

Parere n. 129 del 07/07/2011

PREC 49/11/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 BOSCO S.r.l. – “*Procedura aperta per l'appalto di lavori di M. S. e sistemazione svincolo accesso a Canicattini Ovest in contrada Garofalo*” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d'asta soggetto a ribasso: euro 1.204.402/16 – S.A.: Provincia Regionale di Siracusa.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con istanza pervenuta in data 4 marzo 2011 l'Impresa BOSCO S.r.l. ha chiesto un parere sulla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto che la Provincia regionale di Siracusa ha disposto con la seguente motivazione: “*L'impresa ha reso la dichiarazione difforme da quanto indicato all'art.38, comma 1, lettera h) del D.Lgs. 163/2006*”.

La difformità registrata dalla stazione appaltante, e posta a base della suddetta esclusione, è consistita nell'aver omesso nella dichiarazione resa l'inciso “*e per l'affidamento di subappalti*” dal contesto richiesto, così come previsto dal disciplinare di gara. Nella parte concernente le MODALITA' DI PRESENTAZIONE ED I CRITERI DI AMMISSIBILITA' DELLE OFFERTE, era previsto al punto 4) lett.A) che il concorrente dichiarasse “*indicandole specificamente, di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall'art.38, comma 1), lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis), m-ter) ed m-quater e comma 2) del Codice dei contratti pubblici e pertanto dichiarasse esattamente: (...) lett. h) “di non aver reso false dichiarazioni, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento di subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio*”.

Nell'istanza di parere, l'impresa Bosco ha precisato di avere chiesto alla stazione appaltante la riammissione in gara postulando che l'inciso mancante di cui sopra fosse da ritenere assorbito dalle risultanze in possesso dell'Osservatorio, riferentesi a qualsiasi tipo di affidamento in appalto ed in subappalto; trattandosi quindi di dichiarazione incompleta, l'istante ha precisato di avere autonomamente integrato la dichiarazione di cui alla lettera h) del disciplinare di gara dell'inciso mancante, ai sensi dell'art.46 del D.Lgs. n.163/2006.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 15 marzo 2011, la Provincia Regionale di Siracusa, a giustificazione del proprio operato, ha espressamente richiamato la parte del disciplinare di gara relativa alle **AVVERTENZE** dove si legge che formulazioni diverse delle dichiarazioni indicate nella *lex specialis* che “*non diano comunque conto chiaramente ed univocamente della posizione del dichiarante nei riguardi delle cause d'esclusione di cui all'art. 38, comporteranno l'esclusione dalla gara*”.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame riguarda l'esclusione dell'impresa istante per avere reso la dichiarazione richiesta nel disciplinare in modo difforme da quanto indicato all'art. 38, comma 1, lettera h) del D.Lgs. n. 163/2006.

Al riguardo vale precisare che la giurisprudenza (cfr. *ex multis* TAR Lazio, Roma, sez. III, 31/12/2010, n.39288) è costante nel ritenere autonome la fase di prequalifica e la successiva fase di presentazione delle offerte, con la conseguenza che la stazione appaltante non perde in quest'ultima fase il potere di verifica dei requisiti, tanto più se, come nel caso di specie, la verifica rimanda a dati in possesso di un organo neutrale come l'Osservatorio.

Peraltro, anche in virtù dell'espresso richiamo operato dall'art.2, comma 3, del D.Lgs. n.163/2006 alle disposizioni della legge n.241/1990 –e *naturaliter* ai principi di cui le stesse sono espressione e partitamente a quelli di “*non aggravio del procedimento*” ex art. 1, comma 2; di “*rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete*” ex art.6, comma 1, lett. b); di “*acquisizione d'ufficio dei documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni*” – risulta non conforme ai principi ed alla normativa di settore l'esclusione, disposta in danno della ditta BOSCO, per inesatto adempimento dell'onere di produrre una dichiarazione conforme allo stereotipo del disciplinare di gara.

Basti considerare, a quest'ultimo riguardo, che tale dichiarazione risulta formulata alla stregua di una disposizione (art.38, comma 1, lett. h) del D.Lgs. n.163/2006), che fa esplicito rinvio a dati in possesso dell'Autorità amministrativa, come tali sempre verificabili nella fase successiva di verifica del possesso dei requisiti previamente autodichiarati.

Pertanto, se è vero che la fase della prequalifica non consuma il potere della P.A. di valutare, anche in sede di gara, la sussistenza dei requisiti di partecipazione, alla luce anche di eventuali sopravvenienze, è altrettanto indubitabile che la documentazione in origine acquisita possa essere regolarizzata ex art. 46 del D.Lgs. n.163/2006, ai fini della sua completezza formale, per essere utilizzata nella fase di verifica del possesso dei requisiti medesimi. Nel caso di specie, si sarebbe trattato, invero, della mera integrazione di una dichiarazione “incompleta”.

