

Parere n.35 del 08/03/2012

PREC 225/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Ing. Giuseppe Del Vecchio – Procedura aperta per l'affidamento dei Servizi di progettazione e coordinamento sicurezza per lavori di riqualificazione di un'area in località Cantinella, come polo attrezzato per servizi con funzione di Parco Urbano alle Imprese – Criterio di aggiudicazione : Offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: € 180.000,00 – S.A.: Comune di Corigliano Calabro

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 22 settembre 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con cui l'ing. Giuseppe Del Vecchio ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto disposta dal Comune di Corigliano Calabro per aver inserito l'istanza di partecipazione nel plico A) – Documentazione anziché all'interno del plico generale che contiene le buste A), B), e C).

Secondo l'istante sussisterebbero nel caso in esame i presupposti per la riammissione in gara, atteso che la contestata violazione della prescrizione di *lex specialis* sulle modalità di inserimento della domanda di partecipazione nella relativa busta non sarebbe corredata da sanzione di esclusione.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 7 ottobre 2011, la stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato, trasmettendo i verbali di gara relativi all'esclusione dell'istante.

Ritenuto in diritto

Oggetto della prefata richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto nei confronti di parte istante in quanto “*l'Istanza di partecipazione (“Scheda S1”), non risulta inserita così come previsto nel bando di gara art. 10”* (cfr. verbale di gara n. 2 del 19/09/2011). L'istante assume che il rilievo mosso dalla Commissione di gara sarebbe di carattere meramente formale e la prescrizione violata non sarebbe corredata da alcuna sanzione escludente.

Al fine di dirimere la questione, occorre prendere le mosse proprio dall'analisi del bando di gara. Tale documento dispone quanto segue:

<< All'istanza deve essere allegata l'offerta, redatta per iscritto in lingua italiana. L'istanza di partecipazione alla gara è inserita, unitamente alla documentazione correlata, in unico plico sigillato con ceralacca e firmato sui lembi di chiusura.

Il Plico dovrà contenere, oltre alla Istanza di partecipazione (“Scheda SI”) di cui sopra, tre buste separate, singolarmente sigillate, e recanti ciascuna l’indicazione del contenuto secondo le seguenti dizioni:

“A) Documentazione”;

“B) Offerta tecnica e organizzativa”;

“C) Offerta economica” >>.

Alla luce della formulazione sopra richiamata l’esclusione in esame non è legittima.

In ordine all’esclusione di un concorrente da una pubblica gara, si configura una *summa divisio* tra prescrizioni di *lex specialis* sanzionate o meno a pena di esclusione, potendo questa essere disposta soltanto quando sia espressamente prevista, avuto riguardo al fatto che l’applicazione dell’assetto disciplinare di una gara, nel quale sono dettate le cosiddette “regole del gioco”, si impone sia alla stazione appaltante che l’ha predisposta sia alle imprese concorrenti. 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). Invero, *“Il bando e il disciplinare di gara assolvono la funzione precipua di dettare il regolamento della gara che, in quanto lex specialis della procedura di selezione, impongono all’Amministrazione la stretta osservanza delle relative prescrizioni, poste, da un lato, a presidio dell’interesse specifico della stazione appaltante, inerente l’esatta ed inequivocabile individuazione del soggetto che si obbliga nei confronti dell’ente locale e quindi a tutela della serietà ed affidabilità dello stesso e, dall’altro, a tutela dell’interesse degli altri soggetti partecipanti alla gara alla correttezza dell’intero procedimento di aggiudicazione e al rispetto della par condicio, che risulta inevitabilmente lesa allorquando l’Amministrazione ritiene di dover applicare una prescrizione soltanto ad alcuni concorrenti e non ad altri. Il dovere di osservanza delle clausole previste a pena di esclusione assume un livello di cogenza tale da contenere, quale logico corollario, persino l’indifferenza e l’insensibilità delle scolpite regole di gara alle modifiche, sopravvenute, del regime normativo vigente al momento della sua emanazione e trasfuso nella lex specialis”* (cfr. T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 12 gennaio 2011, n. 25).

