

## **Parere n. 125 del 19/07/2012**

### **PREC 104//12/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 Ist. Con. Istituti Consorziati di Studi, Ricerca e Formazione- Procedura aperta per la progettazione e la realizzazione di attività formative per la valorizzazione e tutela del territorio - Importo a base d'asta € 400.000,00 - S.A.:Comune di Serre

Requisiti economico finanziari di partecipazione: referenza bancaria. Principio del favor participationis

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15.3.2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe indicata, con la quale il concorrente Istituti Consorziati di Studi, Ricerca e Formazione (di seguito solo Is. Con.) ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla propria esclusione dalla gara, bandita dal Comune di Serra, per l'affidamento del servizio di progettazione e la realizzazione di attività formative per la valorizzazione e tutela del territorio.

La Commissione di gara nella seduta del 1.3.2012 ha disposto l'esclusione dell'istante, in quanto: "ha presentato una sola referenza di un istituto bancario in contrasto con quanto previsto all'art. 7 punto b c.2 come previsto dall'art. 41, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006".

Secondo l'istante l'esclusione sarebbe illegittima perché assunta in violazione degli artt. 7 ed 11 del disciplinare di gara, che richiedono il possesso di un'unica referenza bancaria, ed in contrasto con la giurisprudenza amministrativa, che richiede l'applicazione rigorosa delle clausole di esclusione, senza la possibilità di un'interpretazione estensiva delle stesse (Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 3.5.2004 n.2742 e TAR Lazio Sez. III, 27.4.2007 n.3780).

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la stazione appaltante ha controdedotto, producendo il citato verbale di gara, che riporta la ragione dell'esclusione de qua.

Ritenuto in diritto

La questione controversa concerne la legittimità o meno dell'esclusione disposta dalla Commissione di gara.

Valore dirimente al riguardo assume l'analisi della lex specialis. L'art. 7 lettera B del disciplinare di gara dispone quanto segue: "Requisiti di ordine economico-finanziario nel rispetto dell'art 41 del D.Lgs 163/2006 e s.m.i (...) per agenzie formative, possesso di idonea referenza bancaria rilasciata da un istituto bancario o intermediario autorizzato ai sensi del D.Lgs. n.385 del 1 settembre 1993 come prescritto dell'art, 41, comma 1, lett a) del D.lgs. n. 163/2006". Dalla lettura della prescrizione appena richiamata emerge un'ambiguità di fondo della lex specialis: da un lato, infatti, non può farsi a meno di considerare che l'uso del singolare manifesterebbe la volontà della stazione appaltante di richiedere un'unica referenza bancaria, dall'altro lato, però, il riferimento all'art. 41 del D.Lgs. 163/2006, potrebbe essere interpretato come indice della diversa volontà di richiedere due garanzie bancarie.

Quest'ultima interpretazione, tuttavia, si scontra con il senso letterale della disposizione di cui al successivo art. 11 del disciplinare di gara, in virtù del quale: "a pena di esclusione tutti i candidati dovranno presentare la seguente documentazione (...) o idonea referenza bancaria rilasciata da un istituto bancario o intermediario autorizzato ai sensi del D.Lgs. n. 385 del 1 settembre 1993". E' evidente quindi che: (i) la prescrizione in esame richiede, ai fini dell'ammissione alla gara, la presentazione di un'unica referenza bancaria; (ii) la prima opzione interpretativa sopra vagliata risulta conforme al tenore letterale di quest'ultima disposizione.

Dalla lettura in combinato disposto degli artt. 7 ed 11 del disciplinare di gara si ricava allora che, ai fini della partecipazione alla gara de qua, è sufficiente la presentazione di una sola referenza rilasciata in conformità a quanto prescritto dall'art. 41, comma 1, lett. a) D.Lgs. 163/2006, ossia da un istituto bancario o intermediario autorizzato ai sensi del T.U.B..

Va, infine, tenuto presente che in un contesto di incertezza circa l'interpretazione della portata precettiva di una clausola ambigua della legge di gara, deve accordarsi prevalenza all'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti in vista della selezione della migliore offerta proposta (AVCP, parere n.208, del 31.7.2008; TAR Piemonte, Sez. I, n. 252 del 24.2.2012; TAR Piemonte, Sez. I, n. 716 del 30.6.2011; Cons. Stato, Sez. V, n.6057 del 9.12.2008). Il principio di

correttezza dell'azione amministrativa, in correlazione con la generale clausola di buona fede, che informa l'amministrazione nel suo complesso, non consente, inoltre, di traslare a carico del soggetto partecipante ad una gara le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante (AVCP pareri n.117 del 16.6.2010; n. 93 del 10.9.2009; n. 21 del 12.2.2009). Ne deriva che i sopra menzionati principi ostano all'esclusione di un'impresa, nel caso in cui la stazione appaltante non abbia indicato in maniera chiara e puntuale la clausola di esclusione.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione del concorrente Ist. Con. Istituti Consorziati di Studi sia stata assunta in violazione dei principi di correttezza dell'azione amministrativa, di affidamento, del favor participationis e non risulti conforme alla prescrizione dell'art. 11 del disciplinare di gara.

I CONSIGLIERI: Pietro Calandra, Alfredo Meocci

IL PRESIDENTE: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2012

Il Segretario: Maria Esposito