

Parere n.32 del 08/03/2012

PREC 204/11/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 Impresa Lauria Antonio – Procedura negoziata senza preventiva pubblicazione del bando, ai sensi dell'art. 122, comma 7, d.lgs. n. 163/2006, per l'affidamento di lavori di sistemazione aree destinate a verde nel centro urbano e nelle frazioni - Importo a base d'asta €156.202,47 - S.A.: Comune di Sulmona

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 4 agosto 2011, è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con cui la ditta Lauria Antonio ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dal Comune di Sulmona per non avere allegato alla domanda di partecipazione la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. *m-quater* del d.lgs. n. 163/2006.

L'istante ritiene che nel caso in esame vi siano i presupposti per la sua riammissione in gara o per la richiesta di integrazione documentale, attesa la scarsa chiarezza della *lex specialis* circa la documentazione da allegare all'offerta: sostiene, infatti, la ditta in contestazione, che il modulo relativo alla domanda di partecipazione, predisposto dalla stessa stazione appaltante, non recasse alcuna dicitura riconducibile alla formula della disposizione del Codice sopra richiamata.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 26 settembre 2011, la stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato, precisando che la ditta istante è stata esclusa in quanto, in difformità a quanto dichiarato a pag. 5 della domanda di partecipazione alla gara, non ha allegato la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. *m-quater* del d.lgs. n. 163/2006.

Ritenuto in diritto

Oggetto della prefata richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto per la assenza, nella documentazione prodotta dalla ditta Lauria Antonio, della dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. *m-quater* del d.lgs. n. 163/2006, espressamente richiesta nel modulo predisposto dalla stazione appaltante per la domanda di partecipazione.

Al riguardo l'istante invoca l'errore scusabile, dovuto alla equivocità e scarsa chiarezza del suddetto modulo circa la dichiarazione risultata mancante.

Dalla disamina degli atti di gara e segnatamente dello schema di domanda di partecipazione contenente al suo interno la dichiarazione con la quale l'impresa concorrente attesta, tra le altre

cose, di non trovarsi in alcuna delle condizioni di esclusione previste dall'art. 38 del Codice, così come approvato con provvedimento dirigenziale n. 495 del 12.7.2011, è dato desumere, al contrario, che l'Amministrazione ha adeguatamente rappresentato l'esigenza di dichiarare il possesso del requisito in oggetto. Infatti, lo schema di domanda riporta, nello stesso ordine alfabetico, tutte le condizioni previste dal predetto articolo, ivi compresa quella di cui alla lett. *m-quater* in ordine ad una eventuale situazione di controllo.

A tale riguardo il modello prevede la seguente dicitura: “*ai sensi dell'art. 38 comma 2, D.Lgs. 163/2006, si allega apposita dichiarazione*”.

La necessità di allegare un autonomo atto dichiarativo si deve alla stessa formulazione di tale norma, in quanto essa contempla tre distinte ipotesi alternative:

“*Ai fini del comma 1, lettera m-quater), il concorrente allega, alternativamente:*

a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all' articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente;

b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all' articolo 2359 del codice civile , e di aver formulato l'offerta autonomamente;

c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all' articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente”

La necessità di rendere detta dichiarazione è imposta espressamente, oltre che dalla normativa di settore, anche dalla stessa *lex specialis*, segnatamente dal punto 6 della lettera di invito, laddove richiede che ciascun concorrente dichiari di non trovarsi in alcuna delle condizioni di esclusione previste dall'art. 38, e pertanto anche in quella di cui alla lett. *m-quater*, mentre alcuna confusione sulla sussistenza di tale obbligo può dirsi ingenerato da quanto riportato alle pagine 8 e 9 del modello, che la ditta istante sostiene di aver compilato in luogo della dichiarazione mancante. Invero tale parte del modello non riporta alcuna dicitura riconducibile all'adempimento richiesto dalla lett. *m-quater* e comunque concerne dichiarazioni che competono ad altri soggetti (titolare e/o direttore tecnico, socio, ecc.).

Non emergono quindi spiragli applicativi in favore del cospicuo orientamento giurisprudenziale secondo cui l'applicazione dei principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa, in correlazione con la generale clausola di buona fede che informa l'azione amministrativa nel suo complesso, impedisce che le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante possano essere traslate a carico del soggetto partecipante, con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura (cfr. T.A.R Calabria Reggio Calabria, sez. I, 18 agosto 2008, n. 438). Nel caso di specie, per le ragioni anzidette, non emerge alcuna omissione o imperfezione del modello predisposto dalla stazione appaltante, tale da far ritenere che l'errore di compilazione del concorrente sia stato in qualche modo indotto, dovendo, in ogni caso, colui che partecipa ad una pubblica gara, prestare la dovuta attenzione agli adempimenti formali richiesti dai documenti di gara nella loro esatta e perspicua formulazione.

Né appare possibile il ricorso all'istituto della c.d. integrazione documentale, come vorrebbe l'istante, non ricorrendone i presupposti oggettivi.

Al riguardo occorre considerare che in virtù dell'art 46 del Codice degli appalti 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 gara, mentre in ossequio al principio generale di *par condicio* dei concorrenti non possono conseguire l'integrazione postuma di un documento assente, non trattandosi in tal caso di rimediare a vizi puramente formali (cfr. Avcp pareri n. 26 del 9.2.2011 e 67 del 7.5.201, Cons. Stato, Sez. V, n. 5084 del 2.8.2010). La giurisprudenza (T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, 22 marzo 2011, n. 76) ha sul punto precisato che la possibilità di chiedere la regolarizzazione delle dichiarazioni lacunose e della documentazione incompleta incontra i seguenti precisi limiti applicativi: l'inderogabile necessità del rispetto della *par condicio*, in quanto l'art. 6, l. n. 241 del 1990 (quindi l'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006) non può essere invocato per supplire all'inosservanza di precisi e tassativi adempimenti procedurali significativi o all'omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara; il c.d. limite degli elementi essenziali, nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda, salvo che gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione non espressamente documentato; l'equivocità delle clausole del bando relative alla dichiarazione o alla documentazione da integrare o chiarire.

Tali concorrenti condizioni non ricorrono nel caso di specie, ove, come detto, non si è al cospetto di una mera irregolarità di tipo formale della documentazione, costituendo la dichiarazione pretermessa elemento essenziale e costitutivo della domanda di partecipazione, in quanto tale non suscettibile di integrazione, fermo restando che, come più volte osservato, viene in considerazione l'applicazione di una sanzione di esclusione a corredo di un prescrizione del tutto chiara ed inequivoca. Infatti, *“in presenza di una prescrizione chiara, la regolarizzazione costituirebbe violazione della par condicio fra i concorrenti, ch'è principio ineludibile nelle procedure d'evidenza pubblica, con la conseguenza che in questo caso è legittima l'esclusione dalla gara”* (cfr. C. Stato, sez. III, 19 marzo 2011, n. 1696).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che

- non possa essere invocato l'errore scusabile in quanto lo schema di domanda predisposto dalla stazione appaltante prevedendo, alla lettera *m-quater*, l'allegazione di apposita dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 2, chiaramente richiede una dichiarazione del concorrente in ordine ad una eventuale situazione di controllo;
- - l'esclusione della ditta sia legittima in quanto conforme alla normativa di settore (art. 38, comma 2 d.lgs. n. 163/2006) e alla disciplina di gara.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 15 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito