Parere n.67 del 14/10/2014

PREC 114/2014/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dalla società VA.RI.AN. srl – Procedura aperta per l'affidamento della esecuzione dei lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa "Programma di recupero urbano Intervento relativo al Parco Urbano dell'Annunziata e relative opere di urbanizzazione" – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta € 1.143.846,40 – S.A.: Comune di Montecalvo Irpino

Esclusione dalla gara – Obblighi dichiarativi in assenza di cessati dalla carica – Soccorso istruttorio

Ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. 163/2006 non può procedersi all'esclusione del concorrente in conseguenza dell'inosservanza di adempimenti non doverosi, non previsti come tali né dal Codice dei contratti pubblici né da altra disposizione normativa.

Artt. 38, comma 1, lett.c) e 46, comma 1 bis, d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 8 maggio 2014 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la società VA.RI.AN srl censura la propria esclusione dalla gara indicata in oggetto, dovuta alla mancata presentazione della dichiarazione inerente i soggetti cessati dalla carica. Il provvedimento di esclusione precisa: "*la suddetta dichiarazione non si evince da nessuna altra dichiarazione allegata in sede di gara e contenuta nella busta 1 ed essendo detta dichiarazione richiesta a pena di esclusione dal bando di gara ai sensi della Sez. XI.2.2) lett C, la Commissione ritiene non ammissibile a gara la ditta partecipante*".

Sul punto, infatti, la *lex specialis* dispone: "*i concorrenti dovranno produrre a pena di esclusione la seguente documentazione: (…) C) dichiarazione sostitutiva in carta semplice ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000 (Modello B2) accompagnata dalla fotocopia del documento di identità del sottoscrittore concernente l'inesistenza di soggetti cessati dalla carica di legale rappresentante o direttore tecnico nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, ovvero l'inesistenza di cause di esclusione dalle gare d'appalto (…)*".

La società riconosce la predetta omissione, ma la giustifica in considerazione del fatto che nella propria compagine societaria non ci sono cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando. La stessa, inoltre, fa presente di aver fornito le dichiarazioni previste dall'art. 38, comma 1, lett. b) e c) d.lgs. 163/2006 con riferimento al legale rappresentante, al direttore tecnico, agli istitori, conseguentemente, queste ultime, essendo state rilasciate in nome e per conto della società, coprirebbero anche l'onere dichiarativo richiesto con riferimento ai soggetti cessati dalla carica.

A sostegno delle proprie argomentazioni l'istante cita anche il parere di precontenzioso del 21 novembre 2012 n. 192; la sentenza del Tar Puglia, Bari, sez I, del 25 ottobre 2012, n. 1806 nonché i principi del *favor partecipationi*s e di tassatività delle clausole di esclusione.

La stazione appaltante ha partecipato al contraddittorio, inviando la corrispondenza intercorsa con la società VA.RI.AN. srl in relazione all'esclusione *de qua* e la relativa documentazione.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto di parere verte sulla legittimità o meno dell'esclusione posta a carico della società istante. Per rispondere al quesito richiesto, occorre tenere presente il quadro normativo di riferimento nonché la *lex specialis*.

In relazione al primo aspetto, si osserva che l'art. 38, comma 1, lett. c) D.Lgs. 163/2006 inibisce la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi ai soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale. La norma, inoltre, prevede che è, comunque, causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18. La stessa disposizione precisa che l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

Il secondo comma dell'articolo in esame prescrive che il concorrente attesta il possesso dei requisiti di ordine generale mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del D.P.R. 445/2000.

L'esegesi delle predette disposizioni è stata condotta dalla giurisprudenza ora con l'uso di canoni interpretativi formalistici, in virtù dei quali si è ritenuto che ogni mancanza nelle dichiarazioni richieste comporti la sanzione dell'esclusione, ora con l'uso di canoni più sostanzialistici, in base ai quali si è giustificata l'esclusione solo nelle ipotesi di mancanza oggettiva dei requisiti di moralità (per una sintesi dei contrapposti orientamenti cfr. Cons. St., Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n.9 e Ad. Plen. 30 luglio 2014, n.16).

