

Parere n.237 del 21/12/2011

PREC 112/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Direzione di Commissariato Marina Militare di Taranto - (servizio di pulizia delle cisterne contenenti acqua potabile) - Importo a base d'asta € 104.166,00 - S.A.: Direzione di Commissariato Marina Militare di Taranto

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 9 maggio 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la Direzione di Commissariato Marina Militare di Taranto ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'esclusione disposta nei confronti di tre delle otto ditte partecipanti alla gara indetta per l'affidamento del servizio di pulizia in oggetto.

In particolare, la stazione appaltante afferma di aver escluso la ditta Bastone, la ditta TMF e l'A.T.I. Tritona Doma Energia in quanto il fatturato specifico da queste dichiarato e le certificazioni Iso prodotte si sono rivelati non attinenti a servizio identico; in più, l'estratto del bilancio 2010 della ditta Bastone è risultato privo di stato patrimoniale.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, formalmente condotta da questa Autorità, le imprese TMF e Tritone, interessate dai rilievi, hanno presentato controdeduzioni contestando la paventata sussistenza di elementi di esclusione.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti di tre delle otto ditte partecipanti alla gara in oggetto per avere dichiarato un fatturato specifico e prodotto certificazioni Iso non attinenti a "servizio identico a quello di gara".

Orbene, per la definizione della suddetta questione occorre prendere le mosse dal richiamo ai consolidati principi a tenore dei quali rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara di appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo però il limite della logica e ragionevolezza degli stessi e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, in modo tale da non restringere oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio (cfr. ex multis AVCP, pareri nn. 83 e 109 del 2010, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 8914 del 29 dicembre 2009, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 2304 del 3 aprile 2007, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 6534 del 23 dicembre 2008) parere 109 del 2010).

In ordine alla discrezionalità in materia va richiamato, a fini di completezza, il dato normativo che qui viene in rilievo, da leggersi sotto il faro del giudice comunitario. In proposito, l'art. 42 del D. Lgs 163/2006 relativo alla capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizio, nel riprodurre il contenuto dell'art. 48 Direttiva 18/2004 CEE, dispone al comma 2, che la stazione appaltante precisa nel bando di gara o nella lettera di invito quali dei documenti e dei requisiti indicati al comma 1, debbono essere presentati e dimostrati dai concorrenti. L'elenco contenuto nella norma in esame, a differenza di quello dell'art. 41, è stato considerato tassativo, tanto è vero che la Corte di giustizia europea, ha già da tempo affermato l'illegittimità della prescrizione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di mezzi di prova di capacità tecniche e professionali dei concorrenti diversi da quelli contemplati dalle direttive, pena non solo la violazione del principio di parità di trattamento, ma anche il netto contrasto con le esigenze di integrazione comunitaria (Corte just. com. eu. 17.11.1993 causa C-71/92) (cfr. in proposito parere 177 del 2010).

Per quanto concerne i requisiti tecnici, se in generale i servizi pregressi rientrano nell'elenco previsto dall'art. 42, in linea particolare, come nel caso di specie, occorre verificare se l'identità del servizio, ulteriore rispetto al dato normativo predetto, sia connotata dal rispetto dei limiti dettati alla discrezionalità della stazione appaltante.

Dall'analisi della *lex specialis* invocata dalla stazione appaltante, emerge come fosse richiesto un "fatturato specifico riguardante il servizio oggetto di gara". Invero, se già la dizione della *lex specialis* non appare connotata *ex se* in termini di estrema chiarezza, la genericità della formula utilizzata non consente di ritenere che l'ambito preso in considerazione riguardi effettivamente i soli servizi del tutto identici. In proposito, vale rilevare che la stazione appaltante, proprio in virtù degli ambiti di discrezionalità sopra ricordati, è tenuta a dare alla scelta effettuata il carattere della massima chiarezza, e ciò anche al fine di soddisfare l'imprescindibile esigenza di certezza applicativa della *lex specialis*.

Conseguentemente, assume rilievo dirimente il principio generale a tenore del quale in caso di clausole equivoche o di dubbio significato deve preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara.

Per quanto concerne poi la presunta assenza, nell'estratto di bilancio presentato dalla ditta Bastone, dello stato patrimoniale, può senz'altro affermarsi che la stazione appaltante avrebbe potuto, in presenza di elementi adeguatamente sufficienti in ordine alla situazione economica dell'impresa, chiedere chiarimenti e integrazioni ai sensi dell'art. 46, comma 1, del Codice. A quest'ultimo proposito, assume ulteriore rilievo, nei termini indicati, il principio di cui all'art. 46 comma 1 bis D.Lgs. n. 163\2006, con cui il legislatore ha inteso innovare l'ordinamento in termini restrittivi rispetto al proliferare delle cause di esclusione nell'ambito delle leggi di gara. Tale norma, dal tenore stesso piuttosto incisivo ("1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle"), costituisce espressione di una chiara scelta normativa tesa a rendere legislativamente tassativo lo spettro di cause tali da comportare l'esclusione di un'impresa dalla gara d'appalto. In disparte delle questioni che potranno sorgere in ordine all'effettivo ambito applicativo delle diverse voci richiamate dallo stesso art. 46 comma 1 bis, l'innovazione normativa, per quanto non applicabile *ratione temporis* al caso di specie, costituisce indicazione interpretativa per gli operatori in ordine alla tassatività delle cause di esclusione.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le prospettate esclusioni non siano conformi ai principi vigenti in tema di evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data

Il Segretario: Maria Esposito