

Parere n. 94 del 08 ottobre 2009

Protocollo PREC 46/08/F

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 Sartori Ambiente s.r.l. - Fornitura di contenitori per la raccolta differenziata - Importo a base d'asta € 67.200,00 - S.A.: Alisea S.p.A.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 6 dicembre 2007 perveniva all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, presentata dall'impresa Sartori Ambiente s.r.l. avverso il provvedimento di esclusione dalla gara per la fornitura in oggetto, disposto dalla stazione appaltante Alisea S.p.A.

L'Alisea S.p.A. escludeva la Sartori Ambiente s.r.l. dalla gara per mancata presentazione: - "della documentazione relativa all'impegno del fideiussore ai sensi dell'art. 113 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163"; - della documentazione concernente "l'attestazione di regolare esecuzione" delle forniture già effettuate nel triennio antecedente, rilasciata dai soggetti committenti o, in alternativa, relativa autocertificazione.

Per quanto riguarda il primo motivo di esclusione, concernente l'assenza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva, la società faceva presente di aver presentato una fideiussione bancaria conforme alla Scheda tipo 1.1 e allo Schema tipo 1.1 nel formato allegato al D.M. 12 marzo 2004, n. 123, aggiungeva che il bando non conteneva alcun esplicito riferimento all'art. 113 del D.Lgs. n. 163/2006 e precisava, altresì, che lo stesso disciplinare "richiede un generico impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto di cui all'art. 113 del D. Lgs. n. 163/2006 ma non impone espressamente l'obbligo di citare tale disposizione". La società medesima sosteneva, quindi, di essere stata tratta in errore dalla stazione appaltante nella parte in cui essa ha imposto l'obbligo di utilizzare gli schemi approvati con D.M. 12 marzo 2004, n. 123, evidenziando che la legittimità di tali schemi, pur sotto la vigenza del nuovo Codice dei contratti, è stata riconosciuta sia dalla giurisprudenza amministrativa sia da questa Autorità (Parere n. 38/2007) e che l'Amministrazione non si è avvalsa della facoltà, prevista dall'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, di chiedere chiarimenti, quale espressione del giusto procedimento di cui all'art. 3 della legge n. 241/1990.

Per quanto riguarda il secondo motivo di esclusione, relativo all'assenza di attestazione di "regolare esecuzione" delle forniture eseguite, l'istante lamentava la pretestuosità dell'esclusione, facendo presente che tale attestazione poteva anche essere autodichiarata dallo stesso concorrente, trattandosi, in definitiva, dell'assenza non già di un documento richiesto a pena di esclusione, quanto piuttosto dell'incompletezza di una dichiarazione in un elemento certamente non essenziale e comunque sanabile con un'integrazione documentale.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, l'Alisea S.p.A. replicava alle censure mosse dall'istante, facendo presente che nella documentazione presentata dalla Sartori Ambiente s.r.l. manca: - "ogni riferimento, in relazione al rilascio di cauzione definitiva, all'accettazione incondizionata delle norme contenute nel D.Lgs.n. 163/2006, presente, invece, nella documentazione riprodotta dagli altri partecipanti alla medesima gara di appalto" (lett. e) del disciplinare) ; - la dichiarazione di "regolare esecuzione" di due contratti di forniture analoghi a quelli oggetto della gara (lett. m) del disciplinare).

In sede istruttoria, presentava controdeduzioni anche la controinteressata Eurosintex s.r.l., aggiudicataria della gara, per affermare la legittimità dell'operato della stazione appaltante e sottolineare che l'allegazione della documentazione richiesta era stata prevista a pena di esclusione.

Ritenuto in diritto

La questione all'esame attiene alla legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara disposta dalla commissione di gara per mancata presentazione: 1) dell'impegno del fideiussore a prestare cauzione definitiva; 2) dell'attestazione di "regolare esecuzione" - nel triennio antecedente la presentazione dell'offerta - di forniture analoghe a quelle oggetto di gara.

Per quanto riguarda la prima causa di esclusione, concernente l'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva, la questione ha formato oggetto di numerose pronunce di questa Autorità (Pareri n. 38/2007, n. 18/2008, n. 186/2008, n. 73/2009; Deliberazioni n. 99/2007 e n. 157/2007).

In proposito, l'art. 75 del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, rubricato "Garanzie a corredo dell'offerta", al comma 8, stabilisce che "L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione,

dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario".

Al riguardo, il bando (al punto 6) e il disciplinare di gara (lett. e) del plico n. 1 - documentazione amministrativa) prevedono che dette cauzioni devono essere presentate su modelli conformi agli schemi tipo approvati con D.M. 12 marzo 2004, n. 123. Il disciplinare specifica, inoltre, che "la cauzione provvisoria deve essere corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113 del D.Lgs. n. 163/2006".

In ossequio alle richiamate previsioni della norma primaria e della *lex specialis* di gara l'impresa istante Sartori Ambiente s.r.l. ha presentato, come si evince dagli atti prodotti nel presente procedimento, atto di fideiussione bancaria, ai sensi dell'art. 30 della legge n. 109/1994 nel formato indicato dai documenti di gara (Scheda tecnica 1.1. e Schema tipo 1.1.) e, contrariamente a quanto riportato nel provvedimento di esclusione disposto dalla commissione di gara, entrambi i modelli utilizzati contengono l'espresso impegno del fideiussore a rilasciare apposita garanzia per la cauzione definitiva.

