

PARERE N. 184 DEL 7/11/2012

PREC 168/12/F

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società S.E.T.I. s.n.c.– “Procedura aperta per l'affidamento della fornitura ed installazione di un sistema di video sorveglianza nel territorio comunale di Oristano” – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara €180.000,00 – S.A.: Comune di Oristano.

Esclusione dalla gara. Documentazione incompleta. Mancata attivazione poteri di soccorso. Illegittimità per violazione art. 46 co. 1 D.Lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 19 giugno 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la Società S.E.T.I. s.n.c., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dal Comune di Oristano per non avere documentato un elemento del requisito di capacità tecnica professionale richiesto nel bando a pena di esclusione. Più specificamente, ai fini della partecipazione alla gara *de qua* era necessario comprovare di avere svolto, negli anni 2008-2009-2010, almeno una fornitura di un sistema di videosorveglianza territoriale, con un numero di postazioni di ripresa pari o superiore a quello richiesto in appalto. La S.E.T.I. s.n.c. è stata esclusa per non avere documentato il numero di postazioni di ripresa richiesto.

L'istante ha quindi avanzato istanza di riesame del provvedimento adottato richiedendo di poter integrare la documentazione prodotta, ma la stazione appaltante, con nota n. 11597 del 2 maggio 2012, ha confermato la disposta esclusione.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 1 agosto 2012, il Comune di Oristano ha ribadito la correttezza del proprio operato e la legittimità del provvedimento di esclusione adottato.

Ritenuto in diritto

La questione controversa, oggetto del presente esame, concerne la legittimità della disposta esclusione nei confronti della ditta S.E.T.I. s.n.c. per le ragioni indicate in fatto.

In particolare, S.E.T.I. contesta la illegittima azione dell'amministrazione che, non avendo fatto uso dei propri poteri istruttori, non ha consentito alla società stessa di integrare la documentazione presentata.

L'esclusione è stata disposta per violazione dell'art. 2.4. del disciplinare di gara che, sotto la rubrica “Requisiti di capacità tecnica-professionale” stabilisce che “Per partecipare alla gara, a pena di esclusione, le imprese devono possedere i seguenti requisiti: 1) aver svolto, ovvero avere in corso di svolgimento, con buon esito (da documentare attraverso dichiarazione rilasciata dall'ente con cui si è stipulato il contratto), negli anni 2008-2009-2010, almeno una fornitura di un sistema di video sorveglianza territoriale con un numero di postazioni di ripresa pari o superiore a quello oggetto del presente appalto” (documentazione richiesta anche all'art. 6 punti 4 e 5 del disciplinare di gara ed alla sez. III.2.3. nel bando di gara). Si legge nella esclusione che non risulta documentato il numero delle postazioni di ripresa pari o superiore a quello richiesto in appalto. Ciò significa che non è stato contestato alla concorrente di non avere dimostrato, con idonea documentazione, il requisito speciale della capacità tecnica professionale, bensì di non avere documentato un singolo elemento

di detto requisito.

È evidente pertanto che l'amministrazione avrebbe dovuto fare uso, secondo gli ordinari canoni di correttezza e buona fede, dei poteri di soccorso di cui all'art. 46 co. 1 D.Lgs 163/2006 ("1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati"), chiedendo alla ditta di integrare il dato mancante. Ciò anche alla luce delle richieste legittimamente avanzate dalla ditta esclusa, di poter integrare la documentazione con un documento di natura tecnica dal quale potesse evincersi la consistenza della fornitura.

A sostegno di quanto affermato, si riporta T.A.R. Napoli Campania sez. V, 17 novembre 2010, n. 25224 secondo cui "Sebbene l'Amministrazione sia titolare dell'ampio potere discrezionale di inserire in un bando tutte quelle disposizioni ritenute più opportune, più idonee e più adeguate per l'effettivo raggiungimento dello scopo perseguito con la selezione indetta, tuttavia la verifica della regolarità della documentazione rispetto alle norme del bando non va condotta con lo spirito della caccia all'errore, ma tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici. Pertanto, la portata delle singole clausole che comminano l'esclusione in termini generali e onnicomprensivi va valutata alla stregua dell'interesse che la norma violata è destinata a presidiare, per cui, ove non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, va accordata la preferenza al *favor participationis*, con applicazione del principio, di derivazione comunitaria e rilevante anche nell'ordinamento interno, di sanabilità delle irregolarità formali con conseguente attenuazione del rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale". Conseguentemente l'esclusione deve essere considerata illegittima.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della ditta S.E.T.I. s.n.c. sia stata illegittimamente disposta per violazione dell'art. 46 co. 1 D.Lgs 163/2006.

I Consiglieri Relatori : Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 novembre 2012

Il Segretario Maria Esposito