Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 6

del 16.01.2008

PREC299/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Cassa Depositi e Prestiti – appalto misto per la fornitura in opera di sistemi e complementi di arredo su misura e per l'esecuzione di lavori accessori e manutentivi relativi agli impianti elettrici ed idraulici necessari per l'adeguamento tecnico – funzionale degli uffici della sede della CDP S.p.A.. S.A.: Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

In data 12 giugno 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la Cassa Depositi e Prestiti richiede di valutare l'ammissibilità o meno di cinque partecipanti al prosieguo delle fasi di gara nell'ambito dell'affidamento della fornitura descritta in oggetto.

L'istante espone che, in sede di verifica della documentazione amministrativa, le cinque imprese partecipanti hanno presentato domanda di partecipazione in maniera non conforme a quanto prescritto dal Disciplinare di gara che, all'art. 23, richiedeva tra l'altro, che ciascun partecipante producesse una "*dichiarazione resa ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 in cui il titolare o il legale rappresentante dichiara: a) di non trovarsi in alcuna delle condizioni di esclusione degli appalti pubblici di cui all'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, espressamente riferite all'impresa e tutti i suoi rappresentanti*".

Più precisamente la stazione appaltante riferisce che un concorrente ha fornito una dichiarazione a firma dei legali rappresentanti più sintetica di quella richiesta, con l'enunciazione delle singole lettere dalla "a" alla "m" dell'art. 38, comma 1, ovvero la formulazione del testo riportato nel disciplinare .

Inoltre l'istante segnala che mentre alcune società hanno presentato dichiarazioni a firma del legale rappresentante e del direttore tecnico, altre hanno presentato dichiarazioni a firma del solo legale rappresentante.

L'istante, a fronte della situazione descritta, richiede a questa Autorità di pronunciarsi in merito ai seguenti quesiti: se la dichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 necessiti la riproduzione integrale del contenuto delle lettere da "a" ad "m" o sia sufficiente il richiamo alla norma; se la mancata riproduzione delle lettere comporti l'esclusione dalla gara o sia regolarizzabile; se la mancata sottoscrizione da parte del direttore tecnico della dichiarazione resa in separato atto comporti violazione della normativa e dia luogo ad automatica esclusione dalla gara ovvero sia regolarizzabile.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale ha presentato memoria la Celi S.p.A. la quale ha sostenuto che le dichiarazioni di ordine generale di cui all'art. 38, lett. da "a" a "m", vadano riprodotte integralmente, in quanto dichiarazioni sostitutive di certificazione o di atto notorio e, pertanto, la mancata o parziale produzione di tali dichiarazioni, comporta l'esclusione dalla gara. Ha altresì fatto presente che la mancata sottoscrizione separata delle dichiarazioni da parte degli altri legali rappresentanti o del direttore tecnico comporti l'esclusione a meno che non sia inserita la formula che il legale rappresentante dichiara anche per gli altri.

Hanno presentato osservazioni la MAR e la Autelcom secondo cui le dichiarazioni di ordine generale di cui all'art. 38, lett. da "a" a "m", vadano riprodotte integralmente e non sia necessario dover dichiarare separatamente di non trovarsi nelle condizioni di cui alle lettere "b" e "c". Tali omissioni, secondo le imprese, non comportano l'esclusione.

La ditta Fantozzi ha evidenziato che, non essendo esplicitamente richiesto dal disciplinare di gara, la qualifica di direttore tecnico non è stata menzionata nella dichiarazione.

La ditta Laezza in qualità di capogruppo del raggruppamento ha fatto presente che il rinvio integrale all'art. 38 soddisfa dal punto di vista sostanziale le richieste della stazione appaltante, in considerazione del fatto che non vi erano previsioni specifiche.

Ritenuto in diritto

Nella fattispecie in esame, la prima questione sottoposta a questa Autorità, è se la dichiarazione sull'insussistenza delle condizioni ostative alla partecipazione a gare pubbliche di appalto, di cui all'art. 38, lett. da "a" ad "m" del D.Lgs. 163/2006, debba contenere la riproduzione integrale del contenuto delle lettere da "a" ad "m", come sostenuto da Celi S.p.A., ovvero debba considerarsi sufficiente, ai fini della sua regolarità, il richiamo complessivo alla norma di cui all'art. 38 citato, come previsto, del resto, genericamente nel disciplinare di gara.

Per risolvere tale quesito, si ritiene che debba essere privilegiata un'interpretazione non formalistica del dato positivo, come ha fatto di recente sulla medesima questione anche il giudice amministrativo (Cons. di Stato, sez. IV, 5 settembre 2007, n. 4658), considerando sufficiente, ai fini della regolarità, il richiamo complessivo alla norma di cui all'art. 38 citato.

Peraltro, nel caso in esame il dettato del disciplinare di gara, di cui all'art. 23 in narrativa riportato, non enuncia le singole lettere da "a" ad "m" dell'art. 38 e rinvia allo stesso in maniera generica. A fronte di detta mancata specificazione della *lex specialis*, è opportuno che la commissione di gara non adotti un parametro formalistico nella valutazione delle domande di partecipazione.

Ne deriva, in risposta al secondo quesito, che la commissione di gara non possa determinare l'esclusione dei partecipanti che hanno presentato una dichiarazione nella quale vi sia un riferimento complessivo, non analitico, alla norma di cui al citato art. 38, anche in coerenza con il principio in tema di contratti ad evidenza pubblica, secondo cui le disposizioni del bando devono essere interpretate in modo da consentire la più ampia partecipazione dei concorrenti.

Pertanto, la commissione di gara potrà richiedere ai partecipanti che hanno ommesso di fare riferimento specifico alle singole fattispecie, di integrare la dichiarazione prodotta con un riferimento più analitico all'art. 38.

Stesso parametro di valutazione deve essere adottato nel caso della dichiarazione del direttore tecnico che, non essendo stata prevista nel disciplinare di gara, se non prodotta, non può essere considerata motivo di esclusione di un partecipante al quale deve essere concessa la possibilità di regolarizzare tale lacuna.

In base a quanto sopra considerato, nei limiti di cui in motivazione

Il Consiglio

- ritiene che, in considerazione della genericità della previsione del disciplinare di gara relativamente alla dichiarazione da presentare ai sensi dell'art. 38 D.Lgs. 163/2006, la Commissione di gara possa chiedere ai partecipanti una integrazione documentale.

Il Consigliere Relatore

Il Presidente

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 gennaio 2008