

TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE E INCOMPLETEZZA DELLE DICHIARAZIONI SOSTITUTIVE

Dott.ssa Arianna de Benedetti

Specializzanda presso la Scuola di Specializzazione
per le Professioni Legali dell'Università degli Studi
di Roma Tor Vergata

Quanto alla produzione delle dichiarazioni sostitutive di certificazione attestanti il possesso dei requisiti generali di partecipazione alle gare di appalto ai sensi dell'art. 46, d.lgs. 163/2006, come novellato dall'art. 4, co. 2, lett. d, d.l. 70/2011, l'esclusione deve essere disposta dalla stazione appaltante con riferimento alla concorrente che omette del tutto di presentare la dichiarazione medesima (derivante dai termini perentori per la produzione dell'offerta e della domanda di partecipazione contenuta nel d.lgs 163/06 e, più a monte, nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e a tale fattispecie equivale la presentazione di una dichiarazione in bianco), nonché al concorrente che produce una dichiarazione non veritiera in applicazione degli artt. 79 e 75 d.p.r. 28.12.2000 n. 445. Negli altri casi, come anche in quello di dichiarazione parzialmente incompleta, deve essere richiesta la regolarizzazione in espletamento del potere di soccorso istruttorio e pertanto non può considerarsi legittima l'esclusione.

Tar Toscana-Firenze, sez. I, 6 settembre 2012, n. 1536

1. Il fatto

Nel caso di specie il raggruppamento temporaneo di imprese classificatosi terzo ad una gara d'appalto per l'affidamento di lavori pubblici, impugna i relativi atti di aggiudicazione innanzi al Tar chiedendone l'annullamento poiché, a suo avviso, le imprese aggiudicatrici del primo e del secondo posto, avrebbero dovuto essere escluse dalla procedura.

Tra le motivazioni addotte dalla ricorrente, particolare rilievo assume la questione riguardante il secondo motivo di gravame, in base al quale l'impresa seconda classificata, avrebbe dovuto essere esclusa a causa dell'omessa dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. m ter del d.lgs. 163/2006 da parte del suo legale rappresentante.

In realtà il Collegio ha rilevato che, il caso in esame, configurasse un'ipotesi di incompletezza della dichiarazione in quanto priva di taluno dei suoi elementi (in particolare il dichiarante aveva dimenticato di barrare la sola casella relativa all'attestazione di non incorrere nei divieti di cui al 38, comma 1, lett. m ter d.lgs. 163/2006), e non un'ipotesi di mancanza integrale della stessa.

Stando così le cose, se da un lato è possibile affermare che la stazione appaltante deve disporre l'esclusione dell'impresa nelle ipotesi di mancanza assoluta della dichiarazione

attestanti il possesso dei requisiti generali di partecipazione (tale potere si evince dalla previsione dei termini perentori per la produzione dell'offerta e della domanda contenuta nel d.lgs 163/06 e, più a monte, nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) e di non veridicità della stessa (in applicazione degli artt. 49 e 45 del d.p.r. 445/2000), dall'altro occorre verificare se anche l'aver presentato una dichiarazione incompleta costituisca condizione ostativa alla partecipazione.

2. Tassatività delle cause di esclusione e principio di "massima partecipazione alla gara".

La questione viene risolta, dai giudici di Firenze, nel senso della non applicabilità al caso *de quo* della sanzione escludente, alla luce della disposizione di cui all'art. 46 comma 1-*bis* del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, come novellato dall'art. 4, comma 2, lett. d, n. 2 del d.l. 13 maggio 2011 n. 70, convertito in l. 12 luglio 2011 n. 106.

Prima della riforma, la giurisprudenza era concorde nel ritenere che le stazioni appaltanti potessero prevedere, nella legge di gara, l'esclusione dei concorrenti che avessero presentato dichiarazioni sul possesso dei requisiti non complete in tutti i loro elementi, ciò implicava che, se previsto dal bando, anche la mancanza di una sola delle dichiarazioni previste dall'art. 38 d.lgs. 163/2006, fosse idonea a pregiudicare la partecipazione dell'impresa alla gara.

La nuova disposizione, invece, prevede che sono nulle le clausole di esclusione contenute nei bandi o nelle lettere d'invito a gara, che configurino cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle espressamente contemplate dalla legge.

In particolare sono cause legittime di esclusione, il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice, dal Regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti; l'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta; il difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali; la non integrità del plico, se tale da far ritenere non garantita la segretezza dell'offerta stessa.

Ad avviso del Tribunale, e della giurisprudenza consolidata, con l'art. 46 comma 1-bis, il legislatore ha inteso limitare l'applicazione della sanzione escludente ai soli casi previsti dalla legge.

L'assunto, è altresì confermato, dall'introduzione del riferimento al principio di "tassatività delle cause di esclusione", contenuta proprio nella rubrica dell'art. 46.

La disposizione, dunque, al comma 1-*bis*, intende perimetrare l'esercizio del potere escludente entro limiti ben precisi, evitando che l'impresa sia estromessa dalla gara, solo sulla base di elementi formali e non sostanziali, mentre, lo stesso art. 46, al comma 1, garantisce il principio di rilievo comunitario, di "massima partecipazione", consentendo alle imprese che abbiano omesso alcune dichiarazioni, non per difetto del requisito richiesto, ma per mera dimenticanza, di completare la compilazione della documentazione richiesta (c.d. soccorso istruttorio).

Anche il Consiglio di Stato ha più volte avuto occasione di precisare che, in materia di procedure a evidenza pubblica, le cause di esclusione poste dalla legge o dal bando, in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta l'impresa partecipante alla gara, sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione.

Tutto ciò nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione, che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. oltre che dal Trattato comunitario.¹

A corollario del principio di massima partecipazione, le clausole del bando previste a pena di esclusione, devono essere chiare e puntuali e, in caso di oscurità o non chiarezza, devono essere interpretate in modo meno restrittivo.²

Ne deriva che, la *lex specialis*, debba sempre essere applicata secondo il principio di ragionevolezza, tenendo conto anche delle peculiarità del caso concreto, pertanto, laddove non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, deve essere accordata preferenza al *favor participationis*.³

L'esigenza di garantire la massima partecipazione delle imprese, si evince anche dall'irrelevanza, ai fini dell'applicazione dell'art. 46, dell'importo del contratto che può, quindi, essere inferiore o superiore alla soglia comunitaria.

1 Cons. St., sez. V, 15 novembre 2010, n. 8044; conforme Cons. St., sez. V, 21 maggio 2010, n. 3213.

2 Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7262.

3 Cons. St., sez. V, 21 dicembre 2010, n. 9320.

3. La nullità delle cause di esclusione

La sanzione della nullità, prevista per le clausole non conformi al comma 1-*bis* comporta che, laddove il bando preveda clausole di esclusione dalla gara non consentite, queste siano automaticamente inefficaci, dovendo essere disapplicate dalla commissione giudicatrice, senza necessità di ricorrere all'annullamento giudiziale. In caso contrario, sarà esperibile l'azione di nullità, disciplinata dall'art. 31, comma 4 del c.p.a., entro il termine decadenziale di 180 giorni.

Come sostenuto da autorevole dottrina "la previsione della nullità per le cause di esclusione non rientranti nell'ambito oggettivo del comma 1-*bis* dell'art. 46 Codice, è una delle ipotesi di legge alle quali fa rinvio l'art. 21 *septies* della L. n.241/1990; infatti, le previsioni del bando nulle, divengono tali *ab origine* non perché sia stata violata la disciplina riguardante i requisiti di partecipazione o dell'offerta ma perché l'ultimo capoverso del comma 1-*bis* la sancisce: essa è allora ipotesi di nullità prevista dal d.lgs. n. 163/2006 pienamente ascrivibile, perciò, nella previsione "nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge" del comma 1 dell'art. 21 *septies* della L. 241/1990".⁴

Nessun problema si pone qualora l'esclusione sia già disposta da norme di legge positive, non sussistendo discrezionalità in capo alla stazione appaltante nel valutare la violazione "ed il comportamento conseguente, consistente nell'esclusione automatica, può dirsi legislativamente vincolato" (AVCP, Doc. di consultazione).

Qualora, invece, il partecipante violi una prescrizione che non è espressamente sanzionata con l'esclusione dalla procedura, o presenti profili di particolare complessità, spetterà alla stazione appaltante il compito di valutare, in concreto, se della violazione, derivino le conseguenze di cui al comma 1-*bis* dell'art. 46 del Codice.

4. Conclusioni

Alla luce della *ratio* sottesa alla disposizione in esame è da ritenersi del tutto priva di fondamento la richiesta di esclusione della seconda classificata poiché nessuna norma di legge prevede tale sanzione per le imprese che abbiano omesso di fornire alcuni elementi delle dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti generali di partecipazione, anzi, proprio l'art. 46,

⁴ Prof. V. Capuzza, in *Le cause di esclusione non codificate dal d.lgs. n. 163/2006 e dal d.p.r. n. 207/2010*, Relazione tenuta al Convegno I.G.I. – Istituto Grandi Infrastrutture, Roma 25 settembre 2012, sul tema: "Art. 46", in www.giustamm.it.

comma 1, stabilisce che la stazione appaltante inviti il concorrente a completare la dichiarazione presentata.

Nell'applicazione dell'art. 46, le amministrazioni possono avvalersi della cornice di riferimento costituita dall'art. 64 del Codice, anch'esso arricchito del comma 4-bis, per effetto del decreto Sviluppo n. 70 del 2011.

La norma impone alle amministrazioni appaltanti di predisporre i bandi di gara sulla falsa riga dei modelli previsti dall'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici, previo parere del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, sentite le categorie professionali interessate (c.d. bandi-tipo). Questi ultimi devono contenere le cause di esclusione di cui all'art. 46 comma 1-bis, vincolanti per le amministrazioni, salvo deroghe espressamente e adeguatamente motivate.

Le clausole che contengono cause di esclusione ulteriori saranno da considerarsi nulle.

Occorre precisare che, per quanto concerne la verifica del possesso dei requisiti, al fine di rendere più agevole l'operato delle commissioni, l'art. 62 del d.lgs. 82/2005 prevede l'entrata in funzione, presso l'Autorità, della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, la quale, a partire dal 1 gennaio 2013, conterrà tutta la documentazione comprovante il possesso dei requisiti, la cui consultazione renderà la verifica molto più rapida ed efficace. L'Autorità con propria deliberazione, dovrà stabilire le offerte in relazione alle quali è necessario presentare documentazione, nonché le modalità di acquisizione, aggiornamento e consultazione dei dati.