

# *Autorità per la vigilanza*

*sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*

**Parere n. 68**

**del 6.03.2008**

**PREC22/08/L**

Oggetto: istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentate dall'ANCE Potenza e dal Comune di Alba Adriatica - ristrutturazione di Villa Flaiani per realizzazione centro museale espositivo.

## **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

*Considerato in fatto*

In data 19 dicembre 2007 e 21 gennaio 2008 sono pervenute all'Autorità le istanze di parere in oggetto con le quali l'ANCE Potenza ed il Comune di Alba Adriatica chiedono l'avviso dell'Autorità in ordine alla procedura di gara per l'affidamento dei lavori di "Ristrutturazione di Villa Flaiani – realizzazione centro museale espositivo".

In particolare, l'Associazione di categoria interviene a favore di un proprio associato, l'impresa SITICON s.r.l., il cui plico, pur inviato con posta celere in data utile – 7.12.2007 - rispetto al termine di scadenza per la presentazione delle offerte (12.12.2007), non è pervenuto nei termini al Comune, in quanto si è determinata una situazione di forza maggiore, dovuta al ritardo nel recapito della corrispondenza a seguito della paralisi dei servizi conseguente allo sciopero nazionale degli autotrasportatori.

L'Associazione istante chiede, pertanto, una proroga dei termini per la presentazione delle offerte, per garantire la più ampia partecipazione alla gara.

La Stazione appaltante chiede l'avviso dell'Autorità in relazione all'esclusione di due imprese che non hanno presentato, in riferimento alle rispettive imprese ausiliarie, i certificati dei carichi pendenti e casellario giudiziale o relative autocertificazioni, di cui al punto 7 del disciplinare di gara, relativi ai soggetti indicati dall'articolo 38, comma 1, lettere b) e c), del d. Lgs. n. 163/2006, nonché il modello G.A.P. e lo schema propedeutico per la richiesta del DURC, di cui ai punti 10 e 11 del disciplinare di gara.

In sede di istruttoria procedimentale, le imprese escluse hanno rappresentato che il disciplinare di gara contiene un mero rinvio all'articolo 49 del d. Lgs. n. 163/2006 e non contiene alcuna prescrizione specifica in ordine agli adempimenti delle imprese ausiliarie.

L'impresa provvisoriamente aggiudicataria, controinteressata nel presente procedimento, ha rappresentato, in relazione alla richiesta dell'impresa SITICON s.r.l., che il recapito dei plichi rimane ad esclusivo rischio dei mittenti e, in relazione all'esclusione delle due imprese, che l'impresa ausiliaria, ai sensi dell'articolo 49 del d. Lgs. n. 163/2006, deve dichiarare il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38 del medesimo decreto legislativo.

#### *Ritenuto in diritto*

Per quanto attiene alla richiesta di proroga dei termini per la presentazione delle offerte, motivata sul presupposto del ricorrere di una circostanza di forza maggiore che ha impedito il regolare recapito della corrispondenza, si fa presente che affinché possa essere riconosciuta la ricorrenza della fattispecie della forza maggiore, per concorde orientamento della giurisprudenza amministrativa, è necessario che si siano verificati casi eccezionali che soli sarebbero idonei a giustificare il ritardo, essendo inderogabile, nel rispetto della *par condicio*, il termine di presentazione delle offerte.

Nel caso in esame, occorre valutare se l'episodio in questione abbia avuto i caratteri di un evento tale da impedire in modo oggettivo il rispetto del termine di scadenza della gara: tenuto conto che hanno presentato offerta nel termine prescritto dal bando di gara, n. 52 imprese, non solo aventi sede nel territorio della stazione appaltante ma anche nelle Regioni del centro e del sud Italia, come l'impresa istante, non sembra che ricorrano detti presupposti.

In relazione all'esclusione delle due imprese che, a parere della stazione appaltante, non hanno presentato, per le rispettive imprese ausiliarie, la documentazione di cui ai punti 7, 10 e 11 del disciplinare di gara, si deve rilevare che la disciplina di gara, pur prevedendo la presentazione di detti documenti a pena di esclusione, non dispone, in caso di avvalimento, adempimenti specifici per le imprese ausiliarie, sempre in riferimento ai citati punti 7, 10 e 11.

Il punto 15 del bando di gara si limita a richiamare l'articolo 49 del d. Lgs. n. 163/2006.

Il comma 2 del citato articolo, indica in dettaglio la documentazione, relativa all'impresa ausiliaria, che il concorrente deve allegare all'offerta. Il successivo comma 5, estende al soggetto ausiliario gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente.

Nel caso in cui, come risulta dalla documentazione in atti, le imprese ausiliarie di che trattasi abbiano presentato le dichiarazioni e la documentazione richiamata dall'articolo 49, comma 2, del d. Lgs. n. 163/2006, si ritiene debba essere favorita una soluzione volta a garantire il rispetto del principio del *favor participationis*, consentendo l'integrazione documentale.

In particolare, rispetto alla mancata presentazione del modello G.A.P., con deliberazione n. 154/2007, l'Autorità ha ritenuto che nel caso in cui il bando non contenga espressa clausola relativa alla presentazione del modello G.A.P., non sussiste causa di esclusione e, di conseguenza, non è consentito penalizzare il concorrente che abbia fatto incolpevole affidamento sul tenore testuale e letterale della *lex specialis*.

Infatti, il ricorso al principio dell'eterointegrazione del bando di gara deve essere considerato come norma di chiusura della disciplina di gara, ma non può essere applicato in tutti i casi in cui l'amministrazione, per scarsa diligenza, abbia formulato il bando di gara in modo lacunoso.

Nel caso in esame, si ribadisce, la presentazione dei documenti, comprensivi del modello G.A.P., di cui ai punti 7, 10 e 11 del disciplinare di gara, non è prescritta nei confronti dell'impresa ausiliaria.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

- ritiene, nei limiti di cui in motivazione, la circostanza che alla gara *de qua* hanno partecipato n. 52 imprese, impedisce di ritenere che a cavallo della scadenza fissata per la presentazione delle offerte si sia verificato un evento

tale da impedire in modo oggettivo il rispetto del termine di scadenza della gara;

- fermo restando il rispetto di quanto prescritto al comma 2 dell'articolo 49 del d. Lgs. n. 163/2006, nel silenzio della disciplina di gara in ordine alla documentazione da presentarsi in caso di avvalimento, è consentita l'integrazione documentale da parte dell'impresa ausiliaria.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Piero Calandra

Luigi Giampaolino

Guido Moutier

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 marzo 2008