

Parere n.68 del 18/04/2012

PREC 240/11/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da SISTEMA S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di forniture per: “*Piazza Armerina Muse della Città di Palazzo Trigona – Allestimento museale*” – Criterio di aggiudicazione: Prezzo più basso – Importo complessivo lordo : €177.353,00 – S.A.: Soprintendenza dei Beni Culturali e Ambientali di Enna

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 10 ottobre 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la Società SISTEMA S.r.l., ha chiesto un parere in merito alla propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dalla Soprintendenza dei Beni Culturali e Ambientali di Enna per non avere prodotto talune dichiarazioni richieste dal Disciplinare di Gara (punto 8, lett. a e punto 7, lett. a, lett. b, lett. c, lett. m), in ordine alle generalità del socio di maggioranza ed al possesso delle condizioni di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006.

Secondo l'istante, sussisterebbero nel caso in esame i presupposti per la riammissione in gara, atteso che l'obbligo di rendere la suddetta dichiarazione sussiste nei limiti in cui vi sia, nell'assetto societario, un socio di maggioranza, e ciò non sarebbe il caso della società istante. Questa ha poi formulato una serie di rilievi che investono la legittimità della gara nel suo complesso, ponendo in evidenza quanto segue:

- la ditta aggiudicataria, Grasso Forniture S.r.l., ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento ancorché tale possibilità non sia contemplata dalla disciplina di gara;
- il Presidente della Commissione avrebbe provveduto all'apertura delle offerte economiche al termine della prima seduta pubblica in violazione del Disciplinare di gara.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 27 ottobre 2011, la stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato, evidenziando che l'istante avrebbe omesso, in sede di partecipazione alla gara, di rendere conto della sua composizione societaria; che l'avvalimento opera anche in assenza di specifica previsione di *lex specialis* e che la fase della verifica delle offerte delle ditte sorteggiate è stata obliterata in considerazione dell'ammissione al prosieguo delle operazioni di gara di due sole concorrenti.

Ritenuto in diritto

Oggetto della prefata richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione disposto nei confronti di parte istante per mancata ottemperanza all'obbligo di produrre la prevista dichiarazione relativa alle generalità del socio di maggioranza e alle rispettive condizioni soggettive. L'istante assume che tale obbligo formale sarebbe nel caso di specie insussistente per assenza del socio di maggioranza nell'assetto societario. Lo stesso contesta poi la legittimità della gara nel suo complesso per le ragioni evidenziate in fatto.

Al fine di dirimere la questione, occorre prendere le mosse dalla formulazione del disciplinare di gara, il cui punto 7) richiede *“la dichiarazione sostitutiva ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, resa a pena di esclusione in un unico documento, con la quale il concorrente o suo procuratore, consapevoli delle sanzioni penali previste dall'art. 76 del sopra citato D.P.R.n. 445/2000 e s.m.i. per le ipotesi di falsità in atti e dichiarazioni mendaci, dichiara di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lett. a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis), m-ter), m-quater) del D.Lvo n. 163/2006”*; tale dichiarazione è dovuta anche nel caso di *“altro tipo di società o consorzio: amministratori muniti di poteri di rappresentanza ovvero il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci e cessati dalla carica”*. Il punto 8) del Disciplinare richiede la *“Dichiarazione sostitutiva ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, con la quale il concorrente o il suo procuratore, consapevole delle sanzioni penali previste dall'art. 76 del sopra citato D.P.R. n. 445/2000 per le ipotesi di falsità in atti e dichiarazioni mendaci, dichiara le generalità (nominativi, date di nascita, luogo di residenza e carica ricoperta): a) nel caso di società... del socio di maggioranza...”*.

A fronte di tale assetto disciplinare della gara, dal verbale della Commissione giudicatrice del 21 settembre 2011 risulta che la società istante, dopo iniziale ammissione alla selezione, è stata esclusa per le seguenti ragioni: *“non rende la dichiarazione di cui al punto 8) lett. a) del Disciplinare di Gara relativamente all'indicazione del socio di maggioranza e di conseguenza non risultano prodotte dallo stesso le dichiarazioni di cui al punto 7) lett. a) - lett. b) - lett. c) – lett. m)”*.

Sul punto di censura, la Stazione Appaltante, dopo aver rammentato i recenti interventi normativi che hanno stabilito gli obblighi dichiarativi in sede di partecipazione alle pubbliche gare in ordine alle condizioni soggettive di moralità, individuando, tra i soggetti obbligati il socio di maggioranza nelle società con meno di quattro soci, osserva che essa non è in grado di verificare il corretto assolvimento di tale adempimento se non attraverso l'acquisizione della relativa dichiarazione della ditta concorrente, non esistendo una certificazione che attesti la composizione soggettiva della società.

Alla luce della formulazione sopra richiamata, l'esclusione in esame è da reputare legittima.

Giova premettere una breve illustrazione dello stato dell'arte in materia di fattispecie escludenti.

