

Parere n. 10 del 14/01/2010

PREC 80/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Capranica (VT) - Servizio di gestione del cimitero comunale - Importo a base d'asta € 60.000,00 - S.A.: Comune di Capranica.

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 il Responsabile del Settore III - Ufficio Tecnico del Comune di Capranica ha rappresentato di aver soprasseduto all'aggiudicazione definitiva dell'appalto in oggetto a causa delle rimostranze espresse dalla ditta Daga Massimiliano, partecipante esclusa dalla Commissione di gara a seguito delle difformità rilevate nelle dichiarazioni dalla medesima rese, rispetto a quelle prescritte dal disciplinare allegato alla lettera di invito alla procedura negoziata appositamente esperita con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'istante ha inteso rappresentare le proprie perplessità in ordine a detta esclusione, facendo presente quanto segue.

Inesitato un primo procedimento di procedura aperta, in accoglimento dei rilievi di illegittimità formulati dalla Commissione di gara sul Bando, il Responsabile annullò in via di autotutela la procedura, dando atto che, per quanto riguardava l'eventuale restituzione dei plichi pervenuti, si sarebbe presa una decisione in sede di approvazione della nuova procedura; le tre ditte interessate che avevano corrisposto al Bando, producendo l'offerta e la documentazione richiesta, vennero regolarmente informate della decisione assunta e non ebbero nulla da eccepire.

La Giunta Comunale approvò la riedizione della gara mediante cottimo fiduciario ai sensi dell'art. 125 del D.Lgs. n. 163/2006 ed il Responsabile del procedimento, con Determinazione n. 71 del 20.3.2009 approvò lo schema della lettera di invito per detto cottimo, da tenersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, decidendo di invitare le tre ditte che avevano partecipato alla gara annullata.

Il Disciplinare allegato alla lettera di invito prevedeva la presentazione di un plico contenente tre buste: "A", contenente la documentazione amministrativa; "B", contenente l'offerta economica; "C", contenente il "progetto di miglioramento qualitativo" e, per quanto riguardava le buste "A" e "C" era consentito alle ditte che avevano partecipato alla gara annullata di presentare una dichiarazione con la quale si faceva rinvio alla documentazione contenuta rispettivamente nelle citate buste della gara annullata, in quanto compatibile, autorizzando al contempo la Commissione di gara all'apertura di esse.

Il Disciplinare di gara prevedeva tra le cause di esclusione " *la mancata presentazione anche di uno solo dei documenti da inserire nella busta A documentazione amministrativa*". Nella busta "A" doveva essere contenuta una autodichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante (o procuratore munito di delega) con allegata fotocopia del documento di riconoscimento ex art. 47 del D.P.R. n. 445/2000. Il contenuto della stessa era indicato nel Disciplinare e doveva attestare tra le altre cose:

- Al punto 2 i dati desunti dal certificato di iscrizione alla Camera di Commercio ed in particolare, per quel che ne occupa, a seconda della forma giuridica rivestita dalla ditta: "nominativo, data di nascita, residenza degli eventuali titolari, soci, direttori tecnici, soci amministratori muniti di poteri di rappresentanza, soci accomandatari".

- Al punto 4 il "numero dei dipendenti e il tipo di contratto applicato".

La ditta individuale Daga Massimiliano si è avvalsa della facoltà prevista dal Disciplinare di fare rinvio alla documentazione amministrativa contenuta nella busta "A" della gara annullata e la Commissione, con verbale n°1 del 29.4.2009, non ha ammesso alla gara la suddetta ditta per le seguenti motivazioni:

" 2) Ditta individuale Daga Massimiliano

Vengono rilevate le seguenti inesattezze contenute nelle dichiarazioni richieste:

a) nella dichiarazione di cui al punto 2 della busta A non è stato indicato il luogo, la data di nascita e la carica ricoperta dal titolare dell'impresa individuale Daga Massimiliano

b) nella dichiarazione di cui al punto 4 della busta A non è stato indicato il numero dei dipendenti ed il tipo di contratto applicato.

Tali inesattezze contenute nelle dichiarazioni presentate rientrano tra i motivi di esclusione previsti nel disciplinare di gara. Per i suddetti motivi la ditta Daga Massimiliano non viene ammessa alla gara".

