

PARERE N. 181 DEL 7/11/2012

PREC 140/12/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'ing. Alfio Gullotta – Procedura aperta per l'affidamento di incarichi di progettazione esecutiva, D.L. e coordinamento sicurezza per i Lavori di realizzazione di Centro Polifunzionale per l'inserimento sociale e lavorativo degli immigrati extracomunitari regolari – Importo : €153.000,00 – S.A.: Comune di Rosolini

Art. 46 e art. 79, comma 5, D.Lgs. 163/2006: legittimità dell'esclusione e conseguenze dell'omessa comunicazione all'interessato dell'esclusione

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

L'Ing. Alfio Gullotta, in qualità di mandatario del raggruppamento RA.GGM., ha presentato l'istanza di parere in oggetto, con cui ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla procedura sopra indicata, lamentando l'illegittimità della propria esclusione dalla gara e la mancata comunicazione del relativo provvedimento.

Il disciplinare di gara prevedeva a pena di esclusione: *“i soggetti partecipanti dovranno dichiarare di attenersi a quanto stabilito dalla legge 136/2010 e successive modifiche ed integrazioni relativamente alla tracciabilità dei flussi finanziari”* (punto 8.1.3.2 lett. n). L'istante ha pedissequamente ricopiato tale disposizione nell'ambito delle dichiarazioni rese ai fini della partecipazione e la stazione appaltante lo ha escluso con la seguente motivazione: *“omessa dichiarazione di cui alla lettera n) del punto 8.1.3.2) del disciplinare, in quanto riporta integralmente il testo del disciplinare senza procedere alla richiesta dichiarazione”*.

Secondo l'istante l'esclusione sarebbe illegittima, sussistendo nel caso in esame i presupposti per la riammissione in gara, in quanto il tenore letterale della predetta disposizione, se confrontato con quello delle altre prescrizioni del punto 8.1.3 sarebbe equivoco: il punto 8.1.3.2 del disciplinare di gara, infatti, esplicita dalla lettera a) alla lettera m-*quater*) la dicitura delle dichiarazioni da rendere ai fini della partecipazione, la lettera n), invece, descrive l'attività dichiarativa che i soggetti dovranno svolgere.

A parere dell'istante sarebbe, quindi, possibile leggere correttamente il testo della prescrizione di cui alla predetta lettera n) - *“i soggetti partecipanti dovranno dichiarare di attenersi a quanto stabilito dalla legge 136/2010 e successive modifiche ed integrazioni relativamente alla tracciabilità dei flussi finanziari”* - come integralmente trascritto nella propria dichiarazione, eliminando dallo stesso le prime cinque parole ivi contenute.

L'istante, inoltre, ha fatto presente di non avere ricevuto formale comunicazione né della disposta esclusione né del rigetto della richiesta di riammissione alla gara.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, la stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato, osservando che la *lex specialis* è stata chiara e non equivoca nel richiedere, a pena di esclusione, la presentazione della dichiarazione risultata invece assente. Conseguentemente l'istante non potrebbe invocare alcun errore scusabile in cui sarebbe incorso a causa della formulazione della *lex specialis*, né potrebbe lamentarsi della mancata comunicazione dell'esclusione, dato che ha comunque conosciuto le motivazioni dell'esclusione, né, infine, sarebbe possibile ammettere la presentazione di chiarimenti da parte dello stesso, posto che il bando prevede tale possibilità per altre cause di esclusione.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione e la necessità della sua comunicazione al soggetto interessato.

E' opportuno premettere al riguardo che, come chiarito dall'Autorità nella determinazione n.4 del 10.10.2012 cui si rinvia, la previsione a pena di esclusione della clausola di cui alla predetta lettera n) è legittima, non contrastando con la previsione dell'art. 46, comma 1bis, D.Lgs. 163/2006.

Conseguentemente al fine di dirimere la prima delle sopra indicate questioni, occorre prendere le mosse proprio dall'analisi del disciplinare di gara, il quale, nell'elencare la documentazione da inserire a pena di esclusione nella busta A, prescrive al punto 8.1.3.2 lett. n): "*i soggetti partecipanti dovranno dichiarare di attenersi a quanto stabilito dalla legge 136/2010 e successive modifiche ed integrazioni relativamente alla tracciabilità dei flussi finanziari*".

La predetta disposizione é formulata in termini letterali che non presentano profili di dubbio interpretativo circa l'obbligatorietà della prescritta dichiarazione ed il contenuto della stessa. Conseguentemente, risulta privo di pregio il rilievo dell'istante, secondo cui la *lex specialis* sarebbe stata redatta in maniera poco chiara ed avrebbe indotto in errore il concorrente medesimo. Sebbene, infatti, l'obbligo dichiarativo di cui alla lettera n) sia formulato in maniera diversa rispetto a quello delle precedenti lettere da a) ad m-*quater* del punto 8.1.3.2, tale differenza, tuttavia, non è in grado di ingenerare, come sostiene l'istante, un errore qualificabile come scusabile circa la consistenza delle incombenze imposte dalla legge di gara, dato il chiaro tenore letterale della disposizione in esame e l'interpretazione logico sistematica della stessa, in virtù della quale non avrebbe alcun senso ritenere che la stazione appaltante abbia chiesto ai concorrenti di inserire nel corpo della dichiarazione concernente il possesso dei requisiti di partecipazione un'affermazione riferita genericamente a tutti i concorrenti, invece di una specifica dichiarazione riguardante l'autore della stessa.

Si osserva, inoltre, che al punto 8.1.3.7 il disciplinare di gara adotta una tecnica di redazione della disposizione simile a quella impiegata alla suddetta lettera n), ma non risulta che in tal caso l'istante sia incorso in alcun errore nel rendere la dichiarazione richiesta. Ne consegue che la formulazione del disciplinare di gara non era tale da ingenerare alcun affidamento incolpevole circa il tenore della dichiarazione *de qua*, sicché non emergono spazi per l'applicazione dell'invocato principio del *favor participationis*.

E' opportuno osservare, infatti, che il canone ermeneutico ispirato a tale principio, da un lato, presuppone l'esistenza di clausole ambigue, e ciò non si riscontra nel caso in esame, e, dall'altro, non può essere enfatizzato nella sua astratta potenzialità applicativa, in maniera da assecondare letture della *lex specialis* indotte dalla mancanza di quella minima, ma indefettibile, soglia di attenzione, richiesta a chi partecipa a procedure ad evidenza pubblica.

Neppure appare possibile il ricorso all'istituto della c.d. integrazione documentale, non ricorrendone i presupposti oggettivi. Al riguardo occorre considerare che in virtù dell'art 46 del Codice dei Contratti Pubblici le stazioni appaltanti possono invitare i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in merito al contenuto dei soli "*certificati, documenti e dichiarazioni presentati*", ossia già allegati agli atti di gara, relativi al possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla stessa, mentre in ossequio al principio generale di *par condicio* dei concorrenti non possono consentire l'integrazione postuma di un documento assente, non trattandosi in tal caso di rimediare a vizi puramente formali.

L'istante, essendosi limitato a scrivere: "*i soggetti partecipanti dovranno dichiarare di attenersi a quanto stabilito dalla legge 136/2010 e successive modifiche ed integrazioni relativamente alla tracciabilità dei flussi finanziari*", ha finito per non rendere la dichiarazione richiesta a pena di esclusione dalla stazione appaltante, conseguentemente non é possibile integrare il testo dell'autodichiarazione presentato né è possibile una lettura correttiva, come auspicato dal medesimo concorrente, nel senso di eliminare da quest'ultimo, con riferimento alla "dichiarazione" lettera n) le prime cinque parole ivi presenti, in quanto si tratterebbe di un'operazione interpretativa non consentita rispetto ad un atto che proviene dal privato sotto la propria responsabilità.

Da quanto sopra detto deriva che nel caso di specie l'esclusione del concorrente è legittima. In merito alla seconda questione si osserva che ai sensi dell'art. 79 D.Lgs. 163/2006, comma 5, l'amministrazione è tenuta a comunicare d'ufficio a ciascun candidato l'esclusione entro un termine non superiore a cinque giorni dall'esclusione. La *ratio* che sorregge la norma è duplice: da un lato, garantire la celere conclusione della procedura ad evidenza pubblica a tutela dell'interesse pubblico, che sorregge indizione della stessa, dall'altro assicurare al concorrente quella piena conoscenza dell'atto lesivo, dalla quale decorre il termine decadenziale per l'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo. Conseguentemente, stante la mancanza di un'espressa sanzione per l'inosservanza dell'obbligo in esame, si ritiene che la sua violazione non abbia effetti sostanziali sul provvedimento di esclusione, ma soltanto effetti processuali, nel senso che *“la mancanza di tale comunicazione, rilevando in termini di prova della conoscenza dell'esclusione ai fini della decorrenza dei termini per impugnare, agisce favorevolmente nei confronti dell'impresa esclusa, rendendo tempestivo il ricorso anche successivamente proposto”* (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 5491 del 6.10.2011), con onere di chi eccepisce la tardività di quest'ultimo di dimostrare l'avvenuta piena conoscenza dell'atto lesivo con forme diverse da quella tipica prescritta dalla predetta norma.

In base a quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione del raggruppamento RA.GGM., del quale l'ing. Alfio Gullotta è mandatario, sia conforme al principio di *par condicio* dei concorrenti ed alla *lex specialis*.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 novembre 2012

Il Segretario Maria Esposito