

Parere n. 169 del 20/10/2010

PREC 49/10/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'A.T.I. Impresa di Costruzioni Arch. Antonio Boccia - Impresa di Costruzioni Materazzo Ing. Lucio S.r.l. - Lavori di manutenzione straordinaria delle coperture e restauro della cupola maiolicata "Chiesa Santa Maria della Sanità" - Napoli - Importo a base d'asta € 227.144,63 - S.A. : Ministero per i Beni e le Attività Culturali - Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici della Campania.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 9 marzo 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'Impresa di Costruzioni Arch. Antonio Boccia, in qualità di capogruppo mandataria dell'A.T.I. con l'Impresa di Costruzioni Materazzo Ing. Lucio S.r.l., ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito all'esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, disposta nei propri confronti *"per avere omesso parte delle dichiarazioni di cui all'art. 38 lettera c), lettera f), lettera h), lettere m) ed m bis) del D.Lgs. n. 163/2006"*.

Nello specifico, l'istante ha rappresentato che l'A.T.I. si è opposta a tale provvedimento, riferendo di avere comunque prestato la dichiarazione dei punti di cui al citato art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, specificando preventivamente di *"non trovarsi in alcuna delle situazioni che comportano l'esclusione dalla partecipazione agli appalti ai sensi dell'art. 38 lettere a),b,c,d),e),f),g),h),i),l),m),m bis), m ter), m quater) del Codice"* nella globalità e sotto tutti i profili, incorrendo in una mera omissione, come tale integrabile ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, nella successiva specificazione analitica.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata da questa Autorità nell'istruttoria procedimentale, la stazione appaltante ha, di contro, sostenuto che l'esclusione era stata disposta dalla Commissione di gara sulla base di *"inequivocabili precetti contenuti negli atti del disciplinare di gara al punto j) e relativi alla prescrizione di indicare specificamente le dichiarazioni di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i."*. Nel caso di specie, ad avviso della stazione appaltante, l'incompletezza delle dichiarazioni di cui all'art. 38 citato, lettere c), f), h), m) e m bis) e la conseguente esclusione disposta dalla Commissione non poteva essere considerata riconducibile all'ipotesi di cui all'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, perché *"sia l'impresa mandataria, sia l'impresa mandante (avevano) riprodotto solo una parte delle dichiarazioni previste dall'art. 38 relativamente alle lettere indicate"*. Pertanto, tale applicazione della clausola del disciplinare non poteva essere considerata eccessivamente formale. In definitiva, secondo l'impostazione della stazione appaltante, l'esclusione dalla gara dell'A.T.I. Impresa di Costruzioni Arch. Antonio Boccia - Impresa di Costruzioni Materazzo Ing. Lucio S.r.l. per incompletezza di alcune dichiarazioni previste dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 doveva ritenersi *"espressione legittima dell'autonomia dell'Amministrazione, volta ad acquisire la certezza che i soggetti partecipanti alla gara (avessero) la piena consapevolezza del contenuto delle condizioni indicate nella prescrizione stessa"*

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in epigrafe sottende la necessità di stabilire se la dichiarazione sostitutiva sull'insussistenza delle condizioni ostative previste nell'art. 38, comma 1, lettere da a) a m-quater) del D.Lgs. n. 163/2006 debba contenere la riproduzione integrale del contenuto delle suddette lettere da a) a m-quater) del citato Decreto, come si evince dalla motivazione dell'esclusione disposta dalla stazione appaltante, oppure debba considerarsi sufficiente, ai fini della sua regolarità, l'indicazione in maniera precisa e dettagliata delle predette lettere del Decreto medesimo.

Con riguardo allo specifico tema in esame si ritiene, in accordo con la giurisprudenza amministrativa e in coerenza con quanto già affermato da questa Autorità in fattispecie del tutto analoghe, che debba essere privilegiata un'interpretazione non formalistica della *lex specialis* di gara, tenuto conto che *"le cause di esclusione dalle gare pubbliche costituiscono limiti a legittimi interessi procedurali delle imprese candidate; esse, pertanto, non possono essere soggette ad interpretazioni formalistiche che rifuggano dal testo letterale e dalla ratio che le ispira"* (Cons. Stato, Sez. IV, 5 settembre 2007, n. 4658).

Ne deriva che anche una dichiarazione sintetica è pienamente in grado di assolvere le finalità perseguite dalla stazione appaltante, vale a dire di escludere - salvo verifica - la presenza delle circostanze ostative alla partecipazione alle gare, di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, per cui si impone una interpretazione non formalistica del dato positivo anche in conformità al principio, pacifico in tema di contratti ad evidenza pubblica, secondo cui le disposizioni del bando devono essere interpretate in modo da consentire la più ampia partecipazione dei concorrenti (cfr. parere n. 6 del 16 gennaio 2008; parere n. 4 del 14 gennaio 2010 e parere n. 140 del 22 luglio 2010).

Peraltro, con specifico riguardo al caso di specie si rileva che il disciplinare di gara, al punto j), stabilisce testualmente che il concorrente *"dichiara, indicandole specificatamente, di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis), m-ter) del D.Lvo n. 163/2006"*, limitandosi, quindi il disciplinare stesso ad elencare le lettere relative alle singole condizioni previste dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 senza riprodurne integralmente il contenuto. Conseguentemente, il concorrente ha articolato la propria dichiarazione pedissequamente a tale previsione della *lex specialis*, dichiarando preventivamente di *"non trovarsi in alcuna delle situazioni che comportano l'esclusione dalla partecipazione agli appalti ai sensi dell'art. 38 lettere a),b,c,d),e),f),g),h),i),l),m),m bis), m ter), m quater) del Codice"* nella globalità e sotto tutti i profili, incorrendo poi in alcune omissioni nella successiva specificazione analitica. Pertanto, il contenuto della dichiarazione sostitutiva sull'insussistenza delle condizioni ostative previste nell'art. 38, comma 1, lettere da a) a m-quater) del D.Lgs. n. 163/2006 resa dalla concorrente A.T.I. Impresa di Costruzioni Arch. Antonio Boccia - Impresa di Costruzioni Materazzo Ing. Lucio S.r.l. è da ritenersi pienamente conforme a quanto espressamente previsto dalla *lex specialis* e, quindi, sufficiente ai fini della sua regolarità.

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'A.T.I. Impresa di Costruzioni Arch. Antonio Boccia - Impresa di Costruzioni Materazzo Ing. Lucio S.r.l. non sia conforme alle specifiche previsioni contenute nella *lex specialis*.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2010