

E' pacifico in giurisprudenza che il principio del favor participationis impone che l'esclusione di una impresa sia disposta solo quando esista una specifica clausola univocamente riferita alla violazione della prescrizione considerata e che, viceversa, q

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto penale

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 3417 del 7 giugno 2006 ci sottolinea che:

< è opportuno precisare che la trattativa privata in esame venne bandita dopo che una precedente gara comunitaria a procedura aperta, in cui una ditta si era classificata prima, si era conclusa senza esito, in quanto tutti i partecipanti non avevano indicato analiticamente i singoli componenti delle apparecchiature offerte e i relativi prezzi.

Tale circostanza doveva indurre i partecipanti alla nuova gara a prestare particolare attenzione anche alle regole formali previste con riferimento proprio all'elemento della quantità delle componenti offerte>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

ANNO

2005

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da ***, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Filippo Satta, con domicilio eletto in Roma via Pierluigi da Palestrina n. 47, presso Satta & Associati;

contro

CONSIP SPA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

*** SPA, in persona dei legali rappresentanti pro tempore rappresentati e difesi dagli Avv.ti Eugenio Picozza, e Marco Albanese, con domicilio eletto in Roma, via San Basilio n. 61, presso lo studio del primo;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, n. 3196/2005 pubblicata il 28-4-2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 22-11-2005 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi gli Avv.ti Satta, Clarizia e Albanese;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

E

D I R I T T O

1. Ai sensi dell'art. 9, comma 4, lett. a) del D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358, Consip indiceva una gara a trattativa privata per la fornitura in acquisto e/o in locazione finanziaria di tre storage area network da installare nei tre centri d'elaborazione dati del Ministero dell'Economia e delle Finanze, siti nelle sedi di Via XX Settembre, "La Rustica" e "Latina", come da disciplinare di gara e relativi allegati.

La società ***Italiana S.r.l. (di seguito, ***) partecipava alla gara, conseguendo il punteggio massimo nell'offerta tecnica (40), e risultando prima all'apertura dell'offerta economica con punti 76,45, seguita dal RTI *** con punti 76, 27.

In data 9 novembre 2004 (verbale n. 7), la Commissione di gara si riuniva per la valutazione di quanto rilevato in sede di archiviazione della documentazione contenuta nella busta "C", rilevando che *** aveva indicato, contrariamente a quanto consentito dagli atti di gara, quantità e prezzo zero relativamente alla voce "Accessori" delle Tabelle A1 - Sede "La Rustica" Switch n° 1 e Switch n° 2, Tabella A2 - Sede "XX Settembre" Switch n° 1 e Switch n° 2, Tabella A3 - Sede "CESII di Latina" Switch n° 1 e Switch n° 2".

Proprio in relazione a tale elemento, la Consip aveva risposto ad un quesito, evidenziando che "in detta voce (Accessori) si intende far rientrare le componenti HW e SW non menzionate in tabella, ma che sono assolutamente necessarie al funzionamento dell'apparecchiatura fornita (es. cavi di collegamento, cavi di alimentazione, ecc.) nonché strumentali alle componenti di base (vedi anche capitolato tecnico pag. 22)".

In conseguenza della rilevata situazione di incompletezza dell'offerta economica di *** veniva quindi proposta l'aggiudicazione al RTI *** Computer Systems Italia S.p.A. (di seguito, ***), con esclusione di *** per non conformità della dichiarazione d'offerta.

Tali provvedimenti venivano impugnati da *** con ricorso proposto davanti al Tar del Lazio e successivi motivi aggiunti; *** proponeva due ricorsi incidentali, contestando l'operato di Consip, che non avrebbe preso in considerazione ulteriori e gravi irregolarità contenute nell'offerta di ***, sanzionate a pena di esclusione.

Il Tar accoglieva la richiesta cautelare di *** con ordinanza n. 142/2005, che veniva poi riformata da questa Sezione con ordinanza n. 325/05.

Con l'impugnata sentenza n. 3196/2005, il Tar del Lazio ha in parte dichiarato inammissibili e in parte ha respinto i ricorsi incidentali proposti da *** ed ha respinto il ricorso principale e la domanda di risarcimento del danno presentata da ***.

Avverso tale sentenza ha proposto appello principale *** e appello incidentale ***.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso in appello principale proposto da *** attiene ad una unica questione, relativa alla dedotta illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara della stessa *** e della conseguente aggiudicazione ad ***.

