

Accesso libero	Abbonamenti Standard	Abbonamenti Premium	Contatti	Abbonamenti
----------------	----------------------	---------------------	----------	-------------



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 17 giugno 2014 n. 3093 - Pres. Maruotti, Est. Amicuzzi - Artes Ingegneria s.p.a. (Avv. Bisceglia) c. Servizi Idrici Integrati Salernitani (S.I.I.S.) s.p.a. (n.c.) e Soteco s.p.a. ed altri (n.c.) - (conferma T.A.R. Campania - Salerno, Sez. I, n. 525/2011).

1. Contratti della P.A. - Gara - Esclusione - Nel caso di lacune indotte dalla stessa Amministrazione nella predisposizione degli atti di gara ed in particolare nei moduli di partecipazione - Impossibilità.

2. Contratti della P.A. - Gara - Esclusione - Di concorrente che si è attenuto alle prescrizioni della *lex specialis* - Impossibilità - Circostanza che la *lex specialis* non sia stata aggiornata - Irrilevanza - Principio di eterointegrazione - Inapplicabilità in tal caso.

3. Contratti della P.A. - Gara - Potere di soccorso istruttorio della P.A. appaltante - Distinzione tra l'attività di mera integrazione o di specificazione di dichiarazioni, già rese in sede di gara ed introduzione di elementi o fatti nuovi, successivamente alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte - Necessità - Applicabilità del soccorso istruttorio nel primo caso e non nella seconda ipotesi.

4. Contratti della P.A. - Gara - Potere di soccorso istruttorio della P.A. appaltante - Nel caso di dichiarazioni incomplete dovute al modulo predisposto dalla Stazione appaltante - Ammissibilità.

1. Nelle gare pubbliche di appalto, nessuna esclusione può essere disposta qualora risulti una lacuna formale indotta dalla stessa Amministrazione nella predisposizione degli atti di gara ed in particolare nei moduli di partecipazione; argomentando diversamente, si perverrebbe all'unico risultato, contrario alla "ratio" prima ancora che alla lettera della disciplina degli appalti, di un effettivo ed inammissibile restringimento della concorrenza, in assenza di una lesione di rilievo sostanziale (1).

2. Anche aderendo all'orientamento giurisprudenziale per il quale, qualora la stazione appaltante non inserisca nel bando gli elementi previsti come obbligatori dall'ordinamento giuridico, vi sarebbe l'integrazione automatica (analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli art. 1374 e 1339 c.c.), si deve ritenere che, se il bando di gara contenga disposizioni contrastanti con quanto normativamente previsto, non può disporsi l'esclusione dalla gara del concorrente che si sia attenuto alle previsioni del bando, pur non allegando quanto espressamente previsto dalla legge: per esigenze di certezza del diritto e di tutela della "par condicio" dei concorrenti, l'Amministrazione deve applicare le previsioni del bando (non potendo ricadere sui partecipanti gli errori dell'Amministrazione).

3. In materia di partecipazione agli appalti pubblici, deve essere mantenuta una distinzione ben netta tra l'attività di mera integrazione o di specificazione di dichiarazioni, già rese in sede di gara, rispetto alla distinta ipotesi della introduzione di elementi o fatti nuovi, successivamente alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte. La tardiva introduzione di elementi di regola non è

consentita, in quanto contraria alla fondamentale regola della "par condicio" dei concorrenti, mentre, nella prima ipotesi, l'integrazione o la specificazione non soltanto è consentita, ma va sollecitata (in applicazione del principio di leale collaborazione codificato all'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006), in modo da rendere conforme l'offerta, anche in relazione al materiale documentale di corredo, a quanto richiesto dalla "lex specialis" di gara.

