

## **Parere n. 19 del 28/01/2010**

**Protocollo** PREC 143/09/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'INVALSI - Istituto nazionale per la valutazione del sistema educativo di istruzione e di formazione - Affidamento del servizio di pulizia e sanificazione degli edifici di pertinenza dell'INVALSI - Importo a base di gara: € 75.000 - S.A.: INVALSI - Istituto nazionale per la valutazione del sistema educativo di istruzione e di formazione

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 22 settembre 2009 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale l'Istituto nazionale per la valutazione del sistema educativo di istruzione e di formazione (INVALSI) ha rappresentato di aver indetto la procedura di gara in oggetto e di aver escluso undici dei trentaquattro operatori concorrenti che avevano presentato l'offerta, tra i quali due ditte concorrenti, la società Helyos S.p.A., per non aver inserito nel plico l'allegato al capitolato di gara sottoscritto, così come previsto a pena di esclusione dall'articolo 5, lettera b) del disciplinare di gara, e la società Candida Servizi S.r.l., per aver presentato un fatturato globale, per gli anni 2006 e 2007, inferiore al doppio richiesto, a pena di esclusione, dall'articolo 2, lettera h) del disciplinare di gara.

Entrambe le concorrenti hanno contestato il provvedimento di esclusione disposto dalla Commissione di gara, sostenendone l'illegittimità.

In particolare, la società Helyos S.p.A. ha evidenziato che poiché, il disciplinare di gara, all'articolo 5 lettera b), indicava di accludere alla busta della documentazione amministrativa il capitolato di gara, senza far alcun riferimento all'allegato, l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere a richiedere alla concorrente un'integrazione documentale ai sensi dell'articolo 46 del D.Lgs. n. 163/2006, invece di procedere alla sua esclusione.

Anche la società Candida Servizi S.r.l., nel chiedere la riammissione alla gara, ha sostenuto l'illegittimità del provvedimento di esclusione disposto nei suoi confronti in relazione all'interpretazione data dalla Commissione di gara all'articolo 2, lettera h) del disciplinare di gara, che richiede il possesso di un volume di affari relativo al triennio 2006-2008 non inferiore al doppio dell'importo posto a base d'asta: tale requisito, infatti, a suo giudizio, deve essere inteso come riferito all'intero triennio e non già a ciascun esercizio del triennio.

Di contro, l'Istituto INVALSI ha sostenuto la legittimità del proprio operato, evidenziando, in ordine alle obiezioni formulate dalla società Helyos S.p.A., che poiché l'allegato costituisce parte essenziale del capitolato tecnico in quanto descrittivo, oltre che delle superfici interessate, anche delle effettive prestazioni da svolgere, la sua mancata sottoscrizione non garantisce alla Stazione Appaltante la piena e completa adesione del concorrente alle condizioni contrattuali che formano oggetto dell'appalto e non poteva conseguentemente ammettersi la procedura di cui all'articolo 46 del D.Lgs. n. 163/2006.

Allo stesso modo, l'Istituto INVALSI ha rappresentato la correttezza dell'esclusione della società Candida S.r.l. in quanto, stante la formulazione dell'articolo 2, lettera h), del disciplinare di gara, che richiede un fatturato globale relativo agli anni 2006-2007-2008 " *suddiviso per anno* " non inferiore al doppio di quello posto a base di gara, e della successiva lettera i), relativa al requisito del fatturato specifico, che pone, invece, l'attenzione al fatturato realizzato nel triennio senza richiedere alcuna suddivisione per anno, il requisito del fatturato globale doveva essere inteso come riferito a ciascun anno del triennio.

In relazione ai fatti rappresentati, l'Istituto INVALSI ha presentato istanza di parere all'Autorità, al fine di conoscere la posizione della stessa in ordine alla legittimità del suo operato.

Conseguentemente, si è avviata l'istruttoria procedimentale, a riscontro della quale nessuno dei soggetti coinvolti nel procedimento ha presentato ulteriori memorie.

### **Ritenuto in diritto**

Le problematiche sottoposte a questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati attengono, da un lato, alla legittimità del provvedimento di esclusione disposto da una Stazione Appaltante nei confronti di un concorrente che non ha allegato alla documentazione prodotta ai fini

della partecipazione alla gara la copia firmata dell'allegato al capitolato tecnico del servizio e, dall'altro, alla legittimità dell'interpretazione operata dalla Stazione Appaltante in ordine al possesso del requisito di capacità economico-finanziaria relativo al fatturato globale pari al doppio dell'importo posto a base d'asta per ciascuno degli anni del triennio precedente.

In ordine alla prima questione, quella concernente la mancata allegazione della copia sottoscritta dell'allegato al capitolato tecnico, occorre accertare il contenuto delle relative prescrizioni della *lex specialis*.

Il Bando di gara, all'articolo 5, concernente le "Modalità di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e documentazione da allegare alla stessa", da rispettare a pena di esclusione, alla lettera b) prescrive l'obbligo di introdurre, all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa, tra l'altro, una copia del capitolato speciale d'appalto firmata in ogni pagina dal legale rappresentante della società concorrente, in segno di accettazione delle condizioni ivi contenute.

Dalla lettura del capitolato si evince un rinvio ai suoi allegati A), B) e C) per l'individuazione delle strutture dell'Istituto (l'articolo 1, "oggetto e durata dell'appalto", rinvia all'allegato A), della fornitura e posa in opera del materiale accessorio ai servizi igienici (lo stesso articolo 1 rinvia all'allegato C) e delle prestazioni e delle frequenze da intendersi come descrizione del servizio ed indicazione delle prestazioni minime che la ditta appaltatrice dovrà comunque garantire (l'articolo 3 rinvia all'allegato B).

I rinvii del capitolato ai suoi allegati ai fini della definizione dell'oggetto della prestazione presuppongono che gli allegati stessi siano parte integrante del capitolato medesimo e che, pertanto, in ragione dell'importanza rivestita in ordine alla corretta individuazione della prestazione da eseguire, il concorrente sia tenuto a sottoscrivere il capitolato in tutte le sue parti, compresi gli allegati, inserendo la copia così sottoscritta alla documentazione da produrre ai fini della partecipazione ai sensi dell'articolo 5, lettera b) del disciplinare, dimostrando in tal modo di accettare le condizioni minime di servizio ivi indicate.

Ne consegue che la produzione della copia sottoscritta del capitolato di appalto priva dei relativi allegati, che ne costituiscono parte integrante, non consente alla Stazione Appaltante di disporre la regolarizzazione successiva della documentazione prodotta ai sensi dell'articolo 46 del D.Lgs. n. 163/2006 che, di fatto, si tradurrebbe in una integrazione postuma di documenti previsti a pena di esclusione.

Ferma restando, infatti, la *ratio* della disposizione di cui al menzionato articolo 46, volta a favorire la massima partecipazione alle procedure di gara evitando che carenze meramente formali nella documentazione impoveriscano la platea dei concorrenti, la procedura in questione non può tuttavia costituire di fatto una violazione del principio di *par condicio*, consentendo di supplire alla violazione di adempimenti procedurali o alla omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione.

Sul punto, l'unanime orientamento assunto nella prassi dell'Autorità e nella giurisprudenza dei Giudici Amministrativi (cfr., da ultimo, parere AVCP n. 11 del 29 gennaio 2009; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 8386 del 18 dicembre 2009) ritiene che la richiesta di ulteriori documenti o chiarimenti deve impedire al concorrente di completare la sua domanda di partecipazione successivamente al termine stabilito in via generale nel bando di gara.

Alla luce di tali considerazioni, l'operato dell'Istituto INVALSI di escludere la concorrente Società Helyos S.p.A. per non aver prodotto la copia sottoscritta del capitolato tecnico comprensiva dei relativi allegati e di non averne consentito la regolarizzazione ai sensi dell'articolo 46 è conforme ai principi in materia di contratti pubblici.

Ai fini della risoluzione della seconda questione prospettata dall'istante, relativa all'interpretazione delle prescrizioni concernenti il requisito di capacità economico-finanziaria richiesto nella disciplina di gara, occorre esaminare il contenuto delle relative prescrizioni della *lex specialis*.

In particolare, l'articolo 2 ("Istanza di ammissione alla gara e condizioni di ammissibilità") prevede l'obbligo in capo ai concorrenti, al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria, tra l'altro, di indicare il fatturato globale relativo agli anni 2006, 2007 e 2008, suddiviso per anno, dal quale risulti un volume d'affari globale non inferiore al doppio dell'importo a base d'asta (lettera h) e di indicare il fatturato in servizi di pulizia realizzato nell'ultimo triennio (anni 2006, 2007 e 2008) non inferiore all'importo posto a base di gara (lettera i).

La Commissione di gara ha interpretato le menzionate prescrizioni nel senso di dover verificare il possesso del requisito di capacità economico-finanziaria di un fatturato globale almeno pari al doppio dell'importo a base d'asta per ciascuno degli esercizi finanziari del triennio 2006-2007-2008. Tale interpretazione si pone in contrasto con il consolidato orientamento assunto dall'Autorità in ordine alla proporzionalità dei requisiti di fatturato prescritti nella *lex specialis* che riconosce la legittimità alle previsioni di gara che prescrivono al massimo un fatturato sino al doppio dell'importo a base di gara (cfr. parere AVCP n. 188 del 19 giugno 2008).

Infatti, la *lex specialis de qua* prevede la dimostrazione di un fatturato almeno pari al doppio dell'importo a base di gara, fissato in € 75.000, per un anno di durata del contratto, mentre il fatto che tale requisito venga verificato su ciascuno degli esercizi del triennio, per ognuno dei quali deve essere dimostrato il possesso di un fatturato globale almeno pari al doppio dell'importo posto a base d'asta, ovvero ad € 150.000, si traduce, di fatto, nel chiedere un fatturato complessivo nel triennio pari a sei volte l'importo a base di gara, ovvero nel chiedere la dimostrazione di un requisito che contrasta con il principio di proporzionalità rispetto alla prestazione oggetto del contratto, anche in considerazione del fatto che la durata contrattuale è fissata in un anno.

Alla luce di tali considerazioni, stante l'illegittimità dei provvedimenti di esclusione disposti in attuazione della menzionata interpretazione adottata dalla Commissione di gara, spetta all'Istituto INVALSI la facoltà di adottare un provvedimento di autotutela che ponga nel nulla gli atti disposti e rinnovi la procedura di gara, anche parzialmente, ovvero disponendo esclusivamente la rinnovazione della fase dell'esame comparativo delle offerte già pervenute (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2843 del 9 giugno 2008, TAR Lazio, sez III ter, sentenza n. 11146 del 9 dicembre 2008; parere AVCP n. 145 del 3 dicembre 2009; parere AVCP n. 74 del 9 luglio 2009).

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato dell'istituto INVALSI:

- in ordine alla mancata concessione della regolarizzazione documentale nei confronti della società Helyos S.p.A. è conforme ai principi in materia di contratti pubblici;
- in relazione all'esclusione disposta nei confronti della Società La Candida Servizi S.r.l. viola il principio di proporzionalità in materia di contratti pubblici.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 febbraio 2010