie in esame la replica dell'indicazione dell'oggetto della gara in ciascuna busta custodita all'interno del plico correttamente sigillato e presentato dall'istante costituisce mera formalità, non sorretta da alcuna apprezzabile *ratio*, posto che la riconducibilità dell'offerta all'impresa concorrente ed alla specifica gara è sufficientemente garantita dalle indicazioni apposte sul predetto plico. Tanto è vero che nella stessa nota in cui è stata comunicata alla Clean System la propria esclusione dalla gara *de qua* si legge che la busta n. 3, sulla quale non è stato riportato l'oggetto della gara, era contenuta all'interno del plico, conseguentemente si può dedurre che l'omissione riscontrata non ha creato dubbi circa la provenienza dell'offerta.

Ne deriva allora che la clausola censurata, prevedendo un'ipotesi di esclusione non riconducibile ad alcuna di quelle contemplate dal legislatore, è nulla e la sua violazione non può giustificare l'esclusione dell'istante dalla procedura in oggetto.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara indicata in oggetto della Clean System sia illegittima per violazione dell'art. 46, comma 1bis, D.Lgs. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 ottobre 2012

Il Segretario: Maria Esposito