

Parere n. 244 del 20/11/2008

PREC 239/08/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Provincia Autonoma di Trento Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di costruzione della variante alla S.S. n. 45 bis fra i Comuni di Arco e Riva del Garda (Tn) Lotto A3 Importo a base d'asta euro 5.493.594,52 S.A. Provincia Autonoma di Trento.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 21 aprile 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto con cui la Provincia Autonoma di Trento ha rappresentato di avere escluso, nella prima seduta di gara, l'impresa I.C.E.I. Srl, il cui legale rappresentante ha omesso di dichiarare che «nei confronti dell'impresa non è stata applicata la sospensione o la revoca dell'attestazione Soa da parte dell'Autorità per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico», come espressamente previsto, a pena di esclusione, dal bando di gara (par.VI.3) e dal disciplinare di gara (par.4.1, punto 2) con riferimento all'inesistenza della causa di esclusione di cui all'art.38, comma 1, lettera m-bis), del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m..

Riferisce, inoltre, l'amministrazione istante che l'impresa ha presentato una richiesta di riesame del provvedimento di esclusione, specificando di avere dichiarato il possesso di adeguata attestazione Soa, di averla allegata in copia conforme all'originale e di avere, infine, dichiarato che non è intervenuta alcuna variazione del suddetto certificato dalla data del rilascio.

In sede di contraddittorio documentale, l'impresa I.C.E.I. Srl ha dedotto che nella propria offerta risulta presente la dichiarazione circa il possesso del certificato Soa e la sua piena e perdurante efficacia e validità; inoltre, la formulata dichiarazione resa dall'impresa, secondo cui non è «intervenuta alcuna variazione», sarebbe equivalente alla omessa dichiarazione, relativa alla mancata applicazione della sospensione o della revoca dell'attestazione SOA da parte dell'Autorità. Sempre secondo l'impresa esclusa, l'amministrazione avrebbe potuto comunque agevolmente verificare la veridicità del contenuto della dichiarazione sostitutiva e, per il principio del *favor* per la massima partecipazione dei concorrenti, avrebbe dovuto evitare un eccessivo formalismo nell'interpretazione degli atti di gara.

Ritenuto in diritto

Il Disciplinare della gara in oggetto prescrive al paragrafo 4.1 che «unitamente all'offerta [...] devono essere prodotte, a pena di esclusione, le seguenti dichiarazioni rese anche congiuntamente [...] attestanti quanto segue: [...] 2. l'inesistenza delle cause di esclusione di cui all'art.38 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e cioè: a) [...]; m-bis)» e il bando, al paragrafo VI.3, sanziona con l'esclusione dalla procedura di gara «la mancata presentazione anche di una sola delle dichiarazioni di cui ai paragrafi [...] 4.1 [...] del Disciplinare di gara».

Ora, l'impresa I.C.E.I. Srl ha presentato una parziale dichiarazione sostitutiva relativa ai requisiti di cui all'art.38, comma 1, del D.Lgs. n.163/2006 e s.m., indicando l'assenza solo delle cause di esclusione dalla lettera a) alla lettera m), omettendo la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art.38, comma 1, lettera m-bis).

L'art.38 del Codice dei contratti pubblici disciplina i c.d. requisiti di ordine generale, il cui mancato possesso comporta l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi. La disposizione in esame è stata novellata ad opera del D.Lgs. 31 luglio 2007 n. 113, che ha aggiunto nel primo comma dell'art.38 del Codice la lettera m-bis), secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti, né possono essere affidatari di subappalti, nè possono stipulare i relativi contratti i soggetti «nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la decadenza dell'attestazione SOA per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico».

La *ratio* della norma si ravvisa nell'esigenza di precludere la partecipazione alle gare degli operatori economici che si siano resi responsabili di false dichiarazioni o false informazioni ai fini del conseguimento della qualificazione, con la conseguente adozione della misura della sospensione o

della revoca dell'attestazione Soa.

Inoltre, la disposizione dell'art.38, comma 1, lettera m-bis), del Codice dei contratti pubblici è chiaramente richiamata nella clausola del disciplinare della gara in oggetto che richiede, espressamente a pena di esclusione, l'autocertificazione anche con riferimento al requisito della mancata revoca o sospensione dell'attestazione Soa per falso.

E non si può ritenere che la dichiarazione resa dall'impresa circa l'assenza di variazioni dell'attestazione Soa sia equipollente alla omessa dichiarazione relativa al requisito di cui alla lettera m-bis). Invero, le variazioni attengono a modifiche, ad esempio, delle categorie o delle classifiche di uno specifico attestato di qualificazione singolarmente individuato, mentre la lettera m-bis) si riferisce a tutti i casi di applicazione nei confronti dell'operatore economico della misura "sanzionatoria" della sospensione o della revoca di un'attestazione Soa, per avere prodotto falsa documentazione o reso dichiarazioni mendaci.

Né appare corretto, come invece vorrebbe argomentare l'impresa, ritenere esigibile una verifica da parte della S.A. circa l'eventuale adozione della misura della sospensione o della revoca delle attestazioni Soa presentate dai concorrenti. A tale lettura osta, oltre al chiaro dettato normativo, anche il principio generale secondo cui, quando la normativa di gara impone a carico delle imprese concorrenti adempimenti formali previsti a pena di esclusione, la *lex specialis* deve essere applicata dall'amministrazione in modo pedissequo ed uniforme, essendo inibito alla stessa di valutare, dal punto di vista sostanziale, la necessità di ulteriori adempimenti. Infatti, in conformità alla consolidata giurisprudenza amministrativa, il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde ad esigenze pratiche di certezza e celerità, oltre che alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti.

La S.A., pertanto, riscontrata l'assenza della dichiarazione sostitutiva da rendere a pena di esclusione con l'indicazione di tutte le fattispecie tassativamente individuate dall'art.38, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m., così come richiesto inequivocabilmente dagli atti di gara, ha legittimamente escluso l'impresa I.C.E.I. Srl.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene che, nei limiti di cui in motivazione, l'operato della S.A. risulta essere conforme alla normativa vigente di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 01/12/2008