

Limiti di applicazione del rito super accelerato e delle cause di esclusione dalla gara.

di Arturo Levato

Data di pubblicazione: 31-8-2017

1) E' inapplicabile il c.d. rito super speciale di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., alla controversia sorta nella fase di valutazione delle offerte e non in quella preliminare di accertamento dei requisiti soggettivi dei economico-finanziari e tecnico-professionali dei partecipanti.

2) L'art. 118 del D.P.R. n. 207/2010 richiamato dalla lex specialis -e riguardante le prestazioni a corpo- non è applicabile *ratione temporis* alla gara in oggetto, disciplinata dal D. Lgs. 50/2016, essendo stato abrogato a decorrere dalla sua entrata in vigore in forza dell'art. 217 comma 1, lett. u).

3) Alla omessa dichiarazione -meramente riproduttiva di una norma ad efficacia vincolante prevista dal legislatore- in assenza di una chiara indicazione in tal senso nella modulistica predisposta dalla stazione appaltante, è applicabile il soccorso istruttorio, quale corollario del principio di leale collaborazione tra le parti e tutela del legittimo affidamento nei partecipanti alla gara.

Guida alla lettura.

La società ricorrente avversa il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante, lamentando la violazione del principio di tassatività delle cause espulsive, di cui all'art. 83, comma 8, D. Lgs. 50/2016.

Nel vagliare il proposto gravame, il Collegio rileva preliminarmente l'inapplicabilità al caso di specie del c.d. super speciale *ex art. 120, comma 2-bis c.p.a.*

Come noto, tale norma è stata introdotta per delimitare sul piano processuale e temporale tutte le censure tese a contestare le ammissioni e le esclusioni delle imprese partecipanti ad una procedura selettiva.

Ciò, in particolare, al precipuo scopo di impedire che eventuali deduzioni ricorsuali -involgenti i requisiti generali ed economici delle società concorrenti- possano comportare l'annullamento dell'intera commessa pubblica giunta in fase di aggiudicazione.

Proprio per le peculiari caratteristiche, il precetto in esame non consente interpretazioni estensive e pertanto può essere applicato solo nei tassativi casi ivi previsti.

In coerenza con il riportato assunto, quindi, l'adito T.a.r. rileva come nella fattispecie la controversia sia sorta *“nella fase di valutazione delle offerte e non in quella preliminare di accertamento dei requisiti soggettivi dei economico-finanziari e tecnico-professionali dei partecipanti”*[\[1\]](#).

Ne consegue, quindi, l'inconferenza della disposizione alla fattispecie scrutinata.

In sede di esame delle doglianze, il T.a.r. ritiene fondato il ricorso.

Nello specifico, il provvedimento espulsivo è considerato illegittimo, poiché lesivo dell'art. 83, comma 8, D. Lgs. 50/2016, atteso che la causa espulsiva applicata dalla stazione appaltante non rientra tra quelle normativamente previste.

Infatti, l'art. 118 D.P.R. n. 207/2010 richiamato dalla *lex specialis* -e riguardante le prestazioni a corpo- non è applicabile *ratione temporis* alla gara in oggetto, disciplinata dal D. Lgs. 50/2016, essendo stato abrogato a decorrere dalla sua entrata in vigore, in forza dell'art. 217 comma 1, lett. u).

Aggiunge, peraltro, il T.a.r. che, anche nella vigenza della norma regolamentare e a prescindere dai criteri di aggiudicazione della gara e di quantificazione del prezzo, *“alla omessa dichiarazione -meramente riproduttiva di una norma ad efficacia vincolante prevista dal legislatore- in assenza di una chiara indicazione in tal senso nella modulistica predisposta dalla stazione appaltante, sarebbe stato applicabile comunque il soccorso istruttorio, quale corollario del principio di leale collaborazione tra le parti e tutela del legittimo affidamento nei partecipanti alla gara”*[\[2\]](#).

Da ultimo, il Collegio evidenzia che ai sensi dell'art. 34 c.p.a., e in ottemperanza degli obblighi conformativi derivanti dalla decisione, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a rinnovare la fase della gara avente ad oggetto la valutazione dell'offerta economica, ammettendo a tale segmento procedimentale l'impresa ricorrente.

Resta salva la potestà di autotutela anche nei confronti delle altre imprese escluse con la medesima motivazione, in ossequio al principio di imparzialità ex art. 97 Cost.

[\[1\]](#) Cons. Stato Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994.

[\[2\]](#) T.A.R. Cagliari, sez. I, 04 dicembre 2013, n. 808

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.; sul ricorso numero di registro generale 697 del 2017, proposto da: Co.Ge.Ca. S.a.s. di Perrone Damiano & C., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Morcavallo, con domicilio eletto presso il suo studio in Cosenza, corso Luigi Fera, N. 23;

contro

Provincia di Cosenza, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaele Prisco, con domicilio eletto presso il suo studio in Cosenza, p.zza XV Marzo 1;

nei confronti di

Vais Srls, Comune di Cassano Allo Ionio non costituiti in giudizio;

per l'annullamento:

- della clausola del bando di gara di cui all'articolo 14, punto 5 nella parte in cui prevede la produzione della documentazione indicata al comma 2, a pena di esclusione;

-della nota prot. n. 20878 del 25.05.2017 della Provincia di Cosenza di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara "Contratti di Quartiere II-Progetto per la Riqualficazione del Rione Ferrovie in Sibari";

