

## Parere n. 9 del 14/01/2010

### PREC 79/09/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa DAF s.r.l. - Lavori di rinnovo all'armamento ferroviario - Ferrovia Circumflegrea sulle tratte Quarto Officina/Grotta del Sole - Grotta del Sole/Licola - Grotta del Sole/Licola - Importo a base d'asta € 471.469,82 - S.A.: S.E.P.S.A. S.p.A. Società per l'Esercizio di Pubblici Servizi di Napoli.

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 1 giugno 2009 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa DAF s.r.l. ha postulato l'illegittimità del provvedimento di non ammissione alla gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, in suo danno disposta dalla stazione appaltante e comunicatale in data 29 aprile 2009, per non avere ottemperato a quanto previsto e riportato al punto "Organizzazione" del "Capitolato Tecnico e Requisiti di carattere tecnico-organizzativo".

L'impresa istante ha inteso rappresentare le proprie perplessità in ordine alla esclusione per la mancata produzione della documentazione in detto Capitolato indicata - *ex adverso* asseritamente prescritta ai fini della partecipazione alla gara - rispetto a quanto espressamente richiesto dal Bando e dal Disciplinare di gara "a pena di esclusione", compresa l'attestazione SOA, categoria OS 29, classifica II.

A sostegno di tali perplessità, l'impresa evoca, infatti, la documentazione prescritta dall'art. 2 del Disciplinare suddetto, alla quale si è conformata la sua istanza di partecipazione alla gara, ed espone che la Commissione di gara, previa constatazione del numero (ben 5) delle imprese concorrenti, ha proceduto a verificare la documentazione prodotta dalle stesse ai fini della partecipazione alla gara, con conseguente esclusione dalla stessa di 4 ditte, compresa l'istante, per non avere inviato la prefata documentazione.

Di tal ché, la stazione appaltante ha disposto in data 29 maggio 2009 l'aggiudicazione della gara in oggetto all'Impresa Simeone & figli s.r.l. di Napoli, unica ad aver prodotto la documentazione di che trattasi.

Ritiene, al riguardo, l'impresa istante, che la documentazione mancante consista in allegati complementari - strettamente afferenti alla tecnicità dell'intervento da eseguirsi, quantunque non previsti a pena di esclusione dalla gara - nell'ambito dei quali rientra la voce "Organizzazione" del "Capitolato Tecnico e Requisiti di carattere tecnico-organizzativo" che prescrive che "l'impresa dovrà *comunque inviare* : una relazione descrittiva in merito alla struttura organizzativa...; i *curricula* del Direttore Tecnico, del Capo Cantiere...; l'elenco delle principali attrezzature...; l'elenco dei mezzi d'opera...; la copia conforme della documentazione dalla quale risulta l'autorizzazione a circolare sulla rete ferroviaria italiana per i mezzi d'opera di cui al precedente punto...; una dichiarazione sostitutiva attestante la piena efficienza operativa delle attrezzature...; dichiarazione...ad adeguare, senza oneri aggiuntivi per la stazione appaltante, i propri *standard* a quelli individuati dalla Committente per la certificazione ambientale".

Senonché, i rappresentanti delle ditte presenti alla seduta di gara hanno fatto rilevare come tale allegazione non fosse necessaria ai fini della regolare partecipazione alla gara, anche perché già compendiata in una espressa dichiarazione in tal senso prevista dal Disciplinare e comunque non prescritta espressamente "a pena di esclusione", come viceversa specificamente disposto per la documentazione prescritta dal Disciplinare medesimo.

Precisa, l'impresa istante, che il Capitolato tecnico, pur integrando la *lex specialis*, non costituisce la *sedes materiae* propria dei requisiti di partecipazione alla gara, avendo piuttosto la funzione di illustrare le modalità esecutive degli interventi e potendo, quindi, la surrettizia introduzione di elementi richiesti al diverso fine della ammissione alla gara, determinare - come nel caso di specie avvenuto - un possibile sviamento; senza contare che già lo stesso Disciplinare di gara aveva indicato i requisiti, anche tecnici, che le imprese dovevano possedere "a pena di esclusione". Anzi, proprio il Disciplinare, nell'elencare la (sola) documentazione da inserire nella busta A) "a pena di esclusione" non indicava la documentazione di cui alle prescrizioni sull' "Organizzazione" inserite nel Capitolato Tecnico, che risultavano, quindi, sprovviste dell'indicazione sanzionatoria di cui sopra.

