

## **Parere n. 208 del 31/07/2008**

### **PREC 298-08-F**

**Oggetto:** istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Consorzio Umbro Trasporti (CUT) – fornitura gasolio ad uso autotrazione per il periodo 1.06.2008 – 31.05.2009. S.A.: Consorzio Umbro Trasporti (CUT).

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

### **Considerato in fatto**

Con deliberazione n. 2/2008 il Consorzio Umbro Trasporti (CUT) ha indetto una procedura aperta, ai sensi degli artt. 54 e 55 del D.Lgs. 163/2006, attraverso il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, per l'affidamento della fornitura di gasolio ad uso autotrazione. In data 12 giugno 2008 è pervenuta istanza di parere da parte del Consorzio Umbro Trasporti (CUT) in relazione all'operato della Commissione di gara, in sede di valutazione della documentazione amministrativa nell'ambito della procedura di gara. La stazione appaltante espone che l'art. 2 del Capitolato Speciale di appalto dispone che "il gasolio da approvvigionamento per effetto del presente appalto dovrà essere miscelato con il 5% di Biodiesel". Ai fini della partecipazione alla gara, la normativa di gara imponeva ai concorrenti, pena l'esclusione, di presentare tra la documentazione amministrativa a corredo dell'offerta una dichiarazione, ai sensi del D.P.R. 445/2000, "attestante l'ammontare del fatturato dell'impresa concorrente, per fornire analoghe a quelle del presente capitolato, relativo agli esercizi 2005-2006-2007. Per forniture analoghe si intendono forniture relative a gasolio per trazione con contenuto di zolfo conforme alla normativa europea in vigore durante il periodo di espletamento della fornitura. Potranno partecipare alla gara le aziende che hanno effettuato forniture analoghe per un quantitativo di lt. 10.000.000, media annua nel triennio 2005-2006-2007" (art. 11, punto 6 del Capitolato) ed inoltre "Copia licenza UTIF per l'esercizio del deposito commerciale di olii minerali, in particolare gasolio e biodiesel, con evidenza delle consistenze dell'impianto" (art. 11, punto 8 del Capitolato). In sede di verifica della documentazione amministrativa, la Commissione di gara ha richiesto alla Natalizia Petroli S.r.l. di precisare la tipologia della licenza UTIF detenuta. Secondo quanto riportato dal CUT la società ha evidenziato che la licenza, già presente nella documentazione amministrativa depositata in gara, era conforme alle prescrizioni della lex specialis, in quanto idonea allo stoccaggio di gasolio miscelato con biodiesel al 5%, quale si configura quello oggetto dell'espletanda procedura di affidamento. La Commissione di gara, nella seduta del 23 maggio 2008 ha ritenuto esauriente il chiarimento, ed ha verbalizzato quanto segue "preso atto che oggetto di fornitura è gasolio miscelato con biodiesel al 5% e che fino a detta percentuale il gasolio è considerato additivato e trattato come gasolio tradizionale, anche con riferimento al comma 3 dell'art. 42 del D.Lgs. 163/2006". L'offerta presentata dalla Natalizia Petroli S.r.l., essendo risultata la migliore, è stata aggiudicata. Detta aggiudicazione è stata contestata dalla seconda classificata, la Baccarelli Nazareno S.p.A., in quanto sarebbe inficiata dalla mancata titolarità della licenza UTIF per deposito di oli minerali sia in relazione al gasolio, sia al biodiesel e, pertanto, la licenza prodotta dalla Natalizia Petroli S.r.l., pur abilitando allo stoccaggio di gasolio miscelato con biodiesel al 5%, non sarebbe conforme alle prescrizioni di cui all'art. 11, punto 8) del Capitolato speciale.

In riscontro all'istruttoria compiuta da questa Autorità, ha presentato osservazioni la Natalizia Petroli S.r.l., la quale ha replicato che la ditta Baccarelli non considera che in ragione del principio di ragionevolezza, e per evitare illegittime preclusioni di partecipazioni alla gara, lesive della concorrenza e del mercato, tutte le prescrizioni del Bando devono essere lette in funzione della fornitura oggetto di gara, nella specie gasolio miscelato al 5% con biodiesel. Secondo la Natalizia Petroli S.r.l. dal momento che il gasolio miscelato con 5% di biodiesel deve ritenersi semplicemente additivato e, pertanto, trattato come gasolio normale, la questione che si pone o è l'illegittimità della previsione del bando che chiede una certificazione non occorrente, o la clausola del bando che richiede la produzione di copia licenza UTIF deve intendersi come licenza per consentire di stoccare il gasolio additivato con biodiesel.

