

## **Parere n.113 del 21/05/2014**

### **PREC 303/13/L**

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex< articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalla ISOR Costruzioni s.r.l., dalla Progresso Group s.r.l. e dal Comune di Piazza Armerina – “Lavori di ammodernamento della via Manzoni – ingresso sud dell’abitato di Piazza Armerina”– Importo a base di gara euro 447.000,00 – S.A.: Comune di Piazza Armerina.

**art. 38 del Codice – dichiarazione sull’insussistenza di cause d’esclusione.**

**art. 46, comma 1-bis del Codice – esclusione per mancata dichiarazione d’impegno al rispetto dei protocolli di legalità.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

Con bando pubblicato il 31 maggio 2013, il Comune di Piazza Armerina ha indetto una procedura aperta per l’appalto dei lavori di ammodernamento della via Manzoni, di importo a base di gara pari ad euro 447.000,00 da aggiudicarsi al massimo ribasso.

Pervenute 235 offerte, nelle prime sette sedute di gara il responsabile del procedimento ha verificato la regolarità della documentazione amministrativa prodotta da ciascun concorrente, ha richiesto le opportune integrazioni ed ha deliberato le conseguenti esclusioni. Nella seduta del 12 agosto 2013 sono state aperte le buste contenenti le offerte economiche, è stata calcolata la soglia aritmetica di anomalia e sono state escluse le offerte anormalmente basse, ai sensi dell’art. 122, nono comma, del Codice dei contratti pubblici. Le migliori offerte non anomale sono risultate (con l’identico ribasso del 30,1985%) quelle della società Progresso Group s.r.l. e dell’impresa Spada Costruzioni. Nella seduta del 19 agosto 2013, la Progresso Group s.r.l. è stata sorteggiata e dichiarata aggiudicataria provvisoria.

Con provvedimento del 16 settembre 2013, in accoglimento della diffida stragiudiziale notificata dalla Spada Costruzioni, il Comune ha deliberato in autotutela l’esclusione della Progresso Group s.r.l. (motivata in relazione all’incompletezza della dichiarazione resa dalla società ai sensi dell’art. 38 del Codice).

In seguito, è pervenuta al Comune la diffida stragiudiziale della società ISOR Costruzioni s.r.l., volta a dimostrare l’illegittimità dell’ammissione di dieci concorrenti, ai quali sarebbe stato consentito di integrare la documentazione amministrativa incompleta in asserita violazione delle clausole del disciplinare di gara che ne prescrivevano la presentazione a pena d’esclusione. Ove detti concorrenti fossero stati esclusi, il calcolo della soglia di anomalia avrebbe determinato un risultato differente e l’aggiudicazione dell’appalto alla ISOR Costruzioni s.r.l. (con il ribasso del 30,2014%), secondo quanto prospettato nell’atto di diffida.

Con provvedimento del 26 novembre 2013, il Comune ha respinto l’istanza di autotutela e confermato la regolarità della posizione dei dieci concorrenti (di cui meglio si dirà infra).

Nella seduta pubblica del 3 dicembre 2013, il Comune ha deciso di sospendere la procedura al fine di richiedere all’Autorità l’espressione del parere di precontenzioso in ordine alle questioni prospettate dalle imprese concorrenti.

Frattanto, anche la ISOR Costruzioni s.r.l. (in data 3 dicembre 2013) e la Progresso Group s.r.l. (in data 11 dicembre 2013) hanno presentato all’Autorità formale istanza di precontenzioso.

Le tre separate istanze di parere devono essere riunite per evidenti ragioni di connessione. I quesiti sottoposti dalle parti all’Autorità possono essere così riassunti:

**A)** se debba essere esclusa l’aggiudicataria provvisoria Progresso Group s.r.l., per non aver dichiarato l’acquisizione della ditta Fallea Gaetano (con rogito del 5 luglio 2013) e l’insussistenza

di cause di esclusione in capo agli amministratori dell'azienda acquisita, nonché per aver presentato una dichiarazione incompleta in ordine all'assenza di precedenti penali in capo ai propri amministratori ai sensi dell'art. 38, primo comma – lett. c), del Codice;