4. Nel caso in cui le dichiarazioni rese dai partecipanti ad una gara di appalto, che hanno fatto uso del modello predisposto dalla stazione appaltante, siano solo incomplete per non essere aggiornate a quanto disposto dalla intervenuta novella legislativa, ma non originariamente omesse, sia perché conformi alle previsioni e alla modulistica di gara, sia perché recanti l'affermazione della insussistenza delle circostanze escludenti di cui all'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, deve farsi luogo al soccorso istruttorio previsto dall'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, consentendo alle imprese di integrare le dichiarazioni; tale integrazione non potrebbe neppure ritenersi violativa della "par condicio", poiché tale principio deve ragionevolmente accordarsi e temperarsi con quello, superiore e avente valenza sostanziale, che impone la massima partecipazione di tutti i soggetti che effettivamente abbiano i requisiti necessari, senza particolari formalismi.

(1) In applicazione del principio nella specie è stato ritenuto che, poichè la maggior parte dei concorrenti aveva puntualmente seguito le indicazioni fornite dalla stazione appaltante nella "lex specialis" e nella modulistica ufficiale, nei loro confronti dovevano prevalere i principi del "favor participationis" e di tutela dell'affidamento: la stazione appaltante non poteva quindi escludere dalla gara i concorrenti che avessero compilato l'offerta in conformità alle previsioni della legge di gara o al "fac simile" di offerta approntato dalla stazione appaltante, nonostante che il bando e la relativa modulistica non fossero stati aggiornati alla legislazione vigente alla data di loro redazione.

Documenti correlati:

CONSIGLIO DI STATO SEZ. III, sentenza 4-3-2014, pag. http://www.lexitalia.it/p/14/cds_2014-03-04-5.htm (sul potere di soccorso istruttorio delle Stazioni appaltanti e sul correlativo "divieto di caccia all'errore" nelle gare di appalto, sull'impossibilità di escludere le imprese per mancata specificazione dei costi di sicurezza ove si tratti di appalti diversi da quelli di lavori pubblici e comunque ciò sia dipeso dal fatto che il modulo predisposto dalla P.A. non prevedeva tale specificazione).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. III, sentenza 14-1-2013, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/cds_2013-01-14.htm (sulla possibilità o meno di escludere le offerte compilate utilizzando il modulo predisposto dalla stazione appaltante).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. III, sentenza 30-1-2012, pag. http://www.lexitalia.it/p/12/cds_2012-01-30-1.htm (sulle conseguenze che si producono nel caso di omissione di una dichiarazione prescritta dalla lex specialis dipesa da una lacuna del modulo predisposto dalla stazione appaltante).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, ordinanza 24-11-2010, pag. http://www.lexitalia.it/p/10/cds5_2010-11-240.htm (sulla legittimità o meno dell'esclusione di una offerta che è difforme dal disciplinare di gara, nonostante che essa sia stata formulata compilando pedissequamente il modulo predisposto dalla P.A. appaltante).

CGA - SEZ. GIURISDIZIONALE, sentenza 11-2-2005, pag.

http://www.lexitalia.it/p/51/cga_2005-02-11-5.htm (sulla possibilità di ammettere la integrazione documentale nel caso di clausole del bando equivoche e la regolarizzazione di una dichiarazione resa sbarrando il modulo predisposto dalla P.A. appaltante).

TAR LAZIO - ROMA SEZ. II BIS, sentenza 7-4-2014, pag. http://www.lexitalia.it/p/14/tarlaziorm_2014-04-07.htm (sulla necessità o meno di escludere da una gara di appalto una ditta che ha omesso l'indicazione degli oneri per la sicurezza, nel caso in cui il modulo predisposto dalla Stazione appaltante non preveda tale indicazione e la "lex specialis" della gara preveda comunque la facoltà di chiedere ai soggetti partecipanti alla gara di fornire ogni notizia utile a chiarire i contenuti dell'offerta).

TAR PUGLIA - BARI SEZ. II, sentenza 27-3-2014, pag. http://www.lexitalia.it/p/14/tarpugliaba_2014-03-27-1.htm (sulla necessità o meno di indicare già in sede di gara il nominativo dell'impresa alla quale saranno affidati i lavori in subappalto e sulla legittimità o meno dell'esclusione dalla gara per mancata indicazione nell'offerta degli oneri della sicurezza da rischio specifico od aziendale, ove nè la lex specialis nè il modulo predisposto dalla P.A. appaltante prevedano tale indicazione).

TAR UMBRIA - PERUGIA SEZ. I, sentenza 1-4-2011, pag. http://www.lexitalia.it/p/11/tarumbria1_2011-04-01.htm (sull'impossibilità di disporre l'esclusione dalla gara nel caso di omessa dichiarazione ex art. 38 codice dei contratti ove sussista in concreto il requisito richiesto ed in ogni caso ove l'omessa dichiarazione dipenda da una lacuna del modulo predisposto dalla P.A.; afferma anche che non è autonomamente impugnabile il silenzio serbato dalla P.A. sul cd. preavviso di ricorso).

TAR TOSCANA - FIRENZE SEZ. I, sentenza 3-2-2010, pag. http://www.lexitalia.it/p/10/tartoscana1_2010-02-03.htm (sulla possibilità o meno di attribuire valore integrativo del bando e delle condizioni da esso previste ai moduli od agli schemi di domanda predisposti dalla P.A. appaltante).

N. 03093/2014

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 5527 del 2011, proposto da Artes Ingegneria s.p.a. (capogruppo madataria) e Futura Sele Soc. Coop. (mandante), in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Roberto Maria Bisceglia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carmela Esposito, in Roma, viale Isacco Newton, n. 34;

contro

Servizi Idrici Integrati Salernitani (S.I.I.S.) s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita nel giudizio di secondo grado;

nei confronti di

Soteco s.p.a., Aqua Italia s.r.l., Impec Costruzioni s.p.a., Centro Meridionale Chimico s.n.c., Tralice Costruzioni s.r.l., Edil Sud di D'Auria A.& Co s.a.s., Idrotecnica s.r.l., I.D.I. s.r.l., Ecolsud di Ing. Battaglia, Agema s.r.l., Castaldo Costruzioni s.r.l., Millenium Costruzioni s.r.l., Idroeco s.r.l., Manutambiente soc.coop., Ecochimica Stingo s.r.l., Aqua Consult S.r.l., Rv Tekno Ss.r.l., R.A.I.T. s.r.l., Cogei s.r.l., Idrobioimpianti (Ibi) s.p.a., Di Maio Geom. F. (capogruppo mandataria dell'A.T.I. con Tecnobuilding), Lavori Generali Contestabile s.r.l., Melfi s.r.l., Gima Industria s.r.l., S.A.Ge.I. s.r.l., Tecno Ambiente di Castaldo Luigi, Idrosud s.n.c. dei F.lli De Riggi &C. s.n.c., Società Italiana Lavori e Costruzioni Edili Idrauliche (S.I.L.C.E.I.), Società Impiantistica Generale (S.I.Ge. s.r.l.), Ecoimpianti Service s.a.s. di Onorato Gioacchino e C., Geco s.r.l., Comfort Eco s.r.l., Depur Casa di Siciliano Pasquale, Costruzioni Coraggio s.r.l. (capogruppo mandataria dell'A.T.I. con Techmar s.a.s.), Edildepur S.r.l., Ritonnaro Costruzioni s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, e Cupolo Francesco, tutti non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania - Sezione Staccata di Salerno, Sezione I, n. 525/2011, resa tra le parti;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Vista la memoria prodotta dalla parte appellante a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 febbraio 2014 il Cons. Antonio Amicuzzi e udito per la parte appellante l'avvocato Colagrande, su delega dell'avv. Roberto Maria Bisceglia;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- La Servizi Idrici Integrati Salernitani s.p.a. ha indetto, con bando del 16 gennaio 2008, una gara, da espletare col criterio del prezzo più basso a norma dell'art. 82, comma 2, lettera a) del d.lgs. n. 163 del 2006, per l'affidamento dei lavori di adeguamento della rete fognaria e dell'impianto di depurazione del Comune di Oliveto Citra, che è stata aggiudicata alla Soteco s.p.a..

