

Parere n.226 del 21/12/2011

PREC 146/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Perruolo Inerti S.a.s. - (lavori di realizzazione del sentiero didattico - educativo del brigante Tittariello) - Importo a base d'asta € 559.641,44 - S.A.: Comune di Sant'Arzenio

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 1° giugno 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Perruolo Inerti S.a.s. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dal Comune di Sant'Arzenio con la seguente motivazione: " *mancata adesione al protocollo di legalità negli appalti (mod 86) (sezione VII e XII bando di gara)*".

Nella suddetta istanza di parere, l'Impresa Perruolo, nel far presente che su undici imprese partecipanti alla gara, sette sono state escluse con la medesima motivazione, afferma che la stazione appaltante abbia in tal modo modo violato il principio di cui all'art. 46, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 163/2006.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità, è stata assunta l'intera documentazione di gara.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità della esclusione dalla gara in oggetto dell'impresa Perruolo Inerti S.a.s., disposta dal Comune di Sant'Arzenio per la mancata adesione al protocollo di legalità negli appalti (mod B6), richiesta alla sezione VII e XII del bando di gara.

Parte istante invoca, al fine di sostenere l'illegittimità dell'esclusione, il principio introdotto all'art. 46 comma 1 bis, D.Lgs. 163 cit..

Al riguardo va preliminarmente evidenziato come il principio invocato non sia applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in questione, in quanto introdotto nell'ordinamento in epoca posteriore sia alla pubblicazione del bando sia al termine fissato per la presentazione delle domande.

In linea generale, vanno comunque ribaditi due consolidati ordini di principio già operanti in materia: per un verso, l'espressa comminatoria di esclusione di un partecipante ad una gara pubblica stabilita nella " *lex specialis* " ha valore di autovincolo per l'amministrazione procedente; per un altro verso, in presenza di regole formulate in modo obiettivamente ambiguo dalla stazione appaltante, l'Amministrazione non può legittimamente escludere dalla competizione l'impresa che sia incorsa in errore, ostandovi la tutela del principio del *favor admissionis* e dell'interesse pubblico a reperire la migliore offerta.

Invero, pur non potendo farsi, per le ragioni esposte, diretta applicazione dell'invocato nuovo principio ex art. 46 comma 1 bis, già applicando tali consolidate coordinate al caso di specie, la paventata esclusione non appare conforme ai principi vigenti. Sotto il primo profilo, la previsione di esclusione di cui alla sezione XII richiama genericamente una serie di precedenti sezioni, tra cui la VII; a propria volta quest'ultima prevede l'impegno a far rispettare norme di legge (artt. 51 ss l.r. 3/2007) che, invero, operano *ex se*, senza che lo stesso bando detti con chiarezza l'obbligo di utilizzo di uno specifico modello (meramente indicato tra parentesi), peraltro neppure allegato agli atti di gara. Può, pertanto, affermarsi che tale mancanza di chiarezza abbia indotto in errore l'istante e le altre sei (su undici) ditte partecipanti alla gara in oggetto, escluse tutte con la medesima motivazione.

Gli elementi sopra richiamati e lo stesso tenore della *lex specialis* confermano quindi la sussistenza dei presupposti per l'applicazione del secondo ordine di principi, in tema di prevalenza del c.d. *favor participationis* rispetto a previsioni prive della necessaria chiarezza.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la contestata esclusione non sia conforme ai principi vigenti in tema di evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 dicembre 2011

Il Segretario Maria Esposito