**B)** se debbano essere esclusi i dieci concorrenti (Edilcompatti s.r.l., Impresa Bellia Salvatore, Valenza Costruzioni s.r.l., SA.G. Costruzioni s.a.s., UE Appalti s.r.l., GNS Costruzioni Generali s.r.l., L.P. Costruzioni s.a.s., M.P. Costruzioni s.r.l., Eurostrade s.r.l., Impresa Di Giorgio Filippo) ai quali la stazione appaltante ha consentito di integrare le dichiarazioni incomplete in ordine all'insussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 38 del Codice, in ordine all'impegno a prestare garanzia nella forma prescritta dall'art. 11 del Regolamento regionale n. 13 del 2012, in ordine al rispetto del protocollo di legalità "Carlo Alberto dalla Chiesa" di cui alla circolare della Regione Sicilia n. 593 del 2006.

Con nota del 18 dicembre 2013, l'Autorità ha comunicato l'avvio del procedimento alla stazione appaltante ed alle imprese interessate (ISOR Costruzioni s.r.l., Progresso Group s.r.l., Spada Costruzioni), che hanno fatto pervenire memorie e documenti.

### **Ritenuto in diritto**

I quesiti all'esame dell'Autorità riguardano l'ammissione dell'aggiudicataria provvisoria Progresso Group s.r.l. e, al contempo, l'ammissione dei sunnominati dieci concorrenti non aggiudicatari, alla luce delle plurime contestazioni mosse rispettivamente dall'impresa Spada Costruzioni (contro la Progresso Group s.r.l.) e dalla ISOR Costruzioni s.r.l. (contro i dieci concorrenti ai quali è stata consentita l'integrazione documentale in corso di gara).

**A)** La posizione della Progresso Group s.r.l. è stata censurata dall'impresa Spada Costruzioni, prima classificata ex aequo e soccombente nel sorteggio, in quanto:

- nella domanda di partecipazione non sarebbe stata dichiarata l'acquisizione della ditta Fallea Gaetano, effettuata con contratto del 5 luglio 2013, e di conseguenza non sarebbe stata attestata l'assenza di cause di precedenti penali a carico degli amministratori dell'azienda acquisita;
- in ogni caso, sarebbe stata allegata una dichiarazione incompleta circa l'assenza di precedenti penali in capo agli amministratori in carica, ai sensi dell'art. 38, primo comma – lett. c), del Codice.

Ad avviso dell'Autorità, entrambi i motivi sono infondati.

Quanto al primo, va rilevato che il paragrafo 4.13 del disciplinare di gara prescriveva, a pena d'esclusione, di inserire nella busta "A" una dichiarazione sostitutiva riguardante gli amministratori, i soci ed il direttore tecnico nominativamente indicati, con l'obbligo di specificare "... inoltre se nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara l'impresa concorrente sia stata interessata o meno da fusione, incorporazione o acquisizione totale o parziale a qualsiasi titolo di altra impresa" e con l'obbligo di indicare, in caso affermativo, i dati identificativi dell'azienda acquisita ed i nominativi dei suoi amministratori, soci e direttore tecnico.

E' provato che la Progresso Group s.r.l. ha acquistato l'impresa individuale Fallea Gaetano, con contratto del 5 luglio 2013, ma nella domanda di partecipazione spedita al Comune di Piazza Armerina in data 4 luglio 2013 non ha fatto cenno a tale acquisizione (che sarebbe stata effettuata il giorno seguente), né ha integrato la dichiarazione prima della scadenza fissata dal bando per la presentazione delle offerte (al giorno 8 luglio 2013).

La sua dichiarazione non può considerarsi reticente, come erroneamente ritenuto dal Comune in sede di autotutela. Il disciplinare di gara prescriveva, infatti, di dare notizia dei trasferimenti e delle acquisizioni d'azienda "nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara" e cioè dei contratti stipulati fino al 31 maggio 2013.

