

Parere n. 78 del 15/04/2010

Protocollo PREC 21/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Catanzaro - Servizio di custodia, conduzione e manutenzione della rete idrica comunale - Importo a base di gara: € 212.000,00 - S.A.: Comune di Catanzaro.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 22 gennaio 2010 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale il Comune di Catanzaro ha rappresentato di aver bandito la procedura di gara in oggetto, di aver predisposto la relativa documentazione di gara senza tuttavia prevedere la dichiarazione concernente il requisito generale di cui all'articolo 38, comma 1, lettera m-ter) del D.Lgs. n. 163/2006 nei modelli di dichiarazione sostitutiva allegati al bando di gara e di aver ricevuto al riguardo contestazioni da parte di un raggruppamento temporaneo concorrente, nel corso dello svolgimento delle operazioni di gara.

In particolare, è stato evidenziato all'Amministrazione che tutte le ditte concorrenti che non avevano proceduto alla dichiarazione prevista dall'articolo 38, comma 1, lettera m-ter) dovevano essere escluse, nonostante tale dichiarazione non fosse prevista nel bando, dal momento che essa costituisce un obbligo di legge e i modelli predisposti costituiscono una mera guida di compilazione per il concorrente.

Dal suo canto, il Comune ha rappresentato di essere favorevole all'ammissione di tutti i concorrenti che si sono attenuti a quanto richiesto dal bando di gara, considerando che la mancata previsione della dichiarazione ex articolo 38, comma 1, lettera m-ter), nel bando di gara non ha creato alcuna disparità di trattamento né ha reso nullo o suscettibile di annullamento in via di autotutela il bando, anche in ragione del fatto che il requisito in questione poteva essere richiesto successivamente.

In relazione ai fatti rappresentati, il Comune ha richiesto un parere all'Autorità al fine di conoscere il suo orientamento in ordine alla questione controversa insorta in sede di gara.

Conseguentemente, si è avviata l'istruttoria procedimentale, a riscontro della quale ciascuna delle parti ha, di fatto, confermato la posizione dichiarata in sede di istanza.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta all'attenzione dell'Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati attiene alla possibilità di ammettere a partecipare ad una procedura di gara concorrenti che non abbiano prodotto la dichiarazione relativa al requisito di cui all'articolo 38, comma 1, lettera m-ter) del D.Lgs. n. 163/2006, laddove tale obbligo non sia espressamente previsto né nel bando di gara, né nello schema di dichiarazione sostitutiva predisposto dalla Stazione Appaltante ed allegato al bando medesimo.

Al riguardo, occorre preliminarmente premettere che il disposto del citato articolo 38, comma 1, che elenca i requisiti di carattere generale che ciascun concorrente deve dimostrare di possedere ai fini della partecipazione alla gara e della eventuale stipulazione del contratto, è stato recentemente modificato con l'aggiunta, alle già presenti lettere da a) ad m), delle lettere m-bis), m-ter) e m-quater), che hanno introdotto ulteriori categorie di soggetti ai quali è preclusa la partecipazione alle gare pubbliche.

Ferma restando l'applicabilità *ratione temporis* delle menzionate disposizioni alla procedura di gara in questione (bandita in data 30 novembre 2009), occorre tuttavia analizzare il contenuto della *lex specialis* di gara, al fine di dirimere la questione controversa rappresentata dalle parti.

Il bando di gara, nella sezione relativa al contenuto della Busta A, concernente la documentazione amministrativa, prevedeva che tale busta contenesse, tra l'altro, "Autocertificazioni come da modelli che potranno essere ritirati all'indirizzo succitato o dal sito internet www.comunedicatanzaro.it indicato nel bando: a) autocertificazione del legale rappresentante; b) autocertificazione relativa ai propri requisiti di ordine generale del/dei direttore/i tecnico/i (se persona diversa dal legale rappresentante), di tutti i soci (se trattasi di s.n.c.), degli accomandatari (se trattasi di s.a.s.), degli amministratori muniti di rappresentanza (se trattasi di altro tipo di società)" (punto 1).

Inoltre, nello specifico modello richiamato dal bando, concernente le dichiarazioni del possesso dei requisiti generali, non erano riportate le condizioni di cui al menzionato articolo 38, comma 1, lettera m-ter), oggetto di contestazione (così come non vi è alcuna menzione delle condizioni di cui alla lettera m-quater) della citata disposizione). Né tale prescrizione era in qualche modo rinvenibile in altre clausole del bando di gara, nella parte in cui venivano annoverate le dichiarazioni che ciascun concorrente doveva produrre ai fini della partecipazione.

Pertanto, l'omissione commessa dal Comune di Catanzaro nella predisposizione della documentazione di gara, anche in considerazione del fatto che il bando stesso, ai fini dell'individuazione del contenuto delle autocertificazioni, rinvia espressamente ai modelli all'uopo predisposti dalla Stazione Appaltante, non legittima il Comune stesso ad escludere automaticamente i concorrenti che non abbiano prodotto le citate dichiarazioni non richieste nella *lex specialis* nè annoverate nel predisposto modello cui il bando di gara rinvia, sussistendo, nella fattispecie in esame, le condizioni per procedere alla richiesta di un'integrazione documentale.

Ciò in ragione del fatto che la tutela dell'affidamento e la correttezza dell'azione amministrativa impediscono che le conseguenze di una condotta colposa della Stazione Appaltante possano essere traslate a carico del soggetto concorrente, comminando la sanzione dell'esclusione dalla gara.

Tale è il consolidato orientamento espresso nella prassi dell'Autorità e nella giurisprudenza dei Giudici Amministrativi nelle ipotesi in cui l'equivocità delle prescrizioni del bando di gara impone, in un corretto rapporto tra Amministrazione e privato, che si dia alla *lex specialis* una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede, dispensando in tal modo il concorrente dal dover ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati della volontà della Stazione Appaltante, che vanificano il principio di massima partecipazione e l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta (cfr., in tal senso, *ex multis*, AVCP, parere n. 34 del 10 febbraio 2010 e parere n. 21 del 12 febbraio 2009, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3320 del 28 maggio 2009 e sentenza n. 5064 del 17 ottobre 2008; TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, sentenza n. 12198 del 22 dicembre 2008).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che gli eventuali provvedimenti di esclusione disposti dal Comune di Catanzaro nei confronti dei concorrenti che non abbiano dichiarato le condizioni di cui all'articolo 38, comma 1, lettera m-ter) non sono conformi ai principi in materia di contratti pubblici.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 aprile 2010