

Parere n. 248 del 20/11/2008

PREC 320/08/S

Oggetto: istanze di parere per la soluzione della controversia ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentate dall'impresa La Lucentezza Srl e dalla Direzione di Commissariato Marina Militare di Taranto - Procedura ristretta accelerata per l'affidamento del servizio di pulizia presso i Circoli Ufficiali M.M. e Sottufficiali M.M. di Taranto, Brindisi e Napoli per l'importo a base d'asta di € 285.250,00 - S.A. Direzione di Commissariato Marina Militare di Taranto.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 29 luglio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto con cui l'impresa La Lucentezza Srl contesta l'esclusione dalla gara disposta dalla S.A., in data 28 giugno 2008, sulla base della motivazione secondo la quale nella domanda di partecipazione dell'impresa istante «manca la dichiarazione relativa all'art.38 comma 1 lett. m-bis [del Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.]».

Secondo l'istante, trattandosi di appalto di servizio di pulizia e non essendo prevista l'attestazione di qualificazione Soa per i prestatori di servizi, l'impresa stessa non era tenuta a rendere la dichiarazione relativa al requisito di cui alla lettera m-bis) dell'art.38 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m., richiesta dal bando.

L'impresa istante precisa, inoltre, di avere comunque dichiarato nella propria autocertificazione di non aver reso, nell'anno antecedente, false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e asserisce che il bando di gara non prevede la sanzione della esclusione per le irregolarità nelle dichiarazioni richieste ai concorrenti.

La S.A. ha inviato una propria istanza di parere in data 6 agosto 2008, rappresentando di avere in precedenza bandito un'analogo gara, successivamente annullata in autotutela, e di avere comunicato alle ditte già selezionate per la prima gara di essere esonerate dalla presentazione dell'istanza di partecipazione alla gara oggetto del nuovo bando.

La S.A. precisa altresì che l'autocertificazione ai sensi dell'art.38 lettera m-bis) del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m., da presentare a pena di esclusione, non era richiesta dal precedente bando e, pertanto, non era stata presentata dalle imprese già selezionate con riferimento alla prima procedura di gara.

Ritenuto in diritto

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, omogeneizzando, a livello di fonte primaria, la disciplina precedentemente racchiusa nell'art.75 del D.P.R. 554/99 per gli appalti di lavori, nell'art.12 del D.Lgs. n. 157/95 per gli appalti di servizi e nell'art.11 del D.Lgs. n. 158/95 per gli appalti di forniture.

Da ultimo, il D.Lgs. 31 luglio 2007 n. 113, ha aggiunto nel primo comma dell'art.38 del Codice dei contratti pubblici, a decorrere dal 1° agosto 2007, la lettera m-bis) («Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: [...] m-bis) 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 cui *ratio* si ravvisa nell'esigenza di precludere la partecipazione alle gare degli operatori economici responsabili di false dichiarazioni o false informazioni, rese ai fini del conseguimento della qualificazione e a causa delle quali l'attestazione Soa sia stata sospesa o revocata.

Il dato normativo richiamato ha un assoluto nitore precettivo nel disporre che i concorrenti sono esclusi dalle gare per l'affidamento di concessioni o appalti, siano essi di lavori, forniture o servizi, se incorrono in una delle condizioni ostative elencate nell'art.38, comma 1, lettere da a) a m-bis), del Codice dei contratti pubblici.

Inoltre, il comma 2 del medesimo articolo stabilisce, in un'ottica di celerità e di semplificazione nello svolgimento delle gare, che il singolo partecipante deve attestare con una dichiarazione sostitutiva ai sensi del D.P.R. 445/2000 e s.m. il possesso dei requisiti di ordine generale previsti al comma 1.

Ne consegue chiaramente l'obbligo di rendere detta autodichiarazione per tutte le cause ostative elencate dal suddetto art. 38 e per tutte le gare, ivi comprese quelle per l'affidamento di servizi.

Non appare, quindi, condivisibile l'assunto dell'impresa istante, secondo cui la stessa non era tenuta a rendere la dichiarazione relativa al requisito di cui alla lettera m-bis del citato art. 38, perché, se è pacifico che non occorre l'attestazione di qualificazione per partecipare alle gare per l'affidamento di servizi, è comunque esigenza primaria del sistema garantire che l'aspirante contraente della PA per l'affidamento di un appalto di servizi sia un soggetto moralmente affidabile, che non abbia mai reso dichiarazioni false che hanno condotto alla sospensione o alla revoca dell'attestazione Soa, ben potendo verificarsi l'ipotesi che il prestatore di servizi sia in possesso di un attestato di qualificazione Soa.

