Parere n.220 del 21/12/2011

PREC 73/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Pullara Calogero - (lavori di riqualificazione epubblica illuminazione) - Importo a base d'asta € 1.471.000,00 - S.A.: Comune di Ragusa

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 28 marzo 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'impresa capogruppo della costituenda ATI Pullara Calogero - Bosco S.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dal Comune di Ragusa con la seguente motivazione: " *la capogruppo Pullara nell'esercitare la facoltà di cui all'art. 6 dell'allegato decreto dell'ass.to reg ll pp del 24/2/2006 rende la dichiarazione in maniera incompleta (punto 4 AA disciplinare)*".

Più specificamente, il punto 4 AA del disciplinare di gara richiedeva, qualora il concorrente avesse esercitato la facoltà di cui all'art. 6 appena citato, di indicare i numeri di matricola o iscrizione INPS, INAIL e CASSA EDILE e di dichiarare di essere in regola con i versamenti contributivi, nonché l'insussistenza di inadempienze in atto e rettifiche notificate, non contestate e non pagate.

A fronte di tale disposizione contenuta nella *lex specialis*, l'istante dichiarava: " *che l'impresa PULLARA CALOGERO alla data della presente dichiarazione occupa un numero di lavoratori compresi tra 1 e 5 unità, applica il contratto edile/industria ed è iscritta presso INPS INAIL CASSA EDILE, nonché di essere in regola con i relativi versamenti*".

Ritenuta incompleta la suddetta dichiarazione, la Commissione di gara disponeva l'esclusione della ditta Pullara Calogero, che presentava però richiesta di riammissione sull'assunto che dalla dichiarazione resa potesse comunque evincersi la regolarità della propria posizione contributiva. La Commissione giudicatrice, esaminato il reclamo presentato, confermava l'esclusione disposta.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del proprio operato.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto dal Comune di Ragusa nei confronti della ditta Pullara Calogero per aver presentato, in sostituzione del Documento Unico di Regolarità Contributiva, una dichiarazione ritenuta incompleta dalla Commissione di gara.

In generale, al fine di valutare la completezza delle dichiarazioni originariamente rese e la conseguente possibile integrazione, occorre prendere le mosse dai principi più volte espressi in tale materia.

In proposito, come noto, ai sensi dell'art. 46 D.Lgs. n. 163/2006, i criteri esposti ai fini dell'integrazione documentale riguardano semplici chiarimenti di un documento incompleto, ma non possono servire a sopperire la mancanza di un documento da esibire quale, ad esempio, la certificazione dei carichi pendenti o la dichiarazione sostitutiva.

Più in generale, il potere-dovere della Stazione appaltante di chiedere un'integrazione documentale (già previsto in generale dall'art. 6 della l. n. 241 del 1990), trova ormai un solido riscontro nell'art. 46 del Codice degli appalti pubblici, il quale codifica uno strumento inteso a far valere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma (o sul formalismo), nell'esibizione della documentazione ai fini della procedura selettiva, onde non sacrificare l'esigenza della più ampia partecipazione per carenze meramente formali nella documentazione (cfr. ex multis Consiglio Stato, sez. V, 02 agosto 2010, n. 5084 e sez. V, 27 marzo 2009, n. 1840).

In tale ottica, a titolo esemplificativo del relativo spettro applicativo, va richiamata la considerazione per cui il c.d. « dovere di soccorso » di cui all'art. 46, riguarda il caso in cui la ragione di esclusione concerne una circostanza storicamente già verificatasi all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara e non attinente agli elementi costitutivi dell'offerta.

In termini generali riepilogativi si può quindi affermare che il rimedio della regolarizzazione documentale di cui all'art. 46 in oggetto, non si applica al caso in cui l'impresa concorrente abbia integralmente omesso la produzione documentale richiesta; viceversa, qualora la documentazione prodotta da un concorrente ad una pubblica gara sia presente, ma carente di taluni elementi formali,

di guisa che sussista un indizio del possesso del requisito richiesto, l'Amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla procedura, ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare e chiarire il contenuto di un documento già presente, costituendo siffatta attività acquisitiva un ordinario *modus procedendi*, ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma.

Invero, tali considerazioni appaiono vieppiù rafforzate alla luce del principio introdotto con il nuovo comma 1 bis, del medesimo art. 46, che ha inteso innovare l'ordinamento in termini restrittivi rispetto al proliferare delle cause di esclusione nell'ambito delle leggi di gara.

Tale norma, dal tenore stesso piuttosto incisivo ("*1-bis. 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*"), seppur non applicabile *ratione temporis* alla procedura in questione, costituisce espressione di una chiara scelta normativa tesa a rendere legislativamente tassativo lo spettro delle cause che comportano l'esclusione da una gara d'appalto. In disparte delle questioni che potranno sorgere in ordine all'effettivo ambito applicativo delle diverse voci richiamate dallo stesso art. 46 comma 1 bis, l'innovazione normativa costituisce indicazione interpretativa per gli operatori in ordine alla tassatività delle cause di esclusione.

Passando ad applicare le suddette coordinate al caso di specie, l'analisi della clausola del disciplinare e della relativa dichiarazione in origine resa dall'istante evidenzia come in quest'ultima fossero sin da allora contenuti e desumibili i dati sostanziali richiesti dal punto 4 AA in questione, e cioè: i numeri di matricola o iscrizione inps, inail e cassa edile, i relativi uffici e l'autocertificazione circa la correttezza degli adempimenti e l'assenza di inadempienze. Invero, ciò che sarebbe imputabile alla odierna parte istante sarebbe solo il dato letterale della formula utilizzata, non perfettamente coincidente con quella utilizzata dal disciplinare.

Nel caso *de quo* paiono quindi sussistere tutti i presupposti per il ricorso all'integrazione documentale nei termini sopra riassunti, in via generale e di principio: la dichiarazione già in origine conteneva i dati formali nonché l'autocertificazione, consentita nel sistema richiamato dalla stessa *lex specialis*, in ordine all'assenza di inadempienze rispetto agli obblighi contributivi.

Incidentalmente va altresì evidenziato come l'imprecisione formale circa il dato letterale della dichiarazione in questione non rientrerebbe in alcuna delle voci rilevanti ai sensi del nuovo principio introdotto dal sopra riportato art. 46 comma 1 bis, fuoriuscendo anche in tal guisa dal novero delle cause di esclusione.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la contestata esclusione non sia conforme ai principi vigenti in tema di evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 dicembre 2011

Il Segretario: Maria Esposito