

Parere n.178 del 6/11/2013

PREC 57/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da ZA.RA S.r.l. – Procedura aperta per l’affidamento di “Lavori di completamento dell’ammodernamento tratto da Km 4+400 fino all’abitato di Sciara e sistemazione di tratti adiacenti alla S.P. n. 21 di Sciara: B° San Giovanni – B° Serra” - Importo complessivo lordo €3.107.201,81 – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – S.A.: Provincia di Palermo.
Categorie a qualificazione obbligatoria – obbligo di subappalto

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

La società ZA.RA S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, ha presentato, in data 26/02/2013, l’istanza di parere in oggetto, con cui ha chiesto l’avviso dell’Autorità in merito alla propria esclusione dalla procedura bandita dalla Provincia di Palermo per l’affidamento dei lavori in epigrafe descritti. L’istante ha precisato che, in considerazione del fatto che le lavorazioni che fanno parte dell’intervento appartengono, come stabilito dal bando, alla Cat. OG3, Cl. IV *bis* (a qualificazione obbligatoria e subappaltabile nei limiti del 30 %) e alla Cat. OS12A Cl. II (a qualificazione obbligatoria e subappaltabile al 100 %), ha partecipato alla gara sotto forma di RTP di tipo orizzontale con la R2 Costruzioni S.r.l. in relazione alla Cat. OG3, dichiarando congiuntamente la volontà di subappaltare la Cat. OS12A. E’ stata però esclusa dalla gara con la seguente motivazione: << non ha dichiarato che deve obbligatoriamente subappaltare dette lavorazioni ad impresa qualificata, ma si è limitato a scrivere “... si riserva di subappaltare ... - Categoria OS12A...” rendendo non conforme a quanto richiesto dal punto III.2.3) Capacità tecnica del bando di gara e dal punto 4.I) del disciplinare di gara e tamquam non esset la medesima dichiarazione >>.

Secondo l’istante sussisterebbero nel caso in esame i presupposti per la riammissione in gara, atteso che, contrariamente a quanto assume la S.A., entrambe le imprese raggruppate hanno dichiarato di voler subappaltare.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 20 marzo 2013, la stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato, facendo leva sulla formulazione del bando, del disciplinare di gara e della modulistica allegata.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto in applicazione della *lex specialis*, laddove impone il possesso dei requisiti di qualificazione in relazione alle lavorazioni in appalto. In particolare, il bando di gara (punto II.2.1.), nel descrivere l’oggetto dello stipulando contratto, stabilisce che le lavorazioni di cui si compone l’intervento consistono nella prevalente OG 3, Cl. IV *bis*, e nella scorporabile OS 12-A, Cl. II, entrambe a qualificazione obbligatoria, delle quali la seconda ammessa al subappalto al 100 % con l’obbligo del subappalto ad impresa qualificata in caso di possesso dei requisiti solo per la prevalente. A sua volta, la norma del disciplinare di gara (4.I), parimenti richiamata in sede di esclusione, nel meglio definire l’onere dichiarativo dei concorrenti – statuendo la necessità di indicare quali lavorazioni, rispettivamente, si intende ovvero si deve, per mancanza delle relative qualificazioni, subappaltare o concedere a cottimo – precisa che “sarà motivo di esclusione la mancata presentazione della dichiarazione nel caso di categorie di lavori che il concorrente deve necessariamente subappaltare per mancanza di requisiti”. A fronte di tale chiara previsione di *lex specialis* risulta dagli atti della

gara acquisiti al procedimento di precontenzioso che l'impresa istante, che ha partecipato alla gara in RTI con la R2 Costruzioni, si è limitata a dichiarare che si riserva di subappaltare la lavorazione OS 12-A pur essendo sprovvista, ed è questo, oltre che pacifico, risultante *ex actis*, della relativa qualificazione (v. attestazione SOA n. 1547/68/07). La formula lessicale utilizzata, siccome palesemente dissonante da quella imposta dalla legge di gara, espressamente presidiata da sanzione escludente, non consente di apprezzare favorevolmente quanto dedotto dall'istante a proposito di una lettura sostanzialistica della domanda di partecipazione, non essendo dato evincere dalla dichiarazione rilasciata non solo la reale volontà di subappaltare ma la stessa consapevolezza della sua doverosità. Non può d'altro canto essere revocata in dubbio la presenza di una comminatoria di esclusione per l'ipotesi di una dichiarazione non conforme alla prescrizione di bando, la quale, invece, ad avviso di parte, sarebbe ipotizzabile soltanto per il caso di completa omissione della stessa. La *littera legis* della procedura depone nel senso di un'esplicitazione degli impegni assunti dall'impresa in sede di partecipazione alla gara la cui assenza, ovvero la cui non specifica e puntuale enucleazione, non può che indurre - come bene stabilito dal disciplinare - all'espulsione dalla procedura. Alla luce della formulazione sopra richiamata, l'esclusione in esame è da ritenere legittima. 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). Tanto più nel caso in esame in cui la disposizione sopra citata, da un lato, è formulata in termini letterali che non presentano profili di dubbio interpretativo, e, dall'altro, evidenzia in neretto che la prescrizione ivi contenuta è a pena di esclusione, con la conseguenza che tutti i concorrenti sono stati correttamente informati circa l'obbligo di presentare apposita domanda di partecipazione. Né appare possibile il ricorso all'istituto della c.d. integrazione documentale, non ricorrendone i presupposti oggettivi. Al riguardo occorre considerare che in virtù dell'art 46 del Codice degli appalti pubblici le stazioni appaltanti possono invitare i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in merito al contenuto dei soli "certificati, documenti e dichiarazioni presentati", ossia già allegati agli atti di gara, relativi al possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, mentre in ossequio al principio generale di *par condicio* dei concorrenti non possono consentire l'integrazione postuma di un documento assente, non trattandosi in tal caso di rimediare a vizi puramente formali (cfr. Avcp pareri n. 26 del 9.2.2011 e 67 del 7.4.2011, Cons. Stato, Sez. V, n. 5084 del 2.8.2010). La dichiarazione presentata nel caso di specie, siccome non rispondente a quanto preteso dalla legge di gara, non richiedeva pertanto l'acquisizione di chiarimenti per meglio lumeggiarne il significato intrinseco.