Si evidenzia, altresì, che le dichiarazioni richieste dalla documentazione di gara ai sensi dell'art. 38 sopra richiamato, per costante orientamento di questa Autorità e della giurisprudenza amministrativa devono essere rese anche se di tenore negativo.

Peraltro, la disposizione dell'art.38, comma 1, lettera m-bis), del Codice dei contratti pubblici è chiaramente richiamata nella clausola del bando 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 («Unitamente alla domanda [...] deve essere fornita, pena nullità della stessa, la sottonotata documentazione: [...] autocertificazione [...] ai sensi dell'art.38 [...]»).

La S.A., pertanto, riscontrata l'assenza della dichiarazione sostitutiva richiesta, ha legittimamente escluso l'impresa concorrente. È, infatti, principio generale che la *lex specialis*, quando impone a carico delle imprese concorrenti adempimenti formali a pena di esclusione, deve essere applicata in modo rigoroso, atteso che il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde ad esigenze pratiche di certezza e di celerità e alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti.

Si evidenzia, inoltre, che la dichiarazione resa dall'istante ai sensi dell'art.38, comma 1, lettera h), del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m. non può, contrariamente a quanto asserito dall'impresa istante, ritenersi equipollente alla dichiarazione omessa in relazione al requisito di cui alla lettera m-bis). È differente, infatti, l'ambito applicativo delle due disposizioni, giacché la lettera h) riguarda le false dichiarazioni rese nell'anno antecedente la gara in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, mentre la lettera m-bis) non ha un riferimento temporale circoscritto all'anno, valendo per tutti i casi di applicazione in ogni tempo della misura della sospensione o della revoca dell'attestazione Soa per avere prodotto falsa documentazione o reso dichiarazioni mendaci.

Non può, pertanto, ritenersi che la dichiarazione sostitutiva resa dal concorrente con riguardo all'art.38, comma 1, lettera h), del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m. possa surrogare l'omessa autocertificazione relativa all'art.38, comma 1, lettera m-bis). Né la S.A. avrebbe potuto invitare l'impresa ad integrare la documentazione carente, giacché non è consentita l'integrazione postuma dei requisiti richiesti a pena di esclusione, se, come nel caso in esame, la documentazione è del tutto mancante e la sanzione dell'esclusione è espressamente comminata da una disposizione del bando di gara.

Fermo restando quanto appena esposto sul rispetto del principio del formalismo in tema di gare, si osserva altresì che nella presente fattispecie la S.A. è incorsa nella violazione del principio della *par condicio* dei concorrenti. Infatti, l'invio dell'autocertificazione sul requisito di cui all'art.38, comma 1, lettera m-bis), del Codice dei contratti pubblici, previsto solo dal secondo bando e non anche dal primo, non è stato richiesto alle imprese che erano state invitate alla prima gara, annullata in autotutela, ed espressamente esonerate dalla S.A. a presentare una nuova domanda di partecipazione.

La mancata previsione nel primo bando dell'autocertificazione sul requisito di cui all'art.38, comma 1, lettera m-bis) del D.Lgs. n. 163/06 e s.m. si giustifica tenendo in debito conto che la novella legislativa che ha aggiunto la lettera m-bis) all'art.38 è entrata in vigore il 1° agosto 2007, ossia il giorno stesso della pubblicazione del primo bando.

In ogni caso, tuttavia, la S.A. è tenuta a garantire la parità di trattamento a tutti i concorrenti, disponendo una riapertura dei termini in favore delle sole imprese già invitate alla prima procedura di gara, che per scelta discrezionale della S.A. stessa non avevano inviato la domanda di partecipazione alla seconda gara, invitandole a presentare istanza di partecipazione alla gara da ultimo indetta nel rispetto delle previsioni contenute nel relativo bando.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene che:

- l'esclusione dalla gara dell'impresa istante è conforme alla normativa vigente di settore;
- la S.A. è tenuta a garantire la parità di trattamento a tutti i concorrenti, disponendo la riapertura dei termini per le sole imprese partecipanti alla prima procedura di gara, invitandole a presentare istanza di partecipazione alla gara da ultimo indetta con modalità conformi al relativo bando.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

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