

Parere n. 64 del 10 aprile 2014

PREC 10/14/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Impresa Farel Impianti s.r.l. – “Lavori di manutenzione ordinaria presso l’edificio scolastico Istituto d’Arte Mario D’Aleo di Monreale (PA)”- Importo a base di gara € 78.089,47 – S.A.: Provincia Regionale di Palermo.

Clausola mutamenti organizzazione aziendale. Art. 46 D.Lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 23 dicembre 2013 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale l’Impresa Farel Impianti s.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della revoca dell’aggiudicazione provvisoria disposta nei suoi confronti nella gara indetta dalla Provincia Regionale di Palermo per l’affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria presso l’edificio scolastico Istituto d’Arte Mario D’Aleo di Monreale:

Più specificamente, il 7/11/2013 ed il 21/11/2013 è stata celebrata l'asta pubblica relativa ai lavori sopra richiamati e, di questa, è risultata aggiudicataria provvisoria l'Impresa Farel s.r.l. con il ribasso del 31,4718%.

In seguito all’accesso agli atti di gara, esercitato dall'impresa Pro.a.co. s.r.l. - partecipante alla medesima gara e risultata terza in graduatoria - la medesima ha depositato, presso la stazione appaltante, un'informativa ex art. 243 bis del D. L.vo 163/2006 con cui ha comunicato di avere riscontrato che altra ditta, la Edil Pittura di Rao Loreto non aveva prodotto la dichiarazione di cui al punto B.3) del disciplinare di gara - indicato come punto B.2) del modello di domanda - espressamente richiesta a pena di esclusione e, pertanto, ha chiesto di volersi disporre l’esclusione della predetta ditta, di procedere al calcolo della nuova media di aggiudicazione tra le imprese ammesse alla gara e, conseguentemente, di aggiudicare la gara alla stessa impresa Pro.a.co. s.r.l.. A seguito delle suddette richieste, la stazione appaltante ha effettivamente riscontrato che l'impresa Edil Pittura di Rao Loreto non aveva prodotto la dichiarazione di cui al punto B3) del disciplinare di gara, prevista a pena di esclusione, non avendo indicato, nel modello di partecipazione appositamente predisposto, alcuna delle due opzioni previste riguardanti l'esistenza o meno di fusione, incorporazione parziale o totale con altra impresa. Pertanto, il responsabile del procedimento, con determinazione dirigenziale n. 171 del 18.12.2013, ha proposto di escludere dalla gara l'impresa Edil Pittura di Rao Loreto e di procedere al calcolo della nuova media di aggiudicazione. Calcolata la nuova media di aggiudicazione (31,4703%), è risultato che l'offerta a questa più vicina fosse quella della ditta Pro.a.co. s.r.l. (31,4660%) nei cui confronti, dopo aver revocato il precedente provvedimento disposto a favore della FAREL S.r.l. è stata conseguentemente disposta l’aggiudicazione provvisoria. La seconda in graduatoria è risultata essere l'impresa New Timeto s.r.l., con il ribasso del 31,4653%.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 24 gennaio 2014, la Pro.a.co s.r.l. ha ribadito la legittimità delle operazioni di gara.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della revoca dell’aggiudicazione provvisoria disposta nei confronti della ditta Farel Impianti s.r.l. per le ragioni evidenziate in fatto. Più specificamente, si tratta di verificare la compatibilità della previsione escludente contemplata dalla legge di gara con il principio di tassatività della cause di esclusione sancito dall’art. 46, comma 1 bis D.Lgs. n. 163/2006.

In particolare, il punto B3) del disciplinare di gara stabilisce che il concorrente "... specifica, a **pena di esclusione**, 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 ed in caso positivo indica i nominativi, le date di nascita, la residenza degli eventuali titolari, soci nella società in nome collettivo, direttori tecnici, amministratori muniti di potere di rappresentanza e soci accomandatari cessati dalla carica nell'impresa acquisita ed ove non ce ne siano lo specifica a pena di esclusione". Il modello di partecipazione allegato al bando ha previsto, a pagina 3, le due opzioni: "che nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara l'impresa non è stata interessata da fusione, incorporazione o acquisizione, totale o parziale a qualsiasi titolo di altra impresa o trasformazione della ragione sociale" OVVERO che nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara l'impresa è stata interessata da fusione, incorporazione o acquisizione, totale o parziale a qualsiasi titolo di altra impresa e che i nominativi, le date di nascita e di residenza degli eventuali titolari, soci nella società in nome collettivo, direttori tecnici, amministratori muniti di poteri di rappresentanza e soci accomandatari cessati dalla carica nell'impresa acquisita sono i seguenti". La disposizione sopra citata, da un lato, è formulata in termini letterali che non presentano profili di dubbio interpretativo, e, dall'altro, evidenzia in grassetto, che la dichiarazione in questione è richiesta a pena di esclusione.

Occorre, quindi, 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). Tra le norme primarie la cui violazione comporta l'esclusione ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis del codice, vi rientra l'art. 38 d.lgs. n. 163/2006.

Venendo alla clausola in contestazione, quest'ultima appare strettamente connessa agli oneri dichiarativi di cui all'art. 38, comma 1, lettera c) D.Lgs. n. 163/2006. In particolare, tale disposizione prevede che i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata 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'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale.

L'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

A tale riguardo, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 21/2012, adottata in Adunanza Plenaria, ha precisato che “Nel caso di incorporazione o di fusione societaria, sussiste in capo alla società incorporante, o risultante dalla fusione, l’onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all’art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la società incorporata o le società fuse nell’ultimo triennio ovvero che sono cessati dalla relativa carica in detto periodo (dopo il d.l. n. 70 del 2011: nell’ultimo anno), ferma restando la possibilità di dimostrare la c.d. dissociazione...I concorrenti che non abbiano reso la dichiarazione di cui alla stessa lettera c) relativamente agli amministratori delle società partecipanti al procedimento di fusione o incorporazione - possono essere esclusi dalle gare solo se il bando abbia esplicitato tale onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione; in caso contrario, l’esclusione risulta legittima solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali.”

Alla luce di quanto sopra rappresentato, la clausola di cui al punto B3) del disciplinare di gara è legittima nella parte in cui esplicita il contenuto dell’art. 38, comma 1, lettera c) D.Lgs. n. 163/2006, richiedendo all’impresa concorrente di dichiarare se sia stata o meno interessata da fusione, incorporazione o acquisizione totale o parziale a qualsiasi titolo di altra impresa e, in caso positivo, di indicare i nominativi dei cessati dalla carica, e ancora, ove non ce ne siano, di rendere la dichiarazione negativa. Viceversa, appare onere meramente formale l’indicazione, pure richiesta a pena di esclusione, delle date di nascita e della residenza dei soggetti sopra richiamati (cfr AVCP Parere precontenzioso n. 57 del 23/04/2013).

Ne consegue, quindi, che la stazione appaltante ha correttamente operato nell’escludere il concorrente che omesso completamente la dichiarazione richiesta ex art. 38, comma 1, lettera c) del Codice.

In conclusione, sulla base degli atti e dei documenti qui pervenuti, deve giudicarsi legittima la revoca dell’aggiudicazione provvisoria nei confronti della società istante.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l’operato della stazione appaltante sia stato conforme alla normativa di settore.

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 aprile 2014

Il Segretario Maria Esposito