2.- Con il ricorso 875 del 2008, proposto al T.A.R. Campania, Sezione di Salerno, la Artes Ingegneria s.p.a. e la Futura Seles soc. coop., in costituenda A.T.I. con capogruppo la prima, che avevano partecipato a detta gara, hanno impugnato gli atti con i quali la Servizi Idrici Integrati Salernitani s.p.a. ha ammesso la maggior parte degli aspiranti all'affidamento di detto appalto pur in assenza di dichiarazioni, previste dalle lettere m) e m bis) dell'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, come modificato dal d. lgs. 31 luglio 2007, n. 113, ed ha aggiudicato la gara alla Soteco s.p.a.; inoltre esse hanno impugnato il disciplinare, il modello A) ed il contratto, se stipulato; successivamente, con motivi aggiunti, le suddette società hanno anche chiesto il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno.

3.- L'adito T.A.R. ha respinto il gravame con la sentenza in epigrafe indicata, sostanzialmente perché:

a) il disciplinare non indicava tra le cause di esclusione delle quali doveva essere dichiarata l'assenza quella della insussistenza dei provvedimenti interdittivi di cui alle lettere m) e m bis) dell'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006;

- b) neppure il modello A) predisposto dalla stazione appaltante non conteneva detta dichiarazione;
- c) sussisteva la buona fede dell'Amministrazione e delle parti, in considerazione della recente entrata in vigore delle modifiche alla lettera m) dell'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 con possibilità di applicazione del soccorso istruttorio;
- d) detto modello di dichiarazione faceva richiamo alle cause di esclusione previste in generale dall'art. 38 comma 1, con soddisfazione dell'onere dichiarativo prescritto.

4.- Con il ricorso in appello in esame le citate società hanno chiesto l'annullamento o la riforma di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

- a) presupposto erroneo, motivazione erronea e insufficiente, erronea interpretazione e travisamento dei fatti: violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 e ss.mm.ii.; violazione del bando di gara e della "par condicio" dei concorrenti, eccesso di potere.

Il primo giudice ha sostenuto che la normativa di gara non era stata violata perché il disciplinare non prevedeva come oggetto di dichiarazione da parte degli aspiranti anche l'assenza dei provvedimenti sanzionatori indicati dalla parte ricorrente, ma non avrebbe considerato né che nella normativa di gara era compreso anche il bando, del quale era stata dedotta la violazione, dal momento che all'art. 22 prevedeva il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 (con necessità di rendere anche le dichiarazioni di cui alle lettere m) ed m bis) introdotte da detto d.lgs. n. 113 del 2007 sei mesi prima della pubblicazione del bando di gara), né che il disciplinare era stato impugnato in parte qua.

Erroneamente il T.A.R. avrebbe ritenuto sussistenti i presupposti per salvaguardare la buona fede e l'affidamento dei partecipanti e dell'Amministrazione, in quanto il d. lgs. n. 113 del 2007, che ha introdotto l'obbligo delle ulteriori dichiarazioni in questione, era entrato in vigore sei mesi prima della emanazione del bando.

- b) presupposto erroneo, motivazione erronea ed insufficiente, erronea interpretazione e travisamento dei fatti, violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 e ss.mm.ii., violazione del bando di gara e della "par condicio" dei concorrenti; eccesso di potere sotto ulteriore profilo.

Poiché il bando richiamava l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del /2006, che prevede la attestazione del possesso dei requisiti ivi indicati mediante dichiarazione sostitutiva, i candidati avrebbero dovuto rendere la dichiarazione come voluta dal testo normativo disciplinante la gara; in mancanza sarebbero dovuti essere esclusi;

- c) presupposto erroneo, motivazione erronea ed insufficiente, erronea interpretazione e travisamento dei fatti, violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 e ss.mm.ii, violazione del bando di gara e della "par condicio" dei concorrenti; eccesso di potere sotto ulteriore profilo.

Contrariamente a quanto sostenuto dal T.A.R. erano inapplicabili alla fattispecie le disposizioni di cui all'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006.

La tesi formulata dal primo giudice, secondo cui il complessivo richiamo all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 era sufficiente ad escludere la sanzione espulsiva, sarebbe smentita dal bando di gara.

E' stata reiterata l'istanza di risarcimento danni formulata con i motivi aggiunti in primo grado e non esaminata in sentenza, stante la reiezione del ricorso.

