

Clausole di lex specialis ambiguae e favor participationis: nessuna esclusione in caso di mancata sottoscrizione del computo metrico estimativo e dell'elenco prezzi

di Anna Carella

Data di pubblicazione: 30-7-2013

Consiglio di Stato, Sez. V, 25 luglio 2013, n. 3966

Presidente Trovato; Estensore Caringella

Nelle gare d'appalto, in presenza di profili di ambiguità nella disciplina di gara che, per un verso, preveda la sottoscrizione dell'offerta tecnica in ogni pagina e, per altro verso, escluda espressamente dall'offerta tecnica gli elaborati del cronoprogramma, del computo metrico estimativo e dell'elenco dei prezzi, non può comminarsi alcuna esclusione in caso di mancata sottoscrizione in ciascun foglio del computo metrico estimativo e dell'elenco prezzi, in adesione alla soluzione ermeneutica che favorisce la massima partecipazione alla gara.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10395 del 2011, proposto da: Imped S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Cherchi, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis, in Roma, via Portuense, n. 104;

contro

Comune di Sassari, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Diego Lumbau, con domicilio eletto presso Sergio Caracciolo in Roma, via Lazio, 20/C;

nei confronti di

Vacomis Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Bettino Arru e Umberto Congiatu, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I n. 00916/2011, resa tra le parti, concernente affidamento lavori finalizzati al recupero di alloggi comunali

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Sassari e di Vacomis Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 maggio 2013 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Pilo, per delega dell'Avvocato Cherchi, Lumbau e Reggio D'Acì, per delega dell'Avvocato Arru;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno rigettato il ricorso proposto dalla Imped s.r.l. avverso gli atti relativi alla procedura indetta dal Comune di Sassari ai fini dell'affidamento dei

lavori di recupero di alloggi comunali nel quartiere di Monte Rosello – Via Anglona., procedura culminata con l'aggiudicazione in favore di Vacomic s.r.l.

Con il ricorso in epigrafe specificato l'appellante contesta gli argomenti posti a sostegno del *decisum* di prime cure.

Resistono la stazione appaltante e la società aggiudicataria.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 7 maggio 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'infondatezza nel merito dell'appello esime il Collegio dallo scrutinio delle eccezioni preliminari svolte dal Comune appellato.

2.1. Vanno, in primo luogo, disattesi i motivi di appello tesi a contestare la completezza documentale, tecnica e formale dell'offerta presentata dall'aggiudicataria, nonché la correttezza nello svolgimento delle operazioni valutative da parte della Commissione di gara.

In particolare, quanto al profilo della completezza documentale di cui al primo motivo, si deve reputare, in omaggio ad un approccio sostanzialistico imperniato sulla regola del raggiungimento dello scopo, che la mancata produzione dell'autonomo documento programmatico operativo non possa essere considerata causa di esclusione dell'offerta stessa, i quanto i relativi contenuti sono ricavabili dal complessivo contenuto dell'offerta tecnica evincibile dalla scheda A.5 allegata all'offerta tecnica stessa e dalla relazione descrittiva. Segnatamente, il punto 3.3. della relazione descrittiva (rubricato «Logistica inquilini durante i lavori») indica le modalità operative in ordine alla sistemazione provvisoria degli inquilini (prevista in una struttura alberghiera del centro urbano, o - in alternativa - corrispondendo agli interessati una somma di denaro di importo equivalente), alla dislocazione dei beni mobili e suppellettili in *containers* ad uso esclusivo di ciascun inquilino, e altre prescrizioni. Ne deriva che, a fronte di un'adeguata esplicazione dei contenuti richiesti dal capitolato, il fatto che mancasse un autonomo elaborato non può essere considerato causa di esclusione dell'offerta.

2.2. Non sono fondate neanche le censure volte a dedurre la violazione del capitolato e dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, in ordine all'assegnazione di trenta punti di valutazione della voce A1 della tabella offerta qualitativa.