La giurisprudenza ha chiarito che, in presenza di interpretazioni oscillanti circa l'ampiezza dell'onere dichiarativo discendente dall'art. 38, secondo comma, del Codice dei contratti pubblici ed in assenza di una puntuale prescrizione del bando gara, non può essere escluso il concorrente che abbia omesso la dichiarazione riferita agli amministratori della società che ha ceduto il ramo d'azienda ovvero ha preso parte al procedimento di fusione o incorporazione societaria, potendo

provvedersi all'esclusione solo ove vi sia la prova che, nella sostanza, gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012 n. 10; Id., ad. plen., 7 giugno 2012 n. 21).

Nella specie, la Progresso Group s.r.l. si è attenuta a quanto disposto dal disciplinare di gara, che in nessuna parte imponeva di segnalare eventuali atti d'acquisto di azienda posteriori alla data del 31 maggio 2013.

Resta fermo, naturalmente, il dovere della stazione appaltante di accertare d'ufficio l'assenza di precedenti penali e di altri motivi di esclusione a carico degli amministratori dell'impresa Fallea Gaetano, in ossequio all'interpretazione estensiva dell'ambito di operatività dei requisiti morali di cui all'art. 38, primo comma, del Codice affermata dalla giurisprudenza amministrativa, in presenza di operazioni di fusione societaria e di trasferimento d'azienda.

Il secondo motivo attiene all'asserita difformità della dichiarazione della Progresso Group s.r.l. rispetto a quanto prescritto dal paragrafo 4.1 del disciplinare di gara, in base al quale il concorrente "dichiara, indicandolo specificamente, di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis), m-ter), m-quater) del Codice Appalti".

La difformità risiederebbe nel fatto che le dichiarazioni sottoscritte dagli amministratori dell'aggiudicataria rechino erroneamente la semplice ricopiatura del primo comma – lett. c), secondo periodo, dell'art. 38, vale a dire dell'inciso "è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18", senza esplicita assunzione di responsabilità circa l'effettiva assenza di precedenti penali ostativi alla partecipazione.

Si tratta, in realtà, di un evidente errore formale nella compilazione della dichiarazione sostitutiva, che tuttavia è stata validamente resa nel suo nucleo essenziale da tutti i soggetti tenuti ed appare senz'altro suscettibile di integrazione, ai sensi dell'art. 46, primo comma, del Codice dei contratti pubblici. Ciò anche in ossequio al principio frequentemente ribadito dalla giurisprudenza, secondo cui non è consentita l'esclusione del concorrente che sia incorso in imprecisione o incompletezza della domanda, quando gli atti tempestivamente prodotti e già in possesso dell'amministrazione costituiscano ragionevole indizio del possesso del requisito di partecipazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2006 n. 1068; Id., sez. V, 4 febbraio 2004 n. 364; Id., sez. V, 4 luglio 2002 n. 3685). Per quanto detto, la Progresso Group s.r.l. non doveva essere esclusa dalla gara in epigrafe.

**B)** Va ora esaminata l'istanza avanzata dalla ISOR Costruzioni s.r.l., nella quale si afferma che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente consentito l'integrazione delle dichiarazioni prodotte da dieci imprese (Edilcompatti s.r.l., Impresa Bellia Salvatore, Valenza Costruzioni s.r.l., S.A.G. Costruzioni s.a.s., UE Appalti s.r.l., GNS Costruzioni Generali s.r.l., L.P. Costruzioni s.a.s., M.P. Costruzioni s.r.l., Eurostrade s.r.l., Impresa Di Giorgio Filippo), in violazione di quanto previsto a pena d'esclusione dalla lex specialis di gara e più precisamente:

- dal paragrafo 4.1 del disciplinare di gara, già richiamato supra, ai cui sensi il concorrente "dichiara, indicandolo specificamente, di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis), m-ter) ed m-quater) del Codice Appalti";

- dal paragrafo 4.7 del disciplinare di gara, ai cui sensi il concorrente "dichiara, con riferimento all'art.11, comma 3, lettera a) del Regolamento approvato con Decreto Presidenziale 31 gennaio 2012, n. 13 di impegnarsi a fornire la garanzia nella misura e con le modalità ivi previste";

- dal paragrafo 9 del disciplinare di gara, ai cui sensi il concorrente deve allegare la "dichiarazione ai sensi del protocollo di legalità 'Carlo Alberto Dalla Chiesa' e della circolare n. 593 del 31 gennaio 2006 dell'Assessore Regionale per i Lavori Pubblici".

Per i primi due profili, l'istanza non può essere accolta.

Si è già visto che il paragrafo 4.1 del disciplinare di gara prescriveva genericamente di attestare l'assenza di cause di esclusione, ai sensi dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici. In proposito,

il responsabile del procedimento ha legittimamente consentito a taluni concorrenti di specificare le rispettive dichiarazioni, nelle quali si dava atto "...di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis), m-ter) ed m-quater del Codice Appalti" senza la pedissequa ed integrale riproduzione del testo della norma. Anche in tal caso, le dichiarazioni erano omnicomprensive e sostanzialmente idonee a soddisfare la previsione della *lex specialis*, giacché escludevano l'esistenza di qualsivoglia causa ostativa alla partecipazione. La giurisprudenza amministrativa, al riguardo, ha ripetutamente affermato che quando il bando di gara faccia sintetico riferimento all'art. 38 del Codice, la dichiarazione resa dai concorrenti, anche se eventualmente incompleta, non può assumersi come mancanza del relativo requisito di partecipazione e, dunque, come causa di esclusione (così, tra molte: TAR Puglia, Bari, sez. I, 3 aprile 2013 n. 467; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 6 marzo 2012 n. 1119).

Quanto, invece, all'impegno a prestare la garanzia definitiva nella forma prescritta dall'art. 11 del Regolamento regionale n. 13 del 2012 (secondo il quale i bandi di gara devono prevedere che "nel caso in cui il ribasso offerto dall'impresa aggiudicataria sia superiore al 20% della base d'asta, la garanzia per la parte che ecceda tale percentuale deve essere fornita, per almeno la metà del suo ammontare, in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero mediante fidejussione bancaria"), la clausola del disciplinare di gara deve essere giudicata nulla e disapplicata, nella parte in cui commina l'esclusione per la mancata sottoscrizione di siffatto impegno, per violazione del comma 1-bis dell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, ai cui sensi le stazioni appaltanti possono escludere i concorrenti soltanto in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dallo stesso Codice, dal Regolamento o 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.

La previsione, espressione del principio generale del favor participationis ed applicabile anche alle gare sottosoglia, in virtù del rinvio generico contenuto nell'art. 121 dello stesso Codice, vieta di sanzionare con l'esclusione qualsivoglia carenza formale riscontrata nella documentazione prodotta dai concorrenti, dovendo in ogni caso la stazione appaltante consentire le necessarie integrazioni, anche disapplicando, ove occorra, le clausole del bando che eventualmente dispongano in senso contrario.

Dunque, è evidente che nella fattispecie il Comune di Piazza Armerina non poteva comminare l'esclusione, per l'asserita violazione di un onere formale estraneo alla normativa statale, ed al più doveva richiedere al concorrente aggiudicatario di integrare la garanzia secondo le modalità prescritte dal disciplinare di gara.

Al riguardo, l'Autorità ha già avuto modo di affermare (cfr. A.V.C.P., parere 23 febbraio 2012 n. 20; Id., parere 27 giugno 2012 n. 101; Id. parere 19 luglio 2012 n. 117) che l'art. 46 del Codice, nella sua nuova formulazione che sancisce il principio di tipicità delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, rientra tra le norme di principio della materia, a tutela della concorrenza e della libertà di circolazione e di stabilimento, nonché tra le norme fondamentali delle riforme economico-sociali, e come tale è destinato a prevalere sulle normative regionali difformi, anche con riguardo alla Regione Sicilia (si veda, per la giurisprudenza costituzionale: Corte cost., 7 aprile 2011 n. 114; Id., 12 febbraio 2010 n. 45, ove si riconosce ai principi desumibili dal Codice la natura di norme fondamentali di riforme economico-sociali della Repubblica, come tali costituenti limite alla potestà legislativa primaria delle Regioni a statuto speciale, segnatamente per quelle disposizioni che attengono alla scelta del contraente, alle procedure di affidamento ed al perfezionamento del vincolo negoziale).

