

Parere n.20 del 23/02/2012

PREC 214/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da ANCE Ragusa – “*Completamento del parcheggio interrato in Piazza Stazione – Piazza del Popolo*” – euro 1.095.000,00 – S.A.: Comune di Ragusa

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 12 settembre 2011 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale l'Associazione Costruttori Edili della Provincia di Ragusa ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'esclusione disposta dal Comune di Ragusa nei confronti di tutti i concorrenti alla gara in oggetto che hanno prodotto il Documento Unico di Regolarità Contributiva non esattamente conforme a quanto prescritto al paragrafo 10 del disciplinare di gara.

Più specificamente, la stazione appaltante ha escluso dalla gara tutte le imprese che avevano prodotto il d.u.r.c. attestante la regolarità contributiva, rilasciato dalla Cassa edile per “*lavori privati in edilizia*” o per “*sovvenzioni*”, cui lo stesso istituto emittente aveva aggiunto la dicitura “*valido per la partecipazione alle gare d'appalto pubbliche ai sensi della L.R. 7/2002 e ss.mm.ii.*”.

I suddetti certificati sono stati giudicati non conformi al disciplinare di gara nella parte in cui prescriveva di allegare all'offerta, a pena d'esclusione, le “*Certificazioni in corso di validità (tre mesi) rilasciate dall'INPS, dall'INAIL e dalla Cassa Edile, ovvero d.u.r.c. in originale o copia conforme, attestanti la regolarità contributiva con le modalità indicate dal decreto dell'Assessorato dei Lavori Pubblici del 24/2/2006 pubblicato nella G.U.R.S. n. 12 del 10/3/2006 e secondo le modifiche introdotte dall'art. 1, comma 8, della legge regionale n. 20 del 21/8/2007 e dal decreto dell'Assessorato dei Lavori Pubblici del 15/1/2008 pubblicato nella G.U.R.S. n. 5 del 1/2/2008. Sono considerati validi esclusivamente i d.u.r.c. ottenuti per aggiudicazione o partecipazione a gare*”.

Secondo l'associazione istante, l'esclusione sarebbe illegittima innanzitutto per violazione della legge regionale siciliana n. 7 del 2002 e del decreto assessoriale del 24 febbraio 2006 (recante la disciplina sulle forme di certificazione, da parte degli enti previdenziali, della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a gare d'appalto), poiché in nessuna parte la normativa regionale consentirebbe alle stazioni appaltanti di escludere i concorrenti che producano un d.u.r.c. privo di una determinata dicitura, riferita alle pubbliche gare. Inoltre, il Comune avrebbe disatteso la previsione di carattere generale del comma 1-*bis* dell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, introdotta dal decreto legge n. 70 del 2011 (ed applicabile *ratione temporis* alla procedura controversa, il cui bando è stato pubblicato dopo l'entrata in vigore della norma), non consentendo ai concorrenti l'integrazione della documentazione asseritamente difforme e comminando, invece, l'esclusione per una mera violazione formale, al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 7 ottobre 2011, la stazione appaltante non ha svolto controdeduzioni.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione disposta dal Comune di Ragusa nei confronti di tutti i concorrenti alla gara in oggetto che non hanno comprovato la regolarità contributiva secondo le modalità prescritte dalla *lex specialis*.

Giova, al riguardo, riassumere preliminarmente la normativa regionale applicabile alla fattispecie in esame.

Il comma 12-*bis* dell'art. 19 della legge regionale n. 7/2002, come integrato per la Regione Sicilia dall'art. 1, comma 12, della legge regionale n. 16 del 2005, dispone(va) che *“Relativamente ai soli lavori pubblici di valore inferiore alla soglia comunitaria, per la partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni, i concorrenti, unitamente alla documentazione prevista dalle vigenti leggi, dimostrano la regolarità contributiva mediante la produzione di certificazione rilasciata dall'INPS, dall'INAIL e dalla Cassa edile. In difetto di tale produzione i concorrenti sono esclusi dalla partecipazione a dette procedure e non possono stipulare i relativi contratti. Ai soli fini della detta partecipazione, le certificazioni hanno validità per tre mesi dal rilascio”*.

Con decreto dell'Assessore regionale per i lavori pubblici del 24 febbraio 2006 (integrato dal successivo decreto assessoriale del 15 gennaio 2008), era stato poi stabilito che *“Non sono considerati validi, ai fini della partecipazione alle gare, i certificati d.u.r.c. rilasciati per stati di avanzamento dei lavori, stati finali e verifica di autocertificazione. All'atto della presentazione del documento unico di regolarità contributiva, al medesimo deve essere allegata copia del codice identificativo pratica (C.I.P.) da cui si evinca la tipologia per cui lo stesso è stato richiesto”* (art. 2).

Dunque, per l'ammissione alle gare d'appalto sottosoglia, la normativa regionale siciliana richiedeva la produzione di un d.u.r.c. attestante la regolarità contributiva della singola impresa, presa in considerazione nel suo complesso, mentre nessuna disposizione imponeva che il d.u.r.c. riportasse una specifica dicitura. In tal senso si era già pronunciata questa Autorità, con riguardo a vicenda del tutto analoga a quella in esame, relativa ad una gara bandita dal Comune di Agrigento (cfr. A.V.C.P., deliberazione 27 settembre 2007 n. 7). A conclusione conforme è altresì pervenuta la giurisprudenza, affermando in termini netti che la mancanza nel d.u.r.c. della dicitura *“per partecipare a gare di appalto”* non può essere sanzionata con l'esclusione dalla gara, sulla base del decreto assessoriale del 24 febbraio 2006 (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 19 gennaio 2009 n. 106).