Infatti, l'art. 1 dello Schema tipo prodotto in sede di gara dall'istante (prot. n. 05/187 del 28.09.2009) prevede: "Inoltre la Cassa Rurale Alto Garda - società cooperativa si impegna nei confronti della società "Sartori Ambiente s.r.l." a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva prevista dall'art. 30, comma 2, della Legge" 109 del 1994 e tale rinvio all'art. 30 della legge n. 109/1994, come precisato da questa Autorità, deve leggersi come rinvio all'articolo 113 del D.Lgs. n. 163/2006 (in tal senso v. Parere n. 18/2008).

Poiché la Scheda tecnica costituisce parte integrante dello Schema tipo 1.1. e riporta i dati e le informazioni necessarie all'attivazione della garanzia fideiussoria di cui al citato Schema tipo, per cui "La sua sottoscrizione" - si legge - "costituisce atto formale di accettazione incondizionata di tutte le condizioni ivi previste", l'esclusione disposta dalla stazione appaltante si appalesa, in parte qua, viziata e non conforme alla normativa di settore.

Resta ora da esaminare il secondo motivo di esclusione relativo alla mancata attestazione di "regolare esecuzione" di contratti di fornitura analoghi a quelli oggetto di gara.

L'art. 42 del D.Lgs. n. 163/2006 stabilisce che negli appalti di forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita mediante presentazione: - "dell'elenco" delle principali forniture prestate negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, delle forniture effettuate; - di "certificati", attestanti l'"effettuazione effettiva" delle prestazioni, "rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti pubblici" in caso di forniture eseguite a favore di soggetti pubblici ovvero di dichiarazioni dei privati o, in mancanza, dello stesso concorrente in caso forniture prestate a privati.

Al riguardo, il disciplinare di gara, alla lett. m) del plico n. 1, specifica, che "dovrà essere fornita attestazione di regolare esecuzione della prestazione rilasciata dagli enti committenti." Per poi aggiungere: "Se trattasi di servizi prestati a privati, l'effettuazione della prestazione dovrà essere dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente".

Dall'esame letterale delle disposizioni di gara, si evince, quindi, che in caso di forniture prestate a favore di soggetti pubblici va allegata attestazione di "regolare esecuzione" e che, invece, in caso di prestazioni eseguite a favore di soggetti privati, sarebbe sufficiente una dichiarazione di "effettiva effettuazione", non altrimenti qualificata.

Nel caso di specie, il legale rappresentante della società istante si è limitato a riportare l'elenco delle forniture prestate nei tre anni precedenti la presentazione dell'offerta (2004, 2005 e 2006) e a dichiarare l'effettuazione delle relative prestazioni, senza qualificare nessuna di esse in termini di "regolare esecuzione" e la Commissione di gara ha disposto l'esclusione, motivandola con la "non presentazione della documentazione concernente l'attestazione di regolare esecuzione del servizio, in materia di forniture, rilasciata dagli enti committenti o, in alternativa, relativa autocertificazione", dimostrando così di interpretare la richiamata prescrizione della *lex specialis* di gara nel senso restrittivo, non chiaramente evincibile da tenore letterale della stessa, per cui - sia che si tratti di forniture eseguite a favore di soggetti pubblici, sia che si tratti di prestazioni eseguite a privati - occorre, comunque, un'attestazione di "regolare esecuzione".

In proposito, è bene ricordare che risponde al comune e prevalente orientamento giurisprudenziale anche di questa Autorità ritenere che le stazioni appaltanti, nel predisporre gli atti di una gara d'appalto, quand'anche intendano prescrivere adempimenti più severi rispetto a quelli prescritti dalle norme primarie, purché ragionevoli - richiedendo, come nel caso di specie, apposita "attestazione di regolare esecuzione" sia che si tratti di forniture eseguite a favore di privati sia che si tratti di forniture eseguite a favore di soggetti pubblici - hanno tuttavia l'onere di indicare con estrema chiarezza tali requisiti ulteriori richiesti alle imprese partecipanti, onde evitare che il principio di massima concorrenza tra le stesse imprese, cui si correla l'interesse pubblico all'individuazione della

migliore offerta, possa essere in concreto vanificato da clausole equivoche non chiaramente percepibili dai soggetti partecipanti.

In considerazione di ciò, le disposizioni con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara, ove indichino in modo ambiguo taluni di detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico assicurare un ambito più vasto di valutazioni e, quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili (cfr. Pareri 66/2009; n. 245/2008; n. 167/2008; 126/2008; n. 89/2008; Cons. Stato, Sez. VI, 12 giugno 1992, n. 481). Pertanto, in presenza di una clausola dal tenore incerto, come quella di cui trattasi, la commissione ben avrebbe potuto (e dovuto) disporre, prima di procedere all'esclusione, un'integrazione documentale ex art. 46 del D.L.gs. n. 163/2006.

Non risulta, peraltro, che la stazione appaltante abbia, in alcun modo, motivato - né in sede di esclusione, né nei verbali di gara, né in ambito istruttorio - il perché non si è avvalsa di tale facoltà. Così facendo, non solo ha vulnerato le aspettative del concorrente, ma ha anche ridotto, a proprio discapito e in spregio ai principi di libera concorrenza, l'ambito della platea concorrenziale, già di per sé limitato, fin dal momento della presentazione delle offerte, a soli tre concorrenti.

Il comportamento della stazione appaltante appare, quindi, censurabile per non avere essa provveduto a chiedere integrazioni alla dichiarazione prodotta dall'interessato e, conseguentemente, l'esclusione disposta risulta illegittima e non conforme alla normativa di settore.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione non è conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2009