

## **Parere n. 117 del 16/06/2010**

### **Protocollo 41/10/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 Comune di Castel Frentano - Affidamento servizio di igiene urbana - Importo a base d'asta: € 147.000,00 - S.A.: Comune di Castel Frentano.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 16 febbraio 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza indicata in oggetto, con la quale il Comune di Castel Frentano ha chiesto un parere circa la domanda della Global Services coop. soc a r.l. di riammissione alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di igiene urbana. L'Amministrazione ha rappresentato di aver escluso la predetta cooperativa in quanto la concorrente ha omesso di presentare la dichiarazione " *di avere la disponibilità (specificare a quale titolo) di idonei siti e/o locali per il ricovero di tutti gli automezzi, attrezzature e materiali utilizzati per l'espletamento dei servizi posti in gara, e di obbligarsi a non far sostare i suddetti automezzi all'interno del centro cittadino di Castel Frentano se non per il tempo strettamente necessario alle operazioni di raccolta*" (art. 13, comma 1, lett. a28, disciplinare di gara), prescritta a pena di esclusione (art. 18 disciplinare di gara).

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale hanno fatto pervenire proprie osservazioni tutte le parti, ossia la Global Services coop soc a r.l., l'A.T.I. Ecologica Tracanna snc e EGP srl, aggiudicataria provvisoria, e lo stesso Comune di Castel Frentano.

In particolare la Global Services ha eccepito che la carenza documentale in cui è incorsa sarebbe in realtà dovuta ad un errore della stazione appaltante, in quanto quest'ultima, da un lato, ha disposto che i concorrenti dovevano rendere le dichiarazioni richieste " *esclusivamente su modello conforme all'allegato 1*" (art. 13 comma 1, lett. a del disciplinare da gara), e, dall'altro, non ha riprodotto nel predetto allegato 1 la dichiarazione citata, determinando in tal modo l'omissione in esame

. La Globale Services, inoltre, ha osservato che il requisito non presentato sarebbe in realtà supplito dalla dichiarazione, sempre richiesta dal disciplinare di gara, resa " *di aver preso visione del capitolato speciale d'appalto e dei suoi allegati accettando di assumere gli obblighi in essi contenuti*", in quanto l'art. 20 del capitolato speciale prevede che " *la ditta appaltatrice dovrà provvedere a sue spese al ricovero in idonei siti o locali di tutti gli automezzi, attrezzature e materiali utilizzati per l'espletamento dei servizi. Sarà vietato alla Ditta appaltatrice utilizzare per il suddetto ricovero strade e altre aree pubbliche o ad uso pubblico all'interno del centro cittadino, a meno di espressa autorizzazione dell'Amministrazione Comunale. La Ditta appaltatrice è obbligata a comunicare all'Amministrazione Comunale l'ubicazione della suddetta area di ricovero, ancorché esterna al territorio comunale, ciò anche al fine di consentire alla committente di controllare l'idoneità e la tenuta dei mezzi utilizzati per la prestazione del servizio*". La concorrente, infine, ritiene che il criterio di esclusione sarebbe, comunque, legato da un effettivo pubblico interesse e, pertanto, risulterebbe recessivo rispetto al principio della massima partecipazione alle gare pubbliche e, in definitiva, del buon andamento della Pubblica Amministrazione. Di contro, la sua esclusione potrebbe falsare il risultato della gara, dal momento che l'Amministrazione avrebbe un'unica offerta valida.

Quanto alla controinteressata, l'ATI Ecologica Tracanna snc e EGP srl, quest'ultima ritiene corretto l'operato del Comune di Castel Frentano, assumendo che la stazione appaltante non avrebbe imposto ai partecipanti di compilare il modello di domanda dalla stessa redatto ed allegato sub 1 al disciplinare di gara, bensì avrebbe chiesto di rendere le dichiarazioni di cui al citato art. 13 in conformità all'allegato 1, palesando in tal modo di considerare quest'ultimo come un mero schema a cui far riferimento. Peraltro secondo l'ATI, la concorrente esclusa avrebbe ben inteso simile natura, tanto è vero che quest'ultima avrebbe riformulato ed integrato l'allegato in questione.