In ordine all'esclusione di un concorrente da una pubblica gara, si configura una *summa divisio* tra prescrizioni di *lex specialis* sanzionate o meno a pena di esclusione, potendo questa essere disposta soltanto quando sia espressamente prevista, avuto riguardo al fatto che l'applicazione dell'assetto disciplinare di una gara, nel quale sono dettate le cosiddette “regole del gioco”, si impone sia alla stazione appaltante, che l'ha predisposta, sia alle imprese concorrenti. Va infatti, ribadito al riguardo che, qualora la *lex specialis* commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è

autovincolata al momento dell'adozione del bando (cfr. AVCP pareri n. 215 del 17.09.2008 e n. 262 del 17.12.2008).

A *contrario*, la declaratoria di esclusione non è consentita quando essa non sia espressamente contemplata dalla disciplina di gara. In giurisprudenza, invero, si afferma, in maniera del tutto univoca, che “*il principio di tutela dell'affidamento e quello secondo cui la volontà di sanzionare con l'esclusione l'inosservanza di una specifica modalità di presentazione delle offerte deve essere chiaramente espressa nel bando di gara, rimanendo preclusa, in mancanza di tale univoca sanzione, ogni diversa interpretazione in ordine alle conseguenze delle ipotizzate irregolarità*” (cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 29 aprile 2011, n. 1071). Per giunta, “*nell'incertezza circa l'interpretazione della portata precettiva di una clausola ambigua deve accordarsi prevalenza all'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti*” (cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 20 aprile 2011, n. 595).

Effettuata questa breve ricognizione dei principi in materia, alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale, occorre ripercorrere l'esatta dinamica della vicenda sottoposta al vaglio di questa Autorità.

L'istante lamenta di essere stata indebitamente esclusa dalla gara in quanto non avrebbe né dovuto né materialmente potuto rilasciare la dichiarazione relativa alle generalità e al possesso delle condizioni soggettive del socio di maggioranza, non esistendo un socio di maggioranza nel contesto soggettivo della società.

Invero, l'assetto societario dell'istante, quale società (di capitali) a responsabilità limitata, integra l'ipotesi, espressamente enucleata in sede di *lex specialis*, di “*altro tipo di società o consorzio*”, cioè di società non di persone (in nome collettivo o in accomandita semplice), di talché non vi è dubbio che l'obbligo di dichiarare il socio di maggioranza ricorre nell'ipotesi in cui tale figura sia effettivamente esistente nella composizione soggettiva dell'ente. A tale lettura della norma di gara occorre accedere non solo privilegiando la sua inequivoca formulazione letterale, ma anche secondo ineludibili criteri di logica elementare, non potendo di certo sanzionare il mancato adempimento di un obbligo materialmente inesequibile (“*ad impossibilia nemo tenetur*”).

Tuttavia, è proprio l'evidenziata soggezione all'obbligo dichiarativo in dipendenza della specifica composizione societaria a rendere necessario, che ogni concorrente alla gara renda edotta di ciò la Stazione Appaltante, al fine di verificare, in base ad un semplice riscontro documentale, l'effettiva ricorrenza del medesimo obbligo.

Infatti, non risultando la composizione societaria da alcuna specifica certificazione, ivi compresa quella camerale, ogni concorrente alla gara, in base alle stesse disposizioni di bando, ha l'onere di dichiarare se e quali soggetti siano tenuti a fornire contezza della propria moralità, ai sensi dell'art. 38 del d.lgs n. 163/2006 e quindi di specificare, ove si tratti, come nel caso di specie, di società di capitali, se vi siano soci di maggioranza e non più di quattro soci. Atteso il pacifico carattere obbligatorio della dichiarazione in parola, essendo contemplata nell'elenco predisposto dal Disciplinare di gara relativo ai documenti da inserire nella busta “A-DOCUMENTAZIONE” con espressa sanzione di esclusione, la sua mancanza non può che comportare tale grave conseguenza non avendo l'istante fornito alcuna indicazione circa la propria composizione societaria, ancorché si tratti di società a responsabilità limitata, quindi riconducibile alla categoria di ipotesi in cui, come detto, l'obbligo di dichiarare le generalità ed il possesso dei requisiti morali del socio di maggioranza astrattamente ricorre.

Ciò è sufficiente, per le ragioni anzidette, al fine di ritenere legittima l'estromissione dalla gara disposta nei confronti dell'istante.

Non resta che esaminare le ulteriori doglianze formulate dall'istante in ordine alla legittimità della procedura di gara, peraltro non sorrette più dal necessario profilo di interesse, avuto riguardo al costante orientamento giurisprudenziale, secondo cui *“l'interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica di appalto ad ottenerne la riedizione non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso, dato che esso, per effetto dell'esclusione è privo non solo del titolo legittimante a partecipare alla gara, ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle distinte scansioni procedurali; ed invero il suo interesse, da qualificare di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnarne gli atti, pur essendo titolare di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta nel caso di riedizione della medesima gara”*(cfr. C. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 127).

