

Parere n.147 del 20/06/2014

PREC 282/13/L

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 ERAGON Stabile scarl – “Procedura aperta per l’appalto dei lavori di adeguamento sismico IPAA di Sibari” – Data di pubblicazione del bando: 9.8.2013 – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base di gara: euro 269.500,00 – S.A.: Provincia di Cosenza.

Art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 6 novembre 2013 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Consorzio ERAGON – escluso dalla gara, con la seguente motivazione: “l’atto costitutivo del Consorzio non è reso in forma autentica per come stabilito al punto 9.4 del bando di gara” – chiede un pronunciamento sulla legittimità di tale operato alla luce dell’attuale quadro giurisprudenziale in materia.

All’istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 27 novembre 2013, hanno fatto seguito in data 9 dicembre 2013 le controdeduzioni della stazione appaltante che ha difeso il proprio operato adducendo, fra l’altro, che “l’atto in questione, redatto da un Notaio, è depositato presso la CCIA e la sua visualizzazione e consultazione è a titolo oneroso. Pertanto, questo Settore per poter effettuare la verifica di quanto dichiarato dal concorrente in fase di partecipazione alla gara dovrebbe sostenere dei costi non previsti”.

Considerato in diritto

L’orientamento giurisprudenziale tradizionale, formatosi nel regime anteriore all’entrata in vigore dell’art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163 del 2006 (introdotto dall’art. 4, comma 2, lett. d) del d.l. 11 maggio 2011, n. 70 convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106), nega l’esistenza di un principio di tassatività delle cause di esclusione in materia di procedure ad evidenza pubblica, riconoscendo, quindi, alle stazioni appaltanti la possibilità di inserire nella legge di gara disposizioni che prevedano, a pena di esclusione, adempimenti (anche di carattere meramente formale o documentale) ulteriori rispetto a quelli imposti dalla legge o dal regolamento.

Si ritiene, generalmente, che tale potere trovi un limite esclusivamente nei generali principi di pertinenza e congruità rispetto allo scopo perseguito, di ragionevolezza e di proporzionalità, con la conseguenza che l’adempimento ulteriore richiesto a pena di esclusione dal bando deve ritenersi legittimo ogni qualvolta sia idoneo a soddisfare un’esigenza della stazione appaltante (anche di natura meramente procedimentale o di certezza temporale) ragionevole rispetto all’interesse perseguito e proporzionato in relazione al sacrificio che il suo rispetto implica in capo ai concorrenti che partecipano alla gara (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013 n. 974; sez. V, 12 giugno 2012, n. 3884).

Questo indirizzo interpretativo, volto a riconoscere la prevalenza agli interessi di cui è portatrice la stazione appaltante rispetto al principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, viene a sua volta corroborato dall’orientamento giurisprudenziale che tende a fornire una lettura piuttosto restrittiva del c.d. potere-dovere di soccorso istruttorio nell’ambito delle procedure di evidenza pubblica di affidamento degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, ex art. 46, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui “nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documento e dichiarazioni presentati”.

Da qui la tradizionale affermazione giurisprudenziale secondo cui nelle procedure di gara è preclusa qualsiasi forma di integrazione documentale, attesa la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura ad evidenza pubblica con riguardo alla presentazione delle offerte, pena la violazione non solo del canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione della pubblica amministrazione, ma anche del principio della *par condicio* di tutti i concorrenti.

Da qui anche l'ulteriore distinzione tra i concetti di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale". Quest'ultima non sarebbe consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento; sarebbe consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione.

In base a questo orientamento, quindi, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di una impresa concorrente, l'invito alla regolarizzazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, una documentazione conforme al regolamento di gara.