Avverso la suddetta esclusione ha mosso rilievi la ditta Daga, con lettera pervenuta alla stazione appaltante in data 5.5.2009, chiedendo di essere riammessa alla gara per i seguenti motivi: per quanto riguarda il rilievo di cui al punto a) "...i dati anagrafici sono riportati all'inizio della domanda

di partecipazione”, mentre per quanto riguarda il rilievo di cui al punto b) i dati relativi “sono riportati nella dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà, cosa questa che può essere rilevata da una lettura...più attenta di quanto riportato all’ultimo punto della lettera j”, secondo cui la ditta dichiara “che l’impresa è iscritta nell’Albo delle imprese artigiane di Viterbo per la seguente attività...ed attesta i seguenti dati...: L’attività dell’impresa è esercitata direttamente dal titolare della stessa senza l’ausilio di personale dipendente, collaboratori e soci”.

La Commissione di gara non ha ritenuto di dover accogliere la richiesta ed ha proceduto, con verbale n°3 del 13.5.2009 all’aggiudicazione provvisoria alla ditta MIZZELLA S.r.l., fra le due rimaste in gara.

In sede di esame della documentazione, al fine dell’emissione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, il responsabile del procedimento ha rilevato quanto segue:

1) per quanto attiene al motivo di esclusione sub a) del verbale di gara, la ditta Daga ha effettivamente fornito un’autodichiarazione con la quale ripeteva testualmente le indicazioni richieste dal disciplinare di gara relativamente a “nominativo, data di nascita, residenza degli eventuali titolari, soci, direttori tecnici, soci amministratori muniti di poteri di rappresentanza, soci accomandatari”, mentre il nominativo e la data di nascita del titolare erano stati indicati nella domanda di partecipazione. Mancano, comunque, i dati relativi alla residenza del titolare ed all’indicazione del direttore tecnico;

2) per quanto attiene al motivo di esclusione sub b) del verbale di gara, la ditta Daga ha fornito l’attestazione richiesta - anche se non nell’ordine sequenziale previsto dal Disciplinare - che compare nell’ultima parte della lett. j dell’autodichiarazione prodotta.

In definitiva, quindi, le sole mancanze attribuite alla ditta individuale Daga sono risultate quelle relative alla residenza del titolare ed alla indicazione del direttore tecnico e, pertanto, il responsabile del procedimento ha deciso di soprassedere all’aggiudicazione definitiva e di formulare la richiesta di parere in argomento.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall’Autorità nell’istruttoria procedimentale, l’impresa controinteressata MIZZELLA S.r.l. - aggiudicataria provvisoria dell’appalto *de quo* - ha prodotto le proprie deduzioni sull’argomento, con nota del 4 agosto 2009, ove si osserva che non c’era ragione alcuna di sospendere il provvedimento di aggiudicazione definitiva, in quanto le omissioni sopra rilevate obbligavano la stazione appaltante ad escludere la ditta Daga Massimiliano poiché non offrivano spazio alcuno alla pretesa riammissione, conseguente ad una regolarizzazione postuma non consentita dalla *lex specialis* della gara. La medesima impresa controinteressata evidenzia, inoltre, quale ulteriore motivo di esclusione della ditta Daga Massimiliano - non rilevato dalla Commissione - la violazione dell’articolo 7 del Disciplinare di gara, in quanto il contratto di avalimento sottoscritto con l’impresa Daga Sebastiano non prevede che quest’ultima si obblighi, nei confronti del concorrente, a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata del contratto, obbligandosi genericamente a fornire i requisiti mancanti, ma omettendo di precisare quali.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione controversa sottoposta a questa Autorità con l’istanza di parere in oggetto, si rende opportuno precisare preliminarmente l’effettiva portata ed utilità del “soccorso” apprestato dall’art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006.

La facoltà di integrazione della documentazione allegata all’offerta è da detta norma consentita nelle ipotesi in cui occorra completare il contenuto di una domanda presentata ritualmente (Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4047). E’ escluso, pertanto, il ricorso alla regolarizzazione ex art. 46 - la quale costituisce, peraltro, per la stazione appaltante una facoltà e non un obbligo (Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2008, n. 4397) - solo nel caso in cui la documentazione non sia stata del tutto presentata (Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2008, n. 4408).

La norma, infatti, nel disporre che le amministrazioni invitino, se necessario, le ditte partecipanti alle gare a dare chiarimenti e ad integrare la documentazione presentata, ha codificato un modo di procedere volto a far valere, entro certi limiti e nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti, la sostanza sulla forma, orientando l’azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, coerentemente con la disposizione di carattere generale contenuta nell’art. 6 legge 7 agosto 1990, n. 241. L’ambito applicativo dell’art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 si riferisce, pertanto, al completamento e al chiarimento del contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni presentati dai concorrenti.

