

Parere n. 59 del 19 marzo 2014

PREC 232/13/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 DETER NOVA Società Cooperativa – “Procedura aperta per l’appalto del servizio di pulizia e di fornitura di prodotti per l’igiene personale degli edifici comunali, bagni pubblici, Uffici ed Aule Giudiziarie, siti nel Comune di Albano Laziale (RM)” – Importo a base d’asta: euro 1.426.175,04 – S.A.: Comune di Albano Laziale (RM).

Artt. 46 e 73 del D.Lgs. n. 163/2006 – Mancanza della domanda di partecipazione alla gara – Elemento essenziale – Esclusione.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 18 settembre 2013 è pervenuta l’istanza di parere con la quale la Società Cooperativa DETER NOVA, partecipante alla gara in oggetto, ha evidenziato di essere stata esclusa dalla stessa, in base alla seguente motivazione: “...per irregolarità/inappropriatezza della documentazione amministrativa, in quanto la Società partecipante non rende la domanda di partecipazione richiesta a pena di esclusione nel bando di gara”.

Ritiene l’istante che la volontà di partecipare alla gara è *in re ipsa* desumibile dall’invio della documentazione amministrativa richiesta e che la domanda di partecipazione costituisce un adempimento formale non essenziale, evocando a favore del principio di massima partecipazione la determinazione di questa Autorità n. 4 del 10 ottobre 2012.

All’istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 10 ottobre 2013, hanno fatto seguito le deduzioni della S.A. che ha difeso il proprio operato, evocando a suo favore la sentenza del TAR Lazio, Roma, Sez. III, n. 5458 del 30.5.2013.

Considerato in diritto

La doglianza sottesa alla richiesta di parere in oggetto non è fondata.

Dopo la determinazione a contrarre e l’invito *ad offerendum* segue un procedimento ad istanza di parte che, nel caso di pubbliche gare, ha quale indefettibile presupposto la domanda di partecipazione dell’operatore economico interessato, senza di che non è configurabile alcuna procedura alla quale possa pretendersi di partecipare.

Si rammenta, inoltre, che l’art. 46, comma 1-*bis*, del D. Lgs. 163/2006, istitutivo del principio di tassatività delle cause di esclusione, prevede espressamente l’esclusione dalla gara, oltre che nei casi previsti dalla legge, per “difetto di elementi essenziali”, tra i quali non è possibile non annoverare, per l’appunto, la domanda di partecipazione, la cui funzione è oltretutto quella di rendere riferibili le prescrizioni di gara al dichiarante, che resta così vincolato al rispetto degli impegni assunti, e l’omissione di tale adempimento sostanziale sarebbe in ogni caso insanabile, ancorché ciò non fosse previsto espressamente, come nel caso di specie, a pena di esclusione. Dalla stessa norma deriva, d’altronde, che l’esclusione dei candidati è possibile nelle ipotesi di palese carenza di elementi essenziali ritenuti tali - formalmente e sostanzialmente - dalla normativa di settore e più in generale da quella concorsuale di evidenza pubblica.

E, dunque, la mancanza di un tale indefettibile presupposto procedimentale costituisce un’omissione che non integra mera irregolarità formale sanabile nel corso del procedimento, ma inficia irrimediabilmente la validità e ricevibilità della documentazione amministrativa alla quale inerisce.

Come specificato dall’Autorità nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, recante “**BANDO-**

TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici”, “ai sensi degli artt. 73 e 74 del Codice le domande di partecipazione e le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare il candidato ed il suo indirizzo, nonché la procedura a cui la domanda di partecipazione si riferisce; esse sono, inoltre, corredate dei documenti prescritti dal bando; le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall’invito ovvero dal capitolato d’oneri e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l’offerente ed il suo indirizzo, nonché la procedura cui si riferiscono, le caratteristiche ed il prezzo della prestazione offerta, unitamente alle dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione.

Con dizione sostanzialmente identica, il comma 3 dell’art. 73 ed il comma 5 dell’art. 74 prevedono che le stazioni appaltanti richiedano gli elementi essenziali menzionati, nonché gli altri elementi e documenti necessari ovvero utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all’oggetto del contratto ed alle finalità dell’offerta”.

La stessa sentenza del Tar Lazio n. 5458/2013, evocata dalla stazione appaltante, precisa che “la domanda di partecipazione ad una gara costituisce l’offerta di contratto, in assenza della quale manca uno dei presupposti essenziali per potere proseguire il procedimento amministrativo di aggiudicazione e per potere concludere il contratto medesimo, con la conseguenza che non rileva se la legge di gara preveda esplicitamente come causa di esclusione la mancata allegazione della domanda di partecipazione, in quanto quest’ultima è l’offerta di contratto con cui il concorrente manifesta la sua volontà specifica alla stazione appaltante ed, in assenza di questa, il semplice invio di un plico di documenti non è evidentemente idoneo a legittimare la partecipazione ad una gara (ed è quindi idoneo a legittimare l’esclusione) di una ditta che non ha tempestivamente presentato alcuna offerta”, e a ciò aggiunge i seguenti significativi incisi: “tale esigenza di rappresentare la propria volontà di partecipare alla procedura e di esprimere un’offerta contrattuale mediante specifica domanda di partecipazione è necessaria per ricondurre allo specifico partecipante le dichiarazioni rese al fine di renderne nota la paternità e, soprattutto, di vincolarne l’autore nei successivi rapporti con la stazione appaltante”; “la fattispecie di mancata presentazione dell’istanza di partecipazione si configura come inadempimento all’art. 73 cit. ed è equiparabile alla mancata presentazione nel termine imposto dalla legge di gara di un’offerta valida e di cui si abbia la certezza assoluta sulla provenienza, con la conseguenza che la fattispecie rientra nelle ipotesi in cui è consentita l’esclusione dallo stesso art. 46, comma 1 bis, d.lgs. cit.”.

Né varrebbe in contrario richiamare, al riguardo, il c.d. “dovere di soccorso istruttorio”, sancito nell’ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo dall’art. 6, comma 1, lett. b) della legge n. 241 del 1990 (in base al quale, il responsabile del procedimento è tenuto a chiedere “il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete”, sollecitando il privato a porre rimedio ad eventuali dimenticanze o errori) e richiamato, con specifico riferimento proprio alle procedure di affidamento degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, dall’art. 46, comma 1, D.Lgs. n. 163 del 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”.

La giurisprudenza afferma che 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 P.A., 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 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. Di conseguenza, si è affermato che il citato art. 46 consente solo di completare o chiarire dichiarazioni o documenti già presentati, ma non di introdurre documenti nuovi, né tantomeno può essere utilizzato per supplire alla violazione di adempimenti procedurali o all’omessa

allegazione dei documenti richiesti a pena di esclusione (cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248; sez. V, 25 giugno 2007, n. 3645; sez. VI, 23 marzo 2007, n. 1423; sez. V, 20 maggio 2002, n. 2717).

Nel caso di specie si tratta dell'omissione dell'atto introduttivo del procedimento, che non ammette integrazioni e non può certo essere oggetto di proposizione postuma, sicché la mancata previsione di tale carenza tra le cause di esclusione è irrilevante trattandosi di mancanza di un elemento essenziale dell'offerta che anche nell'attuale assetto normativo, in cui è stato codificato il principio di tassatività delle cause di esclusione, rileva quale causa di estromissione del concorrente dalla gara d'appalto.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'operato della S.A.

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 aprile 2014

Il segretario Maria Esposito