

## **Parere n.51 del 21/03/2012**

### **PREC 291/11/S**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Cooperativa Sociale Folias arl – “*Procedura aperta per l'appalto dell'istruttoria pubblica per la coprogettazione e la cogestione del servizio di Comunità giovanile da attivarsi sul territorio di Roma Capitale*” – Data di pubblicazione del bando: 9.8.2011 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 135.625,00 – S.A.: Agenzia Comunale Tossicodipendenze del Comune di Roma.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 27 ottobre 2011 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la società istante ha chiesto una pronuncia di questa Autorità, deducendo di essere stata fortemente danneggiata dall'impossibilità di partecipare alla procedura bandita dalla Agenzia Comunale Tossicodipendenze del Comune di Roma per l'asserita illegittimità della previsione, contenuta nell'avviso pubblico della gara in oggetto, della seguente autodichiarazione, da rendere a pena di esclusione: “*di non avere in corso contenziosi con la Pubblica Amministrazione*”.

L'istante ha, in proposito, richiamato quanto espressamente affermato dal Consiglio di Stato, nella sentenza n. 2399 del 21.4.2009.

All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 22 dicembre 2011, la stazione appaltante ha ribadito la correttezza del proprio operato eccependo la pretestuosità delle censure mosse dall'istante, per quanto attiene alla presunta limitazione alla partecipazione alla gara di che trattasi in asserito contrasto con la sopra citata sentenza del Consiglio di Stato.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la asserita illegittimità della disciplina di gara predisposta dalla Agenzia Comunale Tossicodipendenze del Comune di Roma per l'affidamento del servizio in oggetto nella parte in cui richiede, a pena di esclusione, la dichiarazione del concorrente “*di non avere contenziosi con la Pubblica Amministrazione*”.

La sentenza, però, del Consiglio di Stato, sez. V, 21.4.2009, n. 2399, richiamata al riguardo dall'istante, non può dirsi del tutto conferente con la problematica in oggetto in quanto il caso in essa esaminato riguardava la previsione, tra le cause di automatica esclusione dalla partecipazione alla gara, di una situazione di contenzioso con l'Amministrazione appaltante alla data di presentazione delle istanze di partecipazione.

Al riguardo, quindi, non può che affermarsi che è illegittimo prevedere in un avviso pubblico di gara una clausola d'esclusione dalla partecipazione alla procedura concorsuale per la esistenza di un contenzioso in atto con la stazione appaltante, in quanto la discrezionalità dell'Amministrazione in sede di predisposizione dei requisiti di ammissione delle imprese alle gare d'appalto, per quanto ampia, è pur sempre limitata da riferimenti logici e giuridici che derivano dalla garanzia del rispetto di principi fondamentali, quali quelli della più ampia partecipazione e del buon andamento dell'azione amministrativa. E ciò, tanto più oggi, se si considera che l'esclusione dell'impresa che versi in una situazione di contenzioso con la stazione appaltante si configura come introduttiva di una condizione generale preclusiva dell'accesso alla gara, non prevista dal comma 1-*bis* dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, introdotto dall'articolo 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, che elenca le diverse ipotesi tassative di esclusione.

Tuttavia, diverso è il caso all'esame, per il quale è semmai appropriato il richiamo alla fattispecie decisa con la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 11 novembre 2011, n. 5973, ove l'esclusione dell'impresa è stata fatta dipendere unicamente dal fatto che la stessa aveva omesso di dichiarare la pendenza di un giudizio con la stazione appaltante, rendendo, quindi, una falsa dichiarazione costituente *ex se* autonoma causa di esclusione dalla gara. Ha osservato, in proposito, il giudice amministrativo che la *lex specialis* della gara richiedeva, unitamente ad altre dichiarazioni concernenti l'affidamento professionale del concorrente, una ulteriore dichiarazione, non contemplata nell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, volta a mettere la stazione appaltante in grado di conoscere l'esistenza di contenziosi pendenti fra essa e i concorrenti.

Orbene, avendo in quella sede il G.A. accertato che l'impresa aveva reso, senza aggiungere al riguardo alcuna specificazione, anche la suddetta dichiarazione, correttamente ha preso atto che essa, al contrario di quanto dichiarato, aveva in corso con la stazione appaltante un rilevante contenzioso.

In buona sostanza, quindi, il ragionamento sotteso alla motivazione dell'autorevole pronuncia giurisdizionale da ultimo citata è che l'impresa concorrente esclusa, anziché rendere la dichiarazione oggettivamente inveritiera di "*non avere in corso contenziosi con la stazione appaltante*", avrebbe dovuto (eventualmente anche con rimando ad una ulteriore dichiarazione allegata) evidenziare le specifiche cause pendenti con la stazione appaltante o, più in generale, come nel caso all'esame, con la P.A.

