

CONTRATTI DELLA P.A.

Contrasto tra bando di gara e schema di domanda

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V - sentenza 7 luglio 2014, n. 3449 - Pres. Maruotti, Est. Saltelli Impresa Antonio Ferrara s.r.l. (Avv.ti F. ed R. Titomanlio) c. Galasso Costruzioni s.p.a. (Avv. Di Pardo) e Comune di Alberona (n.c.) - (riforma T.A.R. Puglia - Bari, Sez. I, 16 aprile 2013, n. 565) - (sulle conseguenze che si producono nel caso di omissione di una dichiarazione prevista dallo schema di domanda predisposto dalla P.A. ma non contemplata dal bando, nel caso di mancata allegazione ad una offerta migliorativa della documentazione prevista dall'art. 33 del d.P.R. n. 207 del 2010, nonché nel caso di mancata indicazione del nominativo del subappaltatore in sede di gara).

1. Contratti della P.A. - Gara - Esclusione - Per mancata presentazione della dichiarazione di non versare nella situazione di amministrazione controllata - Nel caso in cui né il bando di gara, né il disciplinare di gara, contengano l'obbligo per i concorrenti di rendere tale dichiarazione - Impossibilità.

2. Contratti della P.A. - Gara - Esclusione - Per mancata presentazione di una dichiarazione non prevista dalla lex specialis - Ove la dichiarazione sia solo prevista dallo schema di domanda predisposto dalla P.A. - Impossibilità.

3. Contratti della P.A. - Gara - Schema di domanda predisposto dalla P.A. - Natura e funzione - Contrasto tra schema di domanda e bando - Esclusione - Impossibilità - Regolarizzazione - Ammissibilità.

4. Contratti della P.A. - Offerta - Offerta migliorativa - Mancata allegazione ad essa della documentazione prevista dall'art. 33 del d.P.R. n. 207 del 2010 - Esclusione dell'offerta - Impossibilità.

5. Contratti della P.A. - Gara - Aggiudicazione provvisoria - Natura ed effetti - Individuazione - Omessa impugnazione di essa - Non comporta alcuna conseguenza ove sia tempestivamente impugnata l'aggiudicazione definitiva.

6. Contratti della P.A. - Affidamento in subappalto (o in cottimo) - Presupposti e condizioni - Individuazione - Omessa dichiarazione del nominativo del subappaltatore in sede di gara - Nel caso di subappalto non necessario - Non può comportare l'esclusione.

1. Non può disporsi l'esclusione dalla gara di una impresa che ha omesso di dichiarare di non versare nella situazione di amministrazione controllata, nel caso in cui né il bando di gara, né il disciplinare, contengano l'obbligo per i concorrenti di rendere tale dichiarazione, limitandosi la lex specialis, quanto alla dichiarazione relativa al possesso dei requisiti generali di partecipazione, a rinviare al contenuto dell'articolo 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, che peraltro neppure contiene un richiamo alla situazione di amministrazione controllata, quale causa ostativa alla partecipazione alle gare d'appalto.

2. Non può disporsi l'esclusione dalla gara di una impresa che non ha reso una dichiarazione (nella specie, di non versare nella situazione di amministrazione controllata) che, pur non essendo prevista dal bando e dal disciplinare di gara, era riportata solo nello schema (non vincolante e da utilizzare solo preferibilmente) di domanda allegata al bando; infatti lo schema di domanda allegato al bando non costituisce affatto parte integrante della lex specialis della gara, costituendo piuttosto uno strumento predisposto unilateralmente dall'Amministrazione, a scopo meramente esemplificativo, per facilitare la partecipazione alla gara.

3. Eventuali contrasti tra quanto riportato nello schema di domanda di partecipazione alla gara predisposto dalla Stazione appaltante, concretamente utilizzato dal concorrente, e le disposizioni proprie della lex specialis, soprattutto per l'ipotesi di mancate dichiarazioni a pena di esclusione ovvero allorquando tale contrasto determini ambiguità o equivocità sulla esatta portata delle dichiarazioni da rendere, non possono determinare ex se l'esclusione del concorrente, imponendo piuttosto all'Amministrazione di esercitare il c.d. dovere di soccorso, quale corollario del principio di buon andamento e di imparzialità, applicabile dall'Amministrazione nei confronti dell'impresa. Invero, lo schema di domanda allegata al bando di gara costituisce mero strumento di ausilio, privo di qualsiasi finalità di integrazione della lex specialis, così che l'eventuale errore in cui è incorso il concorrente per il suo utilizzo e per aver prodotto dichiarazioni carenti o incomplete, lungi dal comportare l'esclusione dalla gara, tutt'al più impone all'Amministrazione l'obbligo di chiedere l'integrazione della dichiarazione.

4. Nel caso in cui sia stata presentata in una gara di appalto una offerta migliorativa, la stessa non può essere esclusa a causa della carente documentazione (relazioni specialistiche, elaborati grafici comprensivi degli elaborati e calcoli esecutivi degli impianti) concernente le migliorie offerte in base all'elencazione contenuta nell'art. 33 del d.P.R. n. 207 del 2010: quest'ultima disposizione, infatti, riguarda i documenti che devono essere contenuti nel progetto esecutivo e non può quindi trovare applicazione nel caso di varianti migliorative.

5. Nelle gare di appalto, l'aggiudicazione provvisoria è un mero atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, come tale inidoneo a produrre la definitiva lesione del concorrente non risultato aggiudicatario, lesione che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva, che non costituisce atto meramente confermativo della prima e in riferimento esclusivamente al quale, quindi, va verificata la tempestività del ricorso (1). Nessuna acquiescenza o decadenza può pertanto verificarsi nel caso di mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

6. Dal combinato-disposto degli artt. 37, comma 11, e 118, comma 2, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e 92 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, non si evince espressamente l'esistenza dell'obbligo del concorrente, che dichiara di voler avvalersi del subappalto per alcune specifiche lavorazioni, di indicare già in sede di presentazione dell'offerta il nominativo dell'impresa subappaltatrice. Infatti, l'affidamento in subappalto (o in cottimo), come espressamente stabilito dal ricordato articolo 118, è sottoposto alle seguenti condizioni: a) che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, abbiano indicato i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare (o concedere in cottimo); b) che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni; c) che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione richiesti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38; d) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto (o del cottimo), alcuno dei divieti previsti dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni (2).

(1) V. tra le più recenti, Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1828; id., 15 febbraio 2013, n. 936; sez. III, 11 febbraio 2013, n. 763.

(2) Ha aggiunto la sentenza in rassegna che va rimarcata la netta diversità della ricordata disciplina del subappalto rispetto a quella contenuta nella legge 11 febbraio 1994, n. 109, che imponeva fin dal momento della formulazione dell'offerta l'indicazione del nominativo dell'impresa subappaltatrice (previsione peraltro soppressa già dall'art. 9 della legge n. 415 del 1998).

Né in senso diverso poteva invocarsi nel caso di specie l'applicazione del principio del c.d. subappalto necessario, elaborato dalla giurisprudenza, secondo cui la indicazione dell'impresa subappaltatrice già all'atto della presentazione dell'offerta (e la dimostrazione del possesso da parte dell'impresa subappaltatrice dei requisiti di qualificazione) sarebbe necessaria nelle ipotesi in cui il richiamo al subappalto sarebbe necessario in ragione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione.

Invero, oltre a rilevare l'obiettiva diversità del subappalto e dell'avvalimento, aventi finalità e rationes completamente differenti e diversamente disciplinati dallo stesso D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, deve escludersi che nel caso di specie si vertesse in una ipotesi di c.d. subappalto necessario, non potendo condividersi l'assunto che la impresa appellante fosse priva dei requisiti di qualificazione.

Non sussisteva pertanto l'obbligo da parte dell'Impresa in questione di indicare il nominativo dell'impresa cui avrebbe affidato in subappalto i lavori della categorie scorporabile OG 10 già in sede di partecipazione alla gara, essendo a tale fine sufficiente soltanto la dichiarazione di voler subappaltare.

Estremi di pubblicazione: http://www.lexitalia.it/p/14/cds_2014-07-07-4.htm

Legislazione: [DECRETO LEGISLATIVO 12 aprile 2006, n. 163 \(in G.U. n. 100 del 2 maggio 2006 – Suppl. Ord. n. 107 – in vigore dal 1° luglio 2006\) - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE](#)

[\(TESTO AGGIORNATO AL D.L. 21 giugno 2013, n. 69\)](#).



* Inizio pagina