

## **Parere n.113 del 17/07/2013**

### **PREC 22/13/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 SA&GI Engineering srl – “*Procedura aperta per l'appalto di servizi di ingegneria ed architettura attinenti la direzione lavori, misura e contabilità e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione per la realizzazione di un'area plifunzionale per la riqualificazione dei servizi urbani da destinare ai mercati e alla valorizzazione dei prodotti tipici*” – Data di pubblicazione del bando: 6.9.2012 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 364.246,95 – S.A.: Comune di Licata (AG).

**Art. 46, comma 1 d.lgs. n. 163/2006**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Ritenuto in fatto*

In data 25 gennaio 2013 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la società SA&GI Engineering srl ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dal Comune di Licata “*perché la dichiarazione di cui al punto 9.A.2) del disciplinare di gara non conteneva l'indicazione del documento comprovante l'espletamento del servizio....*”

L'istante contesta la suddetta esclusione assumendo che ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n.

163/2006 la Stazione Appaltante era tenuta a chiedere le integrazioni alla dichiarazione fornita. All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 13 febbraio 2013, non è stato dato riscontro da parte della S.A.

#### *Considerato in diritto*

Viene all'esame la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti della società SA&GI Engineering srl per le ragioni evidenziate in fatto.

Dalla scarsa documentazione in atti è dato evincere soltanto che la S.A. ha escluso dalla gara, il giorno 8 gennaio 2013, la Società istante, in quanto il legale rappresentante avrebbe omesso l'attestazione di cui al P.9.A.2.b, lett. f), del disciplinare di gara ed ha successivamente comunicato alla medesima Società, ai sensi dell'art. 243-*bis*, comma 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006, il rigetto dei motivi indicati dalla stessa nell'informativa dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale.

Nella nota che il legale rappresentante della Società ha inviato alla S.A. in data 8 gennaio 2013 si legge quanto segue: “*Nel disciplinare è riportato che, è motivo di esclusione la mancanza del prospetto debitamente sottoscritto, con allegata copia fotostatica di un documento di identità, non la parziale compilazione. Infine, il sottoscritto è in possesso dei certificati comprovanti l'espletamento del servizio, ma alcuni di essi sono privi dell'indicazione del protocollo e anche della data di rilascio*”.

In buona sostanza, l'istante lamenta il fatto che il Comune di Licata non abbia proceduto, ai sensi dell'art. 15 della legge 183/2011, all'acquisizione d'ufficio delle informazioni oggetto della dichiarazione sostitutiva resa al riguardo ed abbia altresì negato il c.d. “potere di soccorso” di cui all'art. 46, primo comma, del D.Lgs. n. 163/2006, consistente nell'invito a fornire chiarimenti, prima di procedere all'eventuale esclusione.

Allo stato degli atti, quindi, ed in assenza di controdeduzioni della S.A. nonché dello stesso disciplinare di gara al quale viene fatto riferimento, si possono solo richiamare consolidate enunciazioni di principio, rispetto alle quali la S.A. potrà verificare la conformità del proprio operato alla normativa di settore.

E' senz'altro illegittima l'ammissione alla gara del soggetto che non abbia assolto agli oneri dichiarativi prescritti dal bando di gara. Pertanto, in applicazione di chiare ed inequivoche clausole del disciplinare di gara, a fronte della suddetta omissione, la stazione appaltante non può che escludere dalla gara il medesimo soggetto (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974).

L'art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, quale norma di settore di carattere speciale, che detta disposizioni stringenti in ordine alle procedure concorsuali di affidamento dei contratti pubblici, in ossequio alle peculiari esigenze di regolarità formale avvertite in tale sede, non può essere utilizzato dalla stazione appaltante, pena la violazione del principio della "*par condicio competitorum*", per colmare eventuali carenze documentali o inadempienze dei concorrenti, nei casi in cui si è in presenza di previsioni della "*lex specialis*" dalla portata inequivoca, rimaste inadempite (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6373).

Nelle gare pubbliche il c.d. "*soccorso istruttorio*", di cui all'art. 46, comma 1, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, è invocabile unicamente in caso di clausole della legge di gara ambigue ed, in ogni caso, la necessità di assicurare la *par condicio* tra i concorrenti conduce inevitabilmente a circoscrivere il dovere di soccorso ad irregolarità di documenti comunque ritualmente presentati in sede di gara, e non già in caso di vere e proprie omissioni o non trascurabili incompletezze, come sembrerebbe essersi verificato nel caso di specie, con la conseguenza che alla stazione appaltante è precluso di sopperire, con l'integrazione, alla totale mancanza o non sufficiente completezza di un documento, considerato anche che la disposizione, relativa al c.d. "*potere di soccorso*", deve considerarsi di stretta interpretazione (si vedano Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2012, n. 4654; sez. IV, 4 luglio 2012, n. 3925).

Peraltro, qualora i documenti o le attestazioni controverse attengano agli specifici requisiti di partecipazione alla gara richiesti dalla *lex specialis* a garanzia di una qualificata concorrenza, le superiori enunciazioni di principio non sono contraddette dal disposto dell'art. 46 del Codice degli appalti che – sia nella versione precedente, sia in quella successiva alle modifiche introdotte dall'art. 4, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011 n. 106, che ha aggiunto il comma 1-bis –, in ossequio al principio della massima partecipazione, delimita le ipotesi di esclusione delle imprese dalle gare, per il tramite della possibilità di contemplare o fornire chiarimenti (comma 1) ovvero delimita le ipotesi di esclusione a quelle previste e vieta, a pena di nullità, l'introduzione di ulteriori cause di esclusione da parte dei bandi e delle lettere di invito (comma 1-bis). Questo, poiché l'anzidetto soccorso istruttorio si limita alla possibilità di invitare i concorrenti a completare, o a fornire chiarimenti, sul contenuto di documenti e dichiarazioni che siano stati presentati in ottemperanza alla *lex specialis* e non si estende al diverso caso in cui gli stessi non siano stati prodotti, così come richiesto, nel termine perentorio.

Lo stesso art. 46, comma 1-bis, nel prevedere la tassatività delle cause di esclusione, dispone fra l'altro che la stazione appaltante possa escludere i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti – e tra queste sono sicuramente da intendere quelle relative all'ostensione, anche autodichiarativa, dei requisiti di partecipazione –, nonché per difetto di elementi essenziali dell'offerta, e tali sono da intendere i medesimi requisiti "*a parte subiecti*", e cioè da parte del soggetto partecipante alla gara.

Quanto, poi, alla produzione delle dichiarazioni sostitutive attestanti il possesso dei requisiti di partecipazione alle gare di appalto, l'esclusione deve essere disposta dalla stazione appaltante con riferimento al concorrente che omette del tutto di presentare la dichiarazione medesima (derivante dai termini perentori per la produzione dell'offerta e della domanda di partecipazione contenuta nel d.lgs. 163/06 e, più a monte, nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) ed a tale fattispecie

equivale la presentazione di una dichiarazione difforme dalle prescrizioni della *lex specialis*. Sicché, solo negli altri casi, come anche in quello di dichiarazione parzialmente incompleta, deve essere richiesta la regolarizzazione in espletamento del potere (*rectius*: dovere) di soccorso istruttorio, sulla base del principio generale del *favor participationis*, cui si ispira la regola relativa alla tassatività delle cause di esclusione dalla gara prevista dall'art. 46 comma 1-*bis* (cfr. ex multis, TAR Lazio, Roma, sez. I, 1 settembre 2012, n. 7455).

In definitiva, quindi, l'art. 46 del D.Lgs. n. 163 del 2006 è attuazione del principio sancito in via generale dall'art. 6 comma 1, lett. b), della legge n. 241 del 1990 e della corrispondente disposizione contenuta nella Direttiva 2004/18/CE, la cui *ratio* va ricercata nell'esigenza di assicurare – senza scalfire la *par condicio competitorum* – la massima partecipazione alle gare d'appalto, evitando che l'esito delle stesse possa essere alterato da carenze di ordine meramente formale nella documentazione comprovante il possesso dei requisiti dei partecipanti.

Tale disposizione deve, quindi, essere intesa nel senso che l'Amministrazione deve disporre la regolarizzazione solo quando gli atti, tempestivamente depositati, contengano elementi che possano costituire un indizio e rendano del tutto ragionevole ritenere sussistenti i requisiti di partecipazione suddetta.

Tale impostazione discende direttamente dall'applicazione dei due principi tradizionalmente fissati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia: quello di proporzionalità e quello del dovere dell'Amministrazione di ascoltare i privati prima di assumere decisioni, che fanno sì che l'esclusione dalla gara per motivi di carattere squisitamente formale deve essere ristretta ai casi in cui la carenza di un documento o una dichiarazione ingeneri seri dubbi in ordine all'effettiva sussistenza di un requisito in capo ad un partecipante (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2012, n. 31).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che, sulla base delle sopra enunciate linee guida, la S.A. possa verificare la conformità del proprio operato alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra , Alfredo Meocci

Il Vice Presidente: Sergio Gallo

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 luglio 2013

Il Segretario Maria Esposito