Ne discende, per i primi due profili denunciati dalla ISOR Costruzioni s.r.l., la legittimità del soccorso istruttorio praticato dal Comune in favore delle ditte concorrenti.

Ad opposta conclusione deve giungersi, invece, per la posizione dei concorrenti (S.A.G.

Costruzioni s.a.s., L.P. Costruzioni s.a.s.) che avrebbero del tutto omesso di dichiarare l'impegno al

rispetto del protocollo di legalità “Carlo Alberto dalla Chiesa” di cui alla circolare della Regione Sicilia n. 593 del 2006, contravvenendo a quanto richiesto a pena d’esclusione dal paragrafo 9 del disciplinare di gara.

Come è noto, i cosiddetti protocolli di legalità sanciscono un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell’esecuzione di un contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa e per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro. Con i protocolli, le amministrazioni assumono di regola l’obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l’accettazione preventiva ed espressa da parte degli operatori economici di determinate clausole, che rispecchiano le finalità di prevenzione indicate.

Così, l’Autorità ha affermato in via generale che la previsione dell’accettazione dei protocolli di legalità e dei patti di integrità quale possibile causa di esclusione sia tuttora consentita e conforme al principio di tassatività di cui all’art. 46 del Codice dei contratti pubblici, in quanto tali mezzi sono posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e gli obblighi in tal modo assunti discendono dall’applicazione di norme imperative di ordine pubblico, con particolare riguardo alla legislazione in materia di prevenzione e contrasto della criminalità organizzata nel settore degli appalti: mediante l’accettazione delle clausole sancite nei protocolli di legalità, al momento della presentazione dell’offerta, l’impresa accetta regole che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono, in caso di violazione, sanzioni di carattere patrimoniale oltre alla conseguenza, comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara (cfr. A.V.C.P., determinazione 10 ottobre 2012 n. 4 e la giurisprudenza ivi richiamata).

Da ultimo, proprio con riferimento a fattispecie identica a quella in esame, la giurisprudenza ha ribadito che una siffatta causa di esclusione può legittimamente essere contemplata dal disciplinare di gara, senza che ciò dia luogo a violazione dell’art. 46, comma 1-*bis*, del Codice, in quanto essa trova oggi fondamento e copertura normativa nell’art. 1, comma 17, della legge n. 190 del 2012 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione), ai cui sensi “le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere d’invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara”, norma quest’ultima che va interpretata nel senso di consentire l’imposizione della preventiva accettazione dei protocolli, con apposita dichiarazione da allegare agli atti di gara a pena d’esclusione, per la quale la stazione appaltante neppure potrebbe ricorrere al soccorso istruttorio in favore dei concorrenti a ciò inadempienti (così TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 25 febbraio 2014 n. 568, alla cui ampia motivazione si rinvia). Per quanto detto, deve giudicarsi illegittima l’ammissione *dei concorrenti che non hanno* dichiarato, in sede di domanda, l’impegno al rispetto del protocollo di legalità “Carlo Alberto dalla Chiesa”.

Il Comune di Piazza Armerina dovrà, pertanto, disporre la loro esclusione e rideterminare la soglia aritmetica di anomalia delle offerte, al fine di individuare l’impresa aggiudicataria.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, in relazione alla gara in epigrafe:

**A)** che non ricorrono i presupposti per l’esclusione della Progresso Group s.r.l. (per l’incompleta dichiarazione circa l’acquisizione della ditta Fallea Gaetano e circa l’assenza di precedenti penali in capo ai propri amministratori);

**B)** che non devono essere esclusi i concorrenti che hanno allegato dichiarazioni incomplete in ordine all’insussistenza delle cause di esclusione previste dall’art. 38 del Codice ed in ordine all’impegno a prestare garanzia nella forma prescritta dall’art. 11 del Regolamento regionale n. 13

del 2012; che viceversa devono essere esclusi i concorrenti che non hanno sottoscritto l'impegno al rispetto del protocollo di legalità "Carlo Alberto dalla Chiesa".

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 giugno 2014

Il Segretario: Maria Esposito