A questo orientamento se ne contrappone un altro che valorizza invece il potere di regolarizzazione come strumento di correzione dell'eccessivo rigore delle forme. Da qui la tendenza a privilegiare, proprio attraverso l'invito alla regolarizzazione, il dato sostanziale su quello meramente formale. Si ammette, pertanto, che la mera previsione inserita nella *lex specialis* secondo cui un determinato documento è richiesto a pena di esclusione non varrebbe di per sé ad esonerare la stazione appaltante dall'onere del c.d. "soccorso istruttorio", almeno in tutti i casi in cui i vizi di ordine formale che inficiano la dichiarazione del concorrente non siano tali da pregiudicare, sotto il profilo sostanziale, il conseguimento del risultato verso il quale l'azione amministrativa è diretta.

Tale orientamento giunge così alla conclusione che, anche quando la sanzione dell'esclusione sia espressamente prevista dal bando per l'inosservanza di determinate previsioni, l'Amministrazione, prima di applicarla, dovrebbe, comunque, procedere ad una richiesta di regolarizzazione documentale, privilegiando l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti, in tutti i casi in cui i motivi di ordine formale non alterino la parità di condizioni tra gli stessi concorrenti e la carenza formale non impedisca il raggiungimento del risultato avuto di mira.

Date queste premesse, nel caso all'esame questa Autorità ritiene condivisibile questo secondo orientamento, specie considerando come non sia in discussione la sussistenza dei requisiti di partecipazione o la capacità tecnica ed economica dell'impresa.

Del resto, proprio per porre rimedio all'eccessiva rigidità determinata dall'indirizzo giurisprudenziale rigoristico più sopra richiamato, il legislatore ha preso posizione con l'art. 4, comma 2, lett. d) del D.L. 11 maggio 2011, n. 70, convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106.

Questo, nella rubrica dell'articolo 46 del D.Lgs. n. 163 del 2006, ha aggiunto l'inciso "tassatività delle cause di esclusione" e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1-bis, 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".

Da una lettura combinata dei due commi dell'art. 46 si ricava, invero, la conclusione che l'esclusione dalla gara può essere disposta dall'Amministrazione solo in presenza di una delle fattispecie descritte nel comma 1-bis (incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, violazione del principio segretezza delle offerte) o, comunque, in caso di violazione di norme di divieto o di mancato adempimento di obblighi aventi una precisa fonte legislativa o regolamentare.

Il legislatore ha così inteso effettuare direttamente il bilanciamento tra l'interesse alla massima

partecipazione alle gare di appalto e quelli alla speditezza dell'azione amministrativa ed alla parità di trattamento, mettendo l'accento sul primo a scapito dei secondi.

Ciò premesso, nel caso di specie occorre considerare che di mera regolarizzazione formale della documentazione prodotta dall'istante e non di integrazione postuma della stessa si tratterebbe (cfr. in proposito, *ex multis*: Cons. giust. amm., sez. giurisd., 6/8/2013, n. 700; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 18/7/2013, n. 7303).

Ne discende che la stazione appaltante avrebbe potuto, nel caso di specie, fare legittimo ricorso al "soccorso istruttorio" di cui all'art. 46, D.Lgs 163/2006, consentendo la produzione dell'originale in luogo della copia semplice versata in atti.

Nella fattispecie, invero, il documento rappresentante l'atto costitutivo del Consorzio – del quale non v'è oltretutto ragione di dubitare – prodotto in copia informale in un procedimento che stabilisce la produzione in originale o in copia autentica non può di certo essere considerato alla stregua di un documento non prodotto, poiché ciò corrisponderebbe ad una concezione formalistica dell'esercizio dei poteri pubblici.

Sul punto è il caso di richiamare anche le recenti pronunce del Consiglio di Stato della V Sezione, 12-11-2013, n. 5375 e della VI Sezione, 18 settembre 2013, n. 4663, le quali hanno chiarito che "il fondamento giustificativo del principio di tassatività delle cause di esclusione è quello di ridurre gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti a procedure di affidamento, quando questi non siano strettamente necessari a raggiungere gli obiettivi perseguiti attraverso gli schemi dell'evidenza pubblica".

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non conforme alla normativa di settore, nel caso di specie, l'operato della stazione appaltante.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 24 giugno 2014

Il Segretario Maria Esposito