

Parere n.181 del 6/11/2013

PREC 113/13/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Lariano – “Servizio di trasporto scolastico” – Importo a base d’asta €517.550,00 S.A.: Comune di Lariano

Artt. 38 e 46 D.Lgs. n.163/2006 – Requisiti di ordine generale – Omessa dichiarazione del Direttore tecnico ed esercizio del “potere di soccorso”

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 30.04.2013 è pervenuta l’istanza in epigrafe con la quale il Comune di Lariano, con riferimento alla procedura aperta indetta per la concessione del servizio di trasporto scolastico anni 2013-2018, ha dedotto che la Commissione di gara, all’esito dell’apertura delle offerte dei n.6 partecipanti, ha rilevato, con riferimento all’istanza di partecipazione dell’impresa Servizi e Trasporti locali s.r.l., l’allegazione della dichiarazione *ex* art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 solamente da parte del legale rappresentante dell’impresa, firmatario del modulo – Allegato A del Bando di gara, ma non anche da parte del Direttore tecnico, pur essendo stato indicato il Sig. Orfeo Giustino quale responsabile tecnico.

Nella seduta del 22.04.2013 la Commissione ha comunicato “di volere escludere la Ditta Servizi e Trasporti locali s.r.l. per mancanza della dichiarazione in ordine ai requisiti di moralità del direttore tecnico” e il rappresentante dell’impresa ha eccepito che tale dichiarazione non era prevista a pena di esclusione dal bando di gara né nella modulistica allegata allo stesso.

Il Comune ha quindi richiesto parere a questa Autorità in merito all’ambito soggettivo di applicazione dell’art. 38 succitato ed alla possibilità di fare ricorso nel caso di specie all’art.46, c.1 del Codice dei contratti, che consente la regolarizzazione documentale.

La società Servizi e Trasporti locali s.r.l. e il Comune di Lariano sono stati formalmente avvisati dell’istruttoria con nota di questa Autorità in data 29.05.2013.

Con nota del 3.06.2013 la società ha richiamato l’art.10 comma 1 “Modalità di presentazione dell’offerta – documentazione amministrativa” del bando di gara e il modulo – Allegato 1, evidenziando che tra i documenti da presentare, a pena di esclusione, non è prevista la dichiarazione dei requisiti morali da parte del Direttore tecnico.

Ha poi aggiunto che la dichiarazione prodotta dall’amministratore unico e legale rappresentante dell’impresa è unica e omnicomprensiva, poiché nella stessa si dichiara che la Ditta non si trova in nessuna delle situazioni di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti previste dall’art. 38 succitato, e di non annoverare nel proprio organico amministratori o direttori tecnici cessati dalla carica nell’ultimo anno.

L’esclusione sarebbe quindi illegittima per violazione dell’art. 46, c.1, sopra richiamato, che consentirebbe in ogni caso ai concorrenti di completare o chiarire il contenuto delle dichiarazioni allegate all’offerta, soprattutto quando nella sostanza non emerge l’esistenza di precedenti penali incidenti sulla moralità professionale e non dichiarati in sede di offerta.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all’Autorità riguarda l’affidamento del “Servizio di trasporto scolastico”, ed in particolare la legittimità o meno dell’esclusione dell’impresa Servizi e Trasporti locali s.r.l. per la mancata allegazione della dichiarazione *ex* art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 del Direttore tecnico, in assenza di una esplicita previsione della *lex specialis* di gara, nonché la possibilità o meno di

esercitare il “potere di soccorso istruttorio” di cui all’art.46 del Codice dei contratti.

Si richiama la Determinazione n. 4/2012 in cui, con riferimento ai “Requisiti di partecipazione”, al punto 2, si è rilevato che “Costituisce causa di esclusione la mancanza di uno dei requisiti soggettivi di cui all’art. 38 del Codice, a prescindere dalle indicazioni riportate nel bando di gara (cfr., ex multis, Cons. St., sez.III, n.2557 del 4 maggio 2012)... Stante il chiaro disposto normativo, deve quindi ritenersi che, oltre all’ipotesi di falsità, l’omissione o l’incompletezza delle dichiarazioni da rendersi ai sensi dell’art. 38 da parte di tutti i soggetti ivi previsti costituiscono, di per sé, motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica anche in assenza di una espressa previsione del bando di gara (ex multis, parere AVCP 16 maggio 2012, n.74 e Cons. St., sez.III, 3 marzo 2011, n.1371). Tuttavia, secondo la più recente giurisprudenza, nell’ipotesi in cui la stazione appaltante abbia predisposto moduli per l’attestazione dei requisiti di partecipazione, eventuali omissioni o errori non potrebbero riverberarsi a danno dei concorrenti che hanno fatto affidamento sulla correttezza ed esaustività del modello predisposto dall’amministrazione (Cons. St., sez.V, sentenza 22 maggio 2012, n. 2937): in tale ipotesi, all’esito di una attenta analisi del caso concreto, si può valutare l’ammissibilità di una eventuale regolarizzazione”.

Si richiama inoltre il parere di questa Autorità n. 74 del 16.05.2012 (che riguarda un caso analogo), in cui si è evidenziato quanto segue: “Occorre, inoltre considerare che, per espressa disposizione legislativa, le cause di esclusione di cui alle lettere b) e c) dell’art. 38, comma 1 del D.Lgs. 163/2006 operano sia con riferimento al titolare dell’impresa individuale o al socio della società in nome collettivo o al socio accomandatario della società in accomandita semplice o agli amministratori muniti di potere di rappresentanza se si tratta di altro tipo di società, sia con riferimento ai direttori tecnici dei predetti soggetti...Secondo un costante orientamento giurisprudenziale, infatti, indipendentemente dalla presenza di un espresso riscontro nella normativa di gara, l’operatività dell’art. 38, globalmente inteso, deve ammettersi in virtù della dovuta etero integrazione delle disposizioni del bando di gara, concernenti il contenuto delle offerte, con le prescrizioni legislative di natura obbligatoria e tassativa contenute nel Codice dei Contratti pubblici (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez.III, 29 novembre 2010, n.2734). Ciò in forza del generale principio della necessaria etero integrazione della lex specialis con le norme di legge di natura imperativa aventi un chiaro contenuto di ordine pubblico, cui la Stazione appaltante non può derogare (cfr. in tal senso, Cds, sez.V, 24 gennaio 2007, n.256)...

Quanto all’invocata possibilità di consentire una successiva integrazione documentale, la stessa è da ritenersi esclusa, non essendo consentito per evidenti ragioni di ordine pubblico e di tutela della par condicio considerare la rilevata omissione alla stregua di una mera incompletezza sanabile con una dichiarazione postuma.

Né in senso diverso può concludersi facendo riferimento alle modifiche di recente introdotte all’articolo 46 del D.Lgs. n.163/2006. Se è vero, per un verso, che il legislatore ha introdotto il comma 1 bis all’articolo 46 del D.Lgs. n. 163/2006 rendendo esplicito l’intento di ampliare il campo di operatività del “soccorso” e riducendo le ipotesi di esclusione dalla gara, è pur vero che non ogni mancanza potrà essere regolarizzata soprattutto nel caso in cui ciò dovesse tradursi in una alterazione della regola della par condicio.

Del resto il comma 1 bis dell’art.46 citato statuisce 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...” e certamente l’obbligo dichiarativo di cui all’art.38 può farsi rientrare tra le prescrizioni del Codice dei Contratti Pubblici la cui violazione determina esclusione dalla procedura di gara”.

Sotto altro profilo, appare corretto il riferimento della Commissione di gara nel verbale n.2 del 22.04.2013 alla pronuncia del Consiglio di Stato n. 2820 del 17.05.2012, in ordine alla equiparazione del responsabile tecnico al direttore tecnico, per ciò che in questa sede rileva. Tanto considerato, alla luce del quadro normativo di riferimento, come interpretato dalla giurisprudenza e da questa Autorità, si ritiene che nel caso di specie la dichiarazione ex art.38 succitata doveva obbligatoriamente essere resa anche dal Direttore tecnico dell’impresa, pena

l'esclusione dalla procedura di gara in questione, non potendo la Stazione appaltante consentire l'integrazione documentale successiva, non ricorrendo i presupposti per invocare il cd. "soccorso istruttorio" di cui all'art.46 succitato.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

-che sia legittima l'esclusione della Servizi e Trasporti locali s.r.l. dalla procedura in oggetto, per la mancata allegazione della dichiarazione ex art.38 D.Lgs. n.163/2006 del Direttore tecnico.

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