

## **Parere n.124 del 06/06/2014**

### **PREC 68/14/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Impresa SIR srl – Procedura aperta per l'affidamento di “Lavori di messa in sicurezza *ex* discarica in località Marasculi” – Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: €802.580,83 – S.A.: Comune di Taurisano.

### **Obblighi dichiarativi dei soggetti cessati dalla carica.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

La società SIR srl ha presentato, in data 10 marzo 2014, l'istanza di parere in oggetto, con cui ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla propria esclusione dalla procedura attivata dal Comune di Taurisano. L'istante ha precisato di essere stata esclusa per non aver prodotto la dichiarazione relativa ai soggetti cessati dalla carica, in asserita applicazione del punto VI. 3) del bando di gara. Secondo la SIR srl sussisterebbero i presupposti per la riammissione in gara, in quanto la prescritta dichiarazione è stata resa dal legale rappresentante della Società, indicando, dell'unico soggetto cessato dalle cariche nell'ultimo anno (sig. Salvatore Roma), il nominativo, le generalità e quant'altro necessario affinché la Stazione appaltante potesse effettuare tutte le verifiche del caso. A riscontro dell'istruttoria procedimentale, condotta da questa Autorità con nota del 31 marzo 2014, la stazione appaltante, con memoria pervenuta l'8 aprile 2014, ha confermato la correttezza del proprio operato, evidenziando la necessità dell'obliterata dichiarazione alla luce dell'applicata previsione di bando - punto VI.3) Informazioni complementari, lett. g), ultimo periodo - dichiarazione che poteva essere rilasciata opportunamente modificando i modelli predisposti per agevolare la domanda di partecipazione alla gara e contenenti l'espressa avvertenza che non costituiscono *lex specialis*. Con memoria pervenuta in data 9 aprile 2014, la società istante insiste per la illegittimità dell'avversata esclusione, assumendo che la formulazione dei modelli predisposti dalla SA sarebbe tale da indurre in errore nella formulazione della domanda di partecipazione alla gara

### **Ritenuto in diritto**

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto in applicazione della *lex specialis* ed in particolare dal punto VI.3) Informazioni complementari, lett. g), ultimo periodo.

Al fine di dirimere la questione, occorre prendere le mosse proprio dall'analisi della disciplina di gara.

Il bando dispone che << Le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1 lett. a) b) e c), devono essere rese anche dai soggetti previsti dall'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del “Codice dei contratti” >> di guisa che, avuto riguardo alla formula di tali disposizioni, “anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara” (cfr. art. 38, comma 1, lett. c). Orbene, la domanda di partecipazione della SIR sarebbe risultata incompleta, a parere della SA, in quanto il legale rappresentante della ditta, in riferimento alla posizione del sig. Salvatore Roma, si è limitato a dichiarare soltanto che in capo al soggetto medesimo, secondo quanto previsto dalla lett. c) del citato articolo, “non è stata pronunciata alcuna sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale”. La

dichiarazione rilasciata avrebbe pertanto contenuto parziale non riportando anche quanto richiesto dall'art. 38 lett. a) ("che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui *all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni") e b) ("nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui *all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575...*").

Orbene, la disposta esclusione, conformemente a quanto denunciato dall'istante, non è legittima. Invero, la formulazione della ridetta previsione di *lex specialis* presenta, in primo luogo, una formulazione distonica rispetto a quanto statuito dalla normativa di cui al Codice dei contratti pubblici, attraverso l'ampliamento del contenuto della dichiarazione richiesta per i soggetti cessati dalla carica, e questo non è di poco momento in ragione del principio di tassatività delle fattispecie di esclusione. Infatti, 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, ritenendosi 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 però talune riflessioni sui suoi possibili risvolti applicativi, con la Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, evidenziandosi che la norma in questione va letta alla luce degli artt. 73 e 74 del Codice, laddove prevedono che "le domande di partecipazione e le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare il candidato ed il suo indirizzo, nonché la procedura a cui la domanda di partecipazione si riferisce; esse sono, inoltre, corredate dei documenti prescritti dal bando; le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'oneri e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l'offerente ed il suo indirizzo, nonché la procedura cui si riferiscono, le caratteristiche ed il prezzo della prestazione offerta, unitamente alle dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione". 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 ovvero la utilità dell'offerta, 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, nel caso di specie la SA, anche nel corso del presente procedimento di precontenzioso, non ha rappresentato quali particolari ragioni abbiano indotto all'inasprimento dell'obbligo dichiarativo contemplato dal citato art. 38, richiedendo che la dichiarazione relativa ai soggetti cessati dalla carica ricomprendesse anche le condizioni di cui alle lett. a) e b), oltre a quella di cui alla lett. c) espressamente contemplata dal più volte citato art. 38.

