

L'art. 46 del D. Lgs. 12.04.2006 n. 163 dispone che, 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 dich

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Soggetti ammessi a partecipare - applicazione art. 46 del codice dei contratti_ esclusione sproporzionata se possibile integrazione di documenti già presentati - esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma - Referenza bancarie con diverso intestatario - mero errore materiale dipeso dalle trasformazioni che la società aveva subito dopo la sua costituzione_ mutamento forma societaria - annullata l'esclusione

Tali considerazioni inducono il collegio a ritenere fondata la censura di violazione di legge formulata dalla ricorrente con riferimento all'art. 46 del Codice dei Contratti.

L'accoglimento del ricorso implica la riammissione della ricorrente al prosieguo della procedura di gara, nell'ambito della quale l'amministrazione dovrà consentire - e pretendere, nel contempo - che la concorrente chiarisca le incongruenze rilevate, nel caso integrando il contenuto della documentazione già prodotta

L'art. 46 del D. Lgs. 12.04.2006 n. 163 dispone che, 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.

E' stato osservato che la norma ha il delicato compito di contemperare principi talvolta in antitesi come quello del favor participationis e quello della par condicio fra i concorrenti. Per tale ragione, nell'interpretare tale disposizione, il punto di equilibrio deve essere trovato nella distinzione fra il concetto di regolarizzazione (sempre possibile) e quello di integrazione documentale (non ammissibile, costituendo un'attività che si risolverebbe in una lesione della parità di trattamento fra i partecipanti): cfr. TAR Sardegna, sez. I, 09.10.2009, n. 1537.

In particolare, è stato affermato che il rimedio della regolarizzazione documentale di cui all'art. 46 del Codice dei Contratti non si applica al caso in cui l'impresa concorrente abbia integralmente omesso la produzione documentale prevista dall'art. 38 dello stesso Codice (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 08 settembre 2010, n. 32141; TAR Campania Napoli, sez. I, 09 giugno 2009, n. 3176).

Viceversa, qualora la documentazione prodotta da un concorrente ad una pubblica gara sia presente, ma carente di taluni elementi formali, di guisa che sussista un indizio del possesso del requisito richiesto, l'Amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla procedura, ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare e 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 (TAR Piemonte, sez. I, 30 marzo 2009, n. 837).

In sostanza, l'art. 46 del Codice dei Contratti codifica uno strumento inteso a far valere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma (o sul formalismo), onde non sacrificare per carenze meramente formali l'esigenza della più ampia partecipazione alla procedura concorsuale e l'interesse pubblico alla individuazione del miglior contraente.

Trasponendo tali principi alla fattispecie in esame, il collegio osserva che nel caso di specie la stazione appaltante non ha ritenuto di avvalersi dei poteri previsti dalla norma citata; eppure la ricorrente aveva effettivamente prodotto in sede di gara le due referenze bancarie richieste dalla lex specialis a dimostrazione del requisito di capacità economico-finanziaria; e se è vero che le stesse presentavano talune incongruenze formali, è anche vero, però, che la semplice circostanza che entrambi i documenti

fossero indirizzati alla stazione appaltante (“***** s.p.a....”) costituiva quanto meno un indizio, se non proprio un principio di prova, circa la veridicità delle due attestazioni e la loro riferibilità all’odierna ricorrente; nè risulta agli atti che l’amministrazione abbia accertato che le stesse si riferivano, in realtà, a diversa concorrente o a pregressa procedura concorsuale.

In tale contesto, se già l’esclusione immediata dalla gara appariva sanzione davvero sproporzionata a fronte delle mere irregolarità formali riscontrate nella documentazione prodotta dalla concorrente, ancora meno giustificabile è stata la conferma di tale esclusione ed il rifiuto della stazione appaltante di procedere ad una verifica istruttoria pur dopo le ragionevoli giustificazioni fornite, nell’immediato, dall’interessata: giustificazioni che avrebbero dovuto quanto meno indurre la stazione appaltante a fare uso dei poteri di soccorso istruttorio previsti dal citato articolo 46.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 127 del 4 febbraio 2011 pronunciata dal Tar Piemonte, Torino

N. 00127/2011 REG.PROV.COLL.

N. 00961/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 961 del 2010, proposto da***

contro***

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento dell'appalto di servizi di pulizia dei fabbricati
***, comunicato alla ricorrente in data 5 luglio 2010 con lettera prot. 08470.10;

del disciplinare di gara, punto VI, nella parte in cui consente alla commissione di gara di escludere i
concorrenti la cui documentazione risulti incompleta o inesatta rispetto a quanto richiesto dal bando e dal
Disciplinare di gara;

del diniego opposto dalla Sitaf all'istanza di riammissione alla gara presentata dalla RICORRENTE *** il
15.7.2010 e comunicato con raccomandata prot. n. 9238.10 del 23.7.2010, pervenuta il 31.7.2010.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sitaf - Societa' Italiana Traforo Autostradale del Frejus - S.p.A;

Vista la memoria difensiva di Sitaf s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2011 il dott. ***** e uditi l'avv. ***** per la parte ricorrente e l'avv. ***** per l'amministrazione resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ***** s.p.a. ha bandito una gara, nel maggio 2010, per l'affidamento triennale dei servizi di pulizia all'interno degli stabili SITAF e di alcune società controllate.
2. Il disciplinare di gara ha previsto, tra l'altro, a pena di esclusione, l'obbligo dei concorrenti di inserire nella busta n. 1 "idonee referenze bancarie da parte di almeno due istituti di credito".

3. Alla gara ha chiesto di partecipare anche la società RICORRENTE Professional s.p.a., ma vi è stata esclusa, con provvedimento del 05.07.2010, a causa di alcune “difformità” riscontrate dalla commissione giudicatrice nelle referenze bancarie allegate alla domanda.

In particolare, delle due referenze bancarie prodotte dall’interessata:

- una risultava prestata in favore di società avente denominazione e sede diverse da quelle della concorrente (“ALFA Professional s.p.a., con sede in Genova - via ***** 20”, anziché “RICORRENTE professional s.p.a. con sede in Genova - via ***** 18”);

- l’altra risultava priva di data.

4. Con nota del 15 luglio 2010, la concorrente ha contestato la propria esclusione rilevando come nessuna disposizione di gara e di legge prevedesse che la mera incompletezza delle referenze bancarie potesse comportare l’esclusione dalla procedura concorsuale; che nel caso di specie si era trattato di un mero errore materiale dipeso dalle trasformazioni che la società aveva subito dopo la sua costituzione e per effetto delle quali essa aveva mutato sia la forma societaria (da società in accomandita semplice a società a responsabilità limitata e poi a società per azioni), sia la denominazione (da ALFA Ambiente s.r.l. a RICORRENTE professional s.p.a.), sia infine la sede sociale (da Genova-via Felice Romani 20 a Genova-via Francesco Rolla 18/A): tutte circostanze facilmente accertabili mediante una semplice visura “storica” camerale.

6. Ciò nondimeno la stazione appaltante, con nota del 23.07.2010, confermava l’esclusione della concorrente.

7. Con ricorso ritualmente proposto, l’interessata impugnava dinanzi a questo Tribunale i provvedimenti

indicati in epigrafe e ne invocava l'annullamento sulla base di due articolati motivi, con i quali lamentava, in sostanza, che l'amministrazione avesse disposto l'esclusione della concorrente a causa di semplici errori materiali, sanabili attraverso l'esercizio dei poteri previsti dall'art. 46 del Codice dei Contratti. In via cautelare, chiedeva l'ammissione con riserva al prosieguo della procedura di gara.

8. Si costituiva SITAF s.p.a. resistendo al gravame con articolate difese.

9. Con ordinanza n. 640/10 del 10.09.2010, la Sezione accoglieva l'istanza cautelare e per l'effetto disponeva la riammissione della ricorrente al prosieguo della procedura di gara, con riserva dell'esito del giudizio.

10. All'udienza pubblica del 27 gennaio 2011, i difensori delle parti davano atto che all'esito dell'esame delle offerte tecniche ed economiche, la ricorrente era risultata collocata al primo posto in graduatoria e che, allo stato, era in corso il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta aggiudicataria. Chiedevano che la causa fosse decisa.

Il collegio tratteneva la causa per la decisione.

11. Ciò posto, il collegio osserva che il ricorso è fondato e va accolto.

11.1 L'art. 46 del D. Lgs. 12.04.2006 n. 163 dispone che, 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.

E' stato osservato che la norma ha il delicato compito di contemperare principi talvolta in antitesi come

quello del favor participationis e quello della par condicio fra i concorrenti. Per tale ragione, nell'interpretare tale disposizione, il punto di equilibrio deve essere trovato nella distinzione fra il concetto di regolarizzazione (sempre possibile) e quello di integrazione documentale (non ammissibile, costituendo un'attività che si risolverebbe in una lesione della parità di trattamento fra i partecipanti): cfr. TAR Sardegna, sez. I, 09.10.2009, n. 1537.

In particolare, è stato affermato che il rimedio della regolarizzazione documentale di cui all'art. 46 del Codice dei Contratti non si applica al caso in cui l'impresa concorrente abbia integralmente omesso la produzione documentale prevista dall'art. 38 dello stesso Codice (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 08 settembre 2010, n. 32141; TAR Campania Napoli, sez. I, 09 giugno 2009, n. 3176). Viceversa, qualora la documentazione prodotta da un concorrente ad una pubblica gara sia presente, ma carente di taluni elementi formali, di guisa che sussista un indizio del possesso del requisito richiesto, l'Amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla procedura, ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare e 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 (TAR Piemonte, sez. I, 30 marzo 2009, n. 837).