Le censure di parte ricorrente, ove dirette a contestare la conformità dell'offerta VACOMIC, per la voce "rifacimento intonaci", alla parte inderogabile del progetto (che comprendeva solo le zone cucina/pranzo e bagno dei 72 alloggi) non trovano sostegno nella disciplina di gara e nella documentazione relativa all'offerta.

Anche l'appunto formulato con riguardo alla relazione descrittiva della VACOMIC (punto 3.2. e 3.2.5., in cui si prevede che "gli intonaci interessati da fenomeni di degrado diffuso verranno

accuratamente revisionati sull'intera superficie") non risulta persuasivo in quanto il riferimento è alla proposta formulata dalla VACOMIC di estendere i lavori di rifacimento degli intonaci a tutta la superficie degli alloggi, oltre quella obbligatoria e inderogabile (sopra richiamata).

Inoltre, le censure della ricorrente non consentono di superare i motivi posti dalla commissione aggiudicatrice a base della mancata assegnazione alla offerta della IMPED del punteggio aggiuntivo di cui alla scheda A1 (trenta punti), e - per converso - della attribuzione del detto punteggio all'offerta del raggruppamento VACOMIC.

Dall'esame della documentazione in atti, risulta, infatti, che nella scheda A1 presentata dal raggruppamento aggiudicatario è assunto l'impegno di estendere gli interventi "all'intera superficie interna di tutti gli alloggi". Per converso, nell'omologa scheda presentata dalla ricorrente IMPED, non solo l'intervento sugli intonaci viene definito come restauro (e non come rifacimento), ma l'impegno ad estendere i lavori all'intera superficie degli alloggi non trova riscontro nelle relative voci del computo metrico, nelle quali si introduce un limite quantitativo («... fino al 30% dell'intera superficie ...») non conforme alle prescrizioni dettate dalla *lex specialis* per l'attribuzione del punteggio di cui trattasi.

Si deve poi rimarcare che dalla relazione descrittiva si ricava la piena corrispondenza dell'offerta tecnica con l'elenco prezzi e con il computo metrico delle opere.

2.3. Non è fondata neanche la doglianza tesa a dedurre la violazione del capitolato in ragione della mancata previsione, in seno all'offerta, della fornitura e posa in opera dei rivestimenti dei bagni e delle cucine.

Come correttamente affermato dal Primo Giudice, nella relazione descrittiva che accompagna il progetto definitivo il raggruppamento aggiudicatario prevede, assumendo il relativo impegno negoziale, che tutti i bagni avranno rivestimenti in piastrelle monocottura formato 20x20 cm per un'altezza massima di cm. 1,80 lungo tutto il perimetro»; e che tutte le cucine dovranno essere rivestite con la stessa tipologia di piastrelle " ... per una superficie massima di 4 mq."

Non possono pertanto essere condivise le argomentazioni svolte dalla ricorrente al fine di dedurre la mancata congruenza tra offerta e capitolato e le relative alterazioni del sinallagma contrattuale paventate.

2.4. Non fondato è inoltre il quarto mezzo di doglianza, che attiene alla completezza formale della sottoscrizione degli elaborati allegati all'offerta tecnica. Al riguardo, merita osservare la sussistenza di profili di ambiguità nella disciplina di gara che, per un verso, prevedeva la sottoscrizione dell'offerta tecnica in ogni pagina e, per altro verso, escludeva espressamente dall'offerta tecnica gli elaborati del cronoprogramma, del computo metrico estimativo e dell'elenco dei prezzi.

Alla stregua di detti aspetti di incertezza del quadro delle regole, è da condividere il richiamo dei Primi Giudici alla regola di interpretazione che impone di aderire alla soluzione ermeneutica che favorisca la massima partecipazione alla gara. Ne deriva che alcuna esclusione poteva comminarsi per il caso di mancata sottoscrizione in ciascun foglio del

computo metrico estimativo e dell'elenco prezzi.

