



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1340 DEL 20 dicembre 2017

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da Comune di Boscoreale. Procedura aperta per l'affidamento della concessione di gestione, uso dell'impianto sportivo comunale "Vittorio Pozzo". Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Importo a base di gara: 5.000,00 euro.

Prec. 313/17/S

Il Consiglio

Considerato in fatto:

Con l'istanza prot. n. 49985 del 5 aprile 2017, il Comune di Bosco Reale chiedeva un parere all'Autorità sulla legittimità dell'eventuale riammissione del concorrente escluso e dell'applicazione della normativa sul soccorso istruttorio per l'integrazione dello schema di convenzione la cui presentazione, sottoscritto con firma leggibile in calce ad ogni pagina, era prevista dal bando come obbligo a pena di esclusione.

Il Comune ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della concessione del servizio di un impianto sportivo (campo V. Pozzo). All'esito della verifica della documentazione amministrativa, la concorrente ATI con ASD, Real Boschese mandataria, è risultata carente della convenzione sottoscritta in ogni pagina che il bando chiedeva di esibire. Nel bando era previsto che la restituzione della convenzione non sottoscritta avrebbe comportato l'esclusione dalla gara. La concorrente ha richiesto quindi di colmare la carenza attraverso l'applicazione della procedura del soccorso istruttorio ma la stazione appaltante ha opposto il proprio diniego alla richiesta ritenendo il soccorso istruttorio inapplicabile alla fattispecie. L'impresa, richiamando il principio di tassatività delle clausole di esclusione, sostiene invece che l'obbligo di produrre la convenzione quale clausola escludente sia contrario alla normativa e violi il principio di partecipazione.

Ritenuto in diritto

Il comma 8 dell'articolo 83 del D.Lgs. n. 50/2016, in continuità con il previgente comma 1 bis dell'articolo 46 del D.Lgs. n. 163/2016, pone il principio di tassatività delle cause di esclusione della gara, comminando la nullità delle previsioni della *lex specialis* di gara che stabiliscano cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate.

La disposizione citata in realtà codifica l'orientamento sostanzialista già invalso nella più recente giurisprudenza amministrativa, per cui le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 2064/2013),

Ha chiarito il Tar che l'art. 83 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, a proposito dell'interpretazione delle clausole ambigue della *lex specialis*, ribadisce e codifica i principi affermati dalla giurisprudenza di divieto di aggravio del procedimento di evidenza pubblica e di massima partecipazione alle gare di appalto. Dal tenore della citata disposizione si evince che il legislatore ha inteso con essa evitare esclusioni per



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

violazioni meramente formali, giacché costituiscono “cause di esclusione” soltanto i vizi radicali ritenuti tali da espresse previsioni di legge.

La stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato (A.P. 25 febbraio 2014, n. 9) – già in relazione all’art. 46, comma 1 *bis*, del previgente Codice – certamente meno restrittivo in punto di cause di esclusione rispetto al richiamato art. 83 del nuovo Codice, ha interpretato in maniera sostanzialistica il principio di tassatività delle stesse (vd. Tar Catania, sez. III, 2 febbraio 2017, n. 234).

Nella fattispecie in oggetto, la clausola del bando che prevede *“la restituzione dello schema di convenzione debitamente sottoscritto in calce in ogni sua pagina dal legale rappresentante della società o presidente dell’associazione a pena di esclusione”* contiene una limitazione alla partecipazione non prevista dalla legge e relativa a un adempimento meramente formale che nulla aggiunge ai requisiti di capacità professionale, organizzativa ed economica richiesti all’impresa, quindi si pone in contrasto con il sopracitato comma 8 dell’art. 83 che dispone *“le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell’invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all’impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all’articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

In applicazione del successivo comma 9 dell’art. 83: *“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura del soccorso istruttorio di cui al presente comma”*. La carenza di carattere puramente formale rilevata potrà quindi essere sanata con relativa riammissione della concorrente alla procedura di gara.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione illegittima l’esclusione dell’ATI con ASD Real Boschese mandataria e nulla la clausola contenuta nel bando in base alla quale è stata disposta l’esclusione;

ritiene quindi applicabile l’istituto del soccorso istruttorio per l’integrazione del documento mancante con conseguente riammissione alla partecipazione.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 gennaio 2018

Per il Segretario, Rosetta Greco

Formato pdf 142 kb