Ne discende, per ciò solo, l'illegittimità dell'esclusione deliberata dal Comune di Ragusa, per violazione dell'art. 19, comma 12-*bis*, della legge regionale n.7/2002 applicabile nella Regione Sicilia nonché per violazione del decreto assessoriale del 24 febbraio 2006. Tanto più ove si consideri che, in concreto, le imprese escluse avevano comunque ottemperato alla prescrizione contenuta nel paragrafo 10 del disciplinare di gara, allegando un d.u.r.c. rilasciato dalla Cassa edile per *“lavori privati in edilizia”* o per *“sovvenzioni”* (diciture differenti da quelle considerate inammissibili ai sensi dell'art. 2 del citato decreto assessoriale), cui peraltro lo stesso ente aveva validamente aggiunto la specificazione *“valido per la partecipazione alle gare d'appalto pubbliche ai sensi della L.R. 7/2002 e ss.mm.ii.”*.

Inoltre, l'esclusione è senz'altro illegittima per violazione del comma 1-bis dell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, introdotto con l'art. 4 del decreto legge n. 70 del 2011 (in vigore dal 14 maggio 2011), ai sensi del quale *“La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

La previsione, ispirata al principio del *favor participationis* ed applicabile anche alle gare sottosoglia, in virtù del rinvio generico contenuto nell'art. 121 dello stesso Codice, proibisce di sanzionare con l'esclusione qualsivoglia carenza formale riscontrata nell'offerta o nella documentazione prodotta dai concorrenti, dovendo in ogni caso, la stazione appaltante, consentire le necessarie integrazioni, e disapplicando, ove occorra, le clausole del bando che eventualmente dispongano in senso contrario. Il bando di gara può prevedere l'esclusione soltanto in relazione ad adempimenti che siano espressamente previsti dallo stesso Codice, dal Regolamento (D.P.R. n. 207 del 2010) o da altre disposizioni di legge vigenti.

E' dunque evidente che nella fattispecie il Comune di Ragusa non poteva in ogni caso comminare l'esclusione, per l'asserita violazione di un onere formale che è estraneo alla normativa statale (il Codice dei contratti pubblici, come è noto, non prevede l'obbligatoria presentazione del d.u.r.c. in sede di offerta, mentre l'art. 16 bis d.l. 29/11/2008, n. 185 convertito con legge 28/01/2009, n. 2 rimette alla stazione appaltante l'onere di acquisire d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva), onere che nel caso di specie era previsto soltanto dalla *lex specialis* di gara, sulla base di un regolamento regionale (art. 2 del decreto assessoriale del 24 febbraio 2006): il Comune era bensì tenuto a disapplicare *in parte qua* il paragrafo 10 del disciplinare di gara, al più consentendo ai concorrenti di integrare il d.u.r.c. non esattamente conforme a quanto ivi richiesto (C.I.P.).

D'altronde, anche sul piano sistematico e della gerarchia delle fonti, l'art. 46 del Codice (nella sua nuova formulazione, che sancisce il principio di tipicità delle cause di esclusione dalle gare pubbliche) rientra tra le norme di principio della materia, a tutela della concorrenza e della libertà di circolazione e di stabilimento, nonché tra le norme fondamentali delle riforme economico-sociali, e come tale è destinato a prevalere sulle normative regionali difformi, anche con riguardo alla Regione Sicilia (cfr., in proposito: Corte cost., 7 aprile 2011 n. 114; Id., 12 febbraio 2010 n. 45, ove si riconosce ai principi desumibili dal Codice degli appalti la natura di norme fondamentali di riforme economico-sociali della Repubblica, come tali costituenti limite alla potestà legislativa primaria delle Regioni a statuto speciale, segnatamente per quelle disposizioni che attengono alla scelta del contraente, alle procedure di affidamento ed al perfezionamento del vincolo negoziale).

In conclusione, sulla base degli atti e dei documenti pervenuti, deve giudicarsi illegittima l'esclusione deliberata dal Comune di Ragusa nei confronti delle imprese concorrenti che non hanno prodotto un d.u.r.c. esattamente conforme a quanto prescritto al paragrafo 10 del disciplinare di gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che, nella Regione Sicilia, la mancanza nel d.u.r.c. della dicitura “*per partecipazione a gare di appalto*” non può essere sanzionata con l’esclusione, ai sensi dell’art. 2 del decreto assessoriale del 24 febbraio 2006;

- che l’art. 46, comma 1-*bis*, del Codice dei contratti pubblici non consente alla stazione appaltante di escludere i concorrenti che non abbiano allegato all’offerta un d.u.r.c. completo della dicitura richiesta dal bando di gara;

- che il Comune di Ragusa ha illegittimamente escluso dalla gara in epigrafe i concorrenti che non avevano prodotto un d.u.r.c. esattamente conforme a quanto prescritto al paragrafo 10 del disciplinare di gara.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito