

## **Parere n. 34 del 10/02/2010**

**Protocollo** PREC 208/09/L

**Oggetto:** Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalla società SAREP S.r.l. e dal Comune di Tagliacozzo - Messa in sicurezza impianto sportivo Villa Paradiso con riqualificazione e ristrutturazione del complesso turistico sportivo - Importo a base di gara: € 456.276,33 - S.A.: Comune di Tagliacozzo

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 9 e 14 dicembre 2009 sono pervenute le istanze di parere in epigrafe, con le quali la società SAREP S.r.l. ed il Comune di Tagliacozzo hanno congiuntamente rappresentato che il Comune, nell'ambito della procedura di gara indicata in oggetto ha escluso la società SAREP S.r.l. per non aver prodotto le dichiarazioni previste dall'articolo 38, comma 1, lettere m-bis), m-ter) e m-quater) del D.Lgs. n. 163/2006.

In particolare, nel corso delle operazioni di gara, la Commissione avrebbe, in un primo momento, nella seduta del 12 novembre 2009, valutato la documentazione amministrativa prodotta dai concorrenti ed ammesso alle successive fasi della procedura tutte le cinquantadue ditte concorrenti che avevano presentato domanda di partecipazione e, successivamente, nella seduta del 23 novembre 2009, a seguito della segnalazione effettuata da uno dei concorrenti, la società PAT S.r.l., che evidenziava all'Amministrazione di non aver verificato le dichiarazioni previste dalle lettere m-bis), m-ter) e m-quater) dell'articolo 38, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006, avrebbe proceduto ad effettuare tale verifica e ad escludere dalla procedura di gara quarantasette dei cinquantadue concorrenti partecipanti, tra cui la co-istante società SAREP S.r.l., proprio in ragione della mancata produzione delle citate dichiarazioni.

In relazione ai fatti rappresentati, il Comune di Tagliacozzo ha sostenuto la legittimità del proprio operato stante il fatto che, sebbene per mero errore materiale la *lex specialis* non contenesse il riferimento all'obbligo di produrre, oltre alle dichiarazioni di cui all'articolo 38, comma 1, lettere da a) ad m), anche quelle previste dalle lettere m-bis), m-ter) e m-quater), dal momento che tali dichiarazioni costituiscono per legge una condizione imprescindibile ai fini della partecipazione alla gara, esse si inseriscono di diritto nella *lex specialis*, obbligando pertanto i concorrenti a produrle.

Di contro, la società SAREP S.r.l., nel richiedere la riammissione alla gara, ha contestato il provvedimento di esclusione disposto nei propri confronti, sostenendo di aver comunque prodotto le dichiarazioni di cui alle lettere m-ter) e m-quater), nonché allegato l'attestato SOA alla domanda di partecipazione, per quanto concerne il requisito generale di cui alla lettera m-bis), nonostante nessuna delle dichiarazioni di cui alle lettere m-bis), m-ter) e m-quater) fosse espressamente richiesta dal bando di gara.

Stante la diversità delle reciproche posizioni, le parti hanno congiuntamente richiesto un parere all'Autorità al fine di conoscere il suo orientamento in ordine alla legittimità dell'operato del Comune.

Conseguentemente, si è avviata l'istruttoria procedimentale, a riscontro della quale mentre ciascuna delle parti ha, di fatto, confermato la posizione dichiarata in sede di istanza, la società I.M.C.

Appalti S.r.l., che ha partecipato al procedimento in qualità di aggiudicataria provvisoria, ha sostenuto la legittimità dell'operato del Comune di Tagliacozzo, in ragione del fatto che, a suo giudizio, la mancata menzione delle dichiarazioni nella *lex specialis* non può essere motivo per ritenere illegittima la procedura di gara bandita dal Comune e i provvedimenti di esclusione disposti.

## **Ritenuto in diritto**

La questione controversa sottoposta all'attenzione dell'Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati attiene alla legittimità di un provvedimento di esclusione disposto nei confronti di un concorrente che ha omesso di allegare alla domanda di partecipazione le dichiarazioni sostitutive prescritte dall'articolo 38, comma 1, lettere m-bis), m-ter) e m-quater), sebbene tale obbligo non fosse espressamente previsto né nel bando di gara, né nello schema di istanza di partecipazione predisposto dalla Stazione Appaltante ed allegato al bando medesimo.

Al riguardo, occorre preliminarmente premettere che il disposto dell'articolo 38, comma 1, che elenca i requisiti di carattere generale che ciascun concorrente deve dimostrare di possedere ai fini della partecipazione della gara e della eventuale stipulazione del contratto, è stato recentemente modificato con l'aggiunta, alle già presenti lettere da a) ad m), di ulteriori tre lettere (la m-bis), la m-ter) e la m-quater).

In particolare, a seguito di tali modifiche legislative, sono esclusi dalla partecipazione alle gare pubbliche anche i soggetti: “nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la decadenza dell'attestazione SOA per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico” (lettera m-bis), introdotta dal D.Lgs. n. 113/2007 e successivamente modificata dal D.Lgs. n. 152/2008); “di cui alla precedente lettera b) [ovvero i soggetti nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge n. 1423/1956 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge n. 575/1965] che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo state vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991 n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991 n. 203, non risultano aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981 n. 689”, sulla base di quanto erge dagli indizi a fondamento della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando, (lettera m-ter), introdotta dalla legge 15 luglio 2009 n. 94); “che si trovino, rispetto ad altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale” (lettera m-quater), introdotta dal d.l. 25 settembre 2009 n. 135).

