

Parere n. 139 del 22/07/2010

PREC 51/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Consorzio Stabile Thesis - Servizio triennale di pulizia delle strutture dell'Università degli Studi di Messina - Importo a base d'asta € 2.757.003,48 - S.A.: Università degli Studi di Messina.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 4 marzo 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Consorzio Stabile Thesis ha chiesto a questa Autorità una pronuncia in merito alla legittimità dell'esclusione dalla procedura di gara in oggetto, disposta dall'Università degli Studi di Messina nei suoi confronti, in quanto non avrebbe indicato nella cauzione provvisoria il nome dell'impresa consorziata esecutrice del servizio, come previsto dal disciplinare di gara.

Nello specifico, il Consorzio istante ha precisato di aver partecipato alla procedura di gara di cui trattasi in qualità di consorzio stabile, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 163/2006 e di aver correttamente indicato come impresa esecutrice del servizio la propria consorziata SO.GE.MAN S.r.l. di Messina, evidenziando, altresì, che la partecipazione in tale veste comporta che il soggetto concorrente e giuridicamente responsabile resta il consorzio stesso e che la mancata indicazione della consorziata esecutrice nella polizza provvisoria non rende inefficace o invalida la stessa. Conseguentemente - a giudizio dell'istante - il provvedimento di esclusione è da ritenersi illegittimo, in quanto la clausola prevista nel disciplinare di gara si pone in contrasto con i principi di proporzionalità e di non aggravamento del procedimento di cui all'art. 2 e 74 del D.Lgs. n. 163/2006, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III quater, sentenza 23 ottobre 2009, n. 10361). Nella fattispecie, infatti, l'espressa previsione dell'esclusione contenuta nel disciplinare di gara non comporta - ad avviso del consorzio istante - alcun effettivo vantaggio né per la stazione appaltante né per l'interesse pubblico sotteso alla scelta dell'offerta più idonea alla realizzazione dello scopo avuto di mira dall'Amministrazione.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con nota pervenuta il 30 marzo 2010, l'Università degli Studi di Messina ha rilevato che, nella seduta del 1 febbraio 2010 (verbale di gara n. 7), la Commissione giudicatrice ha constatato che la polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria prodotta dal Consorzio Stabile Thesis non riportava l'indicazione del nominativo dell'impresa consorziata designata per l'esecuzione del servizio, così come esplicitamente richiesto, a pena di esclusione, dall'art. 2 del disciplinare di gara, relativamente alla partecipazione dei consorzi stabili e, quindi, ha disposto l'esclusione del consorzio medesimo dalle successive fasi di gara. Inoltre, a seguito delle rimostranze del Consorzio Stabile Thesis, la stazione appaltante (con nota prot. n. 15608 del 16 marzo 2010) ha rappresentato al consorzio medesimo che nella seduta del 4 marzo 2010 la Commissione giudicatrice aveva ritenuto di essere vincolata ad assumere la decisione contestata, non disponendo di alcun potere discrezionale di valutazione sulla rispondenza o meno ad un pubblico interesse della clausola del disciplinare di gara violata dal consorzio concorrente.

La stazione appaltante ha ribadito, altresì, la correttezza del proprio operato e di quello della Commissione di gara, considerando che la clausola del disciplinare di gara in contestazione è stata predisposta e applicata al fine di garantire l'imparzialità e la correttezza della scelta da effettuare e che solo in presenza di disposizioni ambigue è ammessa un'interpretazione che consenta una regolarizzazione postuma di una documentazione mancante.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in epigrafe riguarda la legittimità del provvedimento di esclusione, adottato sulla base di una clausola del disciplinare di gara che prevede l'esclusione dalla procedura in caso di mancata indicazione, da parte di un consorzio stabile, del nominativo dell'impresa consorziata designata per l'esecuzione del servizio nella polizza fideiussoria relativa alla cauzione provvisoria.

In merito si rileva che, dall'esame della documentazione prodotta emerge che l'art. 2 del disciplinare di gara, dedicato alla *"Partecipazione di RTI, Consorzi e GEIE"*, relativamente alla cauzione provvisoria richiama l'art. 1, punto A.5 (inerente alla busta contenente i Documenti da produrre unitamente all'offerta), precisando, tra l'altro, che *"Nel caso di consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lett. b) e c), del D.Lgs. n. 163/2006, la cauzione deve essere presentata dal consorzio e riportare il nominativo delle consorziate designate all'esecuzione del servizio."* (pag. 8 del disciplinare di gara). Il citato art. 1, ultimo capoverso del disciplinare di gara stabilisce, inoltre, che

“La mancata o irregolare presentazione dei documenti richiesti, fatta salva la possibilità di integrazione e completamento di documenti già presentati ai sensi dell’art. 46, del D.Lgs. n. 163/2006, determinerà l’immediata esclusione dalla gara.” (pag. 5 del disciplinare di gara).

Nella fattispecie, il Consorzio Stabile Thesis (quale consorzio di cui alla lett. b) dell’art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006), in base alle disposizioni richiamate, era tenuto a produrre una cauzione recante il nominativo della consorziata (nel caso di specie, la SO.GE.MAN S.r.l.) designata per l’esecuzione del servizio. Avendo, invece, prodotto un documento carente sotto questo profilo, la Commissione giudicatrice, nella seduta del 1 febbraio 2010, ha disposto l’esclusione del Consorzio medesimo dalla gara.

Sulla base di quanto previsto dal disciplinare di gara e delle circostanze di fatto evidenziate, deve ritenersi che la Commissione giudicatrice era vincolata a disporre l’esclusione del Consorzio Stabile Thesis dalla gara, in quanto la *lex specialis* era chiara, non si prestava ad equivoci, e induceva ad assumere un provvedimento di esclusione dalla procedura nei confronti degli operatori economici che non avevano rispettato quanto stabilito dagli artt. 1, punto A.5 e 2 del disciplinare di gara.

Il suddetto Consorzio, odierno istante, contesta la legittimità delle citate clausole del disciplinare di gara assumendo, genericamente, la violazione dei principi di proporzionalità e di non aggravamento del procedimento di cui agli artt. 2 e 74 del Codice dei contratti pubblici. Sotto i profili indicati, però, la *lex specialis* risulta legittima in quanto – anche se non è indispensabile in caso di consorzi stabili ex art. 34, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 163/2006, indicare nel contratto di fideiussione l’impresa consorziata esecutrice dell’appalto – deve ritenersi che richiedere l’espressa indicazione nella polizza fideiussoria dell’impresa che svolgerà in concreto il servizio, non è in contrasto né con il principio di proporzionalità citato dall’istante, né con l’art. 74 del D.Lgs. n. 163/2006, che disciplina la forma ed il contenuto dell’offerta, perché, da una parte, non pone un onere particolarmente gravoso a carico dell’operatore economico e, dall’altra, la clausola è finalizzata a fornire una garanzia alla stazione appaltante senza incidere sulla forma ed il contenuto dell’offerta. In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l’esclusione dalla gara del Consorzio Stabile Thesis sia conforme alla *lex specialis* e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f. : Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 luglio 2010