

La necessità di assicurare la parità di condizioni dei concorrenti, esclude poteri correttivi del responsabile del procedimento nel chiedere la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee: il potere di chiedere agli offerenti la prova del possesso dei loro requisiti al momento dell'offerta è oggi confermato dall'art. 10, comma 1- quater, della legge n. 109/1994 che, con il limite del dieci per cento degli offerenti, obbliga gli Enti appaltanti a richiedere la documentazione di capacità economica e finanziaria per partecipare alla gara

Il consiglio di Stato con la decisione numero 246 del 22 gennaio 2003 ci offre un'importante principio in ordine alla discrezionalità della pubblica amministrazione sulla richiesta di documentazione a sostegno del reale possesso dei requisiti di ordine speciale delle ditte partecipanti ad un appalto pubblico di opere

Si legge infatti nell'emarginata decisione:

< il potere del responsabile del procedimento di cui all'art. 6, primo comma lett. b), della legge n. 241/1990 di chiedere la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee non può essere applicato in un procedimento formale e concorsuale nel cui ambito vi siano stati errori o omissioni significativi perché comporterebbe la alterazione del principio di parità delle condizioni fra i partecipanti alla gara

Non essendo, poi, codificati gli errori, le imperfezioni e le integrazioni documentali consentiti, vi sarebbe l'attribuzione di un potere discrezionale al responsabile del procedimento nel rilevarli caso per caso, potere oggettivamente incompatibile con la necessità di assicurare la parità di condizioni dei concorrenti.

Il contenzioso altresì sarebbe enormemente aggravato da tali scelte e la stessa tempestiva esecuzione dei lavori potrebbe essere pregiudicata.

Il rigore formale proprio delle procedure concorsuali in esame che esclude tali poteri correttivi del responsabile del procedimento, è garanzia di parità di condizioni e di efficienza del sistema di affidamento dei lavori pubblici>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2001

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6442/2001 proposto dalla ***** Corporation S.p.A., in persona del legale rappresentante Ing. Gianluigi *****, per sé e quale mandataria dell'ATI con ***** S.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Ernesto Sticchi Damiani ed elettivamente domiciliata in Roma, Via L. Mantegazza, 24 presso Luigi Gardin;

contro

l'Amministrazione Provinciale di Brindisi, in persona del Presidente p.t. dott. Nicola Frugis, rappresentato e difeso dall'Avv. Fernando Crastolla ed elettivamente domiciliato in Roma, Via della Giuliana, n. 63 presso l'Avv. Guido Crastolla;

e nei confronti

della ***** ITALIA S.p.A.

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia-Lecce, Sezione Seconda- n. 2172/2001.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Amministrazione Provinciale e della ***** Italia S.p.A.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 21 giugno 2002 relatore il Consigliere Goffredo Zaccardi e uditi, altresì, gli avvocati delle parti come da verbale di udienza;

Visto il dispositivo della decisione n. 322 del 24 giugno 2002;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La Società indicata in epigrafe impugna la sentenza n. 2172/2001 del TAR per la Puglia, sezione 2° di Lecce con cui è stato rigettato il ricorso proposto in primo grado per l'annullamento della determinazione Dirigenziale n. 566 del 9.11.1999 di aggiudicazione alla attuale appellata dell'appalto per la realizzazione di un impianto di affinamento delle acque reflue provenienti dagli abitati di Francavilla Fontana, Latiano e Mesagne e di un collettore per la loro distribuzione ed utilizzazione in agricoltura e nelle attività produttive. L'appellante era stata esclusa perché la Società mandante dell'ATI, di cui l'attuale appellante era mandataria, in sede di risposta alla lettera di invito ha dichiarato il possesso della iscrizione all'Albo Nazionale dei Costruttori per la categoria G3 con classifica fino a 1,5 miliardi rispetto ai 9 miliardi richiesti dal bando di gara. La stessa Società, peraltro, aveva dichiarato il possesso della iscrizione per la classifica necessaria per la partecipazione alla gara in sede di preselezione con la dichiarazione resa in ordine al possesso dei requisiti di accesso.

Il ricorso proposto in primo grado avverso l'esclusione è stato dichiarato improcedibile con sentenza 3134/2001 del TAR PUGLIA, Lecce, Sezione Seconda per la omessa impugnazione della aggiudicazione.

L'appello proposto avverso tale sentenza è stato respinto con sentenza n. 698/2002 di questa Sezione.

Questi in sintesi i motivi del ricorso di primo grado: 1) eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria, violazione del giusto procedimento, violazione dell'art. 6, lett. B) della legge 7/8/1990 n. 241 e, in via subordinata, mancata applicazione dell'art. 2 della stessa legge 241/1990. La Commissione di gara avrebbe commesso una serie di irregolarità: non ha dato rilievo alla dichiarazione presentata in sede di preselezione in cui il requisito suindicato era indicato correttamente; la lettera di invito non poteva imporre una nuova dichiarazione in violazione dell'art. 1, secondo comma, della legge 241/1990 che pone il divieto di aggravare il procedimento, perché il contrasto delle dichiarazioni doveva essere rimesso al responsabile del procedimento per un approfondimento istruttorio; 2) violazione dell'art. 18, terzo comma, della legge 241/1990 e dell'art. 11 del D.P.R. 20/10/1998 n. 403 e difetto di istruttoria. Al partecipante ad una gara pubblica può richiedersi, a pena di esclusione, la documentazione relativa alla capacità tecnica che concerne elementi di cui solo l'impresa è in possesso, ma non la produzione di documenti perché questi ultimi sarebbero acquisibili presso altre Amministrazioni;

3) Non è ricavabile alcun principio generale che consenta all'Amministrazione di richiedere a tutti i concorrenti la documentazione che avrebbe dovuto produrre il solo aggiudicatario, né a tal fine può valere l'art. 12 della legge n. 584 del 1997 non più in vigore;

4) L'Amministrazione non potrebbe richiedere, a pena di esclusione, dichiarazioni su elementi e notizie in possesso di altre Amministrazioni, ma, solo in ordine a fatti e circostanze di cui solo il concorrente è in possesso. Ciò in forza dell'art. 18, terzo comma, della legge 241/1990, applicabile in materia di appalti. In definitiva è riproposto con argomenti più articolati il motivo già formulato sub 2) e si richiama anche l'art. 7 del D.P.R. 20/10/1998 n. 403 che dispone l'obbligo per le Amministrazioni di acquisire i certificati relativi a notizie risultanti da registri o albi tenuti da altre Amministrazioni "d'ufficio"..... su semplice indicazione da parte dell'interessato della specifica Amministrazione che conserva l'albo o il registro".

C) Nell'appello si insiste, in modo articolato, sulla doverosità della istruttoria da parte del responsabile del procedimento, sulla natura di mero errore materiale della inesattezza contenuta nella dichiarazione, sulla irrilevanza del medesimo, sul dovere dell'Amministrazione di acquisire i documenti in possesso di altri Enti pubblici ed in genere sulla fondatezza delle censure avanzate in primo grado.

Si sono costituiti la Provincia di Brindisi e la Società controinteressata che hanno confutato nel merito la fondatezza dell'appello in esame. Il dispositivo della decisione è stato pubblicato in data 24/6/2002.

DIRITTO

Le considerazioni svolte nell'appello, non sono sufficienti per la riforma della sentenza appellata. Ed, invero, come già affermato nella sentenza n. 698/3062, non superano, ad avviso del Collegio, le considerazioni che seguono: a) l'art. 6 del DPCM n. 55 del 1991 prevede che le imprese documentino la iscrizione all'Albo dei Costruttori con una disposizione che deroga alla disciplina vigente in generale sull'obbligo delle Amministrazioni di avvalersi delle notizie e dati in possesso di altre Amministrazioni. Perdono così vigore le censure di violazione degli art. 18 della legge n. 241/1990 e del D.P.R. n. 403/1998. In base alla disposizione richiamata è poi consentito all'Ente appaltante anche richiedere il possesso dei requisiti soggettivi in un momento precedente quello dell'aggiudicazione e, quindi con la lettera di invito. Questa facoltà consente economie di attività nella gara, perché esclude i non idonei dalla fase di confronto concorrenziale, non si pone in contrasto con l'obbligo di dichiarare determinate condizioni o circostanze di fatto previsto in sede di prequalificazione, posto che quest'ultimo integra un'adempimento preliminare che ha la sola funzione di consentire l'accesso alla gara senza pregiudicare gli accertamenti che seguiranno nel corso della procedura concorsuale. E' sul punto, corretta la decisione appellata che ha fatto riferimento ad un principio di portata generale in tal senso. Nel caso di specie questo aspetto è stato accentuato dal tenore della dichiarazione resa in sede di prequalificazione nella quale non si dichiarava il possesso di certi requisiti, ma soltanto la possibilità di certificarli in corso di gara. Di contenuto del tutto diverso è invece la dichiarazione, richiesta nell'invito, da rendere ai sensi dell'art. 2 della legge n. 15/1968 con il valore di dichiarazione sostitutiva della documentazione da presentare. Resta da aggiungere solo che il potere di chiedere agli offerenti la prova del possesso dei loro requisiti al momento dell'offerta è oggi confermato dall'art. 10, comma 1- quater, della legge n. 109/1994 che, con il limite del dieci per cento degli offerenti, obbliga gli Enti appaltanti a richiedere la documentazione di capacità economica e finanziaria per partecipare alla gara. Non persuade poi, per tutte le considerazioni sin qui esposte, il tentativo di parte appellante di scindere, ai fini della facoltà di esclusione, la documentazione relativa alla capacità tecnica-che non potrebbe non essere richiesta ai partecipanti perché nella loro disponibilità esclusiva-, dalla produzione delle certificazioni richieste che dovrebbe essere richiesta alle Amministrazioni che detengono i documenti; b) il richiamo all'art. 11 del D.P.R. n. 403/1998 che obbliga le stazioni appellanti a verificare il contenuto delle autodichiarazioni dei soggetti privati non può estendersi alla verifica di dichiarazioni veritiere (la Società attuale appellante è iscritta all'Albo dei Costruttori anche per la classifica dichiarata fino a L. 1,5 miliardi) ma rese per errore, non può, quindi essere utilizzato per correggere errori di dichiarazione che ne muterebbero il contenuto; c) il potere del responsabile del procedimento di cui all'art. 6, primo comma lett. b), della legge n. 241/1990 di chiedere la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee – su cui insiste particolarmente parte appellante per sostenere le proprie tesi difensive – non può essere applicato in un procedimento formale e concorsuale nel cui ambito vi siano stati errori o omissioni significativi perché comporterebbe la alterazione del principio di parità delle condizioni fra i partecipanti alla gara. Inoltre, se ammesso, dovrebbe estendersi a tutti gli errori o omissioni di tutti i partecipanti ai quali dovrebbe essere data comunicazione dell'errore e consentita la facoltà di correzione con un aggravamento non consentito del procedimento (si pensi ai certificati di regolare esecuzione dei lavori, alle referenze, alla documentazione personale dei legali rappresentati etc). Ciò comporterebbe una dilatazione eccessiva dei tempi di svolgimento della gara.

Inoltre, una volta ammessa tale facoltà, la stessa dovrebbe essere riconosciuta in qualunque fase del procedimento anche in sede di aggiudicazione provvisoria o di approvazione degli atti di gara determinando condizioni di incertezza sulla individuazione dell'affidatario e sulla stessa possibilità di eseguire i lavori.

Non essendo, poi, codificati gli errori, le imperfezioni e le integrazioni documentali consentiti, vi sarebbe l'attribuzione di un potere discrezionale al responsabile del procedimento nel rilevarli caso per caso, potere oggettivamente incompatibile con la necessità di assicurare la parità di condizioni dei concorrenti.

Il contenzioso altresì sarebbe enormemente aggravato da tali scelte e la stessa tempestiva esecuzione dei lavori potrebbe essere pregiudicata.

Il rigore formale proprio delle procedure concorsuali in esame che esclude tali poteri correttivi del responsabile del procedimento, è garanzia di parità di condizioni e di efficienza del sistema di affidamento dei lavori pubblici.

La stessa giurisprudenza della Sezione richiamata da parte appellante, e condivisa dal Collegio, pone chiaramente il limite della modifica del contenuto delle dichiarazioni da integrare o rettificare ai poteri del responsabile del procedimento qui richiamati (cfr. n. 233 del 2/3/1999). In definitiva, nel caso di specie, vi è stato un errore imputabile alla parte oggi appellante e non appare possibile configurare uno strumento che consenta di riparare allo stesso senza alterare in modo non consentito la parità di condizioni dei partecipanti alla procedura di gara di cui trattasi.

Né può configurarsi un obbligo delle Amministrazioni di soccorrere con proprie attività istruttorie i concorrenti non sufficientemente diligenti nel rendere le dichiarazioni richieste per partecipare alle gare pubbliche. Alla stregua delle considerazioni che precedono l'appello va rigettato con conferma della sentenza appellata e compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale –Sezione Quinta – rigetta l'appello e conferma la sentenza appellata.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 21 giugno 2002 con l'intervento dei Signori:

Agostino Elefante	Presidente
Corrado Allegretta	Consigliere
Goffredo Zaccardi	Consigliere Estensore
Filireto D'Agostino	Consigliere
Claudio Marchitello	Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
F.to Goffredo Zaccardi F.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO
F.to Giuseppe Testa

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 22 GENNAIO 2003

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale