

## **Parere n.12 del 08/02/2012**

### **PREC 262/11/F**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Consorzio di Bonifica del Basso Sulcis – “*Procedura aperta per l’affidamento del progetto di completamento impianti di misurazione – Fornitura ed installazione di gruppi di consegna aziendale automatizzati*” – Data di pubblicazione del bando: 29.7.2011 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: euro 2.113.319,16 – S.A.: Consorzio di Bonifica del Basso Sulcis.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 21 ottobre 2011 è pervenuta l’istanza in epigrafe, con la quale il Consorzio di Bonifica del Basso Sulcis ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell’esclusione di una ditta che, sorteggiata ai sensi del comma 1, dell’art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, abbia presentato, ben oltre il termine di 10 giorni previsto dal Codice, seppure in sede di integrazione documentale, ulteriore documentazione comprovante il possesso dei requisiti dichiarati in sede di presentazione dell’offerta.

Più specificamente, la stazione appaltante fa presente che, verificata l’integrità dei plichi pervenuti, ed esaminata la documentazione amministrativa prodotta dalle concorrenti (ACMO e ATI TECNIDRO-AURELIO PORCU) – più quella di una terza che è stata immediatamente esclusa – si dava seguito al subprocedimento di cui al comma 1, dell’art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, e si richiedeva, quindi, con nota n. 1966 del 21 settembre 2011, ad entrambe le ditte rimaste in gara, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima (1 ottobre 2011), il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dichiarati in sede di presentazione dell’offerta.

Nel termine di cui sopra, perveniva la documentazione richiesta, a riscontro della quale risultava incompleta quella prodotta dall’ATI che, con nota del 4 ottobre 2011, veniva invitata, ai sensi del primo comma dell’art. 46 del Codice, a fornire chiarimenti in merito al contenuto della documentazione presentata a comprova del possesso del fatturato specifico, nella misura minima richiesta nel bando di gara, pari ad almeno 2.999.265,00 euro. Tale requisito, infatti, dalla verifica dei documenti prodotti, non risultava compiutamente documentato.

Pertanto, oltre il termine dei dieci giorni previsto dal citato articolo 48, ma in riscontro a detta richiesta, la mandataria Tecnidro produceva, per la prima volta, fatture comprovanti il possesso del suddetto fatturato specifico, relative agli anni 2008-2009-2010.

Ciò premesso, la S.A. chiede “*se sia da ritenersi causa di esclusione la presentazione della documentazione comprovante il possesso del fatturato specifico dichiarato, ben oltre il termine perentorio di cui all’art. 48, oppure se, in forza del principio di prevalenza della sostanza sulla*

*forma in merito ai requisiti di partecipazione*” – deducibile dal comma 1-*bis* dell’art. 46 del Codice dei contratti, inserito dall’articolo 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 – “*sia da considerarsi comprovato il possesso del suddetto requisito mediante l’integrazione postuma delle copie delle fatture (anzidette)*”.

All’istruttoria procedimentale, formalmente avviata– nei confronti tanto della S.A. quanto della Ditta Tecnidro S.r.l. in qualità di Mandataria dell’ATI – in data 2 dicembre 2011, è seguita la comunicazione, inviata il successivo 15 dicembre 2011 anche alla Ditta ACMO S.p.A. che, in data 23 novembre 2011, aveva richiesto di intervenire nel procedimento ai sensi dell’art. 9 della legge 241/1990 e che, in accoglimento della suddetta istanza, era stata ammessa a parteciparvi, in qualità di concorrente nella procedura di gara in oggetto.

Con nota del 16 dicembre 2011, pervenuta a questa Autorità in data 21 dicembre 2011, lo Studio Legale Associato Martinez&Partners di Milano, in nome e per conto della Tecnidro S.r.l., ha preliminarmente avversato l’accoglimento della suddetta richiesta di intervento della ACMO S.p.A., sostenendo che quest’ultima non sarebbe stata detentrica di alcun interesse specifico qualificato a partecipare al procedimento precontenzioso in oggetto.

La ditta ACMO, ammessa ad intervenire nel procedimento, con memoria dello Studio Legale Lotti, depositata in data 27 dicembre 2011, postula, nel proprio interesse, l’obbligatoria esclusione dalla gara dell’ATI per il mancato rispetto del termine perentorio di cui al primo comma dell’art. 48, preposto a garantire il regolare svolgimento della gara ed una effettiva *par condicio* tra i concorrenti, indipendentemente dalla sussistenza (o meno) dei requisiti di partecipazione, idonea semmai a scongiurare le sanzioni discendenti dall’autonoma procedura comminatoria, di competenza esclusiva di questa Autorità su segnalazione della S.A., prevista dal medesimo primo comma dell’art. 48.

