

Parere n. 124 del 7/07/2010

PREC 119/09/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 [omissis] - Affidamento dell'incarico per l'esecuzione di servizi tecnici di ingegneria ed architettura relativamente ai lavori di "Riqualificazione ed arredo urbano centro storico [omissis]" - Importo a base d'asta € [omissis] - S.A.: Comune di [omissis].

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 10 dicembre 2008 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di [omissis] ha chiesto di conoscere l'avviso di questa Autorità in ordine a due questioni controverse insorte nel corso della procedura di gara per l'affidamento dell'incarico in oggetto.

In primo luogo, la stazione appaltante ha riferito che, prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, la Commissione di gara si è accorta che due concorrenti ammessi non avevano reso alcune dichiarazioni richieste dall'avviso di selezione. La *lex specialis* di gara, infatti, disponeva, al punto 2.1., lett. c), che i concorrenti dovessero dichiarare l'inesistenza a proprio carico di condanne passate in giudicato o di decreti penali di condanna divenuti irrevocabili oppure di sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale, prevedendo altresì - la locuzione utilizzata era "ovvero" - che i concorrenti dovessero dichiarare l'inesistenza di sentenze di condanna passate in giudicato per uno o più reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45 paragrafo I direttiva CE 2004/18. Invece, il RTP rappresentato dall'ing. [omissis], - odierno controinteressato - aveva reso la prima parte della dichiarazione richiesta ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera c) del D.Lgs. n. 163/2006, limitandosi a riportare, per quanto riguarda la seconda parte, il testo di legge ("*è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo I, direttiva CE 2004/18*") e, pertanto, è stato successivamente escluso per incompletezza della dichiarazione medesima, ai sensi della lettera b.2) del punto 10 dell'avviso di cui trattasi.

Inoltre, la stazione appaltante ha evidenziato che l'attivazione dei poteri di autotutela per escludere due concorrenti ha comportato che in gara siano rimasti solo quattro di essi, con la conseguenza che non trova più applicazione il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale, per cui uno dei concorrenti, il RTP rappresentato dall'ing. [omissis] ha lamentato che l'errore in cui era incorsa la Commissione di gara non provvedendo tempestivamente alla suddetta esclusione, aveva condizionato la sua stessa offerta, in quanto, ritenendo applicabile l'esclusione automatica (ai sensi dell'allora vigente art. 124, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006), trattandosi di sei concorrenti ammessi, il concorrente medesimo aveva limitato l'entità del ribasso offerto. In considerazione di ciò l'ing. [omissis] ha chiesto alla stazione appaltante la rinnovazione della procedura di gara limitatamente alle offerte.

Per quanto riguarda la prima questione, il Comune di [omissis] ha affermato di non condividere l'assunto, sostenuto dal RTP rappresentato dall'ing. [omissis] nell'istanza di riammissione alla gara presentata alla stessa stazione appaltante, secondo cui la dichiarazione circa l'inesistenza a proprio carico di sentenze di condanna per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale sia - implicitamente - comprensiva anche dell'ulteriore dichiarazione - pure richiesta dall'avviso di selezione e dall'art. 38, comma 1, lettera c), seconda parte - relativa ai reati di frode, corruzione, riciclaggio e partecipazione ad organizzazione criminale. La stazione appaltante ha rilevato, infatti, che ove tale equiparazione fosse affermata, si renderebbe superflua e, quindi, sostanzialmente inutile la seconda parte dell'art. 38, comma 1, lettera c) del D.Lgs. 163/2006, trasfuso nelle norme di selezione. Per tale motivo, dunque, secondo l'amministrazione istante l'incompleta dichiarazione resa dal concorrente doveva essere censurata con l'esclusione dalla gara.

Per quanto attiene, poi, alla richiesta di rinnovazione delle procedure di gara, avanzata da altro concorrente, il RTP rappresentato dall'ing. [omissis], la stazione appaltante, per un verso, ha affermato la possibilità per l'Amministrazione di esercitare, in ogni momento (perlomeno sino al consolidarsi di posizioni giuridiche definite), il potere di autotutela, richiamando, per altro verso, l'orientamento del giudice amministrativo secondo cui è necessaria la rinnovazione integrale delle procedure di gara (con la riapertura, cioè, della stessa fase di presentazione delle offerte) nelle sole ipotesi in cui l'aggiudicazione debba avvenire con il sistema dell'offerta economicamente più

vantaggiosa, con esclusione, viceversa, della necessità di rinnovazione integrale per i casi in cui l'aggiudicazione avvenga con un procedimento di tipo automatico, quale quello del massimo ribasso, come nel caso in esame.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale gli interessati hanno rappresentato – *ex adverso* – quanto segue.

Il R.T.P. rappresentato dall'ing. [omissis], nei confronti del quale il Comune istante ha adottato il provvedimento di esclusione per incompleta dichiarazione ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, ha eccepito l'ambiguità e l'incertezza interpretativa del bando di selezione, con riferimento alle dichiarazioni di assenza di condanne per i reati di cui al citato art. 38; l'espressione "ovvero" utilizzata nel bando sarebbe stata, infatti, oggetto di non univoca interpretazione. A conferma dell'assunto, il predetto RTP ha esposto la circostanza che la medesima stazione appaltante, in un ulteriore avviso di selezione per l'affidamento di servizi tecnici, pubblicato quasi contestualmente a quello di cui trattasi, avrebbe avvertito la necessità di modificare la contestata espressione "ovvero" con il più chiaro dettato "e che non è stata pronunciata sentenza...". Il medesimo R.T.P., inoltre, ha sollecitato il rispetto del principio di buon andamento dell'azione amministrativa che, nel settore delle procedure concorsuali, dovrebbe tradursi nella cooperazione fra l'amministrazione e i concorrenti, la quale si dovrebbe manifestare attraverso l'istituto della c.d. integrazione documentale. Infine, il R.T.P. rappresentato dall'ing. [omissis] ha evidenziato che l'inesistenza a proprio carico di condanne per i reati elencati all'art. 38 citato, di cui una delle società partecipanti avrebbe erroneamente omesso la dichiarazione, corrispondeva all'effettiva condizione giuridica della società medesima, come poteva evincersi dai certificati del casellario giudiziale e dei carichi pendenti di tutti i soci, allegati all'istanza di riammissione.

Il R.T.P. rappresentato dall'arch. [omissis], aggiudicatario provvisorio della procedura in oggetto – reso edotto del fatto che la Commissione di gara intendeva avviare le procedure di esclusione di due concorrenti, con conseguente rideterminazione della graduatoria finale, da cui sarebbe derivata la designazione di un nuovo vincitore della gara – ha confermato l'ambiguità dell'avviso di selezione, che ne avrebbe causato la non univoca interpretazione, ed ha sostenuto che la presunta incompleta dichiarazione resa da parte di alcuno dei concorrenti risulterebbe direttamente sanabile attraverso un'opportuna integrazione documentale, chiedendo, pertanto, la conferma della graduatoria finale risultante dal verbale di gara.

Il R.T.P. rappresentato dall'ing. [omissis], aggiudicatario a seguito della rideterminazione della graduatoria, ha ribadito invece il mancato rispetto della *lex specialis* di gara da parte dei due concorrenti esclusi e la conseguente correttezza della decisione della stazione appaltante di procedere all'esclusione di entrambi, nonché l'inaccettabilità della richiesta di rinnovazione integrale della gara (a partire, cioè, dalla fase di presentazione delle offerte) da parte del RTP rappresentato dall'ing. [omissis], in contrasto con il criterio di aggiudicazione adottato dalla stazione appaltante, che è quello del massimo ribasso e non dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ritenuto in diritto

Le questioni controverse insorte nel corso della procedura di gara indicata in epigrafe, sottoposte a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, attengono al corretto esercizio – sotto due distinti profili – del potere di autotutela attivato dalla stazione appaltante per escludere il concorrente RTP rappresentato dall'ing. [omissis], non essendo oggetto di contestazione l'altro provvedimento di esclusione che la stazione appaltante riferisce di aver adottato.