5.- Con memoria depositata il 24.1.2014 parte appellante ha ribadito le proprie tesi ed ha insistito nelle già formulate richieste.

6.- Alla pubblica udienza dell'11 febbraio 2014, il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione

alla presenza dell'avvocato delle parti ricorrenti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

7.- Con il primo motivo di appello è stato dedotto che il T.A.R. avrebbe erroneamente sostenuto che - poiché il punto 5, lettera b.4, del disciplinare prevedeva l'esclusione dalla gara in mancanza o carenza delle dichiarazioni richieste, così individuando le sole dichiarazioni previste dalla normativa di gara - questa non era stata violata, dal momento che non prevedeva come oggetto di dichiarazione da parte degli aspiranti anche l'assenza dei provvedimenti sanzionatori indicati dalla parte ricorrente.

Ad avviso delle appellanti, non sarebbe stato considerato che nella normativa di gara era compreso anche il bando, del quale era stata dedotta la violazione, dal momento che l'art. 22 prevedeva il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 (con necessità di rendere anche le dichiarazioni di cui alle lettere m) ed m bis), introdotte da detto d.lgs. n. 113/2007 sei mesi prima della pubblicazione del bando di gara), e che il disciplinare era stato impugnato nella parte in cui, all'art. 2.1., illegittimamente non prevedeva quelle indicate in dette lettere, come introdotte dal d. lgs. n. 113 del 2007, tra le dichiarazioni da rendere da parte dei concorrenti.

La circostanza che tale punto del disciplinare non elencasse anche le dichiarazioni previste dalle medesime lettere sarebbe stata quindi influente (tenuto conto della previsione nel bando della necessità di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006), stante la sua dedotta illegittimità sul punto.

Erroneamente il primo giudice avrebbe ritenuto sussistenti i presupposti per salvaguardare la buona fede e l'affidamento dei partecipanti e dell'Amministrazione in relazione alla recente entrata in vigore, rispetto alla pubblicazione del bando, del d. lgs. n. 113 del 2007, che ha introdotto l'obbligo delle ulteriori dichiarazioni in questione, non potendo esimere dalla responsabilità l'Amministrazione il fatto che il d.lgs. era entrato in vigore sei mesi prima della emanazione del bando e il principio secondo cui la ignoranza della legge non scusa.

Con il secondo motivo di gravame è stato precisato che, poiché il bando richiamava l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, il cui comma 2 prevede la attestazione del possesso dei requisiti ivi indicati mediante dichiarazione sostitutiva, i candidati avrebbero dovuto rendere la dichiarazione come richiesta dal testo normativo disciplinante la gara; in mancanza essi sarebbero dovuti essere esclusi, come imposto dall'art. 5 del disciplinare in caso di presentazione di dichiarazioni incomplete ovvero mancanti di dichiarazioni.

7.1.- Osserva in proposito la Sezione che è indubbio che il bando di gara avrebbe dovuto tenere conto delle modifiche legislative introdotte con il d.lgs. n. 113 del 2007, entrato in vigore circa sei mesi prima della indizione della gara in questione.

Tuttavia il ricorso introduttivo del giudizio era volto non all'integrale annullamento della gara per non essere state previste - dal disciplinare e dal modello "A" predisposto dalla stazione appaltante - le dichiarazioni di cui alle lettere m) e m bis) come introdotte dal d.lgs. n. 113 del 2007, ma all'annullamento della avvenuta aggiudicazione, previa declaratoria di illegittimità del disciplinare e del modello di partecipazione che non si erano adeguati alle novità introdotte dal d. lgs., sostanzialmente censurando il comportamento della Commissione di gara che non aveva disposto l'esclusione dei concorrenti che, nel redigere le rispettive domande di partecipazione, avevano fatto riferimento al disciplinare di gara nel suo tenore letterale, senza integrarne i precetti, laddove non prevedeva le dichiarazioni di cui alle lettere m) e m bis) come introdotte dal d.lgs. n. 113/2007, nonché avevano fatto uso del modello predisposto dalla stazione appaltante, presentando dichiarazioni non conformi a quanto previsto dalla novella legislativa.

Tanto premesso, ritiene il Collegio che la Commissione di gara, nonostante il mancato adeguamento del disciplinare e del modello di presentazione delle domande alle intervenute

modifiche legislative, abbia correttamente interpretato la concreta normativa di gara, non escludendo i concorrenti che non avevano integrato le dichiarazioni (effettuate secondo quanto previsto dalla "lex specialis") in base al testo dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, nel testo vigente al momento di indizione della gara.

Con riguardo alla posizione dei partecipanti alla gara (che, all'atto della presentazione delle domande, erano tenuti ad applicare le clausole contenute nella "lex specialis", che all'art. 22 prevedeva il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, mentre il disciplinare, al punto 2.1., come pure il modello predisposto dalla s.a., non prevedevano tra le dichiarazioni da produrre anche quelle di cui a dette lettere, come introdotte dal d. lgs. n. 113 del 2007), va rilevato che le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti imponevano di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, delle quali era preclusa qualsiasi esegesi non giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato.

Va infatti osservato che deve reputarsi preferibile, a tutela dell'affidamento dei destinatari e dei canoni di trasparenza e di "par condicio", la interpretazione letterale delle previsioni contenute nella legge di gara, evitando che in sede interpretativa si possano integrare le regole di gara, palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale (Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5692).

Comunque, la maggior parte dei concorrente aveva puntualmente seguito le indicazioni fornite dalla stazione appaltante nella "lex specialis" e nella modulistica ufficiale: nei loro confronti dovevano prevalere i principi del "favor participationis" e di tutela dell'affidamento: la stazione appaltante non può escludere dalla gara i concorrenti che abbiano compilato l'offerta in conformità alle previsioni della legge di gara o al "fac simile" di offerta approntato dalla stazione appaltante.

In buona sostanza, nessuna esclusione può essere disposta qualora risulti una lacuna formale indotta dalla stessa amministrazione nella predisposizione degli atti di gara e che, qualora fosse accompagnata da un'applicazione formalistica della normativa, avrebbe l'unico risultato, contrario alla "ratio" prima ancora che alla lettera della disciplina degli appalti, di un effettivo ed inammissibile restringimento della concorrenza, in assenza di una lesione di rilievo sostanziale.

Quindi, anche se il bando richiamava l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, il cui comma 2 prevede la attestazione del possesso dei requisiti ivi indicati mediante una dichiarazione sostitutiva, non potevano quindi essere esclusi, come previsto dall'art. 5 del disciplinare in caso di presentazione di dichiarazioni incomplete ovvero mancanti di dichiarazioni, i concorrenti che, seguendo le indicazioni contenute nel disciplinare e nel modello predisposto dalla stazione appaltante, non avevano attestato anche il possesso dei requisiti di cui alle lettere m) e m bis come introdotte dal d. lgs. n. 113 del 2007.

Va inoltre rilevato che, per un significativo orientamento giurisprudenziale, nelle gare d'appalto di cui al Codice n. 163 del 2006, non è applicabile il principio dell'inserzione automatica di clausole imposte dalla legge (cioè dell'eterointegrazione negoziale di cui all'art. 1339 c.c.): essa si basa sull'esigenza, inconfigurabile nella fase procedimentale di scelta del contraente della Pubblica amministrazione, di prevedere un meccanismo che consenta l'applicazione ai contratti già stipulati delle norme inderogabili che impongono il contenuto delle obbligazioni e dei diritti nascenti dall'accordo e la contestuale conservazione della validità e dell'efficacia di quest'ultimo (Consiglio di Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364).

Comunque, anche aderendo all'orientamento giurisprudenziale per il quale, qualora la stazione appaltante non inserisca nel bando gli elementi previsti come obbligatori dall'ordinamento giuridico, vi sarebbe l'integrazione automatica (analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli art. 1374 e 1339 c.c.), si deve ritenere che, se il bando di gara contiene disposizioni contrastanti con quanto normativamente previsto, non può disporsi l'esclusione dalla gara del

concorrente che si sia attenuto alle previsioni del bando, pur non allegando quanto espressamente previsto dalla legge: per esigenze di certezza del diritto e di tutela della "par condicio" dei concorrenti, l'Amministrazione deve applicare le previsioni del bando (non potendo ricadere sui partecipanti gli errori dell'Amministrazione).

