Parere n. 15 del 26 gennaio 2011

PREC 218/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Fondazione Aquileia – Concorso di idee per gli interventi di valorizzazione del Fondo Cossar – Importo a base d'asta: 1° posto €30.600,00 - 2° posto € 6.000,00 - 3° posto €4.000,00 – S.A.: Fondazione Aquileia.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 9 agosto 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Fondazione Aquileia, in qualità di stazione appaltante, ha esposto di aver indetto la procedura in oggetto nel corso della quale sono sorti dubbi in merito alla possibilità di ammissione di tre costituendi raggruppamenti di professionisti concorrenti.

Nello specifico, la stazione appaltante ha rappresentato che alcuni dei professionisti che andranno a costituire il raggruppamento non hanno reso le richieste dichiarazioni, fra cui anche quella relativa al possesso dei requisiti ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, per le quali la stazione appaltante medesima aveva predisposto apposito modulo (Mod. D), ed ha chiesto se è legittimo consentire un'integrazione documentale ovvero, in subordine, considerare il raggruppamento come formato solo da coloro che hanno reso la dichiarazione, ammettendo così una modifica al singolo costituendo raggruppamento.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità alcuni dei professionisti interessati hanno formulato deduzioni, evidenziando in particolare le medesime alternative della stazione appaltante, oltre al fatto di aver reputato di adeguarsi al modulo dalla stessa predisposto ed allegato al bando.

Ritenuto in diritto

La questione controversa portata all'attenzione di questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto concerne la possibilità di ammettere alla procedura di cui trattasi tre costituendi raggruppamenti di professionisti concorrenti – atteso che alcuni dei professionisti che li costituiranno non hanno reso, tramite l'apposito modello D, le richieste dichiarazioni fra cui anche quella relativa al possesso dei requisiti ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 – consentendo un'integrazione documentale ovvero, in subordine, considerando il raggruppamento come formato solo da coloro che hanno reso la dichiarazione.

Preliminarmente, con specifico riguardo alla corretta applicazione della disposizione del Codice dei contratti pubblici in questione, si rende necessario ribadire che la *ratio* della normativa di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 risiede nella esigenza di verificare l'affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico che andrà a contrattare con la p.a., per evitare, a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, che quest'ultima entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale.

Di volta in volta la *lex specialis* della singola gara detta regole di specificazione di tale onere che, se da un lato assumono il valore di vincolo per la stessa stazione appaltante e per gli aspiranti partecipanti, dall'altro devono sottostare agli ordinari criteri della chiarezza di redazione e della ragionevolezza di applicazione.

Nel caso di specie le contestazioni riguardano non tanto la sussistenza dei requisiti quanto la necessità che la dichiarazione fosse resa da tutti i professionisti concorrenti.

Orbene, nel caso de quo la *lex specialis* (art. 9, punto 3, lett. d), del disciplinare del concorso) richiedeva, in termini chiari e di non particolare gravosità, “una dichiarazione (Mod. D), con la quale il concorrente o i concorrenti: 1) attestino di non trovarsi in alcuna delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 5 del presente disciplinare”; l'art 4 del disciplinare medesimo specificava, al punto 6, che “Tutti i concorrenti, sia singoli sia in forma di raggruppamento o associazione, dovranno dichiarare di non trovarsi nelle condizioni di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006” e il relativo modulo (Mod. D), intitolato “Dichiarazione concorrente”, riproduceva quanto richiesto dal disciplinare del concorso, rendendo ulteriormente evidente, con l'incipit “Il sottoscritto professionista” la necessità che la dichiarazione si riferisse a ciascun professionista concorrente. Conseguentemente, la mancanza della dichiarazione da parte di alcuni dei professionisti concorrenti in costituendo raggruppamento temporaneo comporta necessariamente l'esclusione dalla procedura concorsuale ai sensi dell'art. 9 comma 3.1 del bando, sia in termini formali di violazione delle statuizioni della *lex specialis* previste a pena di esclusione sia in termini sostanziali a fronte dell'impossibilità per la stazione appaltante di valutare l'assenza di cause ostative ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.

In presenza di tale rigoroso ma chiaro dettato della *lex specialis* non è ammissibile l'integrazione documentale, la quale può trovare applicazione unicamente a fronte di precisi e limitati presupposti. In proposito costituisce *jus receptum* il principio per cui la regolarizzazione documentale può essere consentita solo quando i vizi siano puramente formali, o chiaramente imputabili ad errore solo materiale, e sempre che riguardino dichiarazioni o documenti non richiesti a pena di esclusione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, ammessa la sanatoria o l'integrazione postuma, che si tradurrebbe in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione della *par condicio*. Sanatorie documentali sono dunque consentite – con la possibilità d'integrare successivamente la documentazione prodotta con la domanda di partecipazione alla gara o, comunque, con l'offerta – nel rispetto di un duplice limite: la regolarizzazione deve riferirsi a carenze puramente formali od imputabili ad errori solo materiali; non può mai riguardare produzioni documentali che abbiano violato prescrizioni del bando o della lettera di invito sanzionate con una comminatoria di esclusione (cfr. ad es. Consiglio Stato, Sez. V, 14 settembre 2010, n. 6687).

Né appare altrimenti ipotizzabile un'esclusione *in parte qua* dei professionisti facenti parte dei costituendi raggruppamenti, in quanto le offerte devono essere valutate nella loro interezza. Altrimenti opinando si violerebbe il principio del generale divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti alla gara. In proposito si rende necessario richiamare il principio generale di cui all'art. 37 comma 9 del Codice dei contratti pubblici, a tenore del quale “Salvo quanto disposto ai commi 18 e 19” (concernenti eventi patologici dell'impresa), “è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta”.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che a fronte dell'accertata violazione della *lex specialis* non sussistano i presupposti per l'integrazione documentale o la modifica soggettiva dei raggruppamenti temporanei concorrenti.

Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 febbraio 2011

Il Segretario: Maria Esposito