

Parere n. 185 del 20/10/2010

PREC 131/10/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'impresa MA.CO.GE. S.r.l. - Programma straordinario di edilizia per la locazione a canone sociale - Recupero ex scuole medie in Località "Lapoddi" per interventi di edilizia popolare - Importo a base d'asta € 558.697,92 - S.A.: Comune di Ollolai.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 18 maggio 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa MA.CO.GE. S.r.l. ha rappresentato di aver partecipato alla procedura di gara per l'aggiudicazione dei lavori in oggetto ed ha contestato l'operato del Comune di Ollolai, che ha ammesso tutte le altre imprese concorrenti, le quali non avrebbero dichiarato di non trovarsi nelle condizioni di esclusione previste alle lettere m-bis), m-ter) ed m-quater dell'art. 38, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006, cosicché le stesse avrebbero dovuto essere escluse per mancanza della dichiarazione di cui trattasi, richiesta *ex lege* anche in relazione a quest'ultime disposizioni.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, la stazione appaltante e l'impresa Euro Elettra S.r.l., aggiudicataria provvisoria, hanno contestato quanto sostenuto dall'impresa istante, evidenziando la presentazione di dichiarazioni rese su moduli predisposti per la gara dalla stessa stazione appaltante.

Ritenuto in diritto

Al fine di definire la questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in esame, occorre preliminarmente rilevare che dall'analisi della *lex specialis* emerge come fosse stato predisposto un modulo di domanda di partecipazione, da compilarsi da parte delle imprese interessate (Modulo A1), che sul punto in questione prevedeva (punto 2) pag. 16) la dichiarazione che l'impresa non si trovi in alcuna delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento degli appalti di lavori pubblici previste dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, e in particolare elencava di seguito una serie di ipotesi, tra le quali non venivano indicate quelle di cui alle lettere m-bis); m-ter) e m-quater), introdotte nel corpo dello stesso art. 38 del Codice dei contratti pubblici da successivi interventi correttivi.

Tutte le imprese concorrenti, tranne la MA.CO.GE. S.r.l. odierna istante, risultano essersi adeguate a tale modello, dichiarando l'assenza di cause di esclusione di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 con specifico riferimento solo a quelle indicate nel predetto modello; di qui la richiesta della MA.CO.GE. S.r.l. di escluderle dalla gara di cui trattasi.

Invero, la contestazione sollevata non appare idonea a mettere in discussione *ex se* l'ammissione di tutte le ditte che si sono adeguate alla *lex specialis*, fornendo la generale ed in parte generica dichiarazione richiesta dalla documentazione di gara. E' evidente, infatti, come la dicitura ivi contenuta fosse in parte generale, e quindi tale da ricomprendere anche le nuove previsioni contenute ora nell'art. 38 richiamato, ed in parte non del tutto aggiornata rispetto alle nuove previsioni normative, come noto introdotte in epoca successiva all'originaria stesura del Codice dei contratti pubblici, seppur *ratione temporis* già applicabili alla gara in questione. Tuttavia, tale negligente comportamento non può essere posto a carico delle imprese che si sono adeguate alla *lex specialis* ed ai moduli ivi previsti.

In generale, è noto come a fronte della violazione di un chiaro disposto della *lex specialis* previsto a pena di esclusione la stazione appaltante sia vincolata a disporre il provvedimento esclusivo dell'offerta; diversamente, laddove tale specifica violazione non ci sia, ovvero nelle ipotesi in cui, come nel caso di specie, le prescrizioni del bando di gara e dei documenti che ne costituiscono parte integrante siano possibili fonti di equivoci interpretativi, si impone, in un corretto rapporto tra Amministrazione e privato, una lettura applicativa della *lex specialis* idonea a tutelare il principio di massima partecipazione e l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta.

Come già evidenziato da questa Autorità in fattispecie analoghe (cfr., ad esempio, parere n. 34 del 10 febbraio 2010), nel caso in cui dalla documentazione di gara, per errore commesso nella predisposizione dei modelli di dichiarazione, non vi sia alcun riferimento alle dichiarazioni previste dalle lettere m-bis), m-ter), m-quater) dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, introdotte dalle ultime modifiche legislative, la stazione appaltante medesima non è legittimata ad escludere automaticamente i concorrenti che non abbiano prodotto le citate dichiarazioni, non richieste nella *lex specialis* nè annoverate nel predisposto schema di istanza di partecipazione allegato al bando di gara, sussistendo semmai, 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.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la mancata esclusione delle imprese che hanno compilato la domanda di partecipazione alla gara in conformità al modello allegato alla *lex specialis* sia conforme ai principi vigenti in tema di evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2010