

Parere n.101 del 27/06/2012

PREC 57/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla AEMME s.r.l. – “*Lavori di messa in sicurezza del Castello della Colombaia di Trapani*” – euro 399.000,00 – S.A.: Soprintendenza BB.CC.AA. di Trapani.

Esclusione dalla gara per omessa dichiarazione richiesta a pena di esclusione dal bando di gara – violazione di un onere formale - mancata integrazione documentale ai sensi dell’art. 46, comma 1 del d.lgs n. 163 - violazione dell’art. 46, comma 1 bis del d.lgs. n. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 14 febbraio 2012 è pervenuta l’istanza in epigrafe, con la quale la ditta AEMME s.r.l. contesta l’esclusione disposta nei suoi confronti dalla Soprintendenza BB.CC.AA. di Trapani, nell’ambito del pubblico incanto per l’affidamento dei lavori di messa in sicurezza del Castello della Colombaia di Trapani, indetto con bando pubblicato il 16 dicembre 2011, di importo a base di gara pari ad euro 399.000,00.

La Commissione di gara ha estromesso numerosi concorrenti, in applicazione del paragrafo 4 – lett. c) del disciplinare di gara, che prescriveva a pena d’esclusione di “... *dichiarare la catena dei mutamenti organizzativi, intervenuti nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, che ha comunque interessato l’impresa concorrente. Tale dichiarazione, a pena d’esclusione, va resa anche se negativa, utilizzando la seguente dicitura: nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara l’impresa non ha subito mutamenti organizzativi*”.

La AEMME s.r.l. afferma di aver prodotto una dichiarazione sostanzialmente equivalente, del seguente tenore: “... *che nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara non ci sono soggetti cessati dalla carica, così come elencati all’art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. 163/2006 e ss.mm.ii., direttamente all’interno della società AEMME s.r.l.*”. A suo dire, l’esclusione sarebbe illegittima per violazione dell’art. 46, primo comma, del Codice dei contratti pubblici, che consentirebbe in ogni caso ai concorrenti di completare o chiarire il contenuto delle dichiarazioni allegate all’offerta.

La stazione appaltante e la controinteressata Damiga s.r.l., formalmente avvisate dell’istruttoria con nota dell’Autorità del 20 marzo 2012, hanno trasmesso le proprie controdeduzioni.

Ritenuto in diritto

Il quesito all'esame dell'Autorità riguarda l'esclusione della AEMME s.r.l. dalla gara per l'appalto dei lavori di messa in sicurezza del Castello della Colombaia di Trapani, a causa dell'omessa dichiarazione riguardante "la catena dei mutamenti organizzativi, intervenuti nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, che ha comunque interessato l'impresa concorrente", richiesta a pena d'esclusione dal paragrafo 4 – lett. c) del disciplinare di gara.

Tale clausola deve essere giudicata nulla, per violazione del comma 1-*bis* dell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, introdotto con l'art. 4 del decreto legge n. 70 del 2011 (in vigore dal 28 maggio 2011 ed applicabile *ratione temporis* alla procedura controversa), ai cui sensi le stazioni appaltanti possono escludere i concorrenti soltanto in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice, dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta.

La previsione, espressione del principio generale del *favor participationis* ed applicabile anche alle gare sottosoglia, in virtù del rinvio generico contenuto nell'art. 121 dello stesso Codice, vieta di sanzionare con l'esclusione qualsivoglia carenza formale riscontrata nella documentazione prodotta dai concorrenti, dovendo in ogni caso la stazione appaltante consentire le necessarie integrazioni, anche disapplicando, ove occorra, le clausole del bando che eventualmente dispongano in senso contrario.

Dunque, è evidente che nella fattispecie la Soprintendenza BB.CC.AA. di Trapani non poteva comminare l'esclusione, per l'asserita violazione di un onere formale estraneo alla normativa statale, in quanto l'art. 38 del Codice dei contratti pubblici non prevede l'obbligo di dichiarare gli eventuali mutamenti organizzativi dell'impresa (che sono del resto agevolmente verificabili con una visura camerale). La stazione appaltante era bensì tenuta a disapplicare *in parte qua* il paragrafo 4 del disciplinare di gara, al più consentendo ai concorrenti di integrare le dichiarazioni non esattamente conformi a quanto ivi richiesto.

D'altronde, l'Autorità ha già avuto modo di affermare (cfr. A.V.C.P., parere 23 febbraio 2012 n. 20) che l'art. 46 del Codice, nella sua nuova formulazione, che sancisce il principio di tipicità delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, rientra tra le norme di principio della materia, a tutela della concorrenza e della libertà di circolazione e di stabilimento, nonché tra le norme fondamentali delle riforme economico-sociali, e come tale è destinato a prevalere sulle normative regionali difformi, anche con riguardo alla Regione Sicilia (si veda, per la giurisprudenza costituzionale: Corte cost., 7 aprile 2011 n. 114; Id., 12 febbraio 2010 n. 45, ove si riconosce ai principi desumibili dal Codice degli appalti la natura di norme fondamentali di riforme economico-sociali della Repubblica, come tali costituenti limite alla potestà legislativa primaria delle Regioni a statuto speciale, segnatamente per quelle disposizioni che attengono alla scelta del contraente, alle procedure di affidamento ed al perfezionamento del vincolo negoziale).

In conclusione, sulla base degli atti e dei documenti pervenuti all'Autorità, deve giudicarsi illegittima l'esclusione deliberata dalla Soprintendenza BB.CC.AA. di Trapani nei confronti della società istante, che non aveva prodotto la dichiarazione prescritta dal paragrafo 4 del disciplinare di gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che l'art. 46, comma 1-*bis*, del Codice dei contratti pubblici non consente alla stazione appaltante di escludere i concorrenti che non abbiano allegato all'offerta la dichiarazione relativa agli eventuali mutamenti organizzativi intervenuti nell'ultimo anno;

- che la Soprintendenza BB.CC.AA. di Trapani avrebbe dovuto consentire alla ditta AEMME s.r.l. di integrare la dichiarazione non conforme a quanto prescritto dal paragrafo 4 del disciplinare di gara.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 luglio 2012

Il Segretario: Maria Esposito