

Parere n. 175 del 20/10/2010

PREC 128/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Impresa Fusco Pasquale Costruzioni s.r.l. - Lavori di risanamento e completamento di rete fognaria e realizzazione impianto di depurazione - Importo a base d'asta € 1.620.477,60 - S.A.: Comune di Vitulano (BN).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 25 maggio 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Fusco Pasquale Costruzioni s.r.l. ha contestato l'esclusione disposta dal Comune di Vitulano nei propri confronti per l'asserita non rispondenza del plico chiuso contenente l'offerta ai requisiti richiesti dal bando di gara, e precisamente ai requisiti di cui alla Sezione IX, " *in quanto il suddetto plico risultava sigillato con ceralacca ed apposizione di sigillo con le iniziali della Società F.P., mentre non recava la controfirma sui lembi*".

Al riguardo, l'istante ha rappresentato che la sigillatura con ceralacca ed apposizione di sigillo con iniziali, apposta alla busta contenente l'offerta, sarebbe di per sé idonea a garantire l'integrità del plico e la certezza della sua paternità in capo al mittente, richiamando a sostegno della sua tesi la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2200 e il parere di questa Autorità n. 7 del 15 gennaio 2009.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, avviata dall'Autorità con nota del 3 giugno 2010, la stazione appaltante ha difeso la legittimità del proprio operato, alla stregua del chiaro tenore della *lex specialis* di gara.

Alla medesima stregua, l'impresa controinteressata Michelangelo Lombardi Costruzioni s.r.l., aggiudicataria provvisoria dell'appalto, ha fatto presente che l'esclusione in argomento è stata disposta per le due ragioni indicate nel verbale di gara n. 3 della seduta della Commissione del 13 maggio 2010: a) in quanto " *il plico di offerta, sebbene sigillato con ceralacca, non risulta controfirmato, come esplicitamente richiesto a pena di esclusione dal bando di gara*"; b) in quanto " *anche il plico contenente l'offerta tecnica non risulta controfirmato, come espressamente richiesto a pena di esclusione dal bando di gara*". In buona sostanza, adduce la controinteressata, che la richiesta del doppio adempimento - controfirma e sigillatura - risponderebbe, nella fattispecie, all'esigenza della stazione appaltante di garantire al massimo grado la trasparenza e l'imparzialità, in forma tale da garantire la segretezza ed impedire la manomissione del plico.

Ritenuto in diritto

Al fine di definire la questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto occorre, preliminarmente, considerare che, nella fattispecie, la stazione appaltante, nell'ambito dei suoi poteri discrezionali, ha prescritto nella Sezione IX - Informazioni di carattere amministrativo che " *L'offerta dovrà essere redatta in lingua italiana e presentata in un plico chiuso controfirmato e sigillato con bolli di ceralacca o simili sui lembi di chiusura a pena di esclusione...*" e che " *Il plico conterrà n. quattro buste opache, anch'esse controfirmate e sigillate con bolli di ceralacca o simili sui lembi di chiusura a pena di esclusione...e precisamente : Busta 1 - Documentazione amministrativa (vedi punto X.2). Busta 2 - Documentazione Tecnica (vedi punto X.3). Busta 3 -Cronoprogramma lavori con tempi offerti (vedi punto X.4) Busta 4 - Offerta economica (vedi punto X.4)*".

La *lex specialis* di gara, pertanto, ha espressamente previsto la doppia garanzia, costituita dalla controfirma sui lembi di chiusura e dalla sigillatura con bolli di ceralacca, adempimento la cui inosservanza viene sanzionata con l'esclusione, tanto per il plico di offerta quanto per le quattro buste contenute nel suddetto plico, ritenendo evidentemente siffatta clausola idonea a tutelare con maggior rigore la segretezza dell'offerta e la *par condicio* tra i concorrenti, assicurando l'autenticità e l'integrità della chiusura originaria di tutte le componenti dell'offerta proveniente da ciascun mittente.

In merito si deve rilevare, in linea generale, che, qualora il bando 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 del bando (cfr., ex multis, pareri n. 215 del 17 settembre 2008 e n. 262 del 17 dicembre 2008). Ciò va ribadito in specie laddove, come nel caso di cui trattasi, la clausola sia chiaramente evidenziata nell'ambito della *lex specialis*, nonché formulata in termini letterali che non presentano profili di dubbio interpretativo, essendo prevista espressamente tanto la controfirma quanto la sigillatura sia per il plico di offerta sia per le quattro

buste in esso contenute e stabilita ogni volta espressamente l'esclusione, cosicché i partecipanti risultavano correttamente informati dell'obbligo di formulare le offerte con le modalità prescritte, a pena di esclusione.

Inoltre, ancora in via generale, occorre evidenziare che la previsione della *lex specialis* non appare irragionevole, considerato che la presentazione delle offerte in forma da garantirne la segretezza ed impedirne la manomissione, pur individuandosi l'offerente, è esplicitazione del principio di trasparenza ed imparzialità ed è posto a presidio della regolarità delle operazioni di gara a tutela non solo della stazione appaltante ma anche di tutti i partecipanti.

Conseguentemente, ben poteva la Commissione procedere all'esclusione dalla gara dell'impresa Fusco Pasquale Costruzioni s.r.l. odierna istante, atteso che l'istante - come ammesso dalla stessa - non aveva adempiuto all'onere formale in questione espressamente richiesto a pena di esclusione, anzi la Commissione era tenuta a dare applicazione alle norme di gara, al cui rispetto era vincolata, configurandosi altrimenti una palese lesione alla *par condicio* dei concorrenti e alla serietà e correttezza della procedura di selezione.

Del tutto inconferente si rivela, infine, il richiamo fatto dall'istante alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2200 e al parere di questa Autorità n. 7 del 15 gennaio 2009, atteso che entrambi non affermano che sia irrilevante in ogni caso la controfirma in presenza di sigillatura, ma che nei casi specifici esaminati la clausola appariva di non univoca interpretazione in riferimento alla concreta situazione di fatto.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara dell'impresa Fusco Pasquale Costruzioni s.r.l. disposta dal Comune di Vitulano sia conforme alla *lex specialis* di gara.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2010