In altre parole, l'allegazione della documentazione di cui al Capitolato Tecnico, non era espressamente ed univocamente prevista quale "requisito di ammissibilità alla gara", come specificamente indicato nei pertinenti atti di gara a ciò preposti.

A quest'ultimo riguardo, l'impresa istante postula l'ambiguità della stessa prescrizione di cui si discute, per l'effetto di sviamento che ne sarebbe derivato sulla *lex specialis* della gara e da ciò inferisce la ricorrenza dell'ipotesi di integrazione documentale, ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n.163/2006, che - se opportunamente disposta - avrebbe consentito alla stazione appaltante, senza alcuna alterazione della *par condicio* dei concorrenti, di colmare il *gap* concorsuale venutosi a determinare a seguito dell'esclusione di 4 ditte, sulle cinque partecipanti.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale la stazione appaltante fa riferimento al contenuto dei verbali della Commissione di gara ed alla motivazione ivi posta a fondamento della disposta esclusione delle quattro ditte partecipanti, per l'incompletezza documentale rilevata.

Al riguardo, la stazione appaltante evidenzia che il punto A2). 7 del Disciplinare di gara espressamente richiedeva ai concorrenti la produzione di un documento in cui fosse compresa, fra l'altro, la dichiarazione " *di essere a conoscenza e di accettare senza riserva alcuna, tutte le disposizioni contenute nel Bando di gara, nel Disciplinare di gara...* ", nonché, per quel che ne occupa, " *nella documentazione complementare...* " comprendente il "Capitolato Tecnico e requisiti di carattere tecnico-organizzativo" che sancisce al punto "Organizzazione" le prescrizioni documentali ulteriori, delle quali è stato fatto sopra cenno, ritenute dalla Commissione di gara imprescindibili per la valutazione *ex ante* dell'idoneità dei concorrenti ad assumere l'affidamento dei lavori di che trattasi.

In particolare, la Commissione di gara ha ritenuto che non fosse praticabile l'esercizio della facoltà della stazione appaltante - prevista dal punto 4 del Disciplinare di gara ( *Prescrizioni di carattere generale* ), secondo cui si sarebbe proceduto all'esclusione, oltre che nei casi previsti dalle leggi in vigore, qualora mancasse, fosse incompleto o difforme " *anche solo uno dei documenti richiesti, fatta salva, comunque, la facoltà della SEPSA di chiedere integrazioni e/o chiarimenti* " - di richiedere integrazioni o chiarimenti, in presenza di una offerta - quella della ditta che sarebbe poi risultata aggiudicataria - completa di tutta la documentazione prescritta dagli atti di gara (Bando, Disciplinare e Capitolato Tecnico-Organizzativo) tra loro integrantisi reciprocamente.

Dal canto suo, l'impresa aggiudicataria - controinteressata - nelle memorie partecipative presentate rileva come, per quanto non sconosciuto dalla stessa impresa istante, il Capitolato Tecnico rientrasse tra gli allegati di gara e, come tale, fosse da ritenere elemento documentale integrante la *lex specialis* ; d'altronde - rileva la stessa impresa - che l'appalto fosse tale da caratterizzarsi per l'"alta tecnicità" e "difficoltà" costituisce premessa delle stesse argomentazioni esposte dall'impresa istante che non può, quindi, contraddittoriamente dolersi dell'esclusione in suo danno disposta dalla stazione appaltante.

Rileva, inoltre, la controinteressata, la congruità degli specifici requisiti tecnico-organizzativi richiesti dal Capitolato, in coerenza con la peculiare tecnicità dei lavori oggetto dell'appalto, la dimostrazione del cui possesso non poteva essere intesa altrimenti che ai fini stessi della partecipazione alla gara, essendo peraltro di non particolare onerosità, siccome affidata a semplici dichiarazioni di provenienza della stessa offerente.

Evidenzia, infine, come la costante giurisprudenza ritenga che la facoltà di richiedere integrazioni documentali possa essere esercitata - senza violare la *par condicio* dei concorrenti - nella diversa ipotesi che dai documenti prodotti dall'impresa partecipante, in ottemperanza alle prescrizioni della gara, residui un margine di incertezza circa il possesso dei requisiti richiesti.

#### *Ritenuto in diritto*

Ai fini della definizione della questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, si ritiene opportuno precisare preliminarmente qual è l'attuale orientamento sull'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, secondo il quale " *le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati* ".

Primariamente, la giurisprudenza pone in evidenza che il mancato esercizio della regolarizzazione, da parte della stazione appaltante, costituisce una facoltà insindacabile da parte del giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. V, n. 4397/2008). Siffatta affermazione trova ampio riscontro nella giurisprudenza, che, al riguardo, invero, utilizza il termine di "potestà discrezionale": "Il potere dell'amministrazione appaltante di invitare i privati alla regolarizzazione della documentazione, prodotta in sede di gara, costituisce una potestà discrezionale e non un obbligo" (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, n. 1459/2007; in tal senso, pure: Cons. Stato, sez. V, n. 3595/2002).

Inoltre, parte della giurisprudenza (sempre: Cons. Stato, sez. V, n. 4397/2008) aggiunge un "qualcosa" di importante, affermando che il mancato esercizio del potere di regolarizzazione "è insindacabile da parte del giudice amministrativo", cioè non può essere censurato in sede giudiziaria. Ciò comporta, di conseguenza, che il mancato esercizio, cioè la decisione di non consentire la regolarizzazione, può non essere motivata, in quanto il giudice amministrativo non può, in alcun modo, censurarla. Dunque, la decisione di non regolarizzare costituisce una decisione libera che travalica l'ordinario alveo della discrezionalità amministrativa, in quanto non deve essere ancorata ad alcuna motivazione.

Chiarito tale aspetto, l'attuale giurisprudenza pone al centro della sua analisi il secondo carattere essenziale del potere di regolarizzazione: il rispetto della *par condicio* fra le imprese concorrenti in gara. Al riguardo, giova ricordare che l'osservanza del principio di parità costituisce postulato univoco in giurisprudenza: la procedura di regolarizzazione dei documenti incontra, pur sempre, infatti, il limite della garanzia della *par condicio* dei partecipanti, non essendo consentita l'integrazione postuma dei requisiti richiesti a pena di esclusione.

Il rispetto della *par condicio* determina, di conseguenza, il divieto di integrazione: non è possibile inserire, all'interno del necessario formalismo di gara, elementi (documenti e dichiarazioni), non prodotti, nella loro essenza e nel loro preciso contenuto, entro i termini ed i modi di gara. Al

riguardo, la giurisprudenza più recente è, alquanto, chiara: “Il rimedio della regolarizzazione postuma degli atti prodotti dai partecipanti alla gara è attivabile solo nelle ipotesi di dichiarazioni, documenti e certificati non chiari o di dubbio contenuto, ma che siano pur sempre stati presentati, e non anche laddove si sia in presenza di documentazione del tutto mancante o fisicamente incompleta” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, n. 2148/2009).

In altri termini, la mancata presentazione, come richiesto dagli atti di gara, della documentazione attestante il possesso dei richiesti requisiti, non può ritenersi sanabile mediante la regolarizzazione successiva della documentazione mancante (Cons. Stato, sez. V, n. 2145/2009).

Ancora, la giurisprudenza segnala che il potere di regolarizzazione deve avere a fondamento giustificativo del suo esercizio la sussistenza di incertezze o equivoci, presenti nel disciplinare di gara, cui il potere medesimo è diretto a porre rimedio. In altri termini, è possibile regolarizzare solo se il bando o la lettera di invito contiene prescrizioni o clausole dall'incerto significato, che possono dar luogo a dubbi interpretativi ed applicativi (Cons. Stato, n. 364/2004).

Infine, la regolarizzazione può essere effettuata solo in riferimento a “vizi puramente formali o chiaramente imputabili a errore solo materiale e non ad elementi essenziali dell'offerta e sempre che riguardino dichiarazioni o documenti che non sono richiesti a pena di esclusione” (Cons. Stato, sez. V, n. 5511/2007), “posto che in caso contrario l'esercizio del potere amministrativo si risolverebbe in una palese violazione della *par condicio* rispetto a quelle imprese concorrenti che abbiano invece puntualmente rispettato la disciplina di gara” (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, n. 1561/2009).

