



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.49 del 30/9/2014

PREC 86/14/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 Voghera (PV) – “*Cottimo fiduciario per l’affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale*” – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – S.A.: Comune di Voghera (PV).

Mancata dichiarazione richiesta dalla *lex specialis* a pena di esclusione – Soccorso istruttorio – Esclusione.

L’art. 46, del d.lgs. n. 163/2006 non può colmare eventuali carenze documentali o inadempienze dei concorrenti (per completa o parziale omissione di dichiarazioni), nei casi in cui si è in presenza di previsioni della *lex specialis* dalla portata inequivoca.

Art. 46, d.lgs. n. 163/2006.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 19 marzo 2014 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, relativamente alla procedura di gara indetta dal Comune di Voghera di affidamento, in concessione mediante cottimo fiduciario del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e ambientali della sede stradale, della segnaletica stradale - guard rails e dell’arredo urbano, compromessi da incidenti, da aggiudicare secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare il Comune di Voghera “*chiede di sapere se è legittima l’esclusione del concorrente*” ECOLSIA S.r.l. motivata sulla base delle seguenti inottemperanze alle prescrizioni “a pena di esclusione” della lettera di invito: “*nella dichiarazione resa ai sensi del punto F) non risulta essere attestata la regolare esecuzione dei servizi indicati*”; “*nella dichiarazione presentata, ai sensi della lettera B) Punto 9 manca la declaratoria di impegnarsi, se aggiudicatario, ad osservare, pena la risoluzione del contratto di appalto, le prescrizioni, in quanto applicabili, del DPR 62/2013, avente ad oggetto il Regolamento recante il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici a norma*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dell'art. 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e quelle di cui al codice di comportamento, approvato con deliberazione della Giunta comunale n. 134 del 17.12.2013”.

In seguito all'avvio del procedimento, comunicato con nota del 15 aprile 2014, è pervenuta, in data 28 aprile 2014, la memoria dell'impresa Sicurezza e Ambiente S.p.A., unica altra concorrente nella gara in oggetto, che ha espresso le ragioni della condivisione del provvedimento espulsivo adottato dalla stazione appaltante e, in data 29 aprile 2014, la memoria dell'impresa ECOLSIA S.r.l. che lamenta, invece, l'illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara. In particolare quest'ultima afferma l'ambiguità della clausola prevista al punto F della lettera-invito nonché l'irragionevolezza della stessa nella parte in cui estende la sanzione dell'esclusione anche alla richiesta attestazione di regolare esecuzione del servizio. In subordine, la società esclusa ritiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto invitare all'integrazione documentale ai sensi dell'art. 46, comma 1 del d.lgs n. 163/2006 e, in ogni caso, anche sulla base della pronuncia dell' Ad. Plen. del Consiglio di Stato 25 febbraio 2014, n. 9 (Par. 7.4), sostiene applicabile alla procedura in questione, ritenendo la stessa non regolamentata dal Codice dei contratti, la previsione dell'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990 che disciplina il principio del soccorso istruttorio in generale, prevedendo che “... *il responsabile del procedimento può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete ... e ordinare esibizioni documentali*”.

Infine, la società ritiene che anche la seconda contestazione di omissione poteva essere parimenti oggetto di soccorso istruttorio in virtù del principio generale soprarichiamato.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto di parere verte sulla legittimità o meno dell'esclusione adottata nei confronti della società ECOLSIA S.r.l.

Per rispondere al quesito occorre tenere presente il quadro normativo di riferimento vigente al momento della pubblicazione del bando nonché quanto previsto dalla *lex specialis* di gara.

Risulta che le clausole contenute nella lettera-invito pubblicata all'Albo Pretorio Informativo e sul sito internet del Comune di Voghera, contengano prescrizioni sanzionatorie “*a pena di esclusione*”.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In particolare, la lettera F) della lettera di invito richiede la presentazione di una dichiarazione “... sottoscritta dal legale rappresentante dell’operatore economico concorrente in cui si attesti di avere svolto almeno 1 servizio, identico all’oggetto del presente affidamento, negli ultimi tre anni... in favore di enti pubblici territoriali di almeno 30.000 abitanti. Ciò appare di diretta derivazione del combinato disposto degli artt. 30, comma 3, e 42, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 163/2006 ed inoltre risulta parte integrante ed essenziale di essa il contestualizzato attestato – discendente dalla medesima derivazione codicistica – di “regolare esecuzione del predetto servizio”.