### **Ritenuto in diritto**

Come evidenziato dal CUT e riportato in narrativa, la documentazione amministrativa per la partecipazione alla procedura in esame per l'affidamento del contratto di fornitura gasolio ad uso autotrazione, trova elencazione all'art. 11 del Capitolato speciale. Tra i documenti, al punto 8), viene richiesta la "copia licenza UTIF per l'esercizio del deposito commerciale olii minerali, in particolare gasolio e biodiesel, con evidenza della consistenza dell'impianto. La suddetta licenza dovrà essere

posseduta da ogni singola impresa in caso di ATI o Consorzio, costituiti o costituenti”.

Pertanto, secondo quanto richiesto chiaramente dal Capitolato speciale, la licenza UTIF che i partecipanti alla gara sono chiamati a produrre deve riferirsi sia al deposito gasolio, sia al biodisel. Detto requisito, che, peraltro, non è stato oggetto di contestazione da parte delle ditte concorrenti in sede di partecipazione, non sembra risultare poco chiaro nella dicitura, ovvero indurre in errore i concorrenti. Le ditte, subordinatamente anche al possesso o meno della licenza per l'esercizio del deposito commerciale di gasolio e biodisel, sono state, pertanto, chiamate a valutare la possibilità di partecipare o meno alla procedura di gara in questione.

Ha agito, dunque, correttamente la Commissione di gara la quale, allorchè ha riscontrato che la licenza UTIF della Natalizia Petroli S.r.l. riportava il riferimento al solo gasolio e non anche al biodisel, ha richiesto chiarimenti in merito. La ditta, in riscontro a detti chiarimenti, ha confermato di avere la licenza per il solo gasolio, ed ha giustificato la propria partecipazione sulla base della considerazione che la licenza è idonea allo stoccaggio di gasolio miscelato con biodisel al 5%, che viene prelevato dalla raffineria di origine miscelato. La Commissione di gara ha ritenuto detta giustificazione esauriente, posto che l'oggetto della fornitura è gasolio miscelato con biodisel al 5% ed in considerazione del comma 3 dell'art. 42 del D.Lgs. n. 163/2006. Questa volta l'operato della Commissione di gara non sembra essere conforme ai noti principi della normativa di settore, in accordo ai quali la Commissione di gara non può disattendere o disapplicare la *lex specialis* di gara (cfr., fra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 1 ottobre 2003, n. 5712; 2 novembre 1998, n. 1485). In caso contrario si determinerebbe una violazione della *par condicio* di gara, poichè le ditte che non hanno partecipato alla gara, in quanto prive di quel requisito di gara previsto, si vedrebbero lese dalle ditte che, pur non avendo il requisito, hanno preso comunque parte alla gara.

Inoltre il comma 3 dell'art. 42 del D.Lgs. n. 163/2006 citato dalla Commissione di gara, a giustificazione dell'ammissione della Natalizia Petroli S.r.l., appare inconferente, riferendosi la norma al momento di stesura della documentazione di gara, allorchè la stazione appaltante fissa i requisiti di partecipazione e si auto vincola agli stessi. Questi ultimi, una volta che sono stati definiti ed indicati nella documentazione di gara, sono cristallizzati e risultano discriminanti per le imprese ai fini della loro partecipazione o meno alla procedura di gara.

Va ancora osservato come la Commissione di gara, quando si trovi innanzi ad incertezze interpretative, potrà applicare la regola del *favor participationis* solo qualora vi siano previsioni della *lex specialis* di gara poco chiare, sempre nel rispetto dei principi di certezza del diritto, di *par condicio* dei concorrenti e di trasparenza amministrativa. Per cui, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, va preclusa alla stazione appaltante e alla Commissione di gara qualsiasi esegesi del testo di gara, se essa non sia giustificata da una obiettiva incertezza del significato e non si basi su un procedimento ermeneutico, che conduca all'integrazione delle regole di gara, palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla lettura della sua originaria formulazione.

Nel caso di specie, la previsione del requisito di partecipazione della licenza di gasolio “e” biodisel con la congiunzione copulativa “e” individua una doppia casistica, che deve intendersi cumulativa, tale per cui le ditte che non posseggono contemporaneamente la licenza di biodisel e di gasolio non possono partecipare alla gara in esame.

Pertanto, la rielaborazione operata dalla Commissione di gara, al fine di ammettere la Natalizia Petroli S.r.l. non sembra essere condivisibile in quanto non può, in questo caso, essere invocato il principio del *favor participationis*, essendo la clausola non equivoca ovvero fonte di incertezze interpretative.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, che l'operato della Commissione di gara non risulti essere conforme alla normativa vigente di settore, in quanto l'impresa Natalizia Petroli S.r.l. non sarebbe dovuta essere ammessa al prosieguo della gara, stanti i requisiti previsti dalla *lex specialis* di gara.

Il Consigliere Relatore: Andrea Camanzi

Il Presidente Relatore: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data: 01/08/2008