A ciò deve aggiungersi, come evidenziato dall'istante nella sua memoria illustrativa, che il modello B, predisposto dalla SA per la formulazione della domanda di gara, non recava alcun riferimento alle fattispecie di cui alle lett.a) e b) dell'art. 38, richiedendo pertanto una dichiarazione relativa ai soggetti cessati dalla carica che riguardasse le sole sentenze di condanna. L'Autorità (Cfr. Avcp, Parere n.54 del 23.04.2013; Parere n. 118 del 17/07/2013) ha già avuto occasione di condividere l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui l'esigenza di apprestare

tutela all'affidamento inibisce alla stazione appaltante di escludere dalla gara un'impresa che abbia compilato l'offerta in conformità al facsimile all'uopo da essa predisposto (Cons. Stato, Sez. V, 5 luglio 2011, n. 4029); inoltre la circostanza che un concorrente abbia puntualmente seguito le indicazioni fornite dalla stazione appaltante non può ridondare a danno del medesimo, ancorché la detta modulistica non risulti esattamente conforme alle prescrizioni di legge, dovendo in tal caso prevalere il *favor participationis* (TAR Piemonte, Sez. I, 9 gennaio 2012 n. 5 e 4 aprile 2012 n. 458; Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; Pareri precontenzioso n. 30 dell'8 marzo 2012 e n. 139 del 20 luglio 2011; Determinazione Avcp n. 4 del 10 ottobre 2012).

Orbene, è dato evincere dagli atti di gara che il Modello "B" – Autodichiarazione e dichiarazione unica, prevede, al punto 14), l'indicazione dei soggetti cessati dalla carica nel triennio (non tenendo conto peraltro della riforma introdotta dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, che ha ridotto ad un anno il periodo a tal uopo rilevante) antecedente la pubblicazione del bando di gara, affinché sia specificato che "nei loro confronti non è stata pronunciata alcuna sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale". In calce a tale modello è altresì evidenziato in grassetto che "la dichiarazione di cui ai punti c/b, c/c, c/m, c/mter e l) devono essere rese anche dai soggetti previsti dall'articolo 38, comma 1, lettere b) e c) del D.Lgs. 163/2006 (vedasi ALLEGATO C), e precisamente: - dai direttori tecnici delle imprese individuali; - dai direttori tecnici e da tutti i soci se si tratta di società in nome collettivo; - dai direttori tecnici e da tutti gli accomandatari se si tratta di società in accomandita semplice; dai direttori tecnici e da tutti gli amministratori muniti di rappresentanza, se si tratta di ogni altro tipo di società o consorzio".

Dalle precisazioni contenute nel Modello "B" si evince, conclusivamente, che non vengono menzionati i soggetti cessati dalle cariche nell'ultimo triennio cosicché la sua formulazione lasciava intendere che era sufficiente, in ordine ai soggetti cessati dalla carica, la sola dichiarazione relativa alle pronunce di condanna penale. Sul punto la SA evidenzia, a proposito della modulistica allegata al bando di gara, che, come da dicitura riportata nell'epigrafe della stessa, essa non costituiva *lex specialis* e pertanto inviava i concorrenti a verificare la loro conformità a quest'ultima. Tale circostanza non può dirsi tuttavia dotata di autonomo e dirimente rilievo, stante la indubitabile carica suggestiva che la modulistica ha prodotto nel "guidare" la predisposizione della domanda di partecipazione, tanto più che lo stesso Disciplinare di gara (punto 11.2) raccomanda espressamente l'uso del modello appositamente predisposto per l'autocertificazione attestante il possesso dei requisiti di ordine generale e contiene (punto 13.1.4) l'elenco dei soggetti cui riferire le condizioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e ss., che non ricomprende anche i soggetti cessati dalla carica. Non va infine trascurato che l'incompletezza della dichiarazione non esclude l'espletamento ai sensi dell'art. 46, d.lg. n. 163 del 2006 del c.d. soccorso istruttorio che consente alla stazione appaltante di richiedere appositi chiarimenti, per cui la contestata omissione si traduce in un'ipotesi che non ammette l'esclusione automatica dalla gara. Secondo recente giurisprudenza, infatti, proprio in tema di possesso dei requisiti generali in capo ai soggetti cessati dalla carica deve prevalere una visione sostanzialistica che ammette l'esclusione solo laddove, in concreto, il soggetto cessato dalla carica sia privo dei requisiti morali previsti dall'art. 38, d.lg. n. 163 del 2006 (T.A.R. Roma Lazio sez. III, 30 dicembre 2013, n. 11177).

Deve quindi conclusivamente ritenersi, in applicazione della coordinate ermeneutiche sopra ricordate, che la domanda di partecipazione presentata dall'istante, pur manchevole della dichiarazione nei precisi termini richiesti dalla disciplina di bando per quanto riguarda i soggetti cessati dalla carica nell'anno precedente, non vada esclusa dalla procedura di gara.

In base a quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dall'Impresa SIR srl non sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 giugno 2014  
Il Segretario Maria Esposito