

Parere n. 161 del 23/09/2010

PREC 99/10/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa GLM S.r.l. – Fornitura di mezzi, attrezzature e AIB e protezione civile – Importo a base d'asta €775.400,00 – S.A.: Ente Foreste della Sardegna.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 12 aprile 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa GLM S.r.l. ha chiesto a questa Autorità di esprimere il proprio avviso in merito alla procedura aperta per l'affidamento della fornitura in oggetto.

Nello specifico l'impresa istante ha rappresentato che l'Ente Foreste della Sardegna ha bandito una gara per l'affidamento della fornitura di mezzi, attrezzature e AIB e protezione civile, di importo globale pari a €775.400,00 IVA esclusa, Lotti 10 (C.I.G. 0407179EB9), 11 (C.I.G. 0407182137), 12 (C.I.G. 040718320A) e 14 (C.I.G. 0407186483) e che l'istante medesima ha partecipato alla gara, ma è stata esclusa per non aver documentato il possesso dei requisiti di capacità tecnica, in quanto – a parere della stazione appaltante – avrebbe omesso di dimostrare che nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando aveva eseguito contratti di forniture analoghi al settore oggetto di gara, di importo almeno pari all'entità dell'appalto per ciascun lotto cui si è partecipato. In realtà – a giudizio dell'istante GLM S.r.l. – il triennio di riferimento per la dimostrazione della capacità tecnica è stato considerato dalla stazione appaltante non in linea con le prescrizioni del bando di gara, erroneamente ritenendo che la corretta dimostrazione del requisito tecnico avrebbe dovuto riguardare gli anni 2007-2008-2009, mentre l'interpretazione letterale della *lex specialis* ha indotto l'istante a fare riferimento agli anni 2006-2007-2008. Infatti, il bando di gara è stato pubblicato nel dicembre 2009 e, quindi, non avendo la stazione appaltante specificato con esattezza quali fossero le annualità da tenere in considerazione e non avendo fatto riferimento alcuno alle singole mensilità (36 mesi), è sembrato opportuno dimostrare il possesso del requisito richiesto in relazione ai tre anni immediatamente antecedenti all'anno della pubblicazione del bando, in linea con la determinazione dell'Autorità n. 5 del 21 maggio 2009. In mancanza di precise prescrizioni della *lex specialis*, infatti, si devono ritenere entrambe valide le interpretazioni possibili, sicché, la stazione appaltante non avrebbe dovuto escludere la società odierna istante dalla gara ma, al più, avrebbe dovuto chiedere chiarimenti; in tal modo l'istante medesima avrebbe potuto dimostrare di possedere il requisito richiesto sia in relazione al triennio 2007-2009, che riguardo al triennio 2006-2008.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con nota pervenuta il 14 maggio 2010, l'Ente Foreste della Sardegna ha contestato le doglianze avanzate dalla GLM S.r.l., rilevando che la società odierna istante è stata esclusa dalla gara per non aver dimostrato il possesso del requisito di capacità tecnica di cui all'articolo 8 del disciplinare di gara, omettendo di prendere in considerazione il triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando, e facendo, invece, riferimento al triennio 2006-2008. Il citato requisito è stato individuato dalla stazione appaltante nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 42, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 163/2006, e della determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 5 del 21 maggio 2009. Nella fattispecie, al fine di individuare il "triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando" l'istante avrebbe dovuto considerare che il bando di gara è stato pubblicato nella GU n. 248 del 24.12.2009, e, quindi, andando a ritroso, avrebbe dovuto considerare il periodo intercorrente tra il

24 dicembre 2009 ed il 24 dicembre 2006. Del resto, la decorrenza del termine, oltre ad essere chiaramente stabilita nel disciplinare di gara, si desume da quanto stabilito dall'art. 2963, comma 4, del codice civile, il quale prevede che i termini si computano secondo il calendario comune e, pertanto, il *dies a quo* per il computo del triennio è il 24.12.2009. Per tali ragioni la società odierna istante è stata esclusa dalla procedura selettiva e la stazione appaltante, nel rispetto del principio di *par condicio*, ha ritenuto di non poter consentire alcuna integrazione della documentazione.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, si deve, preliminarmente, rilevare che il disciplinare di gara, al punto 8, circa i requisiti di partecipazione alla procedura, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica, imponeva agli operatori economici concorrenti di dimostrare di “*Aver eseguito negli ultimi tre anni, contratti di forniture analoghi al settore oggetto di gara, di importo almeno pari all'entità della appalto per ciascun lotto cui si intende partecipare da indicare nell'apposito elenco di cui all'allegato B. N.B. Il triennio è quello antecedente alla data di pubblicazione del bando*”.

Nella fattispecie, è oggetto di contestazione l'interpretazione (e conseguente applicazione) dell'ultima parte della citata clausola, relativa all'individuazione del momento di decorrenza del periodo triennale da prendere in considerazione.

Per sciogliere i dubbi sul punto, si ritiene si possa fare riferimento – così come hanno fatto sia l'istante GLM S.r.l. che la stazione appaltante – alla determinazione di questa Autorità n. 5 del 21 maggio 2009, la quale reca linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006 ed esprime principi di carattere generale circa la dimostrazione del possesso dei requisiti speciali. In particolare, circa il periodo di attività documentabile relativa ai requisiti speciali, al punto 2.2 della citata determinazione n. 5/2009, si stabilisce che: “*La clausola del bando che prevede un livello minimo di uno specifico requisito non deve essere formulata in termini equivoci o indistinti neanche con riferimento al periodo di attività documentabile in base alla quale è maturato il possesso di quel requisito. In particolare, riguardo agli ultimi tre esercizi indicati sia all'articolo 41, comma 1, lett. c), che all'articolo 42, comma 1, lett. a) e g), (del Codice dei contratti pubblici), per perimetrare l'ambito temporale entro cui considerare maturati i relativi requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa per servizi e forniture, la data da cui procedere a ritroso per l'individuazione del suddetto triennio è quella individuata dalla data di pubblicazione del bando*”. Per quanto riguarda il requisito di capacità economico-finanziaria previsto all'art. 41, comma 1, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, riguardante “il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi”, ove il primo è da interpretarsi quale fatturato globale realizzato dall'operatore economico nelle eventuali molteplici attività costituenti l'oggetto sociale dello stesso, e il secondo è da intendersi quale fatturato in servizi e/o forniture analoghi a quelli oggetto di appalto, la determinazione n. 5/2009 precisa che “*nel bando occorre sempre individuare il triennio di riferimento, eventualmente prevedendo, a discrezione del concorrente, la scelta dell'ultimo anno del triennio oggetto di dichiarazione, in relazione al periodo in cui cade la pubblicazione del bando di gara. Infatti, tenuto conto che i mezzi di prova per dimostrare il possesso di detto requisito sono i bilanci o i documenti tributari e fiscali relativi ai tre esercizi annuali, antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara, che, alla stessa data, risultano depositati, se la data di pubblicazione del bando di gara cade in un periodo in cui non è ancora scaduto il termine per la presentazione degli stessi (ad esempio, nel caso di bando pubblicato nel periodo 1° giugno / 31 ottobre 2009, laddove l'operatore economico faccia ricorso alla modalità telematica per la presentazione delle dichiarazioni dei redditi), è assolutamente corretto che lo stesso concorrente possa dichiarare e poi documentare il possesso del requisito in argomento mediante presentazione,*

con riferimento all'esempio prima indicato, delle dichiarazioni I.V.A. riferite al fatturato conseguito nel triennio 2005-2007, ovvero nel caso che abbia già presentato le dichiarazioni dei redditi, al fatturato conseguito nel triennio 2006-2008". Per contro, in merito al requisito di capacità tecnica previsto all'art 42, comma 1, lett. a), del Codice dei contratti pubblici, riguardante "l'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestatati negli ultimi tre anni ... ", la medesima determinazione n. 5/2009 chiarisce che "occorrerà precisare nel bando che in tal caso il triennio è effettivamente quello antecedente alla data di pubblicazione dello stesso e non necessariamente coincidente con quello prima adottato per il requisito di capacità economico-finanziaria".

In sostanza, il triennio inerente alla capacità economico-finanziaria di cui all'art. 41, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006 si riferisce ai documenti tributari e fiscali relativi ai tre esercizi annuali antecedenti alla data di pubblicazione del bando, che risultano depositati, mentre, in relazione ai requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 42, comma 1, lett. a) del Codice dei contratti pubblici, il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente alla data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincide necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economico-finanziaria.

Nella fattispecie, come correttamente rilevato dalla stazione appaltante, al fine di individuare il "triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando" (cfr. art. 8 del disciplinare di gara) l'istante GLM S.r.l. avrebbe dovuto considerare che il bando è stato pubblicato sulla GU n. 248 del 24.12.2009, sicché, il periodo da considerare è quello intercorrente tra il 24 dicembre 2009 ed il 24 dicembre 2006.

Non appare, pertanto, censurabile l'operato della stazione appaltante la quale, avendo rilevato che la GLM S.r.l. non aveva preso in considerazione l'anno 2009, nella seduta del 30.3.2010 – previa lettura a cura del Presidente della Commissione di gara della citata determinazione n. 5/2009 e dei chiarimenti pubblicati sul sito dell'Ente Foreste della Sardegna sotto la voce risposte alle domande più frequenti (circostanza non contestata dalla società istante) – ha escluso la società medesima, odierna istante, dalla procedura selettiva.

Né la Commissione avrebbe potuto agire diversamente consentendo alla GLM S.r.l. di integrare (*ex* art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006) la documentazione prodotta a dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica senza violare il principio di *par condicio*, atteso che l'istante, in presenza della chiara clausola contenuta nel disciplinare di gara e conoscendo quanto stabilito dall'Autorità con la citata determinazione n. 5/2009, avrebbe potuto orientarsi e determinarsi conseguentemente.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che nel caso di specie, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito di capacità tecnica, sia necessario prendere in considerazione, in ossequio a quanto stabilito dall'art. 8 del disciplinare di gara, il triennio 24 dicembre 2006 - 24 dicembre 2009.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 04 ottobre 2010