È illegittima, pertanto, l’esclusione da una gara d’appalto a causa dell’irregolarità o incompletezza squisitamente formale della documentazione, qualora - come nel caso di specie -, trattandosi di una ditta individuale senza dipendenti, né collaboratori, secondo le previsioni dell’art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, la stessa (incompletezza) possa essere facilmente sanata, semplicemente invitando l’impresa interessata a completare gli elementi mancanti negli atti depositati (cfr.: T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 26 marzo 2007, n. 2586).

Nel medesimo senso, è illuminante *a contrario* il parere di questa Autorità n. 66 del 20 maggio 2009, dal quale è agevole inferire che la condizione di ammissibilità dell’invito a rettificare le dichiarazioni o le istanze erronee o incomplete, applicabile ai procedimenti di gara d’appalto per l’aggiudicazione di contratti della pubblica amministrazione, è unicamente quella che non sia turbata la *par condicio* tra i concorrenti e che non vi sia alterazione (*aliud pro alio*) del contenuto della documentazione presentata (in tal senso, si veda anche Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586).

Tali elementi perturbatori, però, non sussistevano nel caso di specie, atteso che si sarebbe trattato al più di "completare... (il) contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati" (ex art. 46, D.Lgs. n. 163/2006), e non già di sostituire una dichiarazione, già resa in sede di offerta, con un'altra di diverso tenore letterale e significato, con evidente violazione del principio della *par condicio* dei concorrenti (in tal senso si veda lo stesso Cons. Stato, Sez. V, 20 maggio 2003, n. 5463).

La circostanza, quindi, che l'impresa individuale Daga Massimiliano, nel redigere la dichiarazione sostitutiva di atto notorio, sia incorsa nelle mancanze sopra rilevate, rispetto a quanto letteralmente previsto dalla documentazione di gara, poteva essere, nel caso di specie, ascritta ad una mera irregolarità di tipo formale, non costituente un vizio insanabile dell'offerta, che avrebbe consentito al Comune di Capranica di ammettere l'offerente alla procedura in oggetto, previa acquisizione della documentazione integrativa eventualmente occorrente, riducibile unicamente ai dati relativi alla residenza del titolare, dal momento che mancava un direttore tecnico da indicare, essendo l'attività di impresa esercitata direttamente dal titolare senza l'ausilio di dipendenti, collaboratori e soci. Nel caso di specie, si configurava a pieno, invero, l'ammissibilità della richiesta di integrazione - strumentalmente intesa a promuovere una più ampia partecipazione alla gara, in una logica collaborativa fra l'amministrazione e l'impresa interessata visibilmente non travalicante i limiti imposti dall'antagonista principio di formalità vigente in materia di procedimenti concorsuali - fatta salva la verifica della effettiva capacità ed idoneità tecnica necessarie per una congrua e corretta esecuzione dell'intervento.

Quanto all'ulteriore profilo di asserita irregolarità, evidenziato dall'impresa controinteressata ma non rilevato dalla Commissione di gara, concernente la mancata previsione nel contratto di avvalimento dell'obbligo dell'impresa ausiliaria Daga Sebastiano, nei confronti dell'impresa concorrente Daga Massimiliano, a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, si deve osservare che non solo la questione è estranea al *petitum* contenuto nell'istanza di parere in esame, ma non è stato nemmeno prodotto nel presente procedimento l'atto di cui si sostiene l'irregolarità, ossia il contratto di avvalimento. Pertanto, in carenza di indispensabili elementi documentali da sottoporre a valutazione questa Autorità non può esprimere il proprio avviso al riguardo, potendo solo rilevare, in termini generali, che ai fini della corretta aggiudicazione del contratto di appalto in oggetto, è essenziale che l'Amministrazione appaltante abbia piena contezza della provvista (di requisiti e mezzi) messa a disposizione del concorrente mediante l'avvalimento, per cui si impone una particolare severità nella produzione della prova circa l'effettiva disponibilità dei mezzi da parte dell'impresa avvalsa.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara per l'appalto dei lavori in oggetto della ditta Daga Massimiliano, disposta dalla Commissione di gara, non è conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 febbraio 2010