2.5. E' infondata anche l'ultima censura con la quale la società ricorrente deduce che la commissione di gara, nella seduta del 7 luglio 2010, avrebbe introdotto una specificazione al criterio di valutazione di cui alla voce A1 (cui si è fatto riferimento in sede di esame del secondo motivo), disponendo l'assegnazione dei relativi punteggi solo se l'offerta migliorativa avesse previsto la realizzazione di tutte le lavorazioni (rifacimento intonaci, ecc.) per ciascun blocco di alloggi indicati.

La Sezione reputa meritevole di condivisione la tesi sostenuta dal Primo Giudice secondo cui la disciplina di gara presuppone la completa realizzazione delle integrazioni migliorative proposte, che pertanto non potevano essere oggetto di modulazione.

3. Per concludere, l'appello merita reiezione in quanto nel suo complesso totalmente infondato.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura in dispositivo specificata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento, delle spese di giudizio, che si liquidano nella misura di euro globale di euro 8.000//00 (ottomila//00), da dividere in parti uguali tra il Comune di Sassari e Vacomic Srl.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la pronuncia in esame, i Giudici della Quinta Sezione si sono occupati, tra le altre, di una questione di non rara verifica in sede di partecipazione alle gare d'appalto. Più nello specifico, si è dovuto dare risposta al seguente quesito: è da escludersi dalla gara il concorrente che non abbia sottoscritto il **computo metrico estimativo e dell'elenco prezzi** in ciascun foglio, pur in presenza di prescrizioni di *lex specialis* che, per un verso, prevedano l'obbligo di sottoscrizione dell'offerta tecnica (e quindi di tutti gli elaborati che compongono il progetto definitivo), ma, per altro verso, escludano espressamente dalla stessa offerta tecnica gli elaborati del cronoprogramma, del computo metrico estimativo e dell'elenco prezzi?

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Il caso in questione origina dall'impugnazione, da parte della seconda classificata ad una gara per l'affidamento di lavori finalizzati al recupero di alloggi comunali, dell'aggiudicazione della gara a favore del raggruppamento vincitore, censurandola – tra gli altri – sotto il profilo dell'**incompletezza formale della sottoscrizione degli elaborati allegati all'offerta tecnica**. Ad avviso della ricorrente, il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso stante la mancata sottoscrizione del **computo metrico estimativo e dell'elenco prezzi**, in ciascun foglio.

Detto obbligo si asseriva prescritto dalla clausola del disciplinare di gara secondo cui, a pena di esclusione, l'**offerta tecnica** avrebbe dovuto essere sottoscritta su ciascun foglio dal legale rappresentante del soggetto concorrente.

Tuttavia, altra clausola di *lex specialis* **escludeva espressamente dall'offerta tecnica** gli elaborati del cronoprogramma, del computo metrico estimativo e dell'elenco prezzi.

Il Tar, in presenza di una siffatta **formulazione ambigua e contraddittoria della *lex specialis***

e richiamandosi ai principi del *favor participationis* e della tassatività delle clausole di esclusione, ha ritenuto infondata la censura.

Con la pronuncia in esame, il Consiglio di Stato ha condiviso il richiamo dei Primi Giudici alla regola di interpretazione che, in presenza profili di ambiguità nella disciplina di gara, impone di aderire alla **soluzione ermeneutica che favorisca la massima partecipazione alla gara**, concludendone che alcuna esclusione poteva comminarsi per il caso di mancata sottoscrizione in ciascun foglio del computo metrico estimativo e dell'elenco prezzi.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con la pronuncia annotata trova conferma l'ormai granitico orientamento del giudice amministrativo tendente a dare ampia applicazione al principio di massima partecipazione alle gare – rispetto a quello di parità tra i concorrenti – ogniquale volta si sia in presenza di **clausole escludenti ambigue** (cfr. tra tutte Cons. St., Sez. V, 20 aprile 2012, n. 2317). Occorre, quindi, che di quest'ultime venga data un'interpretazione scevra da formalismi e diretta a consentire la partecipazione, in luogo di un'interpretazione che tenda, al contrario, a limitarne la concorrenza.

Ciò che può creare problemi interpretativi è la qualificazione stessa di una clausola come "ambigua". Si è affermato che l'ambiguità deve essere desunta "*dal confronto del tenore dispositivo della clausola con quello delle altre contenute nel medesimo atto di regolazione della gara*". E, ancora, che il giudizio di ambiguità deve scaturire da una valutazione complessiva e di insieme della *lex specialis* in esito alla quale "*le disposizioni risultino idonee ad indurre in errore i concorrenti*" (cfr. Tar Piemonte, Sez. I, 30 novembre 2009, n. 3190).

Nel caso in questa sede esaminato, la formulazione letterale della clausola indubbiamente creava nei concorrenti un'oggettiva incertezza applicativa, per cui i Giudici hanno potuto facilmente qualificare le prescrizioni di *lex specialis* come ambigue. Difatti, l'espressa **esclusione dall'offerta tecnica degli elaborati del cronoprogramma, del computo metrico estimativo e dell'elenco prezzi** si prestava ad una duplice interpretazione: come **esclusione solo "materiale"** o piuttosto come **esclusione anche "concettuale"**.

Nel primo caso, il disciplinare avrebbe potuto interpretarsi nel senso che i predetti allegati, pur facenti parte dell'offerta tecnica, avrebbero dovuto essere presentati in maniera separata rispetto all'offerta tecnica. Di conseguenza, l'obbligo di sottoscrizione dell'offerta tecnica – imposto a pena di esclusione – si sarebbe esteso a tutti gli elaborati facenti parte dell'offerta tecnica stessa.

Si rileva come questa prima interpretazione risulti invero la più corretta alla stregua dei principi enunciati in talune pronunce giurisprudenziali. Si è così affermato che i disciplinari di gara, nella parte in cui prescrivono di escludere i predetti allegati dall'offerta tecnica o di inserirli

nelle altre buste rispetto a quella dell'offerta tecnica, non hanno lo scopo di escluderli "concettualmente" dall'offerta tecnica stessa, quanto piuttosto di evitare l'inconveniente di una preventiva conoscenza del contenuto dell'offerta economica. In sostanza, la funzione di una tal esclusione è quella di garantire la trasparenza della procedura di gara e la massima obiettività nell'assegnazione dei punteggi. All'uopo deve rilevarsi che la conoscenza dell'entità dell'offerta economica pone chiaramente in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'organo valutativo chiamato a dare un giudizio sull'offerta tecnica, in quanto la conoscenza preventiva dell'offerta economica è suscettibile di influire sulla valutazione dell'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento dei concorrenti (cfr. Tar Puglia, Lecce, Sez. III, 11 aprile 2011, n. 637).

Stando invece alla seconda interpretazione prospettata, ossia considerando gli elaborati del cronoprogramma, del computo metrico estimativo e dell'elenco prezzi esclusi "concettualmente" dall'offerta tecnica, e quindi da considerarsi parti dell'offerta economica, l'obbligo di sottoscrizione – previsto per l'offerta tecnica – non avrebbe potuto estendersi anche agli elaborati in questione.

Ad ogni modo, al di là dell'incerta natura da attribuirsi a detti allegati, ben hanno fatto i Giudici nel non considerare causa di esclusione la loro mancata sottoscrizione in assenza di una prescrizione di *lex specialis* certa sul punto, non potendo farsi ricadere sui concorrenti l'errore, sì da quest'ultimi commesso, ma indotto proprio da una non chiara specificazione dell'adempimento richiesto.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

M. Giustiniani, *Tra principio di affidamento e cause di esclusione: la geometria variabile di un confine che ancora si fatica a individuare questa volta investe i c.d. costi per la sicurezza*, in questa Rivista; M. Monteduro, *Commento all'art. 46*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Ed. Dike, 2012, pp. 372 ss.; S. Usai, *L'interpretazione delle clausole ambigue inserite nella lex specialis della gara*, in *Urb. e Appalti*, 2010, 11, 1319.