

Parere n. 46 del 2.04.2009

PREC 12/09/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Comune di Venosa - Lavori urgenti per la riduzione del rischio idrogeologico esistente nell'abitato di Venosa - Vallone del Reale - Importo a base d'asta: € 993.048,93 - S.A.: Comune di Venosa.

Il Consiglio

Vista la relazione dell' Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 3 dicembre 2008 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto, con la quale il Comune di Venosa ha rappresentato di aver indetto una procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, ai sensi dell'articolo 57, comma 2, lettera c) del D.Lgs. n. 163/2006, per l'affidamento dei lavori urgenti per la riduzione del rischio idrogeologico esistente nell'abitato di Venosa - Vallone del Reale e di aver escluso, in sede di gara, l'offerta presentata dal costituendo R.T.I. Di Domenico Leonardo - CO.BIT. S.r.l., in quanto non corredata dell'attestazione di presa visione dei luoghi da parte della ditta mandante, come richiesto dalla *lex specialis*.

Nell'espletamento delle operazioni di gara, il Comune ha constatato che la migliore offerta risultava quella presentata dalla ditta SJLES S.r.l., alla quale è stato aggiudicato provvisoriamente il contratto.

Il raggruppamento temporaneo escluso ha contestato alla stazione appaltante sia il provvedimento di esclusione, sostenendo che la dichiarazione presentata dalla mandataria veniva sottoscritta dal sig. Di Domenico in proprio e in qualità di impresa capogruppo del costituendo raggruppamento, sia la legittimità del punto 7) della lettera d'invito rispetto al principio di *favor participationis*.

Dal suo canto, la ditta SJLES S.r.l. ha diffidato la stazione appaltante dall'emettere alcun provvedimento di annullamento in autotutela degli atti di gara ed a riammettere il raggruppamento escluso nel rispetto delle disposizioni fissate dalla *lex specialis*.

In risposta al contraddittorio documentale avviato dall'Ufficio, la ditta SJLES S.r.l. ha rappresentato, richiamando il parere dell'Autorità n. 262 del 17 dicembre 2008, la piena legittimità del provvedimento di esclusione nel caso di omessa presentazione dell'attestato di presa visione da parte delle ditte mandanti, qualora una clausola della *lex specialis* prescriva l'onere di produzione di tale attestato in capo alle singole imprese mandanti dei raggruppamenti temporanei concorrenti. In particolare, per il costituendo raggruppamento Di Domenico - CO.BIT. il sopralluogo risultava effettuato esclusivamente da parte di una delle due imprese in assenza di qualunque delega da parte dell'altro associando, contrariamente a quanto previsto dalla disciplina di gara (punto 7 della lettera d'invito) che, in caso di associazioni costituenti, prescriveva l'obbligo di sopralluogo in capo a ogni singolo componente del futuro raggruppamento.

La ditta Di Domenico, capogruppo del costituendo raggruppamento Di Domenico - CO.BIT. S.r.l., ha invece ribadito le contestazioni già mosse alla stazione appaltante a seguito del provvedimento di esclusione emesso, sostenendo l'illegittimità del medesimo, stante l'avvenuta produzione di una dichiarazione che attestava l'esecuzione del sopralluogo in proprio e nella qualità di legale rappresentante dell'impresa capogruppo del costituendo raggruppamento e dunque per conto e nell'interesse dell'impresa mandante.

Inoltre, la concorrente esclusa ha evidenziato l'illegittimità della clausola della lettera di invito nella quale veniva chiesto, tra la documentazione da allegare all'offerta, che la visita dei luoghi e la relativa dichiarazione dovesse essere effettuata, in caso di R.T.I. costituiti, dal titolare, dal legale rappresentante, da un direttore tecnico dell'impresa mandataria capogruppo, ovvero, in caso di R.T.I. costituiti, da uno dei medesimi soggetti di tutte le imprese che costituiranno formalmente il raggruppamento, in quanto integrante una violazione del principio di *favor participationis*, una violazione dell'articolo 1, comma 2, della legge n. 241/1990, che vieta l'aggravamento del procedimento, nonché finalizzata a scoraggiare i concorrenti geograficamente lontani costringendoli a più trasferimenti.

Ritenuto in Diritto

In relazione al quesito posto dal Comune di Venosa, concernente la legittimità della scelta di escludere il costituendo raggruppamento concorrente per non aver prodotto l'attestazione di avvenuto sopralluogo nelle modalità prescritte dalla disciplina di gara, si precisa quanto segue.

E' principio ormai consolidato, sia nelle pronunce dell'Autorità sia nelle sentenze del Giudice Amministrativo, quello per cui, nel rispetto del formalismo negli atti di gara, la portata vincolante delle prescrizioni contenute nella disciplina di gara ne esige la puntuale esecuzione nel corso della procedura medesima. Ne consegue che qualora il bando di gara prescriva specifici adempimenti in capo ai concorrenti ai fini della partecipazione alla procedura e commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza della violazione di quelle medesime prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione ad esse, 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 (pareri n. 215 del 17 settembre 2008 e n. 262 del 17 dicembre 2008).