Il motivo di esclusione di *** è consistito nel fatto che la dichiarazione d'offerta non sarebbe stata formulata in modo conforme rispetto a quanto espressamente previsto e sanzionato dalla richiesta d'offerta. In particolare nelle tabelle contenute nella dichiarazione d'offerta, da utilizzare per l'indicazione delle componenti fornite per gli "Switch n. 1" e "Switch n. 2" e segnatamente nelle tabelle A1, A2 e A3, in corrispondenza dei campi predisposti per l'inserimento della "Quantità" e del "Prezzo" degli "Accessori" è stato indicato il valore pari a zero.

L'esclusione è stata disposta per l'indicazione della quantità "0", anziché almeno "1" come fatto da ***, o altra unità superiore, mentre non ha costituito invece oggetto di giudizio il prezzo "0" perché pacificamente esprimibile con tale numero per stessa ammissione delle controparti.

Sull'indicazione della quantità 0 da parte di *** non vi è alcuna contestazione tra le parti.

*** contesta l'impugnata sentenza, con cui il Tar ha ritenuto che tale indicazione integrasse un legittimo motivo di esclusione dalla gara, deducendo quali motivi d appello che:

- il bando di gara consentiva di offrire il prezzo 0 per le singole voci e la stessa risposta 1 di Consip consentiva l'indicazione della quantità 0 sebbene per elementi diversi da quelli oggetto della controversia;

- in sede di chiarimenti, e in particolare con la risposta 3, Consip aveva surrettiziamente modificato il quadro di riferimento, istituendo delle distinzioni tra le voci per le quali sarebbe stato possibile indicare una quantità ed un prezzo zero, mentre il tenore letterale della lex specialis non consentiva di aggiungere una nuova causa di esclusione attraverso i chiarimenti;

- sul piano sostanziale, aver quotato zero la quantità ed il prezzo degli accessori, non significava non aver considerato componenti essenziali della complessiva proposta negoziale, dal momento che tutte le componenti necessarie al corretto funzionamento dell'apparecchiatura erano state ovviamente computate e quotate nella voce denominata "dispositivo di base";

- l'irragionevolezza dell'interpretazione adottata da Consip emerge se si considera che l'aggiudicataria ***, con riferimento alla medesima voce "Accessori" relativa agli switch n. 1 e n. 2, ha indicato il quantitativo "uno" per tutte e tre le sedi, anziché un numero superiore all'unità correlato alla serie di cavi di collegamento, cavi di alimentazione, ecc., ritenuti indispensabili da Consip;

- l'attribuzione del punteggio massimo 40/40 all'offerta *** significa che Consip aveva già valutato che, nell'offerta tecnica, le apparecchiature base proposte da *** erano complete di tutti gli accessori;

- il dato quantitativo degli accessori è superfluo, nell'ambito dell'economia della gara, mentre la disposta esclusione è irragionevole ed in contrasto al principio di proporzionalità.

3. Il ricorso in appello proposto da *** è privo di fondamento.

Va in primo luogo evidenziato come la sanzione della esclusione fosse espressamente prevista quale conseguenza della incompletezza dell'offerta, dovendosi intendere per tale l'offerta priva di elementi essenziali richiesti dalla stazione appaltante.

Infatti, sulla base del disciplinare di gara (pag. 48) "l'impresa dovrà indicare la descrizione delle componenti che offre, la quantità ed il relativo prezzo" e "le offerte incomplete saranno considerate non ammissibili e sanzionate con l'esclusione dalla gara".

Va anche ricordato che con il chiarimento n. 3 Consip aveva espressamente escluso la possibilità per gli Switch 1 e 2 di "indicare quantità zero, dato che tali componenti sono necessarie al corretto funzionamento dell'apparecchiatura".

Al fine di meglio comprendere il significato di tali regole è opportuno precisare che la trattativa privata in esame venne bandita dopo che una precedente gara comunitaria a procedura aperta, in cui *** si era classificata prima, si era conclusa senza esito, in quanto tutti i partecipanti non avevano indicato analiticamente i singoli componenti delle apparecchiature offerte e i relativi prezzi.

Tale circostanza doveva indurre i partecipanti alla nuova gara a prestare particolare attenzione anche alle regole formali previste con riferimento proprio all'elemento della quantità delle componenti offerte.

E' pacifico che il disciplinare di gara prevedesse l'esclusione dalla gara in caso di offerta incompleta e tale previsione, oltre ad essere del tutto ragionevole e legittima, non poteva che essere applicata dalla Commissione.

E' altrettanto pacifico in giurisprudenza che il principio del favor participationis impone che l'esclusione di una impresa sia disposta solo quando esista una specifica clausola univocamente riferita alla violazione della prescrizione considerata e che, viceversa, quando l'inosservanza di una regola di gara sia sprovvista di sanzione, o quando quest'ultima non si riveli chiaramente riferibile a quella, deve escludersi qualsiasi obbligo, discendente dal bando, di esclusione dell'offerta irregolare.

Tuttavia, tale incertezza non vi era nel caso di specie.

Nel disciplinare di gara era previsto che "L'Impresa dovrà formulare le quantità e i prezzi unitari richiesti per tutte le componenti espresse nella colonna Descrizioni" (del foglio excel) e solo per l'elemento del

prezzo era consentita una offerta pari a 0.

Di conseguenza, deve ritenersi che la sanzione dell'esclusione per le offerte incomplete non potesse che essere riferita a "tutte le componenti", espresse nella colonna "descrizione" del foglio excel, che comprende anche gli "Accessori".

L'indicazione della quantità 0 per una di tali voci comportava quindi l'incompletezza dell'offerta in quanto non includente alcune delle componenti ritenute necessarie dalla stazione appaltante.

Peraltro, a fianco di ogni componente elencata nel foglio excel, compresa la voce "Accessori", vi era una nota: "Attenzione - (Inserire Quantità/Prezzo)", per cui, come correttamente rilevato dal Tar, neppure si può dire che la stazione appaltante abbia mancato di porre in essere ogni diligenza nella formulazione del disciplinare stesso.

L'accertamento di tale incompletezza nella dichiarazione di offerta non si pone in alcun modo in contraddizione con il punteggio conseguito da *** in sede di valutazione da parte della Commissione, in quanto si colloca su un piano diverso riferito alla completezza dei formali impegni assunti con la

presentazione dell'offerta.

Sulla base delle precedenti considerazioni il chiarimento 3 fornito dalla Consip deve essere considerato meramente esplicativo del contenuto del disciplinare e in alcun modo innovativo.

Si ricorda che con tale chiarimento è stata ribadita la necessità di inserire almeno la quantità 1 per gli "Accessori" offerti.

Tali accessori costituivano, come chiaramente indicato dalla Consip, componenti essenziali del sistema da offrire e quindi l'indicazione del quantitativo almeno pari ad 1, pur essendo riferita ad un complesso di accessori, era necessaria al fine dell'assunzione da parte dell'offerente dell'impegno formale a fornire almeno la quantità minima degli accessori necessari (indicando 1 gli accessori venivano offerti, indicando 0 no).

Pertanto, offrendo una quantità pari a 0, come fatto da ***, tale impegno non poteva essere considerato assunto con la conseguente incompletezza dell'offerta, a nulla rilevando che solo alcuni di tali accessori fossero stati indicati nell'offerta come rientranti nel dispositivo base.

Si deve quindi ritenere che con il chiarimento n. 3 non vi sia stata alcuna integrazione del disciplinare di gara e delle relative cause di esclusione e che al massimo tale integrazione è avvenuta con il chiarimento 1 nella parte in cui per altre voci è stato consentito, in via eccezionale, di indicare la quantità 0, ma ciò solo in considerazione della possibilità che determinate soluzioni tecniche proposte prevedessero il non utilizzo di alcune componenti, che diventano così non essenziali al sistema.

Tale chiarimento non forma oggetto diretto del presente giudizio e comunque è idoneo a confermare, come indicato nella stessa risposta della Consip, che “solo in questo specifico caso non si terrà conto del messaggio “Attenzione Inserire quantità/prezzo” presente nella colonna Note”.

In tutti gli altri casi quindi la quantità 0 non era consentita e di tale circostanza lo stesso foglio di Excel forniva il relativo avviso.

In definitiva, in presenza di una precedente gara in cui tutte le imprese erano state escluse proprio per una non completa indicazione dei componenti offerti (precedente gara in cui peraltro *** si era classificata prima), di un disciplinare di gara chiaro nel prevedere l'esclusione di offerte incomplete e nell'includere gli Accessori tra le componenti essenziali da offrire e di un chiarimento (n. 3) inequivoco nel non

ammettere l'indicazione della quantità 0 per la voce accessori, l'offerta di *** è stata caratterizzata da un errore, le cui conseguenze non possono che ricadere su chi lo ha commesso, pena altrimenti la violazione del principio della par condicio a danno proprio di chi nella precedente gara aveva visto svanire l'aggiudicazione per motivi in parte analoghi.

4. In conclusione, l'appello proposto da *** deve essere respinto.

Di conseguenza, deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'appello incidentale proposto da *** con riferimento ad asserite ulteriori cause di esclusione di ***, non rilevate da Consip.

Ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in appello principale indicato in epigrafe e dichiara improcedibile il ricorso in appello incidentale proposto dagli appellati.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 22-11-2005 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - il.....07/06/2006.....

<https://www.diritto.it/e-pacifico-in-giurisprudenza-che-il-principio-del-favor-participationis-impone-che-l-esclusione-di-una-impresa-sia-disposta-solo-quando-esista-una-specifica-clausola-univocamente-riferita-alla-violaz/>