

PARERE N. 183 DEL 7/11/2012

PREC 158/12/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da S.A.V.A. Costruzioni S.r.l.– “Lavori di riqualificazione ambientale dell’area di pertinenza delle torri normanne e copertura del cortile della casa comunale per la realizzazione di un polo di interesse turistico nel comune di Castello del Matese” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base di gara €1.426.050,76 – S.A.: Ente Parco Regionale del Matese.

Esclusione dalla gara. Mancata sottoscrizione pagine del bando e disciplinare di gara. Illegittimità per violazione art. 46 D.Lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 2 luglio 2012 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale la Società S.A.V.A. Costruzioni S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dall’Ente Parco Regionale del Matese con la seguente motivazione : “Mancanza della documentazione di cui al punto 2 lettera o) del disciplinare di gara, parte I”, ossia della copia del bando e del disciplinare di gara controfirmati su ogni pagina dal legale rappresentante della ditta concorrente, previsto a pena di esclusione.

In seguito all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 26 luglio 2012, sono pervenute memorie da parte della stazione appaltante, della contro interessata Conscoop e della società istante.

Ritenuto in diritto

La questione controversa, oggetto del presente esame, concerne la legittimità del punto 2 lettera o) del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede a pena di esclusione l'obbligo dei concorrenti di presentare copia del bando e del disciplinare di gara controfirmato su ogni pagina dal legale rappresentante.

La norma è chiaramente in contrasto con l’art. 46 co 1-*bis* D.Lgs. 163/2006, 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”.

Infatti, come già ampiamente esposto da quest’Autorità nelle “ Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e il costo del lavoro” del 2 agosto 2011 “ La ratio ispiratrice della disposizione è agevolmente rinvenibile nell'intento di garantire un concreto rispetto dei principi di massima partecipazione e di concorrenza nelle procedure di gara, evitando che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali. Da

questo punto di vista, la norma costituisce il punto di approdo di un iter interpretativo, già intrapreso dalla giurisprudenza e dall'Autorità, che nei suoi termini essenziali, può essere riassunto nel divieto di aggravare il procedimento con oneri formali non rispondenti ad un reale interesse della pubblica amministrazione procedente". Peraltro, l'amministrazione avrebbe dovuto fare uso del potere di soccorso di cui al comma 1 dell'art. 46 cit.

Né, d'altro canto, può ritenersi, come sostenuto dalla stazione appaltante e dalla controinteressata, che la sottoscrizione del bando e del disciplinare di gara costituisca onere sostanziale e non formale. Infatti, l'art. 46 co. 1 *bis* fa esclusivo riferimento al difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali dell'offerta, mentre nell'ipotesi qui in esame si tratta dell'omessa sottoscrizione non già dell'offerta, ma dei documenti disciplinanti la gara la cui conoscenza ed accettazione si dà per presupposta dal momento in cui il concorrente partecipa alla gara con la presentazione di una offerta.

La sentenza del Consiglio di Stato sez. V , 21 giugno 2012, n. 3669, citata dalla controinteressata non è qui pertinente posto che essa stabilisce che "E' legittima l'esclusione da una gara di appalto di una ditta che ha presentato l'offerta tecnica priva di sottoscrizione da parte del legale rappresentante della ditta stessa, a nulla rilevando che tale offerta sia stata presentata in un plico regolarmente sigillato in tutte le parti e integro; infatti, la mancanza di sottoscrizione, determina il difetto di un elemento essenziale dell'offerta, che, pertanto, da un parte, non è negozialmente imputabile ad alcuno, e, dall'altra, anche nell'attuale assetto normativo disegnato dall'art. 46, comma 1-*bis*, del Codice appalti, in cui è stato codificato il principio di tassatività delle cause di esclusione, rileva quale causa di estromissione del concorrente dalla gara d'appalto".

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della ditta S.A.V.A. Costruzioni S.r.l. sia stata illegittimamente disposta per violazione dell'art. 46 D.lgs 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 novembre 2012

Il Segretario Maria Esposito