A contrario, la declaratoria di esclusione non è consentita quando essa non sia espressamente contemplata dalla disciplina di gara. In giurisprudenza, invero, si afferma, in maniera del tutto univoca, che *“il principio di tutela dell’affidamento e quello secondo cui la volontà di sanzionare con l’esclusione l’inosservanza di una specifica modalità di presentazione delle offerte deve essere chiaramente espressa nel bando di gara, rimanendo preclusa, in mancanza di tale univoca sanzione, ogni diversa interpretazione in ordine alle conseguenze delle ipotizzate irregolarità”* (cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 29 aprile 2011, n. 1071). Per altro verso, *“nell’incertezza circa l’interpretazione della portata precettiva di una clausola ambigua deve accordarsi prevalenza all’interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti”* (cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 20 aprile 2011, n. 595).

Effettuata questa breve ricognizione dei principi in materia, così come elaborati in sede pretoria, occorre ripercorrere l’esatta dinamica della vicenda sottoposta al vaglio di questa Autorità al fine di fornire risposta al quesito posto dall’istante.

Orduque, risulta dagli atti di gara che il professionista istante è incorso nella violazione della previsione (art. 10 del bando) che concerne le esatte modalità di presentazione della domanda di partecipazione, avendola inserita nella busta A) – Documentazione, invece che nel plico esterno, nel quale vanno inserite le buste A), B) e C), come sopra specificato. Ebbene, il comportamento trasgressivo della prescrizione di bando che fissa le esatte modalità di predisposizione della domanda di partecipazione, comportamento non in discussione siccome ammesso dallo stesso istante, costituisce una mera irregolarità, in quanto il precetto non risulta imposto a pena di esclusione. Invero, le sanzioni escludenti contemplate dall'art. 10 in esame nonché dall'art. 10.1., rubricato “*Busta A) – Documentazione*”, si riferiscono a condotte del tutto diverse, esattamente consistenti nel mancato inserimento, in ciascuna delle buste da utilizzare per la presentazione dell'offerta di gara, degli atti volta per volta indicati. Ciò è sufficiente, per le ragioni anzidette, al fine di ritenere illegittima l'estromissione dalla gara disposta nei confronti dell'istante, non essendo consentito all'interprete di accedere ad una rilettura della disciplina di *lex specialis* con effetti ostativi alla partecipazione che valorizzi il profilo di interesse pubblico sotteso alla norma violata.

Nel caso di specie tuttavia vi sono spiragli per una rilettura di quest'ultima *secundum rationem*, avuto riguardo al fatto che l'erroneo inserimento della domanda di partecipazione in uno dei plichi interni può, in astratto, vulnerare il principio di segretezza delle offerte, che, per la sua indeclinabile portata applicativa, non può che comportare l'esclusione dalla gara. Invero, l'inserimento nelle rispettive buste degli elementi costitutivi dell'offerta costituisce un momento particolarmente delicato della gara, non potendosi escludere che la violazione delle regole imposte al riguardo dalla disciplina di *lex specialis* possa avere una ricaduta esiziale sulla partecipazione del concorrente, come evidenziato in sede pretoria a proposito della commistione tra elementi afferenti all'offerta tecnica e alla offerta economica, in quanto “*la commissione di gara non deve essere influenzata, nelle sue valutazioni sull'offerta tecnica, dalla conoscenza degli elementi dell'offerta economica*” (cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 06 ottobre 2010, n. 6877).

Tuttavia, assume in tale ottica dirimente rilievo la circostanza che la domanda di partecipazione dell'istante è stata erroneamente inserita nella busta contrassegnata con la lettera A), che è destinata, a norma di bando, a contenere le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di partecipazione e che pertanto non è idonea a contenere informazioni circa la consistenza tecnica e la portata economica dell'offerta. L'errore nel quale è incorso l'istante costituisce quindi un fatto neutro rispetto all'inderogabile esigenza di segretezza e pertanto non si presenta meritevole della più grave sanzione dell'esclusione nemmeno secondo un angolo visuale che privilegi la sostanza rispetto alla forma. In altre parole, la violazione della regola di gara, per come è stata perpetrata, non è in grado di influire sull'esito della procedura e, quindi, non può essere causa di esclusione (in un caso analogo: T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. II, 23 novembre 2010, n. 8075).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- - l'inserimento dell'istanza di partecipazione nella busta A) Documentazione costituisca una mera irregolarità formale, non sanzionabile con l'esclusione dalla gara;
- - l'esclusione dell'Ing. Giuseppe del Vecchio non sia legittima.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito