

## Parere n.78 del 28/10/2014

### PREC 228/14/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dalla società Progresso Group Srl – “*Lavori di riqualificazione della Piazza Pirandello, Piazza San Giuseppe, piazza Lena e dei tratti della via Santa Sofia, via Bac-Bac – Vicolo Teatro e Salita La Lumia – stralcio funzionale intervento di riqualificazione delle piazze Lena e San Giuseppe*” – Importo a base di gara euro 611.059,74- S.A.: Comune di Agrigento

**Modalità di presentazione dell’offerta – previsione del bando che impone a pena di esclusione l’indicazione sul plico del nominativo e dei dati del concorrente e, in caso di avvalimento, anche dell’impresa ausiliaria - mancata apposizione sul plico del nominativo e dei dati dell’impresa ausiliaria – esclusione – illegittimità – violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione – prescrizione della *lex specialis* nulla – va disapplicata**

È illegittima l’esclusione disposta nei confronti di un concorrente per non aver apposto sul plico dell’offerta il nominativo dell’impresa ausiliaria in violazione della prescrizione del disciplinare di gara che a pena di esclusione prevedeva l’obbligo per il concorrente di indicare sul plico il nominativo e i dati propri, di quelli degli altri componenti qualora si tratti di concorrente con identità plurisoggettiva, nonché dell’impresa ausiliaria, in caso di avvalimento in quanto una tale prescrizione viola il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all’articolo 46, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 ed è pertanto nulla e va disapplicata.

**articolo 46, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006**

### Il Consiglio

#### Considerato in fatto

In data 1 luglio 2014 è pervenuta l’istanza in epigrafe con la quale la società Progresso Group Srl, con riferimento alla procedura di gara per l’affidamento del contratto di “*Lavori di riqualificazione della Piazza Pirandello, Piazza San Giuseppe, piazza Lena e dei tratti della via Santa Sofia, via Bac-Bac – Vicolo Teatro e Salita La Lumia – stralcio funzionale intervento di riqualificazione delle piazze Lena e San Giuseppe*”, indetta dal Comune di Agrigento, ha chiesto parere in merito alla legittimità del provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante nei propri confronti. In particolare, nella seduta del 10 giugno 2014, la commissione di gara ha escluso l’odierna istante in quanto il plico contenente l’offerta recava sulla facciata esterna solo gli estremi identificativi della società Progresso Group, senza specificare anche gli estremi identificativi dell’impresa ausiliaria Consorzio Stabile Alveare Group, come prescritto a pena di esclusione al punto 1 – *Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte* – del disciplinare di gara.

La Progresso Group Srl ha contestato la legittimità del provvedimento di esclusione, formulando inizialmente alla stazione appaltante istanza di riammissione alla gara. Il Comune di Agrigento ha tuttavia ritenuto di non poter riammettere alla gara la società esclusa, stante il contenuto dispositivo del disciplinare di gara, al menzionato punto 1, che prescrive: «*Il plico, a pena l’esclusione, idoneamente chiuso, deve recare all’esterno: le informazioni relative all’operatore economico concorrente (denominazione, o ragione sociale, codice fiscale e P. IVA, indirizzo, numero di telefono, fax, e posta elettronica certificata, per le comunicazioni e le indicazioni relative all’oggetto della gara-mail (Pec) e P. IVA). Si precisa che in caso di concorrenti con idoneità plurisoggettiva (raggruppamenti di imprese, consorzio ordinario, aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, GEIE, avvalimenti) vanno riportati sul plico i nominativi, gli indirizzi ed i codici fiscali e P.IVA dei singoli partecipanti, sia se questi sono già costituiti sia se sono da costituirsi*».

Secondo quanto rappresentato dalla stazione appaltante, tale prescrizione, che sarebbe contenuta nel bando tipo predisposto dall’Autorità, è finalizzata a rendere univocamente e immediatamente

riconoscibili i soggetti che intendono, a diverso titolo, relazionarsi con la stazione appaltante ai fini dell'esecuzione del contratto. In sostanza, prevedere a pena di esclusione, fin dal momento della presentazione dell'offerta, l'indicazione sul plico dei soggetti offerenti e dei dati concernenti le identità plurisoggettive, compresi gli avvalimenti, sarebbe volto a tutelare e salvaguardare l'integrità e l'autenticità della provenienza del plico da più soggetti, per escludere successive manipolazioni o alterazioni, nonché permettere di verificare immediatamente l'identità di tutti i partecipanti che, direttamente o indirettamente, versano anche tra loro in ipotesi di conflitto, controllo, collegamento o incompatibilità con l'affidamento.

La società Progresso Group Srl e il Comune di Agrigento sono stati formalmente avvisati dell'istruttoria con nota di questa Autorità del 16 settembre 2014 ed hanno partecipato al procedimento.

In particolare, il Comune di Agrigento ha prodotto apposita memoria volta a confermare la legittimità del proprio operato.

### **Ritenuto in diritto**

La questione in esame, relativa alla legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei confronti della società istante, presuppone una valutazione di conformità all'ordinamento della clausola del bando che prescrive a pena di esclusione l'obbligo, in capo ai concorrenti, di riportare sul plico dell'offerta il nominativo, oltre che dell'offerente, anche di tutti i componenti del concorrente con identità soggettiva, comprendendo tra di essi i raggruppamenti di imprese, i consorzi ordinari, le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, il GEIE e gli avvalimenti. Clausola per effetto della quale la stazione appaltante ha escluso dalla procedura l'odierno istante proprio per non aver indicato sul plico dell'offerta il nominativo dell'impresa ausiliaria.

Al fine di effettuare tale valutazione, rileva il contenuto dispositivo dell'articolo 46 comma 1-*bis*, che ha introdotto nel codice dei contratti pubblici il principio di tassatività delle cause di esclusione sancendo la possibilità per la stazione appaltante di escludere i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal 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. Ed ha altresì sancito che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione e che, qualora tali prescrizioni ulteriori dovessero essere previste, esse sono comunque nulle.

La disposizione in parola prevede dunque tre diverse ipotesi di cause tassative di esclusione.

La prima riguarda le fattispecie in cui siano lo stesso Codice o il Regolamento o le leggi vigenti a prevedere un adempimento doveroso in capo al concorrente, anche senza necessariamente prevedere la sanzione dell'esclusione in caso di inottemperanza.

La seconda consiste nella possibilità di comminare l'esclusione qualora sussista incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali.

L'ultima riconosce la legittimità dell'esclusione del concorrente qualora il plico contenente l'offerta non sia integro o sussistano altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Il legislatore ha così inteso effettuare direttamente il bilanciamento tra l'interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell'azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall'altro, mettendo l'accento sui primi a scapito dei secondi ma salvaguardando una serie predefinita di interessi, selezionati *ex ante*, perché ritenuti meritevoli di una maggior protezione rispetto ad altri, in guisa da sottrarli alla discrezionalità abrogatrice della stazione appaltante. L'obiettivo di tipizzare tassativamente le cause

di esclusione dalle gare e di ridurre il potere discrezionale della stazione appaltante è poi rafforzato dalla previsione della nullità della clausole di gara che prevedono adempimenti, sanzionandoli con l'esclusione, fuori dai casi tipici previsti dal legislatore (*cf. sul punto Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014, AVCP, determinazione n.4 del 10 ottobre 2012 "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"*).

Così ricostruito il contenuto dispositivo dell'articolo 46, comma 1-*bis*, occorre verificare se la prescrizione della *lex specialis* in questione, che impone, a pena di esclusione, di apporre sul plico le informazioni del concorrente, anche in forma plurisoggettiva, compresi i dati dell'impresa ausiliaria, possa o meno costituire una causa di esclusione legittima.

In primo luogo, poiché una siffatta previsione non appare rinvenibile in alcuna disposizione di legge, quale specifico obbligo imposto ai fini della partecipazione alla gara, non sembra rientrare nella prima delle fattispecie menzionate dall'articolo 46-comma 1-*bis*.

Conseguentemente, occorre procedere a verificare se una tale prescrizione possa o meno costituire una delle ipotesi rientranti nelle altre due categorie: quella della carenza di elementi essenziali ed incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, ovvero quella della violazione degli adempimenti formali idonea a violare il principio di segretezza delle offerte.

Secondo quanto affermato dalla stazione appaltante, la prescrizione in parola è finalizzata a rendere immediatamente e univocamente riconoscibile i soggetti che intendono, a diverso titolo, relazionarsi con la stazione appaltante ai fini dell'esecuzione dell'appalto, comprendendo in tale fattispecie anche le ipotesi di avvalimento.

Tuttavia, tale lettura non convince ed appare eccessivamente rigorosa rispetto alla *ratio* del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Innanzitutto, non appare plausibile considerare che la dizione apposta sul plico dell'offerta sia di per sé identificativa della provenienza della stessa, dal momento che l'indicazione del nominativo sul plico può consentire di identificare il concorrente, ma sono altri gli adempimenti formali previsti dal Codice che garantiscono alla stazione appaltante che l'offerta presentata provenga proprio da un determinato operatore economico. È infatti la sottoscrizione della documentazione, sia amministrativa che economica, che svolge tale funzione. In tal senso è ormai consolidato l'orientamento secondo cui le offerte e le domande di partecipazione devono essere debitamente sottoscritte da parte del titolare dell'impresa o del legale rappresentante dell'impresa o, comunque, da parte di altro soggetto munito di poteri idonei ad impegnare la volontà del concorrente, ai sensi degli artt. 73 e 74 del Codice. Ciò in quanto la sottoscrizione è lo strumento mediante il quale l'autore fa proprie le dichiarazioni rese, serve a renderne nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esse contenuta. Detta sottoscrizione costituisce, pertanto, un elemento essenziale perché ha la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa (*cf. Avcp determinazione n. 4/2012*). Altrettanto non convincente appare la giustificazione addotta dalla stazione appaltante in relazione al fatto che tale prescrizione garantirebbe all'amministrazione di conoscere immediatamente l'eventuale presenza di rapporti, diretti o indiretti, tra i concorrenti.

A tal fine, infatti, il Codice stesso prevede specifici meccanismi di verifica di situazioni simili, tra cui le dichiarazioni dell'articolo 38 che il concorrente è tenuto a presentare. La previsione dunque di un ulteriore adempimento formale, peraltro a pena di esclusione, appare pertanto un onere eccessivo.

Ed ancora non convince il contenuto della previsione del disciplinare di gara nella parte in cui equipara le ipotesi di concorrenti plurimi di cui all'articolo 34 con quella dell'avvalimento. Diverse infatti sono le caratteristiche dei due istituti e diversa è la qualificazione dei rapporti con la stazione appaltante. La partecipazione ad una procedura di gara come soggetti plurimi, (quali i RTI, i consorzi, le reti di imprese e il GEIE) differisce dall'ipotesi di partecipazione di un concorrente singolo che tuttavia, per dimostrare il possesso dei requisiti richiesti per l'esecuzione contrattuale, si

avvale di un soggetto diverso, in quanto differente è il rapporto anche ai fini dell'esecuzione nei confronti della stazione appaltante. In caso di avvalimento, il contratto è, infatti, in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati (cfr articolo 49, comma 10), mentre in caso di soggetti plurimi il rapporto contrattuale si instaura con tutti i soggetti che partecipano alla procedura.

Peraltro, prevedere l'obbligo, a pena di esclusione, di indicare già sul plico il nominativo dell'ausiliaria appare di per sé un onere ridondante, gravoso ed eccessivamente formalistico in capo al concorrente, anche in considerazione del fatto che, in caso di avvalimento, è lo stesso Codice che impone la produzione di una specifica documentazione che consenta alla stazione appaltante di conoscere nel dettaglio l'impresa ausiliaria di cui si avvale il concorrente. Sarà dunque l'eventuale mancata produzione dei documenti richiesti ai sensi dell'articolo 49 – salvo che non sia applicabile il principio del soccorso istruttorio – a poter determinare l'esclusione del concorrente.

Ed è proprio in osservanza di ciò che, nella gara in oggetto, il disciplinare di gara, al punto 5, prevede, a pena di esclusione, che in caso di avvalimento sia prodotta la documentazione relativa all'impresa ausiliaria.

Inconferente, infine, appare l'argomentazione della stazione appaltante che ritiene una tale prescrizione non di natura capziosa o sterile, in ragione del fatto che al fine di conseguire l'accreditamento mediante PASSOE, nel sistema AVCPass, il concorrente deve, anche in quella sede, specificare l'eventuale esistenza di una identità plurisoggettiva, tale considerando il sistema informatico AVCPass l'avvalimento del concorrente di un'impresa ausiliaria.

L'argomentazione è priva di fondamento in quanto il sistema AVCPass è finalizzato alla verifica del possesso dei requisiti dei concorrenti e dei soggetti che possono essere coinvolti nell'esecuzione contrattuale. In tal senso, secondo la normativa di settore, il sistema verifica il possesso dei requisiti generali e speciali sia dei concorrenti singoli sia dei diversi componenti dei concorrenti plurimi (si pensi ai RTI), nonché dell'impresa ausiliaria e dell'impresa subappaltatrice.

Pertanto, l'eventuale trattamento omogeneo di tali differenti situazioni soggettive si fonda esclusivamente sul perseguimento della finalità specifica cui è deputato il sistema informatico ai sensi dell'articolo 6-bis del d.lgs. n. 163/2006 e nel rispetto delle prescrizioni codicistiche che impongono controlli uguali su soggetti che si relazionano, anche in maniera differente, con la stazione appaltante, a tutela di interessi specifici. Ciò non significa in alcun modo equiparare tra loro le diverse modalità di partecipazione alla gara e le differenti possibilità riconosciute dall'ordinamento per dimostrare il possesso dei requisiti richiesti e di eseguire i contratti.

Esclusa la riconducibilità anche alla seconda categoria di cause tassative di esclusione, resta da verificare l'eventuale sussistenza degli elementi di cui alla terza ipotesi annoverata dall'articolo 46, comma 1-bis, ovvero quella posta a tutela della segretezza delle offerte. Tuttavia, per la stessa formulazione della clausola, appare *ictu oculi* evidente come essa non possa nemmeno ricondursi agli adempimenti formali finalizzati alla tutela della segretezza delle offerte, non attenendo specificamente alla chiusura dei plichi.

La dimostrata non riconducibilità della previsione oggetto della presente controversia tra le cause tassative di esclusione ex articolo 46, comma 1-bis non è neanche superabile dall'affermazione del Comune di Agrigento, riportata sia nelle controdeduzione che nella *lex specialis*, che conferirebbe di per sé legittimità alla documentazione di gara in questione, ovvero che la stessa sarebbe stata redatta secondo quanto indicato nel bando tipo dell'AVCP, di cui alla determinazione n. 4/2012. In tale atto dell'AVCP, che annovera le cause tassative di esclusione ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46 comma 1-bis, infatti, non vi è alcuna indicazione che contempra una causa di esclusione come quella in oggetto.

Si ritiene pertanto che, ai sensi dell'articolo 46, comma 1-bis, una clausola della *lex specialis* come quella in questione, che prescriva, a pena di esclusione, l'obbligo del concorrente di apporre sul plico dell'offerta il nominativo del concorrente con tutti i relativi dati e imponga che, in caso di avvalimento, il plico riporti anche i dati dell'impresa ausiliaria non sia legittima e violi il principio

di tassatività della cause di esclusione.

In applicazione del disposto dell'articolo 46, comma 1-*bis* menzionato, la prescrizione in questione è pertanto da ritenersi nulla e va disapplicata dalla stazione appaltante.

Ne consegue, pertanto, l'illegittimità del provvedimento di esclusione adottato nei confronti di un concorrente per il solo fatto di non aver apposto sul plico contenente l'offerta i dati dell'impresa ausiliaria, come avvenuto nella fattispecie controversa sottoposta all'attenzione dell'Autorità.

*In base a quanto sopra rappresentato*

**il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione disposta non sia conforme alla normativa di settore.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 novembre 2014

Il Segretario Maria Esposito