

## Parere n.9 del 08/02/2012

### PREC 251/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Provincia di Trieste - " *Procedura ristretta per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione, fornitura materiale igienico sanitario presso gli edifici di proprietà o di competenza provinciale per il periodo 1.2.2012 - 31.1.2015*" - Data di pubblicazione del bando: 20.7.2011 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta: euro 563.055,00 - S.A.: Provincia di Trieste.

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 21 ottobre 2011 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Provincia di Trieste ha chiesto una pronuncia di questa Autorità, deducendo quanto segue, relativamente alla gara in oggetto.

Verificata la documentazione dei concorrenti e, nel caso specifico, esaminato quanto prodotto dalla Coop. Sociale "PRIMAVERA" S.C.P.A., la S.A. ha rilevato che l'impresa non aveva fornito - come espressamente richiesto nel bando di gara e come previsto nel relativo disciplinare - a dimostrazione della capacità economica e finanziaria, idonee dichiarazioni da parte di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ex art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006, limitandosi ad indicare, in autodichiarazione, due istituti bancari di riferimento, disponibili a confermare il possesso della suddetta capacità per la gara in oggetto.

Ritenendo, pertanto, che la mancata presentazione delle suddette dichiarazioni costituisca carenza di uno dei requisiti essenziali per la partecipazione alla gara, la S.A. ha provveduto ad escludere la concorrente, dandone comunicazione a termini di legge.

Al ricevimento di detta comunicazione, la Società ha inviato una nota raccomandata alla S.A., nella quale sostiene di aver prodotto, in luogo delle dichiarazioni bancarie previste al punto A, sub 1, del bando di gara, una dichiarazione sostitutiva resa ai sensi del DPR 445/2000 da cui risulta, in linea con quanto previsto all'art. 41, comma 1, lettera c) del Codice, il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi di pulizia resi, realizzati negli ultimi tre esercizi. Con la suddetta dichiarazione la società ha inoltre specificato che " *gli istituti bancari che possono dichiarare la capacità economica e finanziaria per la gara in oggetto sono: Banca Popolare di Milano - filiale di Gallarate e Banca Intesa - filiale di Gallarate*". Pertanto, ritiene la Cooperativa sociale in contestazione, che " *la mancanza di dichiarazione da parte degli istituti bancari come prova della capacità economico-finanziaria*" non comporta l'esclusione " *perché dal punto di vista giuridico la dimostrazione è stata comprovata dall'autodichiarazione presentata con tutti i valori richiesti dall'art. 41 del D.lgs. 163/2006*".

In buona sostanza, la concorrente ritiene di aver dimostrato il possesso del requisito previsto tra i requisiti di partecipazione al punto A) del bando di gara ( *Dimostrazione della capacità economica e finanziaria* ), a mente di quanto prescritto nell'ultimo capoverso di pag. 5 dello stesso bando, del seguente tenore: " *La mancata presentazione o l'omessa dichiarazione di quanto contemplato dai punti da A) a C) compreso costituirà causa di esclusione ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis del D.Lgs. 163/2006*".

A fronte di ciò, la S.A., rimeditata la questione, ha disposto in via di autotutela la riammissione con riserva della concorrente esclusa, richiedendo contestualmente il parere di questa Autorità.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 8 novembre 2011, lo Studio Legale Associato Cazzola - Marelli, in nome e per conto della Coop. Sociale "PRIMAVERA" S.C.P.A., deduce la evidente equivocità e contraddittorietà della *lex specialis*, nella parte in cui, come sopra evidenziato, lasciava spazio ad un'interpretazione secondo la quale l'autodichiarazione richiamata nella clausola in discussione, e prodotta nel caso di specie dall'impresa, fosse un'alternativa rimessa alla scelta dell'operatore economico: da qui la S.A. avrebbe dovuto salvaguardare il principio del *favor participationis* e non procedere all'esclusione della Cooperativa Sociale "Primavera" S.C.P.A..

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione, disposta e poi revocata, nei confronti della Coop. Sociale "PRIMAVERA" S.C.P.A., la quale contrariamente a quanto richiesto al punto A) del bando di gara, non ha presentato le " *idonee dichiarazioni da parte di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati.....(art. 41 le d.lgs. n. 163/2006) dalla quali risulti specificamente che il concorrente dispone dei mezzi finanziari adeguati per assumere ed*

*eseguire il servizio di cui al presente bando”.*

La Cooperativa sociale in contestazione, però, in luogo delle suddette dichiarazioni ha presentato, conformemente a quanto indicato all'art. 41, comma 1, lettera c) del Codice, una dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi. In più, la stessa ha indicato gli istituti bancari che possono dichiarare la sua capacità economico finanziaria.

Tuttavia, non può non rilevarsi la violazione da parte della Coop. Sociale "Primavera" SCPA di una prescrizione di gara prevista a pena di esclusione, violazione di per sé idonea ad alterare la *par condicio* dei concorrenti. Va infatti precisato che le dichiarazioni richieste al punto A) del bando gara sono astrattamente idonee a comportare un aggravio aggiuntivo per le imprese sia sotto il profilo dei costi sia sotto quello dei tempi di predisposizione della documentazione da produrre.

Vale inoltre rilevare che, qualora la *lex specialis* commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando (cfr. AVCP pareri n. 215 del 17.09.2008 e n. 262 del 17.12.2008).

Si può, quindi, conclusivamente ritenere che l'esclusione della ditta dalla gara sia legittima né può darsi rilievo a quanto sostenuto da quest'ultima circa l'ambiguità della clausola del bando in argomento in quanto la "dichiarazione di quanto contemplato dai punti da A) a C)" di cui al bando di gara, non può coincidere con quella resa dall'impresa a comprova del possesso della propria capacità economica e finanziaria.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara in oggetto della Cooperativa Sociale "PRIMAVERA" S.C.P.A..

I Relatori: Cons. Giuseppe Borgia , Pres. f.f. Sergio Santoro

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2012

*Il Segretario: Maria Esposito*