Pertanto, la suddetta clausola non appare in alcun modo ambigua e conseguentemente non può ritenersi fondata l’osservazione formulata dall’impresa esclusa con riferimento all’applicazione della sanzione dell’esclusione limitatamente al primo periodo della clausola in questione.

In ordine al principio di tassatività della cause di esclusione di cui all’art. 46, comma 1 bis del d.lgs. n. 163/2006, si richiama l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, con sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014, ha chiarito che l’esclusione dalla gara va disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente sia nell’ipotesi in cui impongano “adempimenti doverosi” o introducano, comunque, “norme di divieto” pur senza prevedere espressamente l’esclusione, ma sempre nella logica del *numerus clausus* (in ordine a tale aspetto, è stato quindi confermato quanto già affermato dalla stessa Adunanza Plenaria nelle sentenze 16.10.2013, n. 23 e 7.6.2012, n. 21, sulla non necessità che la sanzione dell’esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara).

Rispetto al caso di specie, si fa presente che l’art. 42, comma 2, del codice, con riferimento alla capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi, prevede che la stazione appaltante precisi nel bando o nella lettera di invito quali dei documenti indicati al comma 1 “devono” essere presentati o dimostrati. Ne consegue che la presentazione dei documenti indicati dalla stazione appaltante per la dimostrazione della capacità tecnica e professionale dei concorrenti, costituisce “adempimento doveroso” che giustifica la sanzione dell’esclusione in caso di sua violazione.

Quanto, poi, all’invocato principio del “*soccorso istruttorio*” previsto dall’art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 – secondo cui “*Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

certificati, documenti e dichiarazioni presentati” – si evidenzia come tale norma sia stata oggetto di una costante rigorosa interpretazione da parte del Consiglio di Stato (fra le tante e più recenti, Cons. St., Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; Sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248; Sez. V, 25 giugno 2007, n. 3645; Sez. VI, 23 marzo 2007, n. 1423; Sez. V, 20 maggio 2002, n. 2717), vieppiù confermata anche dopo l'introduzione dell'autonomo principio di tassatività delle cause di esclusione.

In sintesi, secondo i principi di matrice giurisprudenziale, elaborati nel corso del tempo dal Consiglio di Stato, in relazione al “*soccorso istruttorio*” disciplinato dal codice dei contratti, tale istituto, pur costituendo un ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione, è astretto a rigorosi limiti, avuto riguardo alla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo alteri la *par condicio*, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa e incida sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando o nella lettera di invito.

Tale rigorosa interpretazione trova piena giustificazione anche in considerazione del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e/o nella presentazione della documentazione. Essa trova parimenti giustificazione nello stesso divieto di non aggravare il procedimento, nel senso che il principio del “*soccorso istruttorio*” è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali espressamente richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è, come nel caso di specie, in presenza di una clausola univoca, nonostante il diverso avviso dell'impresa esclusa), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla normativa di settore ed in via derivata dalla *lex specialis*, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del “*potere di soccorso*”; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi (cfr. Ad. Plen. Cons. St. n. 9/2014).

Pertanto, nel caso all'esame, il ricorso all'istituto predetto si sarebbe risolto, per l'appunto, nell'inammissibile ingresso postumo di una attestazione mancante, in alcun modo giustificabile, oltretutto, dato il chiaro tenore e l'assoluta univocità della prescrizione in argomento.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In definitiva, quindi, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte dell'impresa concorrente, l'invito alla integrazione avrebbe costituito una palese violazione del principio della *par condicio*, per il tramite della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, una dichiarazione o documentazione conforme al regolamento di gara.

Con riferimento all'ulteriore carenza contestata all'impresa esclusa, relativa alla dichiarazione di cui al punto 9 della lett. B della lettera di invito, la stazione appaltante anziché un rinvio generico alle "*prescrizioni, in quanto applicabili*" del codice di comportamento dei dipendenti pubblici, sarebbe tenuta a farne puntuale indicazione, per quanto di pertinenza dei privati che vengano a contatto con i pubblici dipendenti dell'amministrazione e, tuttavia, se non impugnate, la clausola o la prescrizione *della lex specialis* di gara si intendono supinamente accettate dal concorrente che è tenuto alla loro osservanza.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara dell'impresa ECOLSIA S.r.l.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 ottobre 2014

Il Segretario Maria Esposito