

Parere n. 89 del 10/09/2009

PREC 261/08/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 HIRAM – Servizio di pulizia delle aree aperte al pubblico, uffici, spazi tecnici operativi, aree esterne, officine, centrali tecnologiche siti nell’Aeroporto Internazionale di Napoli – Capodichino - Importo a base d’asta €890.000,00 - S.A.: GE.S.A.C. S.p.A. (Società Gestione Servizi Aeroporti Campani).

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 29 aprile 2008, è pervenuta all’Autorità l’istanza di parere con la quale il Consorzio HIRAM lamenta la sua illegittima esclusione dalla partecipazione alla gara per l’affidamento del servizio di pulizia delle aree aperte al pubblico, uffici, spazi operativi, aree esterne, officine, centrali tecnologiche siti nell’Aeroporto Internazionale di Napoli – Capodichino.

A norma del punto ii) del bando di gara, tutti i concorrenti devono presentare “copia o estratti dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi”, mentre il Consorzio HIRAM ha allegato la copia dei bilanci relativi alle annualità 2005 e 2006, autocertificando ai sensi del D.P.R. 445/2000 i dati del fatturato per l’annualità 2007, in quanto i termini per la redazione dei bilanci e per la loro pubblicazione, stabiliti dal codice civile, non erano ancora scaduti alla data di pubblicazione del bando di gara.

Con nota del 15 aprile 2008, la GE.S.A.C. S.p.A. chiedeva al Consorzio un’integrazione di documenti ai sensi dell’art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 ed in particolare la produzione di copia o estratto del bilancio per l’anno 2007 ai sensi del punto ii) del bando di gara, non allegato alla domanda di partecipazione, da effettuarsi entro le ore 12.00 del 21 aprile 2008, a pena di esclusione.

Il Consorzio HIRAM provvedeva a tale integrazione oltre il predetto termine, in data 22 aprile 2008, e veniva pertanto escluso dalla gara, come comunicato con successiva nota del 24 aprile 2008.

In proposito, il Consorzio istante, oltre a censurare l’esiguità del termine per l’integrazione documentale (sei giorni, compresi un sabato e una domenica) deduce: che il bando di gara non prevede termini perentori per la regolarizzazione della documentazione; che sarebbero stati comunque dimostrati tutti i requisiti di qualificazione mediante autocertificazione; che la clausola in questione sarebbe equivoca, atteso che, alla data della pubblicazione del bando, i termini per la presentazione dei bilanci non erano ancora scaduti; che la richiesta di integrazione non può prevedere termini inferiori a quelli previsti dall’art. 48 del D.Lgs. n. 163/2008.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall’Autorità nell’istruttoria procedimentale, la stazione appaltante, con memoria del 4 giugno 2008, ha sottolineato: che l’integrazione

documentale veniva richiesta con le stesse modalità a cinque delle diciassette imprese che avevano presentato domanda di partecipazione e che solo il Consorzio HIRAM aveva provveduto tardivamente all'integrazione medesima; che l'amministrazione, nell'esercizio della facoltà discrezionale di consentire un'integrazione documentale, ben può stabilire un termine perentorio a pena di esclusione; che il Consorzio avrebbe autocertificato solo il fatturato per gli esercizi 2005, 2006 e 2007, requisito previsto dal punto ee) del bando e l'elenco dei contratti di pulizia stipulati nello stesso triennio, requisito previsto dal punto ff) del bando e non anche il bilancio per l'anno 2007, requisito previsto dal punto ii) del bando, pur avendo affermato in calce alla domanda di aver allegato copia dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi finanziari (quello relativo al 2007 era invece mancante); che, a norma dell'art. 36 del Codice dei contratti, ai consorzi stabili sono applicabili le disposizioni di cui al capo II del titolo X del libro quinto del codice civile, tra cui l'art. 2615 bis, in base al quale il bilancio deve essere redatto entro due mesi dalla chiusura dell'esercizio annuale; che il termine previsto dall'art. 48 del Codice dei contratti, relativo al controllo sul possesso dei requisiti, non sarebbe applicabile analogicamente alla diversa fattispecie dell'integrazione documentale disciplinata dall'art. 46 della stessa legge.

