

Parere n.184 del 20/10/2011

PREC 156/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006* presentata dall'Agenzia Viaggi e Turismo dei F.lli Maiello - " *Procedura aperta per l'affidamento del "Servizio Viaggio Anziani 2011"* - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta: euro 93.126,00 - S.A.: Comune di Decimomannu (CA).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 24 giugno 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'Agenzia Viaggi e Turismo dei F.lli Maiello ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dal Comune di Decimomannu per aver presentato l'offerta in difformità a quanto richiesto a pena di esclusione nel bando di gara.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 8 luglio 2011, la S.A. ha ribadito la legittimità del proprio operato, esponendo quanto segue.

Secondo previsione espressa del bando di gara, pubblicato in data 23.5.2011 e fino al 14.6.2011 (pag. 3: " *MODALITA' DI PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE* "): " *Le ditte che intendono partecipare alla gara dovranno far pervenire a questo Comune-Ufficio Protocollo, tramite raccomandata RAR o a mezzo agenzia di recapito, un plico debitamente sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura, entro le ore 11,00 del giorno 14 giugno 2011, con l'indicazione del mittente e recante la seguente scritta "OFFERTA RELATIVA ALLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO VIAGGIO ANZIANI 2011". La presentazione del plico potrà avvenire mediante consegna a mani all'ufficio protocollo esclusivamente entro le ore 11,00 del giorno non festivo precedente la data della presente gara, pena l'esclusione dalla gara. La mancanza di sigillo e/o di firma sui lembi di chiusura e/o di indicazione del mittente saranno motivo di esclusione dalla gara* ".

La stazione appaltante precisa, quindi, di avere escluso la ditta istante in quanto, entro il predetto termine, è pervenuto un contenitore di cartone, non sigillato, non firmato sui lembi di chiusura, non riportante all'esterno alcun riferimento alla gara d'appalto in argomento né tantomeno la scritta di cui sopra. Detto contenitore, che è stato preliminarmente aperto dall'Ufficio protocollo, non riportando elementi che facessero supporre che fosse pertinente alla gara d'appalto in questione, conteneva al suo interno un plico che pur riportando la scritta " *OFFERTA RELATIVA ALLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO VIAGGIO ANZIANI 2011* " non riportava l'indicazione del mittente. La firma, poi, riportata sui lembi di chiusura appariva illegibile né era stato apposto alcun timbro della ditta partecipante. Pertanto, il Comune di Decimomannu ha adottato il contestato provvedimento di esclusione sulla base della seguente motivazione: " *...poiché né il contenitore di cartone né il plico da esso contenuto rispettano le prescrizioni del bando; il primo, infatti, non contiene né l'indicazione del mittente (reperibile solo mediante ricorso ai dati della raccomandata), né la dicitura "OFFERTA RELATIVA ALLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO VIAGGIO ANZIANI 2011"; il secondo, pur contenendo la dicitura della gara, non contiene l'indicazione del mittente e nei lembi di chiusura è presente una firma illegibile, non riconducibile ad alcun mittente, non essendo peraltro stato apposto alcun timbro della ditta partecipante* ".

Ad avviso dell'istante, la clausola contenuta nel bando di gara, relativa alle modalità di presentazione dell'offerta, ove interpretata nel senso della esclusione dalla gara a causa dell'omissione delle diciture sul plico recante l'offerta, e dell'indicazione dell'impresa mittente, risulterebbe illegittima in quanto assolutamente irragionevole. Ciò perchè la rigidità di una simile previsione impedirebbe all'Amministrazione di operare una valutazione in concreto dei casi in cui, nonostante le irregolarità sopra rilevate, si perverrebbe comunque alla individuazione inequivoca della gara cui l'offerta contenuta nel plico si riferisce.

Ad avviso della S.A., viceversa, l'esclusione discenderebbe in modo vincolato dalla violazione della *lex specialis* .

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione dalla gara dell'Agenzia Viaggi e Turismo dei F.lli Maiello per non aver rispettato quanto richiesto nel bando di gara circa le modalità di presentazione dell'offerta.

Al riguardo vale precisare che secondo orientamenti ormai consolidati della giurisprudenza, le previsioni contenute nel bando di gara richiedono un'interpretazione idonea ad assicurare un

ragionevole ed effettivo adempimento dei loro contenuti, nella prospettiva di garantire al meglio l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione possibile di concorrenti alla gara, onde realizzare l'interesse dell'Amministrazione a stipulare il contratto alle migliori condizioni possibili.

Di talchè, le difformità rilevate nel caso di specie, in riferimento alle prescrizioni del bando, non avrebbero potuto valere altrimenti che alla stregua di irregolarità sanzionabili con l'esclusione dalla gara, non essendovi dubbi di sorta o speciali difficoltà nell'interpretare ed applicare l'anzidetta clausola del bando.

Il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica Amministrazione risponde, da un lato, ad esigenze pratiche di certezza e celerità, dall'altro, e soprattutto, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e l'effettiva parità di condizioni tra i concorrenti.

Soltanto nel varco aperto da un'equivoca formulazione del bando avrebbe potuto, invero, trovare luogo l'applicazione del principio della preferenza per una interpretazione favorevole alla più ampia ammissione degli aspiranti.

Peraltro, sempre alla stregua del fondamentale principio di buon andamento ed imparzialità nell'esercizio della funzione amministrativa, non sarebbe apparso ammissibile che residuasse nella fattispecie, in capo all'Amministrazione, un margine di valutazione in concreto di una fattispecie da essa stessa disciplinata con norma chiara e puntuale, come quella in argomento.

Ne consegue che, ove le prescrizioni del bando prevedano espressamente, come nel caso di specie, con formulazione chiara e non equivoca, l'esclusione dalla procedura a sanzione della loro inosservanza, anche soltanto formale, l'Amministrazione è tenuta al rispetto della normativa alla quale si è autovincolata e che essa stessa ha emanato, evidentemente, sulla base di un giudizio " *ex ante* " dell'idoneità di ogni singola prescrizione a conseguire le finalità sopra indicate.

Nel caso di specie, la clausola del bando di cui trattasi non lasciava alla S.A. alcun margine d'incertezza e, tanto meno, consentiva l'interpretazione suggerita dall'istante, intesa ad attribuire alle indicazioni prescritte un diverso valore, in funzione correttiva del rigore formale di esse.

In virtù delle sopra rilevate omissioni, invero, l'offerta della ditta istante non era in alcun modo riferibile alla gara in espletamento e certamente non era idonea ad esprimere in maniera inequivoca la volontà del concorrente di partecipare a quella specifica gara (in tal senso Consiglio di Stato sez. V 17/12/2001 n. 6250).

Non è invocabile, pertanto, nel caso di specie, l'opposto principio, secondo cui devono ritenersi in contrasto con il principio di ragionevolezza e, pertanto, illegittime, le prescrizioni del bando di gara che aggravino immotivatamente le condizioni della stessa, ponendo a carico dei partecipanti, a pena di esclusione, oneri non necessari (in tal senso, Cons. Stato, Sez. IV, 20 settembre 2000, n. 4934; Id., 5.4.2003, n. 1785).

La clausola del bando di gara in argomento, configurando quale causa di irricevibilità dell'offerta un onere formale di identità indispensabile al regolare svolgimento del procedimento, si appalesa del tutto legittima e quindi, sulla base di essa, la ditta istante è stata legittimamente esclusa.

Appare, inoltre, decisiva la considerazione che le previsioni del bando sopra richiamate non consistono in prescrizioni meramente formali, ma sono poste a garanzia dei principi di *par condicio* e di segretezza delle offerte, che altrimenti non sarebbero assicurati. La circostanza che il contenitore di cartone, presentato dall'istante e contenente l'offerta, sia stato aperto dall'Ufficio protocollo, non riportando elementi che facessero supporre che fosse pertinente alla gara in oggetto, ha fatto venire meno le garanzie relative alla autenticità ed alla impossibilità della manomissione delle carte e dei documenti in esso contenuti. L'apertura di tale contenitore, infatti, avrebbe dovuto essere effettuata dalla Commissione pubblicamente, in contraddittorio, ed il giorno della gara, e non invece in circostanze tali da non consentire alcuna certezza in ordine al rispetto delle regole di legalità previste per lo svolgimento della gara stessa.

Né, in proposito, può rilevare la circostanza che l'offerta fosse, a sua volta, inserita in una busta sigillata. Infatti, una volta aperto il plico raccomandato, la busta interna può essere sostituita come un qualsiasi altro documento (cfr. in proposito Consiglio di Stato, sez. V, 18/3/2004, n. 1411). La giurisprudenza del Consiglio di Stato si è espressa, in proposito, nel senso che i contenitori delle offerte di gara di appalto pubblico devono essere sigillati, ai sensi dell'art. 75 r.d. 23 maggio 1924 n. 827; per sigillo si intende un'impronta (generalmente in ceralacca o materia plastica) atta a confermare l'autenticità della chiusura originaria del plico proveniente dal mittente e ad evitare che i documenti contenuti nel plico stesso possano essere manomessi (Cons. Stato, Sez.V, 3 novembre 2000, n. 5906).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'operato della S.A.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente supplente: Pietro Calandra

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 ottobre 2011

Il Segretario: Maria Esposito