In sostanza, l'art. 46 del Codice dei Contratti codifica uno strumento inteso a far valere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma (o sul formalismo), onde non sacrificare per carenze meramente formali l'esigenza della più ampia partecipazione alla procedura concorsuale e l'interesse pubblico alla individuazione del miglior contraente.

11.2 Trasponendo tali principi alla fattispecie in esame, il collegio osserva che nel caso di specie la stazione appaltante non ha ritenuto di avvalersi dei poteri previsti dalla norma citata; eppure la ricorrente aveva effettivamente prodotto in sede di gara le due referenze bancarie richieste dalla lex specialis a dimostrazione del requisito di capacità economico-finanziaria; e se è vero che le stesse presentavano talune incongruenze formali, è anche vero, però, che la semplice circostanza che entrambi i documenti fossero indirizzati alla stazione appaltante ("***** s.p.a....") costituiva quanto meno un indizio, se non proprio un principio di prova, circa la veridicità delle due attestazioni e la loro riferibilità all'odierna ricorrente; nè risulta agli atti che l'amministrazione abbia accertato che le stesse si riferivano, in realtà, a

diversa concorrente o a pregressa procedura concorsuale.

In tale contesto, se già l'esclusione immediata dalla gara appariva sanzione davvero sproporzionata a fronte delle mere irregolarità formali riscontrate nella documentazione prodotta dalla concorrente, ancora meno giustificabile è stata la conferma di tale esclusione ed il rifiuto della stazione appaltante di procedere ad una verifica istruttoria pur dopo le ragionevoli giustificazioni fornite, nell'immediato, dall'interessata: giustificazioni che avrebbero dovuto quanto meno indurre la stazione appaltante a fare uso dei poteri di soccorso istruttorio previsti dal citato articolo 46.

Né in senso contrario poteva rilevare la previsione di cui all'art. VI del disciplinare di gara (richiamata dalla difesa dell'amministrazione) nella parte in cui attribuiva alla commissione di gara il potere di escludere i concorrenti "la cui documentazione [risultasse] incompleta o inesatta rispetto a quanto richiesto dal bando e dal disciplinare di gara". E' sufficiente osservare, sul punto, che relativamente alle referenze bancarie la legge di gara non prescriveva particolari requisiti di forma e di sostanza, ma si limitava a stabilire che le stesse fossero "idonee": sicchè, in mancanza di prescrizioni puntuali alle quali rapportare la valutazione di "completezza" ed "esattezza" di tali documenti, sarebbe stato certamente doveroso da parte della commissione di gara consentire all'interessata di regolarizzare gli aspetti ritenuti deficitari, anziché procedere de plano alla sua esclusione.

11.3 Tali considerazioni inducono il collegio a ritenere fondata la censura di violazione di legge formulata dalla ricorrente con riferimento all'art. 46 del Codice dei Contratti.

L'accoglimento di tale censura comporta l'annullamento del provvedimento prot. 08470.10 in data 05.07.2010 con cui la ricorrente è stata esclusa dalla procedura di gara e di quello comunicato con raccomandata prot. n. 9238.10 del 23.07.2010 con cui l'amministrazione ha respinto l'istanza dell'interessata di riammissione in gara.

L'illegittimità non si estende, invece, alla norma di cui all'art. VI del disciplinare di gara, pure impugnata dalla ricorrente, dal momento che detta disposizione, se correttamente interpretata, non escludeva il potere della commissione di far ricorso ai poteri di integrazione istruttoria di cui al citato articolo 46 del D. lgs. n. 163/2006.

11.4 L'accoglimento del ricorso implica la riammissione della ricorrente al prosieguo della procedura di gara, nell'ambito della quale l'amministrazione dovrà consentire - e pretendere, nel contempo - che la concorrente chiarisca le incongruenze rilevate, nel caso integrando il contenuto della documentazione già prodotta.

11.5 Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe:

- a) lo accoglie, e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei termini e nei limiti indicati in motivazione;
- b) condanna l'amministrazione resistente a rifondere alla ricorrente le spese di lite, che liquida in € 3.000,00 (tremila), oltre accessori di legge

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

***** , Presidente

***** , Primo Referendario

***** , Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/02/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

<https://www.diritto.it/l-art-46-del-d-lgs-12-04-2006-n-163-dispone-che-nei-limiti-previsti-dagli-articoli-da-38-a-45-le-stazioni-appaltanti-invitano-se-necessario-i-concorrenti-a-completare-o-a-fornire-chiarimenti-i/>