La infondatezza, sotto tal profilo, delle perplessità sollevate in questa sede non esonera però l'Autorità dal verificare la compatibilità della previsione della legge di gara rispetto al principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006. Tale norma, introdotta dall'art. 4, comma 2, lett. d), n. 2), D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla L. 12 luglio 2011, n. 106 esattamente prevede che "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e 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 o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle". Il principio di tassatività delle cause di esclusione è valorizzato in giurisprudenza, ritenendo che "la causa dell'esclusione del concorrente deve essere tassativamente prevista da norme primarie ovvero dal regolamento attuativo del Codice dei contratti pubblici e ciò in omaggio

al principio del *favor participationis*” (cfr. T.A.R. Roma Lazio sez. II, 19 aprile 2013, n. 3983). La particolare rilevanza dell'intervento del legislatore ha indotto l'Autorità a formulare talune riflessioni sui suoi possibili risvolti applicativi con la Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, evidenziando che la norma in questione va letta alla luce degli artt. 73 e 74 del Codice, laddove prevedono il contenuto delle domande e delle offerte e, con specifico riferimento al subappalto (par. 8), stabilendo che “qualora il bando di gara preveda, fra le categorie scorporabili e subappaltabili, categorie a qualificazione obbligatoria ed il concorrente non sia in possesso delle corrispondenti qualificazioni oppure, in alternativa, non abbia indicato nell'offerta l'intenzione di procedere al loro subappalto, la stazione appaltante deve disporre l'esclusione dalla gara in quanto, in fase di esecuzione, lo stesso, qualora aggiudicatario, non potrebbe né eseguire direttamente le lavorazioni né essere autorizzato a subappaltarle”.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione, pertanto, non esclude che la S.A. possa prevedere specifiche fattispecie escludenti, che si correlino all'esigenza di assicurare il corretto andamento della procedura di gara, sia pure nel rispetto del principio di proporzionalità, ponendosi al più l'onere del *clare loqui* che impone di evidenziare in modo inequivoco gli adempimenti a pena di esclusione. Orbene, la previsione di *lex specialis* nel caso di specie violata riflette l'esigenza di garantire, comunque, che le imprese prive di qualificazione ma che si siano avvalse del subappalto siano contemplate tra quelle ammesse alla gara, obiettivo che si è prefisso il disciplinare nel prescrivere la dichiarazione in questione. La giurisprudenza, con riferimento ad una vicenda del tutto analoga a quella in esame, ha conformemente osservato che “la previsione del bando, quanto al contenuto della dichiarazione, distingue la subappaltabilità delle opere per le quali l'impresa esecutrice di lavori pubblici è in possesso della relativa qualificazione da quelle, sempre subappaltabili, per le quali non si rinviene una specifica qualificazione: l'utilizzo dei due diversi verbi "intende" e "deve", in relazione alle due diverse ipotesi, risponde all'esigenza di far sì che nel primo caso, essendo in possesso della qualificazione e, dunque, potendovi provvedere direttamente, l'impresa può liberamente scegliere di non subappaltare le lavorazioni inerenti alla medesima categoria, mentre con riferimento alle lavorazioni per le quali essa non è in possesso della qualificazione, l'assunzione di un formale impegno, irrevocabile, a subappaltare, risponde all'esigenza dell'amministrazione di garantire che comunque quelle opere non realizzabili direttamente dall'impresa partecipante alla gara (per mancanza di qualificazione) siano - con certezza - realizzate” (cfr. T.A.R. Sicilia Palermo Sez. III, 1° aprile 2010, n. 4471). Tale orientamento è stato confermato dal Giudice d'appello (cfr. CGA, 30 dicembre 2010, n. 1515) che, pronunciando sul gravame avverso la succitata sentenza, ha ritenuto che il rispetto della *lex specialis* della procedura dovesse essere valutato con riferimento anche all'affidamento (legittimo) riposto dalle imprese concorrenti sul modello di dichiarazione allegato al bando ed al disciplinare, nel senso che se viene resa una dichiarazione erronea, predisposta (come tale) dall'Amministrazione che bandisce la gara e pedissequamente riprodotta da un concorrente, essa non può determinare l'illegittimità dell'ammissione di quest'ultimo: circostanza in fatto, questa, che non viene in rilievo nel caso di specie, come evidenziato dalla stessa S.A. nella sua memoria di controdeduzioni. Va conclusivamente rilevata l'evidente difformità della dichiarazione rilasciata dalla Z.A.R.A. s.r.l. rispetto a quanto ineludibilmente richiesto dalla legge di gara in punto di subappalto delle lavorazioni non coperte dai requisiti di qualificazione, in quanto tale meritevole della disposta esclusione.

In base a quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione del raggruppamento facente capo alla Z.A.R.A S.r.l. sia conforme alla normativa di settore ed alla *lex specialis*.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia Sergio Gallo
Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 novembre 2013
Il Segretario Maria Esposito