-dell'avviso esito gara del 25.05.2017 relativo ai punteggi dell'offerta economica e offerta totale e recante l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in favore della controinteressata; della nota prot. n. 22017 del 05.06.2017 di diniego autotutela;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Cosenza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 agosto 2017 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. La ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione prot. 20878 del 25 maggio 2017 dalla gara, bandita in data 1 marzo 2017, dalla Provincia di Cosenza avente ad oggetto "Contratti di quartiere II Progetto per la riqualificazione del Rione Ferrovie in Sibari" nonché il successivo atto di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. L'esclusione è stata disposta all'esito della valutazione delle offerte economiche ed è stata fondata sulla omessa dichiarazione prevista dall'art. 14 punto 5 co. 2 bis del disciplinare di gara, di "*aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell'offerta, che, riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara, resta comunque fissa ed invariabile*", secondo quanto indicato dall'art. 118 del D.P.R. 207/2010.

3. Parte ricorrente ha dedotto a) la violazione dell'art. 83 co. 8 del D.Lgs. 50/2016 e del principio di tassatività delle cause di esclusione, con riferimento all'art. 118 del DPR 207/2010, di cui la norma della *lex specialis* riproduce il testo: l'art. 118 richiamato non è applicabile al caso di specie, trattandosi di una gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e con prezzo a misura (e non a corpo); b) in via subordinata, la violazione dell'art. 83 co. 9 del D.Lgs. 50/2016 e connesso eccesso di potere per difetto di istruttoria, per omessa attivazione del soccorso istruttorio, anche in considerazione del modello di domanda predisposto dall'amministrazione (allegato al bando di gara), nel quale non vi è alcun riferimento alla predetta dichiarazione di invariabilità dell'offerta.

4. Si è costituita la Provincia di Cosenza, rappresentando che, all'esito della apertura delle buste concernenti l'offerta, veniva riscontrata la omessa dichiarazione *de qua* da parte di dieci imprese partecipanti e concludendo per il rigetto del ricorso, non rientrando la fattispecie in quelle sanabili con il soccorso istruttorio.

5. Alla Camera di Consiglio del 22 agosto 2017, avvisate le parti ex art. 60 c.p.a., il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6. Il ricorso è fondato e va accolto.

7. Rileva preliminarmente il collegio che al giudizio non è applicabile il rito cd. super speciale di cui all'art. 120 co. 2 bis c.p.a., trattandosi di una controversia sorta nella fase di valutazione delle offerte e non in quella preliminare di accertamento dei requisiti soggettivi dei economico-finanziari e tecnico-professionali dei partecipanti (cfr. ex multis, Cons. Stato Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994).

8. Nel merito, il provvedimento è illegittimo per violazione dell'art. 83 co. 8 del D. Lgs. 50/2016, non rientrando quella in esame tra le cause normativamente previste di esclusione

poiché l'art. 118 del D.P.R. 207/2010 richiamato dalla lex specialis (secondo cui "Ai sensi dell'articolo 53, comma 4, del codice, per le prestazioni a corpo, il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione, per cui il computo metrico-estimativo, posto a base di gara ai soli fini di agevolare lo studio dell'intervento, non ha valore negoziale. Prima della formulazione dell'offerta, il concorrente ha l'obbligo di controllarne le voci e le quantità attraverso l'esame degli elaborati progettuali e pertanto di formulare l'offerta medesima tenendo conto di voci e relative quantità che ritiene eccedenti o mancanti. L'offerta va inoltre accompagnata, a pena di inammissibilità, dalla dichiarazione di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico-estimativo nella formulazione dell'offerta, che, riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara, resta comunque fissa ed invariabile") non è applicabile, *ratione temporis*, alla gara in oggetto, disciplinata dal D.lgs. 50/2016, (cd. nuovo codice degli appalti) essendo stato abrogato a decorrere dalla sua entrata in vigore in forza dell'art. 217 co. 1 lett. u.

9. Va peraltro osservato, per mera completezza di motivazione, che, anche nella vigenza della predetta norma regolamentare e anche a prescindere dai criteri di aggiudicazione della gara e di quantificazione del prezzo, alla omessa dichiarazione – meramente riproduttiva di una norma ad efficacia vincolante prevista dal legislatore – in assenza di una chiara indicazione in tal senso nella modulistica predisposta dalla stazione appaltante, sarebbe stato applicabile comunque il soccorso istruttorio, quale corollario del principio di leale collaborazione tra le parti e tutela del legittimo affidamento nei partecipanti alla gara (cfr. T.A.R. Cagliari, sez. I, 04 dicembre 2013, n. 808).

10. E' opportuno specificare ex art. 34 c.p.a., che, in ottemperanza degli obblighi conformativi derivanti dalla presente decisione, l'amministrazione è tenuta a rinnovare la fase della gara avente ad oggetto la valutazione dell'offerta economica, ammettendo a tale segmento procedimentale l'impresa ricorrente. Resta salvo il potere di agire, in autotutela, anche nei confronti delle altre ditte escluse con la medesima motivazione (anche in ossequio al principio di imparzialità ex art. 97 c.p.a.).

11. All'accoglimento della domanda, consegue la condanna alle spese di parte resistente, secondo il principio di soccombenza, con liquidazione contenuta nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti in epigrafe.

Condanna parte resistente al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, liquidate in complessivi euro 2.000,00 oltre accessori come per legge.

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