Ciò comporta che vanno condivise le statuizioni del T.A.R. (secondo cui le dichiarazioni erano comunque suscettibili di integrazione, nel corso del procedimento), sicché le censure in esame vanno respinte.

8.- Con il terzo motivo di appello hanno affermato le parti ricorrenti che, contrariamente a quanto sostenuto dal T.A.R., non sarebbero state applicabili alla fattispecie le disposizioni di cui all'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006, non trattandosi di mere integrazioni a specificazione di contenuti già esistenti nella norma primaria, atteso che trattavasi di norma del medesimo rango, e comunque di ulteriori e diverse cause impeditive alla contrattazione con la P.A., da dichiarare a pena di esclusione, pena la violazione della "par condicio" dei concorrenti.

8.1.- Va considerato in proposito dal Collegio che, in materia di partecipazione agli appalti pubblici, deve essere mantenuta una distinzione ben netta tra l'attività di mera integrazione o di specificazione di dichiarazioni, già rese in sede di gara, rispetto alla distinta ipotesi della introduzione di elementi o fatti nuovi, successivamente alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

La tardiva introduzione di elementi non è consentita, in quanto contraria alla fondamentale regola della "par condicio" dei concorrenti, mentre, nella prima ipotesi, l'integrazione o la specificazione non soltanto è consentita, ma va sollecitata (in applicazione del principio di leale collaborazione codificato all'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006), in modo da rendere conforme l'offerta, anche in relazione al materiale documentale di corredo, a quanto richiesto dalla "lex specialis" di gara.

In sostanza tale disposizione consente di integrare dichiarazioni incomplete o formalmente carenti, ma non di rendere "ex post" dichiarazioni originariamente omesse.

Nel caso in esame il primo giudice ha condivisibilmente affermato che - trattandosi di integrazioni a norma primaria richiedenti l'ulteriore specificazione del contenuto della dichiarazione concernente il medesimo punto contemplato nella previgente normativa applicata dalla normativa di gara - le dichiarazioni dei partecipanti erano da ritenersi suscettibili di completamento in base al sopra richiamato art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006.

Le dichiarazioni rese dai concorrenti che hanno fatto uso del modello predisposto dalla stazione appaltante erano infatti solo incomplete per non essere aggiornate a quanto disposto dalla intervenuta novella legislativa, ma non originariamente omesse, sia perché conformi alle previsioni e alla modulistica di gara, sia perché recanti l'affermazione della insussistenza delle circostanze escludenti di cui all'art. 38, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, quindi di tutte quelle ivi indicate, comprese quelle introdotte dal d. lgs. n. 113 del 2007.

Una tale integrazione non potrebbe neppure ritenersi violativa della "par condicio", poiché tale principio deve ragionevolmente accordarsi e temperarsi con quello, superiore e avente valenza sostanziale, che impone la massima partecipazione di tutti i soggetti che effettivamente abbiano i requisiti necessari, senza particolari formalismi.

In proposito è stato invero puntualizzato dal Consiglio di Stato, ad. plen. del 25 febbraio 2014, n. 9, che nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 si sostanzia nel dovere della stazione appaltante di consentire la regolarizzazione di certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di farli completare, ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi e fornire interpretazioni di clausole ambigue nel

rispetto della "par condicio" dei concorrenti.

In conclusione, vanno respinte le censure dedotte, essendo possibile nel caso di specie integrare le incomplete dichiarazioni già effettuate dai concorrenti.