L'art. 46 sopra citato espressamente prevede, infatti, la facoltà, per l'Amministrazione appaltante, nell'ambito dei propri poteri discrezionali, di invitare le imprese a “*completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*”, costituendo, questo, un indubbio correttivo all'eccessivo rigore delle forme, e ciò anche nei casi in cui il bando le prescrive a pena di esclusione.

Tale potere discrezionale deve essere esercitato secondo i principi generali della buona fede e della ragionevolezza e, in base all'esigenza specifica delle gare pubbliche, della massima partecipazione, evitando che la detta esigenza possa essere compromessa da carenze di ordine meramente formale, senza che, in assenza di regole tassative e di preclusioni imposte, l'esercizio di tale facoltà possa configurare una violazione della *par condicio* dei concorrenti, rispetto ai quali, al contrario, assume rilievo l'effettività del possesso del requisito (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6281 per cui, anche alle gare d'appalto, si applica il principio secondo cui il responsabile del procedimento amministrativo è tenuto ad invitare alla rettifica di eventuali irregolarità formali, ai sensi dell'art. 6, lett. b), l. n. 241 del 1990, purché non venga in tal modo turbata la *par condicio* dei

concorrenti e non vi sia una modificazione sostanziale del contenuto della documentazione presentata; nel medesimo senso, si veda anche Consiglio Stato , sez. I, 18 marzo 2009, n. 701).

Nel caso di specie, dunque, il provvedimento di esclusione è sostanzialmente illegittimo, ancorché conforme alla *lex specialis* della gara, in quanto la S.A. avrebbe potuto (e dovuto) richiedere una integrazione, tenuto per di più conto del fatto che si trattava dell'utilizzo di dati in possesso dell'Osservatorio e che l'integrazione documentale riguardava una dichiarazione incompleta e non una dichiarazione non resa, nel qual caso il ricorso all'art. 46 avrebbe comportato una inevitabile violazione della *par condicio* (TAR Sicilia, Catania, 23 giugno 2008, n. 1203; TAR Friuli Venezia Giulia, 26 gennaio 2006, n. 46; TAR Sicilia, Palermo, 10 dicembre 2004, n. 2704).

Infatti, come la stessa giurisprudenza ha avuto modo di rilevare (TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 07.12.2009 n.1323), la disposizione dettata dall'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, nel prevedere che le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti alle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti o dichiarazioni presentati, è da intendersi come *“la codificazione di un ordinario modo di procedere”*, volto a far valere, entro certi limiti e nel rispetto della *par condicio* dei partecipanti, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e del possesso della capacità tecnica ed economica (cfr. al riguardo anche TAR Lazio, Roma, 5 giugno 2008, n. 5491, TAR Sicilia, Catania, 17 maggio 2007, n. 846, TAR Liguria, 20 aprile 2007, n. 686).

Alla luce di quanto sopra esposto, neppure potrebbe condividersi qualsiasi argomentazione in contrario che pretendesse di negare la suddetta possibilità di regolarizzazione, in considerazione del valore negoziale della dichiarazione omessa: l'art. 46 consente, infatti, la regolarizzazione *“nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45”*, *escludendo pertanto dalla propria portata le dichiarazioni afferenti l'offerta, tecnica ed economica*.

Di conforme avviso sostanzialistico sono anche i pareri n.6 del 2008 e nn.4, 140 e 169 del 2010 di questa Autorità evocati dall'istante, tenuto altresì conto che *“le cause di esclusione dalle gare pubbliche costituiscono limiti a legittimi interessi procedurali delle imprese candidate; esse, pertanto, non possono essere soggette ad interpretazioni formalistiche che rifuggano dal testo letterale e dalla ratio che le ispira”* (Cons. Stato, Sez. IV, 5 settembre 2007, n. 4658 ed in senso conforme più di recente: TAR Sicilia, Catania, sez. II, 14/5/2010, n. 1513; TAR Liguria, Genova, sez. II, 4/03/2010, n. 962; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 9/10/2009, n. 1537).

In concreto, tuttavia, nel rispetto dei medesimi principi di trasparenza e di *par condicio*, la soluzione della controversa questione non può che essere rimessa al prudente apprezzamento della S.A. che potrà – tenuto conto dello stato del procedimento di gara – procedere alla riammissione delle ditta istante (e delle altre che sono state escluse in base ai medesimi motivi), reiterando il procedimento medesimo.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara dell'impresa Bosco S.r.l. non sia conforme ai principi ed alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alesandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 luglio 2011

Il Segretario: Maria Esposito