Ferma restando l'applicabilità *ratione temporis* delle menzionate disposizioni alla procedura di gara in questione (bandita in data 15 ottobre 2009), occorre tuttavia analizzare il contenuto della *lex specialis* di gara, al fine di dirimere la questione controversa rappresentata dalle parti.

Il bando di gara, alla sez. E “Presentazione delle offerte e della documentazione”, nell'indicare il contenuto della busta A, concernente la documentazione amministrativa, alla lettera b) richiede la

produzione di una dichiarazione sostitutiva ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 con la quale il concorrente, assumendosene la piena responsabilità, dichiara, tra l'altro, "indicandole specificamente e dettagliatamente, di non trovarsi nelle condizioni previste dall'articolo 38 (requisiti di ordine generale), comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g) h), i), l), m) del D.Lgs. n. 163/2006".

Nel medesimo bando di gara, tra le avvertenze finali evidenziate in grassetto, il Comune di Tagliacozzo ha precisato: "al fine di ridurre al minimo le esclusioni dalla gara per inesattezze e/o omissione degli elementi richiesti nell'auto-dichiarazione sostitutiva, si raccomanda, alle imprese partecipanti, l'utilizzo: dello schema 1 (Istanza di ammissione alla gara e connessa dichiarazione), dello schema 2 (Offerta economica), tutti forniti da questa Stazione Appaltante".

Infine, nello "Schema 1 - Istanza di ammissione e connessa dichiarazione" allegato al bando di gara, nella parte relativa alla dichiarazione sui requisiti generali, è riportato che il concorrente "dichiara di non trovarsi nelle condizioni previste nell'articolo 38 (requisiti di ordine generale), comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m) del D.Lgs. n. 163/2006" e tale dichiarazione è seguita poi dall'elenco delle specifiche condizioni che le menzionate lettere dell'articolo 38 prevedono.

Dalla documentazione di gara si evince pertanto che, mentre è espressamente richiamato l'obbligo di dichiarare le condizioni previste dalle lettere da a) ad m) dell'articolo 38, non vi è alcun riferimento alle dichiarazioni previste dalle lettere m-bis), m-ter), m-quater) della medesima disposizione, introdotte a seguito delle menzionate modifiche legislative.

Poiché tale circostanza costituisce – per ammissione dello stesso Comune di Tagliacozzo - un errore commesso nella predisposizione della documentazione di gara, il cui utilizzo peraltro è "raccomandato" dalla Stazione Appaltante al fine di ridurre al minimo le esclusioni dalla gara per inesattezze e/o omissioni nella dichiarazione sostitutiva, il Comune medesimo non è legittimato ad escludere automaticamente i concorrenti che non abbiano prodotto le citate dichiarazioni, non richieste nella *lex specialis* nè annoverate nel predisposto schema di istanza di partecipazione allegato al bando di gara, sussistendo, nella fattispecie in esame, le condizioni per procedere alla richiesta di un'integrazione documentale.

Ciò in ragione del fatto che la tutela dell'affidamento e la correttezza dell'azione amministrativa impediscono che le conseguenze di una condotta colposa della Stazione Appaltante possano essere traslate a carico del soggetto concorrente, comminando la sanzione dell'esclusione dalla gara.

Tale è il consolidato orientamento espresso nella prassi dell'Autorità e nella giurisprudenza dei Giudici Amministrativi nelle ipotesi in cui l'equivocità delle prescrizioni del bando di gara impone, in un corretto rapporto tra Amministrazione e privato, che si dia alla *lex specialis* una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede, dispensando in tal modo il concorrente dal dover ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati della volontà della Stazione Appaltante, che vanificano il principio di massima partecipazione e l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta (cfr., in tal senso, ex multis AVCP, parere n. 21 del 12 febbraio 2009, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3320 del 28 maggio 2009, sentenza n. 5064 del 17 ottobre 2008, TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, sentenza n. 12198 del 22 dicembre 2008).

In tale ottica, l'invito ai concorrenti ad integrare le dichiarazioni rese, in ragione dell'errore materiale commesso, anziché di procedere ad un'automatica esclusione dei concorrenti, trova fondamento anche nel rilevante impatto che l'omissione posta in essere nella formulazione della *lex specialis* e nel suo allegato ha determinato sulla concorrenza nella procedura di gara in

questione, dal momento che dei cinquantadue concorrenti quarantasette sono stati esclusi per la mancata allegazione delle menzionate dichiarazioni di cui alle lettere m-bis), m-ter) e m-quater).

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che i provvedimenti di esclusione disposti dal Comune di Tagliacozzo per la mancata dichiarazione delle condizioni di cui all'articolo 38, comma 1, lettere m-bis), m-ter) e m-quater) non sono conformi ai principi in materia di contratti pubblici.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 febbraio 2010