

Parere n. 128 del 07/07/2010

PREC 50/10/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 De Luca S.r.l. - Lavori di adeguamento alla normativa della discarica comunale denominata "Sciolle" - Importo a base d'asta € 262.616,12 - S.A.: Comune di Crosia (CS).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 23 febbraio 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa De Luca S.r.l. ha chiesto a questa Autorità di esprimere il proprio avviso in merito al corretto svolgimento della procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, secondo quanto previsto dall'art. 82, comma 2, lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006.

In particolare, l'impresa istante ha rappresentato che il Comune di Crosia nel disciplinare di gara richiedeva, tra i documenti da allegare, a pena di esclusione, alla domanda di partecipazione alla procedura di gara in questione, anche l'atto costitutivo della società concorrente e che in fase di gara è stato riscontrato per molti partecipanti, compresa la stessa De Luca S.r.l., la mancanza di tale atto. I suddetti operatori economici sono stati, prima, ammessi con riserva, con la motivazione che all'omissione *"si potrebbe ovviare ottenendo le stesse informazioni dal certificato camerale"*, successivamente, acquisito un parere legale favorevole all'ammissione alla gara delle predette società attraverso l'integrazione della documentazione da esse presentata in ossequio al principio del *favor participationis*, la Commissione di gara ha sciolto la riserva in senso positivo ed ha aggiudicato provvisoriamente la gara alla De Luca S.r.l. (cfr. verbale in data 23 dicembre 2009).

Tuttavia, in data 10 febbraio 2010, il Responsabile del Servizio ha portato verbalmente a conoscenza dell'aggiudicataria l'intenzione di riaprire la procedura per escludere gli operatori economici che non avevano allegato l'atto costitutivo della società. Pertanto, con nota in data 11 febbraio 2010 la De Luca S.r.l., in qualità di aggiudicataria provvisoria, ha intimato al Responsabile del Servizio di procedere all'aggiudicazione definitiva della gara, ma in data 15 febbraio 2010 il Dirigente ha reso pubblico il verbale di gara datato 27 gennaio 2010, fino ad allora sconosciuto, recante l'esclusione della De Luca S.r.l. e l'aggiudicazione della gara in favore del RTI AST Consulting S.r.l. - Edilmaster S.r.l..

Nel merito, l'impresa istante De Luca S.r.l., mentre ha ritenuto corretto l'iniziale operato del Comune di Crosia - che aveva ammesso l'integrazione documentale dell'atto costitutivo non allegato da diversi concorrenti, con conseguente aggiudicazione provvisoria della gara in oggetto alla stessa De Luca S.r.l. - ha contestato le successive decisioni assunte dalla stazione appaltante, osservando, nella memoria del 18 marzo 2010 prodotta in fase di contraddittorio documentale, che *"In nessun caso il presidente di gara può rivisitare la gara in oggetto, essendo ormai conclusa quella fase, con conseguente apertura di tutte le offerte ammesse, atteso che si violerebbe in caso contrario il principio della segretezza delle offerte. La conseguente aggiudicazione della gara ad altra ditta, pertanto, avverrebbe solo dopo la conoscenza di tutte le offerte ed in questo caso si potrebbe ravvisare dolo"*.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, hanno presentato osservazioni sia il Comune di Crosia sia la AST Consulting S.r.l., in qualità di mandataria del suddetto RTI nuovo aggiudicatario della gara di cui trattasi.

Con nota del 25 marzo 2010 l'Amministrazione comunale ha sostanzialmente ribadito la correttezza della procedura seguita e la AST Consulting S.r.l., a sostegno della decisione finale della stazione appaltante di escludere gli operatori economici che non avevano allegato l'atto costitutivo della società, con nota del 19 marzo 2010 ha richiamato le espresse e non equivocate disposizioni del disciplinare di gara che, al punto 14.5, individua tra i documenti a corredo della domanda di partecipazione da allegare nel plico "A" anche l'atto costitutivo della società e, al successivo punto 14.6.5, stabilisce che la mancanza, l'incompletezza o la difformità delle dichiarazioni o della documentazione da inserire nelle buste indicate con le lettere A e B determina l'esclusione dalla gara.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, occorre, preliminarmente, considerare che il disciplinare di gara ha espressamente e inequivocabilmente previsto l'obbligo di corredare la domanda di partecipazione da allegare al plico "A", sia con

l'iscrizione alla Camera di Commercio sia con l'atto costitutivo della società in caso di impresa non individuale (punto 14.5) - evidentemente ritenuti dalla stazione appaltante entrambi necessari ai fini della partecipazione alla procedura di gara di cui trattasi - ed ha altresì stabilito che la mancanza, l'incompletezza o la difformità delle dichiarazioni o della documentazione da inserire nelle buste indicate con le lettere "A" e "B" avrebbe determinato l'esclusione dalla gara (cfr. 14.6.5).

Stante il tenore della richiamata disciplina di gara, formulata in termini letterali che non presentano profili di dubbio interpretativo e accompagnata dall'espressa previsione della comminatoria di esclusione, appare corretta la conclusione a cui è giunta l'Amministrazione comunale di escludere gli operatori economici che, pur debitamente informati dell'obbligo di osservare le suddette formalità per la presentazione del plico "A" a pena di esclusione, non hanno corredato la domanda di partecipazione con l'atto costitutivo della società.

Pertanto, nel caso in esame non può trovare applicazione l'ulteriore principio del *favor participationis*, a tenore del quale le disposizioni con cui siano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti laddove indichino in modo equivoco taluni di detti adempimenti, corrispondendo all'interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni, e quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili (cfr., ex multis, parere n. 139 del 19 novembre 2009 e n. 23 del 10 febbraio 2010; Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1653).

Quanto all'eccezione sollevata dall'istante De Luca S.r.l., secondo cui non sarebbe ammissibile il riesame da parte della Commissione di gara del procedimento già espletato "*essendo ormai conclusa quella fase, con conseguente apertura di tutte le offerte ammesse, atteso che si violerebbe in caso contrario il principio della segretezza delle offerte*", si rileva che, fermo restando che la Commissione di gara è senz'altro titolare di un autonomo potere di autotutela decisoria nelle more del provvedimento di aggiudicazione definitiva, potendo "*riesaminare il procedimento di gara già espletato, riaprendolo per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi, anche in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente*" (cfr.: parere n. 74 del 9 luglio 2009 e, ex multis, Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360), occorre tenere in debito conto che, nel caso di specie, l'aggiudicazione avviene con il criterio del prezzo più basso, ossia con un procedimento di tipo automatico che non implica valutazioni discrezionali. In tali circostanze, infatti, secondo un costante orientamento giurisprudenziale (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2843) è senz'altro consentita la rinnovazione dell'esame comparativo delle offerte pervenute, ancorché già conosciute dalla Commissione di gara, ponendosi l'effettiva esigenza di garantire la segretezza delle offerte solo nella diversa ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, laddove si riconoscono alla Commissione di gara ampi poteri valutativi discrezionali.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sia corretta la scelta del Comune di Crosia di aggiudicare l'appalto in favore del RTI AST Consulting S.r.l. - Edilmaster S.r.l..

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f. : Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 luglio 2010