

Melzo, 17 settembre 2021

Prot. 9678/2021 SP

### PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE

**PROCEDURA NEGOZIATA AI SENSI DELL'ART. 36 DLGS 50/2016 E DEL CAPO II, SEZIONE I DEL "REGOLAMENTO PER L'AFFIDAMENTO DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE DI IMPORTO INFERIORE ALLE SOGLIE COMUNITARIE NELL'AMBITO DEI CC.DD. SETTORI SPECIALI" ADOTTATO DA COGESER ENERGIA S.R.L. PER L'ELABORAZIONE DELLE CAMPAGNE DI COMUNICAZIONE ED EVENTI DI COGESER ENERGIA S.R.L. PER GLI ANNI 2022 - 2023 - 2024; CIG 8820776E9D**

Con riferimento alla procedura indicata in oggetto, all'esito della seduta pubblica tenutasi in data 2 settembre u.s. e facendo seguito al riscontro pervenuto dall'operatore economico concorrente HAGAM SOCIETÀ COOPERATIVA a fronte della conseguente richiesta di integrazione documentale Prot. n. 7516/2021 (con funzione di comunicazione di avvio del procedimento come precisato dalla successiva nota Prot. n. 7527/2021), COGESER ENERGIA S.r.l., in persona del Responsabile Unico del Procedimento Avv. Serena Picca

#### PREMESSO CHE:

- con determina a contrarre in data 25 febbraio 2021, Prot. n. 2043/2021 LL/sp, COGESER ENERGIA S.r.l. si è determinata nel senso di indire una procedura negoziata - ai sensi dell'art. 10 e ss. del "Regolamento per l'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie nell'ambito dei cc.dd. settori speciali" adottato da COGESER ENERGIA S.r.l. in attuazione dell'art. 36, co. 8, del D.Lgs. n. 50/2016 - avente ad oggetto l'elaborazione delle campagne di comunicazione ed eventi della Società e di individuare gli operatori economici da invitare alla procedura mediante pubblicazione di avviso di indagine di mercato;
- quale riscontro all'Avviso pubblico esplorativo in data 26 febbraio 2021, Prot. 2478/2021, l'operatore economico HAGAM SOCIETÀ COOPERATIVA ha presentato manifestazione di interesse, compilando il documento all. 1 al predetto Avviso e rendendo le dichiarazioni ivi contenute;
- conseguentemente, l'operatore economico HAGAM SOCIETÀ COOPERATIVA è stato reso destinatario in data 7 luglio 2021 (Prot. 384/2021) della lettera d'invito a presentare offerta nell'ambito della procedura negoziata in oggetto;
- tale operatore economico ha presentato offerta nei termini stabiliti dalla Lettera d'Invito;
- a seguito della seduta pubblica tenutasi in data 2 settembre 2021 deputata all'esame della documentazione amministrativa presentata dalle ditte concorrenti, con nota Prot. 7516/2021 in pari data è stata avanzata nei confronti di HAGAM SOCIETÀ COOPERATIVA richiesta di integrazione documentale, ai sensi dell'art. 83 co. 9 del D.Lgs. n. 50/2016, con cui è stato rilevato che "Il DGUE non è completato in tutte le sue parti, mancando la risposta alla domanda presente a pag 10 (parte III - sez. C - domanda n. 2 lett. b) c) d)" e che "la lettera di invito al punto 4.4 richiede, a pena di esclusione, quale requisito tecnico professionale che il concorrente abbia svolto "nel triennio antecedente la data dell'avviso di manifestazione di interesse (26.02.2021) almeno un servizio analogo a favore di aziende che operano nei settori gas, acqua e/o energia elettrica, di importo almeno pari a € 100.000,00", specificando che "per servizio analogo si intende relativo a campagne di comunicazione e/o promo-pubblicitarie". In particolare, l'art. 6 lett. a) punto iv) della lettera di invito richiede la compilazione





del DGUE parte IV sez. C domanda 1b) (requisiti speciali), "con evidenza di aver svolto nell'ultimo triennio almeno un servizio analogo a favore di aziende che operano nei settori gas, acqua e/o energia elettrica, di importo almeno pari a € 100.000,00". Nel caso specifico, il DGUE da Voi allegato non riporta alcun servizio analogo conforme a quanto richiesto dalla lettera di invito";

- con la predetta richiesta di integrazione documentale, l'operatore HAGAM SOCIETÀ COOPERATIVA è stata pertanto invitata "a integrare il DGUE – con la risposta alla domanda mancante sopra precisata e con l'indicazione di almeno un servizio analogo conforme alle prescrizioni di gara – entro il termine ultimo del 12.9.2021 ore 12, pena l'esclusione dalla presente procedura";
- con successiva nota Prot. 7527/2021 in data 6 settembre 2021, fermi restando i contenuti della citata nota Prot. 7516/2021 e a integrazione della stessa, si è specificato all'operatore economico che detta nota Prot. 7516/2021 assolve le funzioni di comunicazione di avvio del relativo procedimento ai sensi dell'art. 7 della L. n. 241/1990, "con l'avvertenza che, qualora la documentazione da Voi fornita non dovesse confermare il possesso dei relativi requisiti di partecipazione, saranno assunte le conseguenti disposizioni in ordine all'esclusione di codesto operatore dalla presente procedura di gara e le pertinenti determinazioni in via di autotutela sulla Vostra ammissione alla procedura negoziata";

#### CONSIDERATO CHE:

- in sede di riscontro alla predetta richiesta di integrazione documentale, con nota tempestivamente pervenuta in data 9 settembre 2021, l'operatore HAGAM SOCIETÀ COOPERATIVA ha rappresentato che "Con riferimento al rilievo da voi sollevato (vostra comunicazione Prot. 7516/2021 e precisazioni successive Prot. 7527/2021), relativo alla presunta mancata conformità di quanto da noi indicato nel DGUE in riferimento al requisito tecnico professionale che "il concorrente abbia svolto nel triennio antecedente la data dell'avviso di manifestazione di interesse (26.2.2021) almeno un servizio analogo a favore di aziende che operano nei settori gas, acqua e/o energia elettrica, di importo almeno pari a € 100.000,00", siamo a comunicarvi di ritenere che quanto da noi indicato nel DGUE sia conforme al requisito tecnico professionale richiesto. In particolare, non abbiamo inteso – come ora pare ci rappresentate - che fosse richiesto di indicare un unico servizio prestato ad un'unica impresa, ma, come risulta dalla formulazione del requisito stesso in più documenti, "a favore di aziende", indicate al plurale; dove a nostro avviso il plurale indica che il servizio può essere stato reso appunto a più aziende, fino ad arrivare ad un importo superiore a 100.000 euro. Abbiamo pertanto proceduto ad inviarvi il DGUE senza modifiche alla parte IV sez. C domanda 1b) (requisiti speciali) e completo della risposta alla domanda presente a pag 10 (parte III - sez. C - domanda n. 2 lett. b) c) d).";

#### RILEVATO CHE:

- il punto 4.4 della Lettera d'Invito richiede, a pena di esclusione, il possesso, in capo ai concorrenti alla procedura in oggetto, del requisito di carattere tecnico professionale consistente nell'aver "svolto nel triennio antecedente la data dell'avviso di manifestazione di interesse (26.2.2021) almeno un servizio analogo a favore di aziende che operano nei settori gas, acqua e/o energia elettrica, di importo almeno pari a € 100.000,00. Per servizio analogo si intende relativo a campagne di comunicazione e/o promo-pubblicitarie";
- come denota l'utilizzo al singolare dell'espressione "almeno un servizio analogo", **la Lettera d'Invito ha richiesto ai concorrenti l'avvenuto svolgimento di almeno un servizio analogo, singolarmente considerato, per un importo almeno pari a € 100.000,00, e quindi necessariamente reso in favore di un unico committente;**