Nel caso di specie, la *lex specialis* nel dettare le "Norme per la partecipazione alla procedura di gara" ha definito, tra l'altro, il contenuto necessario della Busta A, relativa alla documentazione amministrativa, prevedendo un elenco di documenti che i concorrenti devono allegare a pena di esclusione. Nel novero di tali documenti, al punto 7) si legge: "Dichiarazione (obbligatoria a pena di esclusione) di presa visione dei luoghi dove devono essere eseguiti i lavori, redatta esclusivamente secondo il modello denominato Allegato A3 - dichiarazione di presa visione dei luoghi - di seguito allegato quale parte integrante. La dichiarazione deve essere resa esclusivamente dal titolare, dal legale rappresentante, da un direttore tecnico della ditta concorrente o da una persona munita di apposita procura con la quale la stessa viene abilitata ad effettuare la presa visione dei luoghi o ad impegnare l'impresa nei modi e nelle forme di legge. In tal caso va esibita la relativa procura [...] In caso di partecipazione di un raggruppamento temporaneo, la visita dei luoghi e quindi la relativa dichiarazione, deve essere effettuata da uno dei soggetti sopra indicati della sola impresa mandatario capogruppo, se tale raggruppamento è già formalmente costituito, al contrario da uno dei soggetti indicati di tutte le imprese che costituiranno formalmente il raggruppamento se lo stesso non è ancora formalmente costituito."

Le prescrizioni contenute nella lettera d'invito sono pertanto chiare e puntuali nello stabilire che in caso di raggruppamento temporaneo non costituito la visita dei luoghi e la relativa dichiarazione debba essere effettuata dal titolare, dal legale rappresentante, da un direttore tecnico della ditta concorrente o da una persona munita di apposita procura, con la quale la stessa viene abilitata ad effettuare la presa visione dei luoghi o ad impegnare l'impresa nei modi e nelle forme di legge, di tutte le imprese che costituiranno formalmente il raggruppamento.

Pertanto, la stazione appaltante, di fronte ad una attestazione di sopralluogo presentata, in violazione delle prescrizioni della disciplina di gara, esclusivamente dal sig. Di Domenico, in proprio e in qualità di impresa capogruppo del costituendo raggruppamento, e non anche da parte dei soggetti legittimati dalla disciplina di gara in rappresentanza dell'impresa mandante del raggruppamento, è tenuta ad escludere il costituendo raggruppamento temporaneo Di Domenico - CO.BIT. S.r.l.

Diversamente opinando, si incorrerebbe, peraltro, nella violazione del principio di *par condicio*, oltre che del principio dell'autovincolo.

Solo qualora la disciplina di gara non avesse puntualmente prescritto a ciascuna impresa da associare la presentazione delle singole attestazioni relative alla presa visione dei luoghi, il provvedimento di esclusione sarebbe stato illegittimo (in tal senso, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 9 dicembre 2008 n. 6057).

Appare, peraltro, inconferente la contestazione alla legittimità della clausola di cui al menzionato punto 7) della lettera di invito mossa dal raggruppamento temporaneo escluso rispetto al principio di *favor participationis* ed al divieto di aggravamento del procedimento di cui all'articolo 1, comma 2, della legge n. 241/1990.

Infatti, considerata la particolare importanza del sopralluogo in relazione alla formulazione dell'offerta, in quanto volto proprio a rafforzare il coinvolgimento del futuro appaltatore nella valutazione della prestazione richiesta e della situazione dei luoghi, al fine di prevenire eccezioni, riserve o ulteriori ostacoli nel corso dell'esecuzione contrattuale (in tal senso, cfr. Autorità, parere n. 2 del 16 gennaio 2008, deliberazione n. 206 del 21 giugno 2007; TAR Lazio, Roma, sez. III quater, sentenza n. 11075 del 8 novembre 2007 e Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3729 del 7 luglio 2005), con la previsione di una siffatta clausola, lungi dall'aggravare il procedimento e dal violare il principio di *favor participationis* - che peraltro risulta in tal caso recessivo rispetto al principio di *par condicio* - la stazione appaltante ha inteso garantirsi la predisposizione di un'offerta seria da parte dei concorrenti e dunque ha voluto tutelare, in ogni caso, un superiore e specifico interesse pubblico.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione disposta dal Comune di Venosa nei confronti del costituendo raggruppamento temporaneo Di Domenico CO.BIT.S.r.l. conforme alla disciplina in materia di contratti pubblici.

I Consiglieri Relatori: Andrea Camanzi, Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 09/04/2009