Con memoria depositata in data 9 dicembre 2011, la mandataria Tecnidro, come sopra rappresentata, dopo aver preliminarmente asserito come le copie dei bilanci prodotte tempestivamente alla S.A. fossero di per sé sufficienti a dimostrare anche il fatturato specifico, precisa che la copia delle fatture trasmesse era riferita solo ed esclusivamente a quei lavori di rilevante interesse svolti nell’ultimo triennio, costituenti cioè soltanto una parte del fatturato totale inerente la fornitura di apparecchiature idrauliche oggetto di gara.

La medesima ditta ritiene, quindi, legittima l’allegazione postuma delle ulteriori fatture, a definitiva prova del possesso del requisito richiesto – in ordine al quale, del resto, la S.A. non nutre dubbi – e conseguentemente invoca il criterio di prevalenza della sostanza sulla forma deducibile dal prefato comma 1-*bis* dell’art. 46 del Codice dei contratti che, a suo dire, renderebbe non più perentorio il termine indicato dal primo comma dell’art. 48, come assertivamente reinterpretato alla luce della novella legislativa.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa oggetto del presente esame concerne il caso della produzione, oltre il termine perentorio di cui all’art. 48 del Codice, di parte della documentazione comprovante il possesso dei requisiti dichiarati in sede di presentazione dell’offerta e, conseguentemente, la legittimità o meno dell’esclusione dalla gara in oggetto dell’ATI che ha tardivamente comprovato il possesso del fatturato specifico, nella misura minima richiesta nel bando di gara.

Va, innanzitutto, premessa *in limine* l'ammissibilità dell'intervento della ditta ACMO, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 241/1990, e per gli effetti partecipativi che ne derivano, a norma del successivo art. 10, in quanto portatrice di un interesse sostanziale differenziato e qualificato, connesso allo specifico procedimento instaurato (cfr. *ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. III, 13 giugno 2000, n. 4878).

Nel merito, poi, va ulteriormente premesso che, per consolidata giurisprudenza amministrativa, ai sensi dell'art. 46 D.lgs. 163/2006, la stazione appaltante non può sopperire con il c.d. "potere di soccorso" alla mancanza di documentazione prescritta dalla "*lex specialis*" di gara, riguardando, i criteri esposti ai fini dell'integrazione, semplici chiarimenti e non ulteriore documentazione: pertanto, l'omessa allegazione della documentazione prescritta non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa la regolarizzazione postuma. In tal caso, infatti, non si tratta di rimediare a vizi puramente formali, tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara.

Viceversa, il potere di richiedere chiarimenti e integrazioni alla ditta partecipante si applica nelle ipotesi in cui sussistano dubbi circa l'esistenza dei requisiti richiesti dal bando, ovvero qualora vi sia stato – come nella fattispecie all'esame – un principio di prova circa il loro possesso da parte del concorrente, trattandosi di ipotesi ontologicamente distinta da quella della documentazione del tutto mancante: in tali casi, infatti, sussistendo un indizio del possesso dei requisiti richiesti, l'amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla procedura, ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare o chiarire il contenuto della documentazione presente in atti, costituendo siffatta attività acquisitiva un ordinario "*modus procedendi*", ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma (vedi in senso conforme Consiglio di Stato, sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981). Ed è a questa esigenza che si è chiaramente ispirata, nel caso concreto, l'istante S.A., allorché ha richiesto all'ATI, con la prefata nota del 4 ottobre 2011, di fornire chiarimenti in merito al contenuto della documentazione prodotta a comprova del fatturato specifico richiesto.

Una tale richiesta, invero, apparirebbe contraddittoria, qualora si ritenesse che la S.A. avesse ravvisato nella documentazione versata in atti dall'ATI una irregolarità men che formale, poiché, in tal caso, la stessa non sarebbe stata – come invece è stata – ritenuta oggetto di possibile sanatoria ex art. 46 del d.lgs. n. 163/2006.

Senonché, la medesima S.A. asserisce che "*in riscontro a tale richiesta, la ditta Tecnidro srl (mandataria) non si limitava a fornire i chiarimenti richiesti ma impropriamente produceva, per la prima volta e ben oltre il termine perentorio dei 10 giorni previsto dall'art. 48, documentazione integrativa consistente nell'allegazione di altre fatture relative agli anni 2008-2009-2010 comprovanti il possesso del fatturato specifico*".

Pertanto, valorizzando tale asserto potrebbe *a contrario* dedursi, per quanto ne occupa, che una volta constatata la sostanziale assenza di un requisito essenziale per la partecipazione alla gara, la conseguente regolarizzazione postuma si sarebbe tradotta, essenzialmente, in un'integrazione dell'offerta proposta, configurandosi di per sé come una violazione del principio della *par condicio* nei riguardi dell'altro concorrente (ACMO) che, nei termini imposti, ha osservato le regole del bando.

Talché, rispetto a tale ultima considerazione non varrebbe punto addurre – come fa la Tecnidro – che la normativa in materia di contratti pubblici esprime sempre più la prevalenza dell'interesse sostanziale rispetto ai canoni meccanicamente formalistici, come può evincersi dalla recente modifica dell'art. 46, d.lg. 163/2006, cui il d.l. n. 70 del 13 maggio 2011 ha aggiunto il comma 1-*bis*, che, nell'escludere che i bandi e le lettere di invito possano contenere ulteriori prescrizioni a

pena di esclusione rispetto a quelle dalla stessa norma indicate, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, rafforzandosi, viepiù, il principio di matrice comunitaria della prevalenza della sostanza rispetto a quella della forma.

Peraltro, a norma dello stesso citato comma aggiunto, “*la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice...*” ed ai sensi del successivo art. 48, il termine di dieci giorni per ottemperare alla richiesta di deposito di documenti formulata dalla stazione appaltante è ritenuto dalla prevalente giurisprudenza amministrativa perentorio, in disparte l’ulteriore conseguenza – afferente ad un distinto piano logico-giuridico, peraltro non ricorrente nella fattispecie – che le sanzioni derivanti dalla sua inosservanza non vadano applicate nel caso in cui l’impresa, comprovando un oggettivo impedimento a rispettare detto termine, ne abbia tempestivamente chiesto la proroga (Consiglio Stato sez. III, 7 marzo 2011, n. 1420; Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3804; Sez. V, 13/12/2010, n. 8739; Sez. IV, 6 giugno 2001, n. 3066; Sez. V, 15 maggio 2001, n. 2714; Sez. VI, 15/6/2009, n. 3804).

Invero, sebbene la legge non qualifichi espressamente come perentorio il termine per la produzione della documentazione richiesta a comprova dei requisiti ai sensi dell’art. 48, d.lg. n. 163 del 2006, l’orientamento prevalente *ut supra* citato ritiene che il termine in questione abbia natura perentoria in quanto tale perentorietà sarebbe insita nella stessa automaticità della comminatoria prevista per la sua inosservanza.

Nel caso, tuttavia, sia la stessa stazione appaltante – come nella fattispecie all’esame – a ritenere opportuna l’integrazione della documentazione, assegnando un nuovo termine per fornire i necessari chiarimenti, la richiesta integrazione di documentazione deve ritenersi ammissibile in quanto discrezionalmente disposta dalla stessa stazione appaltante, in condizione di reciprocità anche con altro partecipante.

Ciò conduce ad escludere che possa ritenersi, nella fattispecie, violato il principio della *par condicio* e spinge a ritenere legittima la scelta operata in prima battuta dall’Amministrazione di procedere alla richiesta dei documenti ritenuti carenti; con la conseguenza che inopinatamente contraddittorio sarebbe ritenere violato il termine previsto dalla legge per dimostrare il possesso dei requisiti, facendone discendere un traumatico effetto escludente a carico del destinatario della richiesta.

In altre parole la stazione appaltante avrebbe potuto legittimamente ritenere che la documentazione prodotta fosse insufficiente; essa ha, invece, altrettanto legittimamente ritenuto che, nonostante la scadenza del termine, fosse comunque opportuno consentire all’ATI di produrre la documentazione carente ovvero i chiarimenti necessari a dimostrare l’adeguatezza della documentazione prodotta a comprova del requisito richiesto.

Si può, quindi, conclusivamente ritenere conforme alla normativa di settore l’operato della stazione appaltante e coerentemente ritenere, allo stato, illogica e contraddittoria una eventuale esclusione dell’ATI.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della S.A. sia stato fin qui conforme all'ordinamento di settore e che, pertanto, sarebbe illogica e contraddittoria una eventuale esclusione dell'ATI TECNIDRO-AURELIO PORCU.

I Relatori: Cons. Giuseppe Borgia, Pres. f.f. Sergio Santoro

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2012

*Il Segretario: Maria Esposito*