- il DGUE prodotto dall'operatore HAGAM SOCIETÀ COOPERATIVA in sede di offerta, e sul punto confermato nell'ambito del sub-procedimento di soccorso istruttorio, non riporta lo svolgimento, da parte di detto operatore, di almeno un servizio analogo, singolarmente considerato, conforme alle richieste della legge di gara. Infatti, il servizio analogo di maggiore importo ivi dichiarato è pari a € 74.981,92;
- **pertanto, si rileva la carenza in capo all'operatore HAGAM SOCIETÀ COOPERATIVA del requisito di capacità tecnico professionale previsto dalla legge di gara. Tale carenza, a termini della *lex specialis*, comporta l'esclusione dalla procedura in oggetto;**
- alla luce del riscontro in data 9 settembre 2021 alla richiesta di soccorso istruttorio, la dichiarazione resa dall'operatore HAGAM SOCIETÀ COOPERATIVA risulta essere stata resa in buona fede in ragione di una sua errata interpretazione della *lex specialis* in ordine all'esatta portata del requisito in questione, fondata sull'utilizzo del termine plurale "aziende" nel punto 4.4 della Lettera d'Invito;
- inoltre, l'operatore HAGAM SOCIETÀ COOPERATIVA, dichiarando quanto in proprio possesso (pur non sufficiente a integrare il requisito di cui al punto 4.4 della Lettera d'Invito), non risulta aver reso una dichiarazione non veritiera;
- alla luce di un orientamento giurisprudenziale formatosi già sotto il vigore della precedente normativa in materia di contratti pubblici, nel caso di specie, si ritiene che all'esclusione dell'operatore dalla procedura non debbano accompagnarsi le sanzioni accessorie all'espulsione. Sul punto, il giudice amministrativo ha infatti ritenuto che "*qualora un'impresa abbia dichiarato di possedere un requisito che successivamente risulti invece carente ma a quella dichiarazione sia stata indotta da errore interpretativo in ordine alla portata delle disposizioni della lex specialis, l'esclusione dalla gara è legittima, ma non può essere comminata anche l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto espulsivo all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. Si è infatti precisato che "in tali evenienze, nelle quali l'impresa non ha dichiarato nulla di diverso e di più di ciò di cui è realmente in possesso, ma ha errato nel valutare sufficiente il requisito posseduto, non ha senso irrogare sanzioni che vadano oltre la fisiologica esclusione dell'impresa dalla gara" [...]*" (TAR Piemonte, sez. I, n. 2721/2010).

**DISPONE:**

per le motivazioni che precedono, **l'esclusione dalla procedura in oggetto del concorrente HAGAM SOCIETÀ COOPERATIVA, senza l'applicazione di alcuna sanzione accessoria all'esclusione.**

**NEL CONTEMPO, CONSIDERATO CHE:**

- l'Avviso pubblico in data 26.2.2021 già indicava i requisiti richiesti in capo agli operatori economici interessati a partecipare alla successiva procedura negoziata;
- in risposta al predetto Avviso, l'operatore economico HAGAM SOCIETÀ COOPERATIVA ha presentato manifestazione d'interesse dichiarando in quella sede la medesima elencazione di servizi analoghi presente nel DGUE successivamente prodotto in sede di offerta;
- tale Avviso, avente finalità meramente esplorative del mercato, era volto a consentire agli operatori economici potenzialmente interessati a essere invitati a presentare offerta di verificare la ricorrenza, nei propri confronti, delle condizioni di partecipazione alla successiva procedura negoziata, ivi incluso il possesso del richiesto requisito di carattere tecnico professionale;
- l'ammissione degli operatori economici a presentare offerta è stata disposta mediante trasmissione agli operatori stessi della Lettera d'Invito sul presupposto che, presentando la manifestazione d'interesse, gli operatori economici avessero verificato la ricorrenza, nei propri confronti, delle condizioni di partecipazione

alla successiva procedura negoziata, mentre solo nell'ambito della presente fase della procedura negoziata vera e propria si colloca lo svolgimento del segmento procedurale specificamente deputato alla concreta disamina della documentazione amministrativa prodotta;

**DISPONE, ALTRESÌ:**

quale conseguenza della riscontrata carenza – sin dalla presentazione della manifestazione d'interesse - del requisito di carattere tecnico professionale in capo all'operatore economico HAGAM SOCIETÀ COOPERATIVA, di annullare in via di autotutela la trasmissione della Lettera d'Invito in precedenza inviata a detto operatore.

**DA ULTIMO, DISPONE:**

- di provvedere, ai sensi dell'art. 29, co. 1, del D.Lgs. n. 50/2016, alla pubblicazione sul profilo del committente, nella sezione Cogeser Trasparente/Bandi di gara e contratti, nell'ambito della procedura di gara in oggetto, del presente provvedimento di esclusione;
- di dare avviso all'operatore HAGAM SOCIETÀ COOPERATIVA del suddetto provvedimento di esclusione e dell'avvenuta pubblicazione del medesimo sul profilo del committente;
- di dare atto che avverso il presente provvedimento è ammesso ricorso giurisdizionale innanzi al T.A.R. competente, entro 30 giorni decorrenti dalla notifica del provvedimento.

Il Responsabile Unico del Procedimento

Avv. Serena Picca  