Anche l'AVCP in diverse occasioni si è soffermata sulla problematica attinente la portata escludente delle omissioni o delle carenze nelle dichiarazioni relative all'assenza delle condizioni ostative specificate dal citato art. 38 e sui rapporti, a questi fini, tra la normativa primaria e la *lex specialis* nonché sugli ambiti entro i quali può reputarsi legittimo o, addirittura, doveroso l'esercizio dei poteri di cui all'art. 46, comma 1, d.lgs. 163/2006 (cfr. determinazioni 12 gennaio 2010, n.1; 16 maggio 2012, n.1; 10 ottobre 2012 n.4). In particolare, con il parere n.145 del 20.6.2014 quest'ultima ha ritenuto che *"non sussista alcun obbligo di legge di indicare i cessati dalla carica nel caso in cui tali cessati non vi siano. In altre parole, se esiste un onere, normativamente imposto ex art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, di indicare i cessati dalla carica nell'anno precedente al fine della relativa dichiarazione dell'assenza di elementi ostativi pregiudicanti l'affidabilità morale della ditta concorrente, per contro, in caso di assenza di cessati dalla carica, non sussiste alcun onere di dichiarazione negativa"* (in tal senso cfr. anche parere n.192 del 21 novembre 2012).

Tale interpretazione dell'art. 38, comma 1, lett.c) d.lgs. 163/2006 appare quella più coerente con una lettura finalistica della disposizione in esame, la quale, all'evidenza, mira a prevenire il rischio che l'amministrazione contragga con operatori economici sprovvisti dei richiesti requisiti morali. L'assenza nella compagine societaria dell'operatore economico di soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, infatti, fa sì che la stazione appaltante non corra il rischio che l'eventuale riprovevolezza del condotta di questi ultimi si trasmetta al concorrente.

Conseguentemente, alla luce della predetta interpretazione, la disposizione del bando di gara sopra richiamata, che impone a pena di esclusione di dichiarare la mera inesistenza dei cessati dalla carica nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara contrasta con la previsione dell'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. 163/2006, in virtù del quale non può procedersi all'esclusione del concorrente in conseguenza dell'inosservanza di adempimenti non doverosi, ovvero non previsti come doverosi né dal Codice dei contratti pubblici né da altra disposizione normativa.

Pertanto, una volta accertato che effettivamente la VA.RI.AN srl non aveva nella propria compagine sociale soggetti cessati dalla carica nell'anno antecede alla pubblicazione del bando, la stazione appaltante non avrebbe dovuto escluderla dalla gara.

Va, infine, considerato che l'art. 39, comma 1, d.l. 90/2014, convertito dalla l. 114/2014, ha introdotto nel contesto normativo in esame (art. 38) il comma 2-bis, volto a regolare proprio i casi, come quello qui in esame, di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al secondo comma del citato art. 38. Ebbene dall'analisi della nuova disciplina emerge la volontà del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio, al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie. La novella - per espressa disposizione legislativa (art. 39, comma 3, d.l. 90/2014) - si applica solo alle procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del citato decreto legge (25.6.2014) e, quindi, la stessa non è direttamente applicabile alla gara in esame. Ciò nonostante la nuova disposizione assume un indubbio rilievo in quanto offre, quale indice ermeneutico di interpretazione degli artt. 38, comma 1, e 46, comma 1 bis, d.lgs. 163/2006, l'argomento della volontà del legislatore di evitare esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza dell'inosservanza, da parte del concorrente, dell'obbligo di integrazione documentale entro il termine perentorio accordato a tal fine dalla stazione appaltante.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della VA.RI.AN srl sia sostanzialmente illegittima in assenza di soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 ottobre 2014

Il Segretario Maria Esposito