

Parere n. 21 del 06/03/2013

PREC 257/12/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 MA.CO.GE. s.r.l. – “*Lavori di completamento opere edili e impiantistiche piscina comunale*” – euro 159.155,29 – S.A.: Comune di Irgoli.

Dichiarazione ai sensi dell’art. 118 del D.P.R. n. 207 del 2010 – incompletezza del fac-simile di offerta allegato alla lettera d’invito – possibilità di integrazione

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 26 ottobre 2012 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale la ditta MA.CO.GE. s.r.l., ha contestato la legittimità della procedura indetta per l’affidamento dell’appalto in oggetto, rappresentando quanto segue.

Con lettera d’invito del 28 settembre 2012, il Comune di Irgoli ha indetto una procedura negoziata per l’appalto dei lavori di completamento della vasca e degli impianti di illuminazione e riscaldamento presso la piscina comunale, da aggiudicarsi al massimo ribasso sull’importo a base di gara pari ad euro 159.155,29 (esclusi oneri per la sicurezza).

Nella seduta pubblica del 16 ottobre 2012, la commissione di gara ha ammesso quattro imprese, ma tre di queste, spiega l’istante, avrebbero dovuto essere escluse per l’asserita incompletezza delle rispettive offerte economiche. Trattandosi, infatti, di appalto di lavori a corpo, da aggiudicare al massimo ribasso percentuale sull’importo a base d’asta, l’istante lamenta la mancata esclusione delle ditte Campesi, Pinna Costruzioni e CEP s.carl, per l’omessa presentazione della dichiarazione prescritta dall’art. 118, secondo comma, del D.P.R. n. 207 del 2010, ai cui sensi “(...) *L’offerta va inoltre accompagnata, a pena di inammissibilità, dalla dichiarazione di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell’offerta, che, riferita all’esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara, resta comunque fissa ed invariabile*”.

La stazione appaltante, però, nonostante l’esplicita diffida della MA.CO.GE. s.r.l., non ha disposto l’esclusione delle suddette concorrenti, ma ha consentito alle stesse di integrare l’offerta in corso di gara presentando comunque l’omessa dichiarazione, peraltro non contemplata nel fac-simile allegato alla lettera d’invito.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente, avviata in data 26 novembre 2012, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del proprio operato.

Ritenuto in diritto

Il quesito all’esame dell’Autorità riguarda la procedura negoziata indetta dal Comune di Irgoli, ai sensi degli artt. 121-ss. del d.lgs. n. 163 del 2006, per l’appalto dei lavori di completamento della vasca e degli impianti della piscina comunale.

Secondo la tesi della società istante, il Comune avrebbe dovuto escludere i concorrenti che non hanno allegato all’offerta economica la dichiarazione sulle eventuali discordanze delle voci presenti nel computo metrico estimativo, adempimento non menzionato dalla lex specialis di gara ma prescritto espressamente, a pena d’esclusione, dall’art. 118 del D.P.R. n. 207 del 2010 per tutte le gare aventi ad oggetto appalti di lavori pubblici.

La richiesta è infondata.

In relazione al contenuto della documentazione amministrativa da inserire nella busta "A", il paragrafo 1) – lett. da F) a M) della lettera d'invito obbligava i concorrenti a dichiarare di aver preso esatta cognizione del progetto, del capitolato d'appalto, delle condizioni contrattuali e di ogni altro elemento rilevante ai fini dell'elaborazione di un'offerta economica remunerativa. Viceversa, il paragrafo 5) della lettera d'invito descriveva il contenuto obbligatorio della busta "B" contenente l'offerta economica e non faceva alcun cenno alla dichiarazione prevista dall'art. 118, secondo comma, del vigente Regolamento sui contratti pubblici, rinviando per la compilazione dell'offerta all'Allegato n. 4, anch'esso pacificamente privo di riferimenti allo specifico onere dichiarativo.