9.- Con il terzo motivo di appello è stato ulteriormente dedotto (quanto alla osservazione del T.A.R. secondo cui il complessivo richiamo all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 era sufficiente ad escludere la sanzione espulsiva dalla procedura concorsuale) che essa sarebbe smentita dalle previsioni del bando di gara, che aveva espressamente previsto che fossero rese le dichiarazioni di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, con dichiarazioni (imposte per esigenze di semplificazione e di speditezza e con previsione di idonei controlli e della verifica dell'effettivo possesso da parte delle stazioni appaltanti) indispensabili ed ineludibili per attestare la serietà e la veridicità delle dichiarazioni, la cui falsità comporta, oltre alle altre sanzioni, la esclusione dalla partecipazione a tutte le successive gare e che avrebbero quindi dovuto essere obbligatoriamente rese.

9.1.- Ebbene, con riguardo alle modalità di dichiarazione del possesso dei requisiti generali di partecipazione di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, osserva la Sezione che è imposto al concorrente solo l'obbligo di produrre una dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000 (v. art. 38, comma 2), senza particolari formalità espressive e senza pretendere che questa debba elencare necessariamente le singole lettere ed, in negativo, le previsioni ivi contenute. Neanche il regolamento attuativo del Codice prevede specifiche formalità al riguardo.

Può quindi ritenersi sufficiente per l'ammissione alla gara - come condivisibilmente ritenuto dal giudice di primo grado -, ad integrazione di dichiarazioni non formulate perché conformi al modello predisposto dalla stazione appaltante, anche la dichiarazione formulata in termini generali attestante l'insussistenza dei motivi ostativi di cui al comma 1 dell'art. 38 del Codice degli appalti, posto che il successivo art. 46 non esclude che il requisito possa essere soddisfatto mediante il richiamo alla norma in generale.

Nel caso di specie il modello A) predisposto dalla stazione appaltante, al punto 2), testualmente prevedeva la presentazione di una dichiarazione attestante, "ai sensi dell'articolo 38, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 163 del 2006, l'inesistenza delle cause di esclusione dalla partecipazione alle procedura di affidamento degli appalti pubblici e, in particolare, m) che non è stata applicata alcuna sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo n. 231 del 2001 n. 231 (sic) o altra sanzione che comporta il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione".

Le dichiarazioni effettuate mediante la compilazione del modello contenevano quindi anche quella della inesistenza di tutte le cause di esclusione di cui al comma 1 dell'art. 38, sicché deve ritenersi che fosse stata così integrata la carenza di specificazione della inesistenza anche delle cause di esclusione di cui al d. lgs. n. 113 del 2007.

Peraltro, la mancata specificazione dell'assenza delle dichiarazioni di cui alle lettere m) e m bis) (previste dal citato art. 38 nella nuova versione successiva alla entrata in vigore del d. lgs. n. 113 del 2007, richiamato anche nella sua globalità) ha comportato al più un'ambiguità della dichiarazione, e non la sua mancanza.

Sarebbe stato quindi possibile disporre il 'soccorso istruttorio' e comunque applicare i principi di proporzionalità e del "favor participationis", secondo i quali il pur necessario formalismo nello svolgimento delle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici non può giungere fino all'esclusione dal confronto di quanti abbiano presentato dichiarazioni complete, ma non del tutto univoche (Consiglio di Stato, sez. VI, 15 novembre 2011, n. 6031; sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038 e 6 settembre 2007, n. 4674).

Il motivo in esame va quindi respinto.

10.- Quanto alla reiterata richiesta di risarcimento danni, va rilevato che all'infondatezza dei motivi di gravame non può che conseguire l'inaccoglibilità della relativa domanda, perché non è stato dimostrato il nesso di causalità tra i danni dei quali è chiesto il ristoro e l'attività dell'Amministrazione e non potendo essere considerata ingiusta o illecita la condotta da essa tenuta in esecuzione di provvedimenti riconosciuti legittimi (Consiglio Stato, sez. V, 14 febbraio 2011, n. 965).

11.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la sentenza di primo grado .

12.- Nulla per le spese di giudizio del secondo grado, non essendosi costituite le parti appellate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo respinge l'appello n. 5527 del 2011.

Nulla per le spese del secondo grado del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Fulvio Rocco, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 17/06/2014.



*** Inizio pagina**