

Parere n.93 del 19/05/2011

PREC 294/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata PI.CA. Holding IT S.r.l. - " *Procedura aperta per l'appalto integrato della progettazione esecutiva e della esecuzione dei lavori di restauro presso l'immobile denominato "Teatro del Giglio" in relazione all'operazione "Teatro del Giglio" del progetto PIUSS "LUCCA DENTRO"* - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 1.329.493,64 - S.A.: Comune di Lucca.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 6 dicembre 2010 è pervenuta l'istanza in epigrafe con la quale la Società PI.CA. Holding IT S.r.l. ha chiesto un parere sulla legittimità del provvedimento di esclusione disposto nei propri confronti dal Comune di Lucca in quanto " *Il progettista indicato non ha presentato l'elenco dei lavori eseguiti per la categoria IIIC*", come da verbale n.1 del 16.11.2010, comunicato con nota della S.A. del 19.11.2010.

Più specificamente, trattandosi di appalto integrato, il bando richiedeva il possesso dei requisiti prescritti per la progettazione. Il progettista indicato dall'impresa, in qualità di architetto della società, ha rilasciato la dichiarazione circa il possesso dei requisiti di qualificazione stabiliti dal disciplinare di gara ed ha allegato a tale dichiarazione un elenco, peraltro solo parziale dell'attività svolta negli ultimi dieci anni, che riportava esclusivamente i lavori eseguiti nella categoria IC e non anche quelli relativi alla categoria IIIC. Secondo l'istante (come si legge nella nota del 22.11.2010, trasmessa alla stazione appaltante a seguito dell'esclusione) tale mancanza è da addebitarsi a mero errore materiale di battitura, tant'è che essendo gli importi riportati in detto elenco, integrati, lo stesso non poteva che riferirsi ad entrambe le categorie. Per tale ragione sarebbe stato corretto, a detta dell'impresa esclusa, la richiesta, da parte della stazione appaltante, di una integrazione documentale, in considerazione del fatto che la dichiarazione resa era esaustiva su entrambe le categorie oggetto dell'intervento.

In data 1.12.2010, il RUP della stazione appaltante, con riferimento alla suddetta nota, si è limitato a comunicare quanto segue: " *non procederemo a segnalare all'Autorità di Vigilanza la Vostra esclusione dalla gara in esame, in quanto la stessa è riconducibile ad un errore materiale*".

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità in data 29 dicembre 2010, il Comune di Lucca ha trasmesso la documentazione di gara e il giudizio della Commissione che, all'unanimità, ha disposto l'esclusione dalla gara dell'impresa istante, perché il progettista indicato " *non ha presentato l'elenco dei lavori eseguiti per la categoria III C, come richiesto - pena esclusione - a pag.17 punto VIII del disciplinare di gara*".

Ritenuto in diritto

La questione all'esame riguarda la legittimità del provvedimento di esclusione disposto nei confronti dell'impresa istante per la mancata indicazione, da parte del progettista, dei lavori eseguiti per la categoria IIIC, che l'istante riconduce a mero errore materiale.

Premesso quanto sopra in fatto, è dato consolidato che, in attuazione dei principi (comunitari e nazionali) di proporzionalità, di massima partecipazione alla gara e di previa audizione dei privati, l'art. 46, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (in base al quale, 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 certificati, documenti e dichiarazioni presentati) deve essere inteso nel senso che l'Amministrazione ha il potere-dovere di disporre la regolarizzazione quando gli atti, tempestivamente depositati, contengano elementi che possano costituire un indizio e rendano ragionevole ritenere sussistenti i requisiti di partecipazione. Di guisa che l'Amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla procedura, ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare o 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 (cfr. in tal senso *ex multis* T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 9/10/2009, n.1537; T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 30/3/2009, n.837; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 23/6/2008, n.1253; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 5/6/2008, n.5491; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 26/3/2007, n.2586; T.A.R. Lazio Roma, sez. I 19/11/2004 n.13555; T.A.R. Lombardia Brescia 23 agosto 2001 n.725; T.A.R. Bari, Sez. II, 10 maggio 1996 n.253).

Invero, le disposizioni dettate dall'art.46 D.Lgs. n.163/2006, nella parte in cui prevedono che le amministrazioni invitano, se necessario, le ditte partecipanti a gare per l'aggiudicazione di appalti

pubblici a fornire chiarimenti e ad integrare la carente documentazione presentata, sono da intendersi non come una mera facoltà o un potere eventuale, ma piuttosto come la codificazione di un ordinario 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 l. n. 241/1990, sempre che, naturalmente, la procedura di regolarizzazione e di ulteriore chiarificazione non debba cedere di fronte al limite della garanzia della " *par condicio* " dei partecipanti.

Non va, inoltre, sottaciuta - sotto il profilo sostanziale - la circostanza che la stessa stazione appaltante ha comunicato all'impresa la propria intenzione di non segnalare la disposta esclusione all'Autorità " *in quanto la stessa è riconducibile ad un errore materiale* ". Tale circostanza va coniugata con la possibilità - generalmente riconosciuta nell'ambito degli appalti pubblici, seppur nei limiti sopra indicati - di integrazione della documentazione, senza che tale possibilità possa configurare una violazione della *par condicio* dei concorrenti, rispetto ai quali, al contrario, assume rilievo l'effettività del possesso del requisito (Cons. Stato, Sez. VI, 18 maggio 2001 n.2781).

In proposito, deve sottolinearsi che nelle gare per l'aggiudicazione di contratti della Pubblica Amministrazione, il solo limite del potere discrezionale di interlocuzione è costituito dal rispetto della *par condicio* dei concorrenti, nel senso che la richiesta di integrazione e di chiarimenti non deve tradursi in un'indebita sostituzione della stazione appaltante alla diligenza ordinamentale, esigibile da parte di tutti i concorrenti alla procedura selettiva e ravvisabile nella completezza della documentazione presentata a corredo dell'offerta e specificamente richiesta a pena di esclusione dal bando di gara.

Invero, il potere di richiedere chiarimenti alla ditta partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un contratto della Pubblica Amministrazione previsto dall'art. 46 del D.Lgs. n.163/2006 deve trovare applicazione nelle ipotesi in cui sussistano dubbi circa la sussistenza di requisiti richiesti dal bando e in ordine ai quali vi sia, tuttavia, un principio di prova circa il loro possesso da parte della ditta medesima, non essendovi, per contro, alcuno spazio per l'esercizio del potere di integrazione nel caso in cui la documentazione o la dichiarazione siano del tutto mancanti o assolutamente inidonee, oppure non sia possibile per l'Amministrazione evincere alcuna certezza, dovendo in tale ipotesi necessariamente comminarsi l'esclusione.

In applicazione di tale principi, quindi, è di palmare evidenza, nella fattispecie in esame, l'illegittimità (per palese contraddittorietà ed irragionevolezza) dell'esclusione *tout-court* dell'impresa istante, senza la previa richiesta di integrazione documentale, trattandosi non di omissione di un documento richiesto dalla disciplina di gara, bensì di errore ostativo, ex art. 1433 cod. civ., sulla dichiarazione (c.d. *lapsus calami*), in relazione al quale la Commissione di gara avrebbe dovuto chiedere chiarimenti, consentendo la regolarizzazione in corso di gara.

In conclusione, quindi, per le ragioni anzidette, l'esclusione dell'Impresa istante si deve ritenere non conforme alla normativa di settore.

In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dell'Impresa istante non sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 1 giugno 2011

Il Segretario: Maria Esposito