

## Parere n. 137 del 22/07/2010

### PREC 37/10/S

**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 VIS S.p.A. - Servizio di vigilanza armata degli Uffici dell'Ente - Importo a base d'asta: € 120.000,0 - S.A.: Istituto Autonomo per le Case Popolari della Provincia di Taranto.

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### Considerato in fatto

In data 29 gennaio 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa concorrente VIS S.p.A. ha chiesto di conoscere l'avviso di questa Autorità in merito alla propria esclusione dalla procedura di gara in oggetto per omessa dichiarazione ex art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006.

Nello specifico, la società istante ha esposto di essere stata esclusa per aver omesso la dichiarazione (indicata a pagina 4, punto 2, della lettera di invito): *"che nei propri confronti sono state pronunciate le seguenti condanne per le quali ha beneficiato della non menzione, ovvero che nei propri confronti non sono state pronunciate condanne per le quali ha beneficiato della non menzione"* ed ha rappresentato, al riguardo, di aver prodotto distinte dichiarazioni, rese nelle forme di cui al D.P.R. n. 445/2000, con le quali i rappresentanti legali avevano dichiarato ed attestato che *"nei propri confronti non 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 dello articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato e della Comunità che incidono sulla moralità professionale o per uno o più reati di partecipazione a una organizzazione criminale, frode, riciclaggio quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45 paragrafo I direttiva CE 2004/18"*. Pertanto, non essendo mai stata pronunciata nei suoi confronti alcuna sentenza di condanna, la VIS S.p.A. ha riferito di non aver riportato nell'istanza quanto previsto al punto 2 di pagina 4 della lettera di invito, e cioè la dichiarazione negativa *"che nei propri confronti non sono state pronunciate condanne per le quali ha beneficiato della non menzione"*, ritenendo che la dichiarazione di assenza di condanne fosse assorbente anche rispetto a tale ulteriore dichiarazione, stante la completa assenza di condanne. L'istante ha rilevato, altresì, che lo stesso articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006, al comma 2, utilizza la locuzione *"anche"*, ritenendo, con ciò, che *"tale obbligo sussista solo in caso di esistenza di condanne per le quali si è beneficiato della non menzione"* ed ha concluso osservando che *"la legge impone alla stazione appaltante le verifiche sulle dichiarazioni, e solo in caso di accertamento di dichiarazioni non corrispondenti con i certificati amministrativi prevede determinate conseguenze, tra cui la perdita della eventuale aggiudicazione e la segnalazione del fatto alla Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture"*.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale l'Istituto Autonomo per le Case Popolari della Provincia di Taranto, di contro, ha rilevato che la prescrizione contenuta a pagina 4, punto 2, della lettera d'invito - espressamente prevista a pena di esclusione - richiedeva apposita dichiarazione con l'indicazione di eventuali condanne per le quali il concorrente avesse beneficiato della "non menzione", *"significando, con apposita previsione, la necessità della dichiarazione anche in assenza delle predette condanne"*.

Detto adempimento - ad avviso della stazione appaltante - non poteva quindi essere soddisfatto mediante altre dichiarazioni *"assorbenti"*, atteso che *"il rispetto della condizione richiesta non poteva essere affidato ad una attività deduttiva della Commissione, ma necessitava di una apposita dichiarazione positiva, qualunque fosse la circostanza in essere"*.

Risulta, quindi, del tutto evidente - secondo la prospettazione dell'Istituto Autonomo per le Case Popolari della Provincia di Taranto - la legittimità dell'operato della Commissione di gara che, nel pedissequo rispetto delle clausole inserite nel regolamento di gara, ha disposto l'esclusione del concorrente dalla procedura, *"atteso che il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, da un lato, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, dall'altro e soprattutto, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni fra i concorrenti"* (Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349).

In conclusione, la stazione appaltante ha richiamato l'indirizzo giurisprudenziale per il quale il *favor participationis* ed il cd. *dovere di soccorso* recedono a fronte di una specifica disposizione della legge di gara che prevede un adempimento a pena di esclusione, dovendo in tal caso far prevalere il diritto alla parità di trattamento (Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2009, n. 5171).

### Ritenuto in diritto

Al fine di definire la questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, occorre, preliminarmente, osservare che l'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 fissa - in negativo - i requisiti di ordine generale che debbono essere posseduti dai soggetti che intendono partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi. La sussistenza di tali requisiti è attestata dagli stessi interessati mediante dichiarazione sostitutiva, in conformità alle disposizioni di cui al D.P.R. n. 445/2000.

In generale, la giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che *"la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento; pertanto, qualora il bando commini espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, la P.A. è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione, restando preclusa, anche all'interprete, ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento"* (Cons. Stato, Sez. V, 12 dicembre 2009, n. 7792; T.A.R., Lazio, Sez. II bis, 19 marzo 2007, n. 2393; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 195). Ciò in quanto nelle procedure concorsuali pubbliche il formalismo procedurale normalmente è preordinato alla tutela del principio della *par condicio* dei concorrenti, che devono poter contare su regole stabili valide per tutti, dovendosi garantire una cornice di certezza e di trasparenza competitiva nell'applicazione delle clausole di gara.

Con specifico riferimento alla tipologia di fattispecie in esame, la giurisprudenza ha evidenziato la particolare rilevanza che assume la peculiare conformazione del bando; soprattutto nel caso in cui il bando sia particolarmente analitico, e non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, ma preveda che devono essere specificamente dichiarate tutte le condanne penali. In tal caso, il bando esige una dichiarazione dal contenuto più ampio e più puntuale rispetto a quanto prescritto dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, all'evidente scopo di riservare alla stazione appaltante un ampio spazio di valutazione discrezionale delle singole concrete fattispecie al fine dell'esclusione dalla gara. Per tale ipotesi la giurisprudenza ha chiarito che *"la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando"* (Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906) e anche questa Autorità ha espresso analogo avviso in relazione ad una fattispecie simile, riconoscendo che *"la stazione appaltante può, in ragione della preminente tutela dell'interesse pubblico alla selezione di un concorrente moralmente e professionalmente affidabile, chiedere ai partecipanti una dichiarazione sostitutiva, resa dagli stessi sotto la loro responsabilità, molto più ampia rispetto alla dichiarazione di insussistenza delle specifiche condizioni previste dal comma 1, lett. c) dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, onerando i concorrenti ad una dettagliata elencazione di tutte le condanne subite, senza eccezione alcuna, compresi i reati estinti e depenalizzati, con l'ulteriore specificazione delle condanne contenenti il beneficio della non menzione"* (parere 9 luglio 2009, n. 75).

Tenuto conto di tali premesse e rilevato che, in effetti, nella lettera d'invito relativa alla procedura di gara in oggetto figura espressamente la clausola che impone al concorrente di dichiarare *"che nei propri confronti sono state pronunciate le seguenti condanne per le quali ha beneficiato della non menzione, ovvero che nei propri confronti non sono state pronunciate condanne per le quali ha beneficiato della non menzione"*, deve concludersi che sussisteva nella fattispecie in esame, per ciascun partecipante alla procedura di gara di cui trattasi, un obbligo di prestare un'autonoma dichiarazione in tale senso, che non poteva ritenersi implicitamente assorbita in altre dichiarazioni rese.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara disposta dalla stazione appaltante nei confronti dell'impresa concorrente VIS S.p.A. sia conforme alle specifiche previsioni contenute nella lettera di invito.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f. : Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 luglio 2010