Ritenuto in diritto

E' pacifico che il Consorzio istante non ha allegato alla domanda di partecipazione copia del bilancio relativo all'anno 2007, né un'autocertificazione in relazione a tale requisito previsto dal punto ii) del bando, avendo invece prodotto un'autocertificazione ai sensi del D.P.R. 445/2000 in relazione ai diversi requisiti, previsti rispettivamente dai punti ee) e ff) del bando, del fatturato per servizi di pulizia prodotto negli esercizi 2005, 2006 e 2007 e dell'elenco dei contratti di pulizia stipulati negli ultimi tre anni.

Ciò premesso, non può condividersi l'assunto circa l'asserita equivocità della clausola del bando in quanto la formula usata al punto ff) "negli ultimi tre anni" è del tutto sovrapponibile a quella usata al punto ii) "negli ultimi tre esercizi" e ciò non ha impedito al Consorzio di autocertificare il possesso dei requisiti di cui al punto ff) per il triennio 2005, 2006 e 2007 mentre per i requisiti di cui al punto ii) è stata prodotta copia dei bilanci solo per gli anni 2005 e 2006 e non anche per l'anno 2007, per il quale non è stata allegata nemmeno un'autocertificazione, come previsto dall'art. 41 del D.Lg. n. 163 del 2006, come modificato dal D.Lgs. n. 152 del 11 settembre 2008.

A seguito della modifica apportata ai commi 1 e 4 della predetta norma (non applicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie) mentre i dati comprovanti la capacità economica e finanziaria di cui alla lettera a) del comma 1 devono essere dimostrati con dichiarazioni di almeno due istituti bancari (esclusa ogni autocertificazione) già in sede di offerta, per i dati relativi ai bilanci o estratti dei bilanci (lettera b) e al fatturato (lettera c) è sufficiente un'autocertificazione ai sensi del D.P.R. 445/2000, che dovrà essere successivamente suffragata da idonea documentazione solo dal concorrente aggiudicatario.

Anche nella sua versione previgente, l'art. 41 del Codice dei contratti, pur non richiedendo espressamente che le dichiarazioni bancarie dovessero essere presentate già in sede di offerta, già operava una netta distinzione tra tale requisito, che non poteva essere oggetto di autocertificazione, e gli altri due, il cui possesso poteva essere attestato con dichiarazione sostitutiva, sempre salva la necessità di successiva produzione di documentazione probatoria da parte dell'aggiudicatario.

Quindi, fermo restando che il bilancio per l'esercizio 2007 poteva essere oggetto di autocertificazione e non lo è stato in sede di offerta, non può nemmeno condividersi l'assunto dell'irrazionalità della clausola in quanto al momento della pubblicazione del bando il termine per

la pubblicazione del bilancio non era ancora scaduto, atteso che, come correttamente osservato dalla stazione appaltante, ai consorzi stabili, quale è il consorzio HIRAM, è applicabile l'art. 2615 bis c.c. in base al quale "entro due mesi dalla chiusura dell'esercizio annuale le persone che hanno la direzione del consorzio redigono la situazione patrimoniale osservando le norme relative al bilancio di esercizio delle società per azioni e la depositano presso l'ufficio del registro delle imprese". Quindi, alla data del 7 aprile 2008, fissata per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara, il termine per il deposito del bilancio dell'anno precedente era già ampiamente scaduto.

Ciononostante, pur non ricorrendo l'ipotesi di ambiguità del bando, la stazione appaltante ha ritenuto di chiedere al Consorzio e ad altre quattro imprese l'integrazione della documentazione carente ai sensi dell'art. 46 del Codice dei contratti, che non integra un obbligo ma una mera facoltà dell'amministrazione, sempre che ciò avvenga nel rispetto della parità di trattamento (Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254), al fine di favorire la più ampia partecipazione alla gara (parere dell'Autorità 15.1.2009, n. 3).

Ciò detto, poiché tutte le altre imprese hanno rispettato il termine per fornire l'integrazione documentale, stabilito a pena di esclusione e quindi inequivocabilmente perentorio, e che il Consorzio HIRAM non ha addotto alcun motivo qualificabile come caso fortuito o forza maggiore a giustificazione del proprio ritardo, verrebbe gravemente lesa la *par condicio* tra i concorrenti ove fosse ammessa una produzione documentale palesemente tardiva. Questa Autorità si è già pronunciata in ordine alla necessità di non turbare la *par condicio* tra i concorrenti in caso di invito a chiarire o ad integrare una domanda equivoca o incompleta (parere n. 66 del 20 maggio 2009) conformemente al consolidato orientamento giurisprudenziale in materia (Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586).

Né può ritenersi applicabile analogicamente il termine di dieci giorni previsto dall'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006 per il controllo a campione sul possesso dei requisiti, che deve necessariamente essere effettuato dalla stazione appaltante al fine di consentire l'immediata esclusione delle imprese che non siano in possesso dei requisiti richiesti, sia per ragioni di speditezza del procedimento, sia per evitare che le relative offerte possano influenzare la successiva fase di determinazione della soglia di anomalia (atto di regolazione dell'autorità 30 marzo 2000, n. 15).

Come si è visto, la richiesta di integrazioni documentali prevista dall'art. 46 del Codice dei contratti è invece rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante ma la scelta di consentire rettifiche e chiarimenti non può certo andare a discapito delle esigenze di celerità e trasparenza della procedura concorsuale.

Come è stato affermato per la richiesta, anch'essa facoltativa, di ulteriori chiarimenti a giustificazione delle offerte ritenute anormalmente basse, ai sensi dell'art. 88, comma 3 del Codice dei contratti, nel termine non inferiore a cinque giorni lavorativi (il sabato è un giorno lavorativo a tutti gli effetti ai sensi dell'art. 155, comma 6 c.p.c.), il confronto tra l'amministrazione e l'offerente, al fine di saggiare la serietà di un'offerta sospetta di anomalia, nell'interesse pubblico ad ottenere il prezzo migliore, "non può essere dilatato al punto da inficiare e, in sostanza vanificare, gli altri principi di cui pure la procedura concorsuale deve essere intrisa, quali la trasparenza e la speditezza delle operazioni concorsuali da un lato, e la *par condicio* dei partecipanti, dall'altro, consentendo attraverso la richiesta di chiarimenti in ordine alle già rappresentate giustificazioni, progressivi aggiustamenti dei dati ..." (TAR Lazio, sez. 1 bis, 27 ottobre 2004, n. 11948; conforme è anche TAR Lazio, sez. III ter, 20 marzo 2008, n. 2502).

Alla luce di tali principi, è del tutto legittimo che la stazione appaltante, venendo sostanzialmente incontro all'impresa che abbia reso dichiarazioni inesatte o incomplete, conceda un termine per

provvedere al chiarimento o all'integrazione a pena di esclusione, anche laddove il bando non abbia previsto un termine perentorio per la regolarizzazione dei documenti - che, si ricorda, è meramente facoltativa - ma la documentazione omessa fosse inequivocabilmente richiesta, come nel caso di specie, contestualmente alla presentazione delle offerte.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non equivoca la clausola del bando concernente l'obbligo di presentazione di "copia o estratti dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi" e legittima l'esclusione dalla gara del Consorzio istante per aver tardivamente prodotto l'integrazione documentale disposta, a pena di esclusione, dalla stazione appaltante ex art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 settembre 2009