Nel caso di specie, invero, non sembra potersi configurare alcun margine di ambiguità che avrebbe reso ammissibile la richiesta di integrazione, intesa come riflesso della responsabilità dell'amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 1068 del 2006).

Infatti, come già anticipato, tra i requisiti di carattere tecnico-organizzativo, che le imprese partecipanti alla gara per l'appalto dei lavori in oggetto erano tenute a dimostrare, figurano anche quelli relativi alla “Organizzazione” contemplati dal Capitolato tecnico; quest'ultimo espressamente richiamato dal Disciplinare di gara, che al punto A2). 7 prevedeva, peraltro, una precisa autodichiarazione: quella di essere a conoscenza e di accettare, senza riserva alcuna, tutte le disposizioni contenute nel Bando, nel Disciplinare di gara e nella “documentazione complementare”, intendendo con ciò chiaramente indicare che tutti gli specifici atti costituenti la *lex specialis* della gara si integravano reciprocamente, sicché la documentazione prescritta anche da uno solo di essi, concernente i requisiti di partecipazione alla gara, doveva ritenersi integrativa dei requisiti di partecipazione previsti, a pena di esclusione, dagli altri documenti di gara e, quindi, assistita dalla medesima sanzione dell'esclusione. Del resto, che questo fosse il chiaro tenore (anche) delle prescrizioni relative alle dichiarazioni ed ai documenti da presentare - a pena di inammissibilità dell'offerta - ai sensi delle prescrizioni del Capitolato, si inferisce agevolmente anche dall' *incipit* della clausola relativa: “ *L'impresa dovrà comunque inviare...* ”. Siffatta “documentazione complementare” era, del resto, finalizzata a dimostrare il possesso, in capo ad ogni impresa partecipante, della capacità ed idoneità tecnica necessarie per una congrua e corretta esecuzione dell'intervento.

Chiarita, quindi, la necessità della prescrizione *de qua*, l'impresa istante - come le altre nei cui confronti veniva accertata l'omissione - non poteva che essere esclusa, essendosi in presenza di omessa dichiarazione ed allegazione, relativa al possesso di un requisito essenziale di capacità tecnico-organizzativa, del quale non è stato fornito neanche un principio di prova.

Né varrebbe, per altro verso, postulare l'autosufficienza dell'attestazione di qualificazione SOA - ai sensi dell'art. 1, comma 3, del D.P.R. n. 34/2000, secondo cui “*Fatto salvo quanto stabilito all'articolo 3, commi 6 e 7, (e cioè per gli appalti di importo a base di gara superiore a 20.658.276 euro e per le imprese stabilite in altri Stati aderenti all'Unione europea) l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente regolamento costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici*” ed a mente del successivo comma 4, secondo cui “*le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente titolo, nonché dai titoli III [requisiti per la qualificazione] e IV [norme transitorie]*” - giacché in caso di gara, come quella di specie, rientrante nei settori speciali (ex esclusi) - siccome riguardante l'appalto per l'esecuzione di lavori di armamento ferroviario riconducibili alle attività ricomprese nell'art. 210 del D.Lgs. n. 163/2006 ( *Servizi di trasporto ferroviario* ) - l'art. 206, comma 1, ultima parte, del medesimo decreto legislativo, con riguardo ai requisiti di qualificazione delle Imprese concorrenti non prevede che si applichi l'art. 40 del D.Lgs. n. 163/2006 ( *Qualificazione per eseguire lavori pubblici* ).

Ne discende che le stazioni appaltanti ben possono - come nel caso di specie avvenuto - richiedere, ai fini della partecipazione alle relative gare, specifici requisiti ulteriori di idoneità tecnico-organizzativa rispetto a quelli ipostatizzati nell'attestazione SOA di cui al D.P.R. n. 34/2000, con l'unico limite dell'inerenza di tali requisiti all'oggetto dell'appalto.

In base a quanto sopra considerato

## **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara disposta dalla stazione appaltante nei confronti dell'impresa DAF s.r.l. è conforme alle previsioni contenute nella documentazione di gara.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 febbraio 2010