Il primo aspetto controverso concerne la legittimità dell'esclusione del suddetto RTP concorrente – odierno controinteressato – per incompletezza della dichiarazione richiesta dall'avviso di selezione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, rilevata dal Comune di [omissis] dopo la presentazione delle offerte, ma prima del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Come riportato nella narrativa in fatto, la *lex specialis* di gara disponeva, al punto 2.1., lett. c), che i concorrenti dovessero dichiarare "che non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; ovvero sentenza di condanna passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo I, direttiva CE 2004/18". Invece, il RTP rappresentato dall'ing. [omissis] aveva reso pedissequamente solo la prima parte della dichiarazione richiesta ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera c) del D.Lgs. n. 163/2006, limitandosi a riportare, per quanto riguarda la seconda parte, il testo di legge ("è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo I, direttiva CE 2004/18") e, pertanto, è stato successivamente escluso per incompletezza della dichiarazione medesima, ai sensi della lettera

b.2) del punto 10 dell'avviso di cui trattasi.

In proposito, non è condivisibile l'assunto, sostenuto dal predetto RTP nell'istanza di riammissione alla gara presentata al Comune di [omissis], secondo cui la dichiarazione circa l'inesistenza a proprio carico di sentenze di condanna per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale sia - implicitamente - comprensiva anche dell'ulteriore dichiarazione - pure richiesta dall'avviso di selezione e dall'art. 38, comma 1, lettera c), seconda parte - relativa ai reati di frode, corruzione, riciclaggio e partecipazione ad organizzazione criminale.

Una indicazione esemplificativa sulla individuazione dei "reati che incidono sulla moralità professionale" è stata offerta da questa Autorità - con determinazione n. 56 del 13 dicembre 2000 - in sede di chiarimenti in merito ai criteri cui devono attenersi le SOA nella loro attività di attestazione della qualificazione (ai sensi degli artt. 17 e 18 del D.P.R. n. 34/2000). A tale riguardo, è stato disposto che "i reati che incidono sulla moralità professionale (articolo 17, comma 1, lettera c), del D.P.R. 34/2000) devono intendersi, concordemente con quanto indicato dal Ministero LL.PP. nella circolare 1 marzo 2000 n. 182/400/93, quelli contro la pubblica amministrazione (libro secondo, titolo II, del codice penale), l'ordine pubblico (libro secondo, titolo V, del codice penale), la fede pubblica (libro secondo, titolo VI, del codice penale), il patrimonio (libro secondo, titolo XIII, del codice penale) e, comunque, quelli relativi a fatti la cui natura e contenuto sono idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante per la inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto".

La precedente disamina consente, dunque, di individuare la ratio della causa di esclusione sancita dal legislatore nella prima parte dell'art. 38, comma 1, lettera c), nonché i caratteri differenziali rispetto alla successiva previsione del medesimo testo normativo, che elenca specificamente i reati di partecipazione ad organizzazione criminale, corruzione, frode e riciclaggio. Tali ultime fattispecie di reato, infatti, sono state recepite dalle norme nazionali interne, per espresso rinvio agli atti comunitari, e sono state collocate in un elenco tassativo di cause di esclusione che non lascia alcuno spazio di apprezzamento discrezionale alla singola amministrazione appaltante (cfr. determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010). Le altre situazioni richiamate per la possibile incidenza sulla moralità professionale, vengono, invece, in considerazione quali fattispecie non tassative, la cui rilevanza, ai fini dell'esclusione dalla gara, deve essere valutata dalla singola stazione appaltante sulla base di un'ampia serie di elementi che, nel concreto, abbiano caratterizzato la singola fattispecie e che siano suscettibili di incidere sulla fiducia contrattuale.

E' da escludersi, pertanto, almeno in linea teorica, l'equivalenza ed eventuale sovrapposibilità delle due previsioni del citato art. 38, comma 1, lett. c); diversamente opinando, si renderebbe sostanzialmente inutile la seconda parte dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006 che, come sopra chiarito, è invece frutto di recepimento, da parte del diritto nazionale, di specifiche fattispecie di reato per espresso rinvio agli atti comunitari.

Tale assunto porta, dunque, alla necessità di riconoscere la incompletezza della dichiarazione resa, nel caso di specie, dal R.T.P. rappresentato dall'Ing. [omissis]. Tuttavia, un'esauritiva analisi del caso concreto non può prescindere dalla valutazione di due ulteriori profili.

In primo luogo, occorre sottolineare l'ambiguità del bando di gara predisposto dal Comune di [omissis], che ha utilizzato l'espressione "ovvero", il cui significato esatto è quello di "o", "oppure", "o/ossia", nel diverso e improprio significato di "anche". Ciò comporta che la stazione appaltante, impiegando l'espressione "ovvero" di incerta interpretazione, ha concorso ad indurre in errore alcuni dei partecipanti e tale ambiguità è stata peraltro riconosciuta dallo stesso Comune che, in analogo, successivo, avviso di selezione ha modificato in modo più comprensibile il disposto della *lex specialis*. In secondo luogo, va altresì rimarcato che la situazione soggettiva del RTP rappresentato dall'Ing. [omissis] è caratterizzata dall'assenza di condanne per entrambe le categorie di reati indicati dal citato art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.

La comminatoria dell'esclusione dalla gara, dunque, per una irregolarità che è stata indubbiamente determinata dalla formulazione ambigua del bando di gara, appare senz'altro eccessiva e contraria ai principi specifici della materia, quale il *favor participationis*, nonché a quelli generali dell'ordinamento, come il principio di conservazione degli atti, ben potendosi sanare la suddetta irregolarità ammettendo il concorrente RTP rappresentato dall'ing. [omissis] alla c.d. integrazione documentale, che nella specie non appare lesiva della *par condicio* tra i concorrenti alla procedura di gara di cui trattasi.

Diversamente, nell'altro caso - non contestato - di concorrente alla medesima procedura di selezione erroneamente ammesso alla presentazione delle offerte, è successivamente emersa l'esistenza di una sentenza di condanna per alcuni dei reati indicati dalla normativa quale causa di esclusione. In tale circostanza, l'amministrazione ha correttamente provveduto alla correzione degli errori procedurali in cui era incorsa, annullando il provvedimento di ammissione del concorrente mancante dei requisiti sostanziali di ammissione alla gara e riconducendo, quindi, l'azione amministrativa entro i corretti canoni di legittimità.

Quanto all'ammissibilità del riesame da parte della Commissione di gara del procedimento già espletato, nelle more del provvedimento di aggiudicazione definitiva, questa Autorità in una recente pronuncia ha ritenuto, in conformità ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, *"che la commissione di gara sia titolare di un autonomo potere di autotutela decisoria, sostenendo che la stessa possa riesaminare il procedimento di gara già espletato, riaprendolo per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi, anche in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente"* (cfr.: parere n. 74 del 9 luglio 2009 e, ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360).

In ogni caso, peraltro, la stessa amministrazione appaltante dispone di tale facoltà; secondo la giurisprudenza, infatti, *"è jus receptum e condivisibile l'assunto per cui la stazione appaltante, senz'altro fino all'aggiudicazione definitiva (ma, per taluna giurisprudenza anche dopo tale momento) ben può (e, anzi, deve) rilevare eventuali errori compiuti nel corso della procedura e provvedere ad emendarli riportando il procedimento entro un alveo di rigorosa legittimità. L'unico limite che incontra questo potere-dovere di autocontrollo della legalità della propria azione è costituito dalla manifesta sproporzione tra il rilievo e l'entità del vizio riscontrato (che non deve essere solo formale e minimo) e le conseguenze pregiudizievoli sulla par condicio tra i concorrenti e sull'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa"* (TAR Campania, Napoli, Sez. I, 18 febbraio 2005, n. 1169).

