

## **Parere n. 199 del 18/11/2010**

### **PREC 193/10/S**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla ditta Onofaro Antonino - Procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara per l'affidamento del servizio di pulizia delle aree comuni del porto di Termini Imerese – Importo a base d'asta €190.000,00 – S.A.: Autorità Portuale di Palermo.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 29 luglio 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la ditta Onofaro Antonino ha chiesto l'avviso di questa Autorità circa la propria riammissione alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando posta in essere dall'Autorità Portuale di Palermo per l'affidamento del servizio di pulizia delle aree comune del porto di Termini Imerese. A tal fine, l'istante ha censurato il provvedimento di esclusione sotto due distinti profili.

In primo luogo, la ditta ha osservato di essere stata esclusa in quanto, ad avviso della stazione appaltante, avrebbe dichiarato di effettuare il servizio in oggetto in maniera difforme rispetto a quanto richiesto nella lettera di invito al punto 4. In realtà l'istante ritiene che nel formulare la propria offerta si è attenuta al suddetto disposto, conseguentemente la sanzione dell'esclusione, si paleserebbe abnorme e sproporzionata.

In secondo luogo, la ditta ha osservato di essere stata esclusa in quanto ha dichiarato di "*voler concedere il servizio in subappalto in caso di aggiudicazione*", pur in presenza di un espresso divieto di avvalersi dell'istituto in questione sancito dal punto 15 della lettera di invito, ma, secondo l'istante, tale dichiarazione non avrebbe dovuto essere motivo di esclusione, potendo la stazione appaltante negare l'autorizzazione al subappalto.

A riscontro delle richieste istruttorie avanzate dall'Autorità, la stazione appaltante ha confermato le motivazioni del provvedimento di esclusione precisando, con riferimento al primo motivo, che la ditta Onofaro Antonino ha indicato modalità di espletamento del servizio difformi da quelle previste dalla documentazione di gara, "*in cui si richiede evidentemente l'espletamento dei singoli interventi in tre giorni settimanali*", mentre l'istante vorrebbe svolgerli in un'unica giornata, circostanza che, peraltro, "*frusterebbe le finalità stesse del servizio*" considerando le dimensioni del porto di Termini Imerese.

Con riferimento al secondo motivo di esclusione l'Autorità portuale di Palermo ha richiamato quella giurisprudenza del Consiglio di Stato, in virtù della quale "*va esclusa dalla gara, l'impresa che, in violazione del divieto di subappalto contenuto nelle regole di gara (senza che queste consentano di dar rilievo alla dimensione del subappalto) abbia previsto di appaltare a terzi una quota del servizio; tale circostanza, infatti, rende non scrutinabile la relativa offerta*" (Consiglio di Stato, sez. V, n. 3838 del 16 giugno 2009). L'Autorità portuale, inoltre, ha sottolineato che negare l'autorizzazione al subappalto non rientra nell'ambito dell'attività discrezionale dell'Amministrazione, dipendendo unicamente dalla mancata presentazione della documentazione richiesta dall'art. 118 del DLgs. n. 163/2006.

## *Ritenuto in diritto*

La questione sottoposta al vaglio di questa Autorità concerne la legittimità del provvedimento di esclusione dell'istante e la sua eventuale riammissione alla procedura negoziata *de qua*.

Quanto al primo motivo di esclusione, si osserva che quest'ultima è stata disposta in presenza della seguente dichiarazione resa dalla ditta *"i servizi di pulizia delle aree comuni del Porto di Termini Imerese verranno espletati, alternativamente, dai dipendenti sopra riportati e verranno organizzati in una giornata settimanale, concordata dalla Stazione Appaltante, all'interno della quale si provvederà allo spazzamento manuale/meccanizzato delle aree ed allo svuotamento dei cassonetti dislocati nelle aree portuali i cui rifiuti verranno conferiti in discarica autorizzata per mezzo di un auto compattatore, inoltre i cassonetti verranno igienizzati periodicamente con frequenza da concordare con la stazione appaltante"*. L'Autorità portuale, infatti, ha ritenuto tale dichiarazione non conforme a quanto richiesto nella lettera di invito e più precisamente alla disposizione del punto 4, dove viene precisato che *"il Servizio di cui trattasi consiste nella pulizia delle aree comuni del porto di Termini Imerese con le seguenti modalità: spazzamento manuale con due operatori per 5 ore, una volta la settimana, delle aree interessate al servizio; pulizia delle stesse a mezzo moto spazzatrice, per 4 ore, una volta la settimana; impiego di un compattatore una volta la settimana per lo svuotamento dei cassonetti dislocati nelle aree portuali comuni e relativo conferimento in discarica pubblica; tali cassonetti debbono essere igienizzati periodicamente"*. Secondo quanto affermato dalla stessa stazione appaltante, infatti, la previsione di cui sopra richiede *"evidentemente l'espletamento dei singoli interventi in tre diversi giorni settimanali"*, mentre la ditta ha dichiarato di voler svolgere tali interventi in un unico giorno.

La tesi della stazione appaltante non appare condivisibile in quanto è frutto dell'interpretazione postuma del citato punto 4, che, a ben vedere, non menziona la necessità di svolgere gli interventi in questione separatamente ed in tre distinti giorni della settimana, ma richiede semplicemente che essi siano eseguiti una volta alla settimana, non ponendo alcun limite espresso all'eventuale resa contemporanea degli stessi. A ciò si aggiunga che nell'avviso per la manifestazione di interesse, al punto 1, la stazione appaltante pare suggerire qualcosa di differente rispetto a quanto sopra sostenuto, infatti, precisando che *"il servizio consiste nella pulizia delle banchine (sia manualmente che tramite l'ausilio di moto spazzatrice) e dei piazzali portuali"*, sembra quasi che l'Autorità portuale abbia richiesto lo svolgimento congiunto della pulizia manuale e della pulizia a mezzo moto spazzatrice. Ne deriva che in virtù del senso letterale dei citati punti 4 ed 1 la dichiarazione dell'odierna istante deve reputarsi conforme alla lettera di invito.