Assume in primo luogo l'istante che sarebbe illegittima l'ammissione alla gara della ditta aggiudicataria Grasso Forniture S.r.l. per avere sopperito alla mancanza dei requisiti di qualificazione attraverso il ricorso all'avvalimento, ancorché questo non sia contemplato dalla disciplina di *lex specialis*. L'infondatezza del rilievo si deve alla stessa genesi dell'istituto - che, com'è noto, consiste nella possibilità per le imprese di avvalersi dei requisiti di partecipazione o dell'attestazione SOA di altro soggetto, denominato impresa ausiliaria, che rimane però tendenzialmente estraneo alla gara - in quanto esso affonda le sue radici nel diritto comunitario, come peraltro già osservato da quest'Autorità (parere del 28 novembre 2007, n. 135). L'avvalimento, infatti, ha come finalità precipua quella di consentire la massima partecipazione possibile alle gare ad evidenza pubblica, permettendo alle imprese non in possesso dei requisiti di sommare, per la gara in espletamento, le proprie capacità tecniche ed economico-finanziarie, con quelle di altre imprese (Consiglio Stato, VI, 29 dicembre 2010, n. 9576).

La giurisprudenza, anche comunitaria, ha ormai chiarito che *“Nelle gare indette per l'aggiudicazione di appalti con la Pubblica amministrazione l'istituto dell'avvalimento ha portata generale ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione ed è quindi utilizzabile anche in assenza di una specifica previsione del bando, restando peraltro ferma la necessità, in ogni caso, di un vincolo giuridico preesistente all'aggiudicazione della gara”* (cfr. C. Stato, sez. V, 21 aprile 2009, n. 2401; v. anche TAR Lazio, Roma, Sez. II ter, 12 gennaio 2010, n. 153).

In conclusione, il rilievo in esame non persuade questa Autorità, di talché non si rinviene la contestata illegittimità dell'ammissione alla gara nei riguardi della ditta Grasso Forniture S.r.l..

Con un ulteriore rilievo, parte istante lamenta che lo svolgimento della gara non sarebbe stato coerente con la sintassi stabilita dalla *lex specialis*, in quanto l'apertura delle offerte economiche ha avuto luogo nel corso della prima seduta pubblica invece che nella seconda.

In effetti, il Disciplinare di Gara, al punto 2), prevede che la Commissione di Gara, nel corso della prima seduta pubblica, provveda, tra l'altro, alla verifica del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa delle imprese sorteggiate ai sensi dell'art. 48, primo comma, del Codice dei Contratti Pubblici (d.lgvo n. 163/2006), rinviando alla seconda seduta pubblica l'esclusione delle imprese risultate prive dei requisiti e *“l'apertura delle buste sigillate contenenti l'offerta economica dei concorrenti ammessi alla gara”*.

La Stazione Appaltante osserva su tale specifico punto di censura che, non attenendo la verifica a campione le offerte delle imprese escluse, non si sarebbe palesata la necessità di esperire tale fase della procedura di gara per essere soltanto due le ditte ammesse, in quanto tali da sottoporre a verifica obbligatoria prima dell'approvazione dell'aggiudicazione definitiva. Le prospettazioni sono da condividere pienamente, alla luce dell'orientamento già espresso da questa Autorità, e richiamato dalla stessa Stazione Appaltante, nella sua memoria, secondo cui la verifica a campione di cui all'art. 48 primo comma non può riguardare anche le offerte escluse dalla selezione. Ha osservato sul punto questa Autorità (Determinazione n. 5 del 21 maggio 2009) che *“Se è vero che la norma si riferisce alle offerte "presentate" e non a quelle "ammesse", l'incertezza interpretativa deve risolversi nel senso che la verifica a campione non può che riguardare le sole offerte ammesse a concorrere: da un lato infatti la stessa norma impone che il controllo avvenga prima dell'apertura delle buste delle offerte presentate, e quindi la collocazione a ridosso della apertura delle offerte sembra presupporre esaurita la fase dei riscontri formali, dall'altro lato l'effettività stessa della verifica a campione sarebbe seriamente attenuata qualora si sottoponessero a verifica anche offerte destinate ad essere escluse comunque, ed inoltre con evidente spreco di attività amministrativa. Peraltro, non può trascurarsi che la procedura di verifica prevista dalla norma in esame non costituisce un quid distinto dalla fase di ammissione delle offerte, attenendovi invece essa stessa in quanto ha ad oggetto il controllo della veridicità di quanto l'impresa dichiara per essere ammessa a concorrere; quello che la distingue è solo la sua collocazione cronologica tra le operazioni di gara, logicamente successiva a quelle preposte a controlli formali circa la regolarità delle offerte”*.

Ne consegue che, dovendosi obliterare tale diaframma procedimentale per essere soltanto due le ditte ammesse, in quanto tali, da sottoporre necessariamente alla verifica obbligatoria di cui al secondo comma dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici, riservato appunto all'aggiudicataria provvisoria e alla seconda in graduatoria, non si è posta alcuna necessità di rinviare alla seconda seduta pubblica l'apertura delle offerte economiche, a diretto vantaggio della speditezza della procedura.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che

l'esclusione della Società SISTEMI S.r.l. sia conforme alla *lex specialis* ed alla normativa di settore;

le operazioni di gara poste in essere dalla commissione giudicatrice siano conformi ai principi e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 aprile 2012

Il Segretario: Maria Esposito