

Parere n. 87 del 10/09/2009

PREC 98/08/S

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 TRALICE Costruzioni s.r.l. - Servizio di manutenzione integrata delle pertinenze esterne delle aree di servizio delle tratte A1 Ceprano-Napoli; A16 Napoli-Lacedonia, A30 Caserta-Salerno - Importo a base d'asta € 2.061.189,27 - S.A.: Autostrade per l'Italia S.p.A.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 4 dicembre 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa TRALICE Costruzioni s.r.l. - in ATI con la ditta mandante VE.CA. Sud Autotrasporti - ha postulato l'illegittimità dell'esclusione dalla gara disposta nei confronti di detto Raggruppamento da Autostrade per l'Italia S.p.A., a motivo della mancata presentazione, da parte della mandante, di copia dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e della mancata indicazione, da parte della stessa, di aver svolto servizi della stessa tipologia di quelli richiesti, sostenendo la sufficienza delle dichiarazioni bancarie e del fatturato globale prodotti, rispettivamente ai sensi dell'art. 41, comma 1, lettere a) e c) del D.Lgs. n.163/2006 (d'ora in avanti denominato Codice).

Trattandosi, in entrambi i casi, di oneri documentali specificamente imposti a pena di esclusione dalla partecipazione alla gara dal punto 3.1.1. (capacità economica e finanziaria) e dal punto 3.1.2. (capacità tecnica) del relativo disciplinare, la stazione appaltante ne ha rappresentato il carattere autovincolante nelle proprie deduzioni, prodotte nel presente procedimento a seguito della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale.

Anche la ditta aggiudicataria provvisoria TSA s.r.l., nella veste di controinteressata, ha prodotto, in riscontro all'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, le proprie deduzioni *ad adiuvandum* di quelle esposte dalla stazione appaltante, evidenziando, nella nota pervenuta in data 7 marzo 2008, la doverosità per il concorrente di presentare la documentazione espressamente ed inequivocabilmente richiesta a pena di esclusione dal disciplinare di gara (punto 3.1) in conformità alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, che all'art. 41 prevede l'onere per le amministrazioni di indicare i requisiti che i concorrenti devono possedere.

Ritenuto in diritto

Deve premettersi che l'istante impresa non ha impugnato la clausola del bando di gara in applicazione della quale è stata disposta la contestata esclusione e che risultano, in fatto, pacifiche entrambe le omissioni documentali di cui sopra, rispetto ad una delle quali, e precisamente quella di cui al punto 3.1.2. del disciplinare di gara, l'impresa istante nulla dice, desistendo in tal modo dall'avversarla.

Così definito l'ambito oggettivo della materia controversa e dell'esame di essa sottoposto a questa Autorità, occorre procedere alla disamina della fondatezza delle ragioni assunte dall'impresa istante a sostegno della postulata illegittimità dell'esclusione dalla gara disposta nei suoi confronti.

Deve, al riguardo, osservarsi che gli argomenti usati dalla medesima per criticare il rigore dell'Amministrazione nell'applicazione della sanzione dell'esclusione, postulano, quale logico presupposto, la discrezionalità dell'Amministrazione nell'applicazione della disciplina di gara contenuta nella *lex specialis*.

Non avrebbe, infatti, alcun senso dedurre la natura di irregolarità formale della violazione in questione ed assumere, comunque, la sua inidoneità ad incidere in via sostanziale sulla correttezza della gara se non si supponesse la facoltà dell'Amministrazione di disapplicare le regole della procedura stabilite nel bando e se non si negasse, al contempo, il carattere vincolante delle stesse nella fase della loro attuazione.

Sennonché, secondo un consolidato ed univoco orientamento di questa Autorità (si vedano, fra i tanti, i pareri n. 42 del 2.4.2009; n. 32 dell'11.3.2009; n. 215 del 17.9.2008; n. 262 del 17.12.2008), sul punto conforme al tradizionale orientamento della giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 1997, n. 763; 10 marzo 1999, n. 228) la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura,

senza che in capo all'organo amministrativo, cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando, residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento (che non può, quindi, essere in alcun modo disattesa). E quindi, qualora il bando commini espressamente - come nel caso di specie - l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento del bando.

Val la pena di aggiungere, a mente di una più recente giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. IV, 13.4.2005, n. 1699), che non bisogna confondere, identificandoli, fatturato pregresso e presentazione del bilancio. In realtà, una cosa è la dimostrazione del fatturato pregresso, mentre altra cosa è la presentazione del bilancio. Infatti, come precisato dalla richiamato orientamento giurisprudenziale, "Le informazioni societarie ricavabili dal bilancio non si identificano ed esauriscono con quelle relative al fatturato. Il bilancio consente di verificare, per esempio, il livello di capitalizzazione, il rapporto di indebitamento, la consistenza patrimoniale, la ripartizione dei costi e dei proventi".

Inoltre, l'art. 41, comma 1 - che riproduce esattamente le prescrizioni di cui all'art. 47 della direttiva 2004/18 - include espressamente i bilanci tra i documenti che possono essere richiesti ai concorrenti, riservando alla stazione appaltante di stabilire quali requisiti devono essere posseduti dai concorrenti e correlativamente quali documenti devono essere a tal fine prodotti.

Ora, nella fattispecie in esame la *lex specialis* imponeva a ciascun partecipante - ancorchè riunito in associazione temporanea con altra impresa, trattandosi evidentemente di documenti di pertinenza di soggetti distinti ed autonomi, seppur occasionalmente riuniti in sede di offerta -, a pena di esclusione dalla gara, di produrre copia dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, ritenuti indispensabili da detta *lex specialis*. Senza contare che la prescrizione di cui trattasi è contenuta nella disciplina di gara e, se fosse stata illegittima, sarebbe stata lesiva fin dal primo momento. Al riguardo, come riconosciuto dal Consiglio di Stato (sez. VI, 26 marzo 2002, n. 2234), se la legge di gara impone determinati requisiti o documenti a pena di esclusione, è onere dell'interessato impugnare tempestivamente la legge di gara preclusiva della sua partecipazione.

Pertanto, l'Impresa istante avrebbe dovuto impugnare tale prescrizione immediatamente e tempestivamente. Non avendolo fatto, non può dolersi, anche in tal guisa, che ne sia stata fatta rigorosa applicazione.

Deve, quindi, concludersi che, non solo l'esclusione dell'offerta dell'istante è legittima, ma che la stessa era, ancor prima, doverosa, in quanto espressamente contemplata dal bando quale sanzione per l'inosservanza delle prescrizioni (nella specie, pacificamente non rispettate) relative al contenuto documentale della Busta "A-Documentazione Amministrativa", tanto con riguardo al punto 3.1.1. (capacità economica e finanziaria), che in riferimento al punto 3.1.2. (capacità tecnica), anch'esso in parte disatteso.

Così chiarito il carattere vincolante della prescrizione in questione e l'assenza di qualsiasi discrezionalità in ordine all'apprezzamento della rilevanza della violazione colpita con la contestata sanzione, appare agevole negare ogni fondamento alle ragioni addotte dall'impresa istante a sostegno dell'assunto dell'illegittimità dell'esclusione della propria offerta.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che è conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante che, in coerenza con le tassative prescrizioni del bando di gara, ha ritenuto di escludere l'ATI Tralice Costruzioni s.r.l. - VE.CA. Sud Autotrasporti dalla procedura di gara per l'appalto del servizio in epigrafe.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 settembre 2009