Conseguentemente, non vi sarebbe stata alcuna induzione in errore da parte della stazione appaltante, ma l'omessa dichiarazione sarebbe da attribuire esclusivamente alla mancanza di diligenza della Global Services nella predisposizione della domanda di partecipazione, e, quindi, la stessa non potrebbe essere riammessa alla gara in virtù dei principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa.

L'ATI, infine, rileva che nel caso di specie la dichiarazione mancante sarebbe un elemento essenziale richiesto dalla *lex specilis* e come tale non potrebbe essere oggetto di regolarizzazione, pena la violazione del principio di *par condicio* dei concorrenti. Né tale omissione potrebbe essere

considerata come un errore materiale involontario nella presentazione della documentazione di gara, in quanto dovrebbe comunque essere privilegiata l'esigenza di certezza delle regole rispetto al *favor participationis*, che troverebbe applicazione solo in caso di regole dubbie del bando di gara e non quando il testo sia inequivoco.

Il Comune di Castel Frentano, infine, pur riconoscendo il proprio errore nella redazione degli atti di gara, ritiene, comunque, che quest'ultimo non sarebbe stato determinante, in quanto delle due partecipanti alla gara soltanto la Globale Services sarebbe stata tratta in inganno dal modello preparato dalla stazione appaltante. Più in particolare il Comune osserva che la Globale Services avrebbe in più punti adattato il modello in questione alle proprie esigenze, mostrando in tal modo di aver considerato lo stesso come un mero schema suscettibile di adattamenti e modificazioni. Conseguentemente l'omissione della dichiarazione richiesta dal disciplinare di gara sarebbe addebitabile alla negligenza della concorrente e non già ad un errore della stazione appaltante, riconoscibile, comunque, mediante un'attenta lettura del disciplinare di gara. Tale negligenza, secondo l'Amministrazione, emergerebbe anche dal fatto che la domanda di partecipazione della Global Services presenterebbe evidenti imprecisioni relative all'avvalimento. Il Comune, infine, rileva che la concessione di un termine per l'integrazione della documentazione potrebbe alterare la *par condicio* dei partecipanti, atteso che la dichiarazione mancante si riferirebbe ad aspetti non semplicemente formali.

### Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta all'attenzione dell'Autorità è relativa all'esclusione di un concorrente per omessa produzione della dichiarazione richiesta dal disciplinare ai fini della partecipazione, ma non inserita - per errore della stazione appaltante - nel modello di domanda predisposto da quest'ultima ed allegato al disciplinare stesso.

Sul punto si ritiene di dover preliminarmente richiamare il costante insegnamento della giurisprudenza, secondo cui 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 di traslare a carico del soggetto partecipante ad una gara le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante, "attesa la duplice necessità di tutelare sia l'affidamento ingenerato nelle imprese partecipanti, sia l'interesse pubblico al più ampio possibile confronto concorrenziale, al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'Amministrazione" (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 3384 del 21 giugno 2007, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 5064 del 17 ottobre 2008, Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 1186 del 12 marzo 2007). Ne deriva che il principio del *favor participationis* e quello di tutela dell'affidamento ostano all'esclusione di un'impresa, nel caso in cui la compilazione dell'offerta risulti conforme al modulo approntato dalla stazione appaltante, potendo eventuali parziali difformità rispetto al disciplinare costituire oggetto di richiesta di integrazione (Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza n. 5692 del 18 novembre 2009).

L'Autorità al riguardo - aderendo al predetto insegnamento - ha più volte evidenziato che laddove la stazione appaltante abbia ritenuto di indirizzare le modalità di partecipazione alla gara con la predisposizione di moduli, schede e/o schemi di documenti, l'eventuale difformità degli stessi dalle prescrizioni del disciplinare di gara costituisce un comportamento equivoco dell'amministrazione, idoneo a generare convincimenti non esatti e a dare indicazioni o avvertenze fuorvianti, per cui l'Autorità medesima ha ritenuto in tali casi non legittima l'esclusione dalla gara dei concorrenti che non hanno correttamente presentato quanto richiesto dal disciplinare e, pertanto, necessaria la richiesta di un'integrazione documentale (AVCP parere n. 93 del 10 settembre 2009, parere n. 21 del 12 febbraio 2009, parere n. 1 del 20 settembre 2007, deliberazione n. 68 del 13 settembre 2006).

Dal momento che nel caso in esame risulta *per tabulas*, e non è contestato da alcuna delle parti, che la Stazione Appaltante - ha richiesto ai partecipanti alcune dichiarazioni, tra cui quella indicata al citato art. 13, comma 1, lettera a28 da rendere "esclusivamente su modello conforme all'allegato 1" (art. 13, comma 1, punto a disciplinare di gara); - non ha riprodotto nell'allegato 1 la predetta dichiarazione; - ha sanzionato l'omissione anche di una sola delle dichiarazioni di cui all'art. 13 con l'esclusione (art. 18 disciplinare di gara); per risolvere la presente controversia, è necessario verificare se la domanda presentata dalla Globale Services sia effettivamente conforme al modello predisposto dalla stazione appaltante. In questo caso, infatti, a nulla varrebbe l'eventuale riconoscibilità dell'errore o la previsione del richiamato art. 18, stante la sua richiamata giurisprudenza e considerato che il Supremo Consesso amministrativo ha "ammesso il potere di integrazione anche nella peculiare ipotesi in cui l'omissione riguardi dichiarazioni inequivocabilmente richieste dal bando a pena di esclusione ove l'errore, a prescindere dalla sua riconoscibilità, sia stato in qualche modo ingenerato dalla stazione appaltante (come accade in caso di modulistica non conforme al disciplinare)" (TAR Molise, Sez. I., sentenza n. 213 del 14 maggio 2010).

Ebbene nel caso in esame si osserva che la domanda predisposta dalla Global Services appare conforme al modello predisposto dalla stazione appaltante, dal momento che tale domanda riproduce tutte le dichiarazioni ivi previste che dovevano essere rese da un operatore che

partecipava singolarmente alla gara. Non pare, quindi, che le differenze - che pur ci sono - tra la domanda presentata dalla Globale Services ed il modello predisposto dalla stazione appaltante siano tali da far escludere la conformità della prima al secondo: si osserva, infatti, che esse concernono le dichiarazioni di cui alle lettere a) ed ff) del citato allegato 1, dove la concorrente ha specificato che per il requisito ivi richiesto si sarebbe avvalsa dell'impresa ausiliaria, e le dichiarazioni di cui alle lettere v), w), x), mm), che la concorrente non ha inserito nella propria domanda perché queste ultime dovevano essere rese dai prestatori di servizi che partecipano in ATI e dai consorzi, mentre la Global Services ha partecipato come impresa singola.

A ciò si aggiunga che la dichiarazione omessa non influisce sugli elementi costitutivi dell'offerta ossia sulle prestazioni da rendere, essendo quest'ultime predeterminate dalla stazione appaltante nel capitolato speciale, tanto è vero che il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, e che la concorrente esclusa ha dichiarato di assumere tutti gli obblighi previsti nel predetto capitolato. Conseguentemente si ritiene che nel caso in esame l'eventuale integrazione documentale non violerebbe il principio della parità di trattamento, spettando alla stazione appaltante il compito di verificare l'effettivo possesso del requisito di cui alla dichiarazione omessa alla data della presentazione della domanda da parte della Globale Services.

In conclusione, stante l'errore della stazione appaltante nella redazione del modello di domanda, si ritiene che il conflitto tra gli opposti interessi debba essere risolto dando applicazione e prevalenza al principio della più ampia partecipazione alla gara e, quindi, riammettendo la Global Services alla gara.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione disposto dal Comune di Castel Frentano non sia conforme ai principi in materia di contratti pubblici e che l'istanza di riammissione in gara della Globale Services possa essere accolta.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente.: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 giugno 2010