

Parere n.154 del 25/09/2013

PREC 177/13/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 PA.MO. Costruzioni srl – Procedura aperta per l’affidamento di lavori di ristrutturazione di nove fabbricati urbani - Importo a base di gara €693.962,62- S.A.: Azienda Pubblica di Servizi alla Persona “Dott. Vincenzo Zaccagnino”

Art. 46, comma 1, bis D. Lgs. 163/2006 – Mancata sottoscrizione in ogni pagina della dichiarazione sostitutiva – Esclusione – Illegittima

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 17 giugno 2013 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale la società PA.MO. Costruzioni srl ha chiesto l’avviso di questa Autorità in merito alla propria esclusione dalla gara de qua, motivata come segue: a) “nella dichiarazione sostitutiva di cui a pag.10 p.to 3 del disciplinare di gara manca la parte relativa alla lettera f) (..ai sensi dell’art. 2359 del codice civile, situazione di controllo diretto ...); b) “la prima pagina della dichiarazione di cui al punto 3 del disciplinare di gara non è sottoscritta dalla ditta, inoltre mancano elementi di congiunzione tra le pagine”.

L’istante ha precisato di aver richiesto la riammissione in gara, ritenendo illegittima l’esclusione de qua, in quanto, da un lato, la dichiarazione richiesta al p.to 3 del disciplinare di gara era in realtà stata resa dalla concorrente, e, dall’altro, la mancata apposizione della firma in ogni pagina della dichiarazione non costituisce ai sensi dell’art. 46, comma 1 bis, valida causa di esclusione né come tale è stata contemplata nei documenti di gara la mancanza di elementi di congiunzione tra le pagine.

La stazione appaltante, riesaminata la documentazione presentata dalla concorrente, ha riconosciuto che la dichiarazione di cui al p.to 3 lettera f) del disciplinare di gara era effettivamente completa, ma ha ritenuto di non riammettere la società in considerazione delle omissioni di cui alla lettera b) del provvedimento di esclusione (cfr. nota prot. 856/2013 assunta dalla stazione appaltante).

In riscontro all’istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità la stazione appaltante ha rilevato alcuni profili di inammissibilità dell’istanza e nel merito ha confermato la legittimità del provvedimento assunto, sottolineando che lo stesso è stato adottato in conformità alle prescrizioni del disciplinare di gara.

Ritenuto in diritto

La questione controversa concerne la legittimità del provvedimento di esclusione della PA.MO.

Costruzioni srl per il profilo di cui al punto b) del suddetto atto, posto che in seguito alla nota prot 856/2013 della stazione appaltante è da ritenersi cessata la materia controversa per il profilo di cui al punto a) del medesimo atto.

Preliminarmente si osserva che le eccezioni di inammissibilità presentate dalla stazione appaltante non appaiono accoglibili. Quest’ultima ritiene che l’istante non avrebbe interesse alla pronuncia dell’Autorità, in quanto lo stesso non avrebbe impugnato nel rispetto del termine decadenziale dinanzi al TAR competente la contestata esclusione, ma, così argomentando, la stazione appaltante non considera che la società PA.MO. Costruzioni srl potrebbe avere interesse a proporre azioni di tutela della propria posizione giuridica soggettiva contemplate dal D.Lgs. 104/2010 e diverse rispetto a quella classica impugnatoria/demolitoria del provvedimento che si assume viziato. La stazione appaltante, inoltre, ritiene che l’istanza in oggetto dovrebbe essere dichiarata

inammissibile ex art. 4, punto 2 del Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie, adottato dall'Autorità di vigilanza, in quanto non contiene chiara esposizione delle ragioni di fatto e di diritto da cui trae origine la questione controversa. In realtà l'esame congiunto della predetta istanza e della documentazione presentata ha consentito di individuare esattamente la questione sottoposta all'esame dell'Autorità.

Nel merito si ritiene opportuno richiamare la determinazione n.4/2012 dell'Autorità, ove è stato precisato che: "in base al combinato disposto degli artt. 46 e 47 ed alla definizione contenuta nell'art. 1 del d.P.R. n. 445/2000, la dichiarazione sostitutiva deve essere debitamente sottoscritta, in quanto solamente la sottoscrizione costituisce fonte di responsabilità, anche penale, in conseguenza della eventuale falsità dell'atto; in difetto di sottoscrizione, l'atto è privo di un elemento essenziale, perché possa venire in esistenza in relazione alla funzione cui è destinato. Da ciò consegue, inoltre, che la dichiarazione sostitutiva non sottoscritta è insuscettibile di successiva sanatoria (Cons. St., sez. V, n. 5489/2002), pena la violazione della par condicio competitorum. La dichiarazione può essere resa utilizzando una pluralità di fogli separati tra loro, apponendo un'unica sottoscrizione nell'ultima pagina, dal momento che non si rinviene, nella normativa vigente, un obbligo di sottoscrizione su ogni pagina (cfr. art. 38 del d.P.R. n. 445/2000); inoltre, detto onere non sembra rispondere ad alcun apprezzabile interesse della pubblica amministrazione, non potendo, di per sé, evitare la produzione di dichiarazioni mendaci. La sottoscrizione in calce sta, quindi, a significare l'appropriazione dell'atto nel suo complesso, senza che il dichiarante possa disconoscere parte del contenuto in un momento successivo al rilascio".

Nel caso in esame si ritiene di confermare il predetto insegnamento.

La stazione appaltante, infatti, ritiene legittima l'esclusione in virtù di quanto prescritto dal disciplinare di gara, che richiede espressamente di presentare "dichiarazione sostitutiva, sottoscritta in ogni singola pagina, a pena di esclusione, ai sensi del D.P.R. 28 dicembre 2000 n.ro 445", ma né il codice dei Contratti pubblici né il DRR 445/2000, come evidenziato dalla determinazione che precede, impongono a pena di esclusione la sottoscrizione in ogni pagina della dichiarazione sostitutiva. La clausola in esame allora viene a trovarsi in contrasto con l'art. 46, comma 1, D.Lgs. 163/2006, che ha codificato il principio di tassatività delle clausole di esclusione, in quanto introduce in una procedura ad evidenza pubblica un adempimento a pena di esclusione non previsto come tale dal legislatore. La stessa, quindi, ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, ultimo periodo, D.Lgs. 163/2006, deve considerarsi nulla in parte qua e, pertanto, la sua violazione non può legittimare l'esclusione di un concorrente. Ne deriva allora che se la dichiarazione sostitutiva censurata, in realtà è stata debitamente sottoscritta con apposizione di un'unica sottoscrizione nell'ultima pagina, la stessa poteva essere considerata conforme alla normativa di settore e, quindi, l'esclusione della PA.MO. Costruzioni srl è illegittima.

Tutto ciò premesso e considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della PA.MO. Costruzioni srl sia illegittima, se la dichiarazione sostitutiva censurata è stata debitamente sottoscritta con apposizione di un'unica sottoscrizione nell'ultima pagina.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 ottobre 2013

Il Segretario Maria Esposito