Ciò premesso, occorre stabilire se, nel caso di specie, si renda o meno necessaria la rinnovazione integrale delle operazioni di gara - e precisamente della presentazione delle offerte - secondo quanto richiesto dal concorrente RTP rappresentato dall'ing. [omissis], il quale ha lamentato che l'errore in cui era incorsa la Commissione di gara non provvedendo tempestivamente alla suddetta esclusione, aveva condizionato la sua stessa offerta, in quanto, ritenendo applicabile l'esclusione automatica (ai sensi dell'allora vigente art. 124, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006), trattandosi di sei concorrenti ammessi, il concorrente medesimo aveva limitato l'entità del ribasso offerto.

In proposito si rileva che, secondo un costante orientamento giurisprudenziale (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2843) la questione della rinnovazione delle operazioni di gara in caso di esclusione di un concorrente deve essere risolta operando un bilanciamento tra il principio generale della conservazione degli atti e quelli specifici della materia. In quest'ottica il giudice amministrativo distingue tra le ipotesi in cui l'aggiudicazione avviene con criteri matematici, come nel caso di utilizzo del criterio del prezzo più basso, e quelle in cui la stessa avviene riconoscendo alla Commissione poteri valutativi discrezionali, come nel caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Nella prima ipotesi - che rileva nel caso di specie - proprio perché l'aggiudicazione avviene con un procedimento di tipo automatico che non implica valutazioni discrezionali, la giurisprudenza ritiene che non sia necessario disporre la rinnovazione integrale della procedura (con la riapertura, cioè, della stessa fase di presentazione delle offerte), ma si possa legittimamente disporre la rinnovazione solo della fase dell'esame comparativo delle offerte pervenute, ancorché già conosciute dalla Commissione. Solo nell'ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si sostiene la necessità della ripresentazione delle offerte, ponendosi in tale specifica circostanza l'effettiva esigenza di garantire la segretezza delle offerte stesse. Né può tenersi conto al riguardo che il concorrente, anziché formulare l'offerta in funzione di una seria valutazione tecnico-economica sui propri costi operativi - come sarebbe stato doveroso - per sua stessa ammissione ha formulato l'offerta in questione in funzione del numero dei concorrenti ammessi.

Peraltro, nel caso di specie, stante la non contestata esclusione del concorrente per il quale è stata accertata l'esistenza di condanne per i reati di cui all'art. 38, comma 1, lettera c) del D.Lgs. n. 163/2006, riammettendo in gara il concorrente RTP rappresentato dall'ing. [omissis] attraverso il ricorso all'integrazione documentale per le ragioni sopra evidenziate, i concorrenti ammessi alla gara risulterebbero cinque, con la conseguenza che continua comunque a trovare applicazione il meccanismo di esclusione automatica (ai sensi dell'art. 124, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006 nel testo antecedente le modifiche apportate dal c.d. terzo decreto correttivo, vigente alla data di pubblicazione dell'avviso di selezione di cui trattasi) indicato al punto 8 della lettera d'invito alla procedura negoziata, secondo il quale *"l'appalto verrà aggiudicato al concorrente che avrà formulato il ribasso che, per difetto, sarà immediatamente inferiore alla soglia di anomalia precedentemente calcolata"*.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- l'ambigua formulazione del punto 2.1., lett. c) dell'avviso di selezione, in materia di cause di esclusione, costituisca il presupposto per il legittimo esercizio, da parte della stazione appaltante, del potere di disporre l'integrazione documentale;
- i provvedimenti in autotutela relativi all'ammissione e/o all'esclusione dalla gara di concorrenti, nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, consentano la

rinnovazione della valutazione comparativa delle offerte presentate, ancorché già conosciute dalla Commissione di gara, senza necessità di una loro ripresentazione.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f. : Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 luglio 2010