Sicché, ove l'impresa concorrente avesse ottemperato a quella prescrizione, posta a pena di esclusione, la stazione appaltante avrebbe potuto esprimere le sue valutazioni sulla situazione contenziosa rappresentata.

Ove, poi, la stazione appaltante avesse ritenuto di farne derivare una ragione di esclusione dell'impresa dalla gara, non prevista tra quelle indicate dall'articolo 38, quest'ultima avrebbe ben potuto impugnare dinanzi al G.A. la determinazione di esclusione, deducendo in quella sede la tesi della tassatività delle cause di esclusione previste dal predetto articolo.

Ciò premesso, nel caso all'esame, l'avviso pubblico della gara in oggetto richiedeva, a pena di esclusione, ai concorrenti, analogamente al caso *ut supra* deciso – giusta art. 8, "Busta A - Documentazione amministrativa", punto 2. 1) – di rendere, oltre alla dichiarazione circa il possesso dei requisiti di capacità generale necessari per partecipare alla procedura concorsuale, anche l'autodichiarazione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000, "*di non aver in corso contenziosi con la Pubblica Amministrazione*".

Soccorrono, al riguardo, alcune considerazioni, mutate dal precedente giurisprudenziale da ultimo richiamato.

Anzitutto, priva di pregio in concreto risulterebbe una qualsiasi censura eventualmente dedotta sul presupposto che la clausola in questione, così come predisposta, imponesse una dichiarazione preconfezionata che non ammetteva formule alternative volte ad elencare le eventuali cause pendenti; per cui, il concorrente, per essere ammesso alla gara, avrebbe dovuto necessariamente dichiarare di non avere con la P.A. contenziosi pendenti, inerenti ad altri rapporti. Questo, poiché al concorrente non sarebbe preclusa l'allegazione di una specifica dichiarazione per evidenziare compiutamente la sua posizione, non essendo tale evenienza in alcun modo contraria alla normativa di settore, volta al contrario ad assicurare la piena trasparenza e completezza delle informazioni da rendere dai partecipanti alle procedure concorsuali ad evidenza pubblica.

Tuttavia, si osserva che, nel caso di specie, la clausola contestata contiene, in sé, degli obiettivi elementi di ultroneità, laddove richiede “*a pena d'esclusione*” la dichiarazione di cui sopra.

Viceversa, attesa la finalità, a detta clausola evidentemente sottesa, di acquisire, oltre alle dichiarazioni circa il possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, ulteriori elementi conoscitivi e di valutazione dei concorrenti, non preordinati all'automatica esclusione degli stessi, sarebbe stata senz'altro meglio conferente una espressione di detta clausola di segno marcatamente ed esclusivamente esplorativo, richiedente cioè una dichiarazione circa “*i contenziosi eventualmente pendenti con la P.A.*”.

Ed al riguardo, va rilevato come la richiesta di siffatto ulteriore tipo di informazione non sia in sé da considerare irragionevole, ferma ed impregiudicata restando la piena tutela della posizione del dichiarante, rispetto alle conseguenti determinazioni della stazione appaltante.

E' evidente, infatti, che soltanto nella diversa espressione sopra indicata la clausola sarebbe senz'altro esente da ogni censura al riguardo della ipotizzabile portata automaticamente escludente di essa – che non ammette, cioè, alternative tra il dichiarare quanto indicato dalla S.A. o non dichiararlo – senza rimandare ad un possibile contenzioso successivo l'eventuale profilo di illegittima esclusione per violazione del combinato disposto degli artt. 38 e 46, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 163/2006.

In tale più corretta modalità espressiva, cioè, la dichiarazione richiesta fugherebbe ogni dubbio – ove venisse dichiarata la sussistenza di tali contenziosi – circa la non automatica esclusione dalla gara (da ritenere *ex se* pacificamente illegittima, come ribadito dalla giurisprudenza prima indicata: C.S. n. 2399/09), imponendo ai concorrenti unicamente di chiarire la propria posizione, al fine di permettere alla P.A. di verificare, in un successivo momento, l'eventuale idoneità delle azioni legali in corso a incidere sull'affidabilità del partecipante o sul rapporto di fiducia che deve comunque intercorrere tra le parti (in questo senso, ancorché in differente fattispecie, si veda: C. S. n. 3440/09).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non pienamente conforme all'ordinamento di settore l'indicata clausola della *lex specialis* della gara in oggetto, per ogni conseguente decisione che la S.A. intendesse adottare nell'esercizio della potestà di autotutela.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito