



Spett.le **Ing. Marco Trovarelli**,
Presidente Commissione Giudicatrice

Spett.le **Ing. Massimo Conti**
Membro della Commissione Giudicatrice

Spett.le **Arch. Mariano Ferrini**
Membro della Commissione Giudicatrice

**OGGETTO: PROCEDURA APERTA PER L’AFFIDAMENTO DEI LAVORI RELATIVI
ALLA “REALIZZAZIONE DI STRUTTURE DESTINATE AD OSPITARE
ATTREZZATURE ED IMPIANTI, NONCHE’ IL REPARTO MEDICINA
NELLE MORE DELLA RICOSTRUZIONE DEL NUOVO POLO
OSPEDALIERO DI AMANDOLA”**

CIG: 7861823593 - CUP: E28I18000420001

RISCONTRO DEL RUP CIRCA LA DIFFIDA L’AT.I. FRANCUCCI S.R.L., RELATIVAMENTE
ALL’AMMISSIONE ALLA SEDUTA DI GARA DELLA A.T.I. ANT 2 SRL.

Premesso che:

- Con nota del 21/08/2019 prot. Com. n. 11764, l’AT.I. FRANCUCCI S.R.L., C. F./P.IVA 01241490430 (MANDATARIA) -SIMET S.R.L. C. F./P.IVA 00879290947 (MANDANTE)-CESARINI CARPENTERIE METALLICHE S.R.L.C. F./P.IVA 018819070675 (MANDANTE) ha *invitato e diffidato* la CUC Amandola/Smerillo a *volver escludere la ditta ANT2 srl dalla gara in oggetto prima di procedere all’apertura delle offerte economiche*, evidenziando che tale impresa ha inviato la chiave di de-crittazione oltre il termine prescritto di cui all’art. 4 del disciplinare di gara;
- Nella seduta di gara del 21/08/2019, di cui si richiama il verbale, la commissione giudicatrice ha stabilito di sospendere la seduta dedicata all’apertura delle offerte economiche in attesa delle necessarie determinazioni del Rup circa i contenuti della nota sopra citata;

Si significa quanto segue:

- L’A.T.I. rappresentata dalla ditta Francucci srl contesta l’ammissione dell’A.T.I. Ant 2 srl alle procedure di gara, poiché la stessa ha inviato la chiave di decrittazione del plico



	CENTRALE UNICA DI COMMITTENZA AMANDOLA - SMERILLO P.zza Risorgimento n. 17 63857 Amandola (FM) Tel. 0736/84071 - Fax 0736/848037 pec: cuc.amandolasmerillo@emarche.it Cod. AVCP: CFAVCP-0000D96 – Cod. AUSA: 0000543177	
---	---	---

informatico denominato “A – Documentazione” oltre il termine indicato dal bando di gara, condizione ritenuta a pena d’esclusione dal disciplinare di gara;

- Il principio di tassatività delle cause d’esclusione di cui all’art. 83, c. 8 del D.Lgs 50/2016 prescrive che i bandi e le lettere d’invito **non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena d’esclusione rispetto a quelle previste dal codice e da altre disposizioni di legge**, comminando la nullità delle previsioni della lex specialis di gara che stabiliscano cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate.
- In argomento si raffigura che l’orientamento sostanzialista già invalso nella più recente giurisprudenza amministrativa indica che le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica (cfr., C.d.S., Sez. V[^], sentenza n. 2064/2013), con la conseguenza che, in caso di equivocità delle disposizioni che regolano lo svolgimento della gara, deve essere preferita quell’interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione (cfr., T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. IV[^], sentenza n. 208/2017).
- Inoltre, come dichiarato anche dalla sentenza TAR Toscana n. 24 ord del 12/01/2017, “l’art. 83 co. 8, secondo e terzo periodo, del D.Lgs. n. 50/2016 non sembra voler introdurre una disciplina innovativa del principio di tassatività delle cause di esclusione già enunciato dall’art. 46 co. 1-bis del D.Lgs. n. 163/2006, del quale costituisce la sostanziale riproduzione (in ossequio alle indicazioni impartite dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato con il parere n. 855 del 1 aprile 2016) – conseguentemente, pur nel vigore della nuova “codificazione” in materia di contratti pubblici, continua a dover essere qualificato in termini di annullabilità, e non di nullità, il vizio della legge di gara che si ponga in contrasto con precetti inderogabili di legge o regolamento in materia di requisiti di partecipazione alla procedura, ovvero detti una disciplina con essi incompatibile, senza per questo introdurre cause di esclusione violative del menzionato principio di tassatività (cfr. Cons. Stato, A.P., 25 febbraio 2014, n. 9)”;
- In argomento, inoltre, la Nota illustrativa del Bando tipo n. 1 – 2017, l’ANAC dichiara, altresì, che “L’inserimento nel Disciplinare di gara di ulteriori cause di esclusione rispetto

	CENTRALE UNICA DI COMMITTENZA AMANDOLA - SMERILLO P.zza Risorgimento n. 17 63857 Amandola (FM) Tel. 0736/84071 - Fax 0736/848037 pec: cuc.amandolasmerillo@emarche.it Cod. AVCP: CFAVCP-0000D96 – Cod. AUSA: 0000543177	
---	---	---

a quelle previste dal Codice e dalle leggi vigenti è sanzionato dal Codice con la nullità della clausola stessa, senza che sia inficiato l'intero atto".

- Pertanto ne consegue che le clausole del bando di gara che stabiliscono ipotesi di esclusione non previste dalla normativa vigente in materia sono da ritenersi inefficaci e comunque disapplicabili.
- Nello specifico, il termine di presentazione della chiave di decriptazione della documentazione di gara viene fissato in anticipo rispetto all'inizio delle sedute di gara al fine di permettere il regolare svolgimento delle operazioni e l'esame della documentazione di tutti i partecipanti nei termini fissati dalla stazione appaltante

Per quanto sopra la prescrizione dell'invio della chiave di decriptazione entro un termine perentorio definito dal disciplinare di gara non rientra tra le cause di esclusione tassative previste dal vigente Codice degli Appalti.

Inoltre, pur avendo inviato in ritardo la chiave di decriptazione del plico A-documentazione, l'A.T.I. Ant 2 ha trasmesso la stessa comunque prima della data fissata per l'apertura, non creando pregiudizio nella tempistica per il corretto svolgimento delle procedure di gara.

- L'art. 83, c. 9 del D.Lgs 50/2016, inoltre, afferma che le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possano essere sanate attraverso la procedura del soccorso istruttorio prevedendo la possibilità di sanare le carenze di qualsiasi elemento formale, e le possibilità di sanare la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale relativa alla documentazione presentata, considerando irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.
- La presentazione oltre i termini prescritti dal bando, della chiave di decriptazione del plico A-Documentazione, essendo mancanza meramente procedurale e non afferente alle condizioni insanabili previste dalla normativa vigente, non può costituire irregolarità essenziale non sanabile.
- Il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 attiene alla selezione dei partecipanti alla gara ed è volta alla tutela del principio del *favor participationis* alle pubbliche gare. Esso deve essere inteso come correttivo per



esclusioni derivanti da violazioni puramente formali e che pertanto sono in contrasto con le esigenze di ordine imperativo di massima concorrenzialità delle procedure di gara (Consiglio di stato, sez. 5, sentenza del 30 ottobre 2017, n. 4976)

Alla luce di quanto sopra esposto il sottoscritto Responsabile del Procedimento ritiene di confermare la disapplicazione del disciplinare di gara dove prevede l'esclusione delle successive fasi di gara delle ditte che hanno inviato in ritardo la chiave di decriptazione dei plichi.

Si ritiene pertanto legittima, l'ammissione dell'A.T.I. Ant 2 alle procedure di gara in conformità alle disposizioni ed indirizzi dell'ANAC, alle previsioni di legge, alla giurisprudenza amministrativa in materia ed in conformità al principio del *favor participationes*, elemento cardine della normativa in tema di procedure ad evidenza pubblica, soprattutto nel caso di specie visto il già ridotto numero di partecipanti alle procedure di gara.

In considerazione degli elementi di fatto e di diritto sopra menzionati, si invita la commissione aggiudicatrice a procedere con l'apertura dell'offerta temporale ed economica di tutti gli operatori economici regolarmente ammessi alla fase di gara.

Cordiali saluti.

Il Responsabile del Procedimento

Ing. Andrea De Santis