L'Autorità ha più volte affermato che la stazione appaltante non è legittimata ad escludere i concorrenti che non abbiano prodotto talune dichiarazioni, che non siano annoverate puntualmente nello schema di domanda allegato al bando di gara, sussistendo senz'altro le condizioni per procedere alla richiesta di integrazione documentale, onde evitare che le conseguenze dell'errore dell'Amministrazione possano essere traslate a carico dei partecipanti (così A.V.C.P., parere 10 febbraio 2010 n. 34; Id., parere 19 luglio 2012 n. 113).

Di analogo avviso è la giurisprudenza amministrativa, secondo la quale i principi del *favor participationis* e di tutela dell'affidamento non consentono di escludere l'impresa che abbia compilato l'offerta in conformità al fac-simile all'uopo approntato dalla stazione appaltante, potendo l'eventuale difformità o incompletezza costituire oggetto di richiesta di integrazione: sussiste, infatti, il cosiddetto "dovere di soccorso" dell'Amministrazione nella peculiare ipotesi in cui l'omissione riguardi dichiarazioni pur richieste dalla legge o dal bando a pena d'esclusione, ove l'errore, a prescindere dalla sua riconoscibilità, sia stato in qualche modo ingenerato dalla stessa Amministrazione come nell'ipotesi di modulistica incompleta, senza che possa rilevare in senso contrario che l'utilizzo del fac-simile di offerta sia consigliato e non reso obbligatorio dal bando, trattandosi pur sempre di documento proveniente dalla stessa Amministrazione che induce il concorrente a farvi affidamento (così, tra molte, Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2011 n. 4029; Id., sez. VI, 20 settembre 2012 n. 4999; Id., sez. III, 14 novembre 2012 n. 5758).

Con specifico riguardo alla dichiarazione di presa d'atto prevista dall'art. 118 del Regolamento, si è chiarito che la sua finalità è di garantire la precisa conoscenza, da parte degli aspiranti contraenti, delle obbligazioni da adempiere con la somma offerta a corpo, in modo da porre al riparo l'Amministrazione da riserve e contestazioni in fase di esecuzione dell'appalto: se così è, quando tale dichiarazione sia in altra forma presente negli atti dell'offerta, la finalità perseguita deve ritenersi soddisfatta e non può giungersi all'esclusione del concorrente che ne abbia omissso la rituale allegazione (cfr. A.V.C.P., parere 23 marzo 2011 n. 56; Id., parere 19 luglio 2012 n. 119; in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2003 n. 9189).

Nella fattispecie in esame, i concorrenti che abbiano diligentemente sottoscritto le dichiarazioni previste dal paragrafo 1) della lettera d'invito e si siano avvalsi, per il resto, del fac-simile di offerta economica richiamato dal successivo paragrafo 5) della stessa lettera d'invito, non possono essere esclusi per l'asserito difetto della dichiarazione di presa d'atto ai sensi dell'art. 118 del Regolamento, dovendo in tale eventualità l'Amministrazione assegnare un termine per l'integrazione della domanda.

La conclusione trova altresì confronto nel disposto del comma 1-bis dell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, introdotto dall'art. 4 del d.l. n. 70 del 2011, ai cui sensi l'esclusione può conseguire soltanto ad una situazione di "(...) *incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali*". La mancanza della dichiarazione sulle eventuali discordanze del computo metrico estimativo non può dar luogo ad incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta economica ed è suscettibile di essere sanata in corso di procedura, quando l'omissione non sia imputabile esclusivamente a negligenza del concorrente. Discende da quanto detto che il Comune di Irgoli ha legittimamente ammesso alla gara in epigrafe i concorrenti che non avevano reso la dichiarazione prevista dall'art. 118, secondo comma, del

D.P.R. n. 207 del 2010.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che il Comune di Irgoli, in una gara sottosoglia per l'affidamento di lavori a corpo con il criterio del massimo ribasso, ha legittimamente consentito ai concorrenti di integrare l'offerta economica con la dichiarazione prescritta dall'art. 118, secondo comma, del D.P.R. n. 207 del 2010.

Il Consigliere Relatore : Giuseppe Borgia

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 marzo 2013

Il Segretario Maria Esposito