Ad analoga conclusione si giunge, comunque, anche se si volesse seguire la tesi della stazione appaltante, in quanto in tal caso non potrebbe farsi a meno di riscontrare una certa ambiguità della disposizione in esame e, pertanto, quest'ultima andrebbe interpretata applicando il principio secondo cui le disposizioni con le quali sono prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara, ove indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni, e, quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili (cfr. AVCP pareri n. 188 del 20 ottobre 2010 e n. 126 del 23 aprile 2008).

Conseguentemente l'offerta dell'istante, anche in tal caso, doveva essere ammessa.

Quanto al secondo motivo di esclusione, si osserva preliminarmente che l'art. 118 del DLgs. n. 163/2006 nel disciplinare l'istituto del subappalto richiede espressamente che i concorrenti all'atto dell'offerta indichino *"i lavori o le parti di opere ovvero di servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo"* (comma 2, punto 1). Ne consegue che un concorrente non può limitarsi a dichiarare genericamente di voler subappaltare tutti i servizi che la legge consente, ma deve indicare in modo analitico e puntuale a quali servizi intende riferirsi, in mancanza di tale specificazione, infatti, non può dirsi soddisfatta una delle condizioni richieste dalla normativa vigente per procedere al subappalto. A ciò si aggiunga che la dichiarazione con cui un concorrente si riserva di ricorrere al subappalto non costituisce di per sé

un requisito di partecipazione alla gara, essendo semplicemente destinata a consentire all'operatore economico di avvalersi dell'istituto in questione, qualora dovesse risultare aggiudicatario (cfr. AVCP parere n. 238 del 5 novembre 2008).

Si concorda, quindi, con la giurisprudenza amministrativa nel ritenere, da un lato, che eventuali violazioni dei limiti del subappalto consentito possono valere solo nella successiva fase di autorizzazione da parte della stazione appaltante e non in quella in cui si valuta l'ammissibilità dell'offerta e, dall'altro, che l'incompletezza delle indicazioni e dei documenti concernenti le prestazioni da subappaltare, l'identità e la qualificazione dei subappaltatori, resi in sede di offerta, preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, ma non determina la esclusione dell'offerente che partecipa alla procedura, in mancanza di un'espressa previsione al riguardo, allorché risulti che quest'ultimo sia autonomamente dotato dei requisiti prescritti per l'esecuzione diretta dell'appalto (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, n. 3969 del 12 giugno 2009; Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2683 del 6 giugno 2008; TAR Lazio, sez. I, n. 499 del 2 maggio 2008).

Analogamente allora è ragionevole sostenere che quando un concorrente manifesta la volontà di avvalersi del subappalto per prestazioni che la legge o la specifica disciplina di gara impongono siano eseguite direttamente dall'appaltatore, la conseguenza sia solo quella di far carico di dette prestazioni al concorrente in possesso dei requisiti per provvedere in proprio all'esecuzione dell'appalto, e non anche l'esclusione dalla gara, e ciò in conformità al generale principio di conservazione degli atti giuridici.

Venendo al caso di specie è pacifico, da un lato, che la lettera di invito vieta il ricorso al subappalto senza prevedere alcuna sanzione nel caso di violazione di detta prescrizione e, dall'altro, che l'esclusione in questione è stata assunta sul semplice riscontro dell'esistenza della dichiarazione resa dall'odierna istante di voler far ricorso al subappalto, senza verificarne il contenuto. Se tale verifica ci fosse stata, sarebbe emerso che, contrariamente a quanto richiesto dal citato art. 118, la dichiarazione in questione non è riferita a servizi specifici, ma generalmente alla globalità dei servizi di pulizia nelle misure consentite dalla legge e condizionata alla preventiva autorizzazione della stazione appaltante, conseguentemente la stessa non ha la capacità di incidere sui requisiti di partecipazione alla gara né sulla validità e regolarità dell'offerta.

In una situazione di questo genere la sanzione dell'esclusione, si ripete non prevista dalla *lex specialis* per la violazione del divieto di ricorrere al subappalto, appare sproporzionata e non giustificata dalla necessità di tutelare alcun pubblico interesse. La dichiarazione in questione, infatti, non incide sui requisiti di partecipazione alla procedura e neppure soddisfa la condizione dell'art. 118, comma 2 punto 1, e pertanto non può arrecare alcun pregiudizio alla stazione appaltante, compromettendo in caso di aggiudicazione a favore dell'odierna istante, la realizzazione a regola d'arte del servizio. A ciò si aggiunga che la stazione appaltante, in fase di esecuzione del servizio, potrebbe, comunque, negare l'autorizzazione al subappalto, tutelando così le esigenze pubbliche che l'hanno indotta ad escludere *ex ante* il ricorso all'istituto *de quo*.

Non si ignora l'esistenza dell'orientamento giurisprudenziale richiamato dalla stazione appaltante, ma quest'ultimo nello specifico caso in esame non appare condivisibile in quanto, da un lato, si pone in contrasto con il principio di conservazione degli atti giuridici e, dall'altro, non tiene conto del principio di favorire, per evidenti ragioni di pubblico interesse, la più ampia partecipazione alle pubbliche gare e di non applicare, quindi, la sanzione dell'esclusione ove la stessa non risulti prevista in maniera inequivocabile dalla normativa speciale che regola la gara.

In base a quanto sopra considerato

**il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della ditta Onofaro Antonino non sia conforme ai principi del *favor participationis* e di conservazione degli atti giuridici.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 novembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito