

SCALETTA INTERVENTO

Convegno IGI 28 novembre 2013 “*Evoluzione dell’art. 46: la VI sezione investe l’Adunanza Plenaria*” – L’esperienza del Gruppo FS

- **Inquadramento e *ratio* della norma**

Il titolo del convegno riguarda l’evoluzione dell’art. 46 del Codice dei Contratti Pubblici, con particolare riguardo alla recente Ordinanza n. 2681/2013 con la quale la VI Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso alla Plenaria, tra l’altro, la questione se debbano ritenersi illegittime le clausole che impongono, a pena di esclusione, adempimenti documentali o formali privi di una base normativa espressa; nonché, la connessa questione se, dinanzi alla validità di tali clausole “*atipiche*” di esclusione, sia comunque dovere della stazione appaltante invitare il concorrente ad una regolarizzazione documentale.

Il tema riguarda una delle questioni oggi più controverse nella giurisprudenza amministrativa: il confine del c.d. *soccorso istruttorio* in presenza di offerte la cui documentazione a corredo risulti incompleta ovvero mancante.

Il soccorso istruttorio trova il suo fondamento normativo da un lato nell’art. 6, comma 1, lettera b) della legge n. 241 del 1990, dall’altro, nello specifico delle gare pubbliche, nell’art. 46, comma 1 del D.Lgs. 163/2006.

La questione rimessa alla Plenaria dalla richiamata ordinanza trae origine da una vicenda anteriore all’introduzione nel richiamato articolo 46 del comma 1-bis, che ha dichiarato la nullità delle clausole “*atipiche*” quando non compatibili con la “*tassatività delle cause di esclusione*” introdotta con la nuova norma, la cui *ratio* evidente è quella di evitare le esclusioni per violazione di prescrizioni meramente formali, quando l’osservanza delle stesse non risponde ad alcun apprezzabile interesse pubblico (come indicato nella Relazione illustrativa al D.L. n. 70/2011).

D’altra parte, come rilevato nella citata ordinanza di remissione, l’inserimento di tale disposizione nel corpo dell’art. 46, non può che rispondere all’intento del legislatore di “*ampliare il campo di operatività del soccorso istruttorio*” a tutte le ipotesi che non concretizzino una delle fattispecie specificamente (e tassativamente) individuate nella norma (mancato adempimento di prescrizioni legislative o regolamentari, ovvero incertezza assoluta su contenuto o sulla provenienza dell’offerta, difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, violazione del principio di segretezza dell’offerta).

E' interessante, in proposito, come l'ordinanza citata – nell'argomentare circa la portata interpretativa, più che innovativa della novella legislativa – abbia rilevato che *“è significativa (...) la circostanza che il legislatore abbia deciso di collocarla topograficamente all'interno dell'art. 46 (appunto dedicato al principio del soccorso istruttorio), numerando il relativo comma come “1-bis”, per sottolineare che la nuova regola debba essere intesa come una **specificazione o un corollario del principio del “soccorso” istruttorio**, in base al quale, quindi, il dovere di preventiva richiesta di regolarizzazione opera inderogabilmente tranne nei casi in cui la causa di esclusione abbia un fondamento, implicito o esplicito, in una fonte legislativa o nel regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici.*

In una simile prospettiva è innegabile che il legislatore abbia prediletto un orientamento maggiormente sostanzialistico che favorisca la più ampia partecipazione possibile alle gare d'appalto, nell'interesse tanto degli operatori economici quanto delle stazioni appaltanti che possono contare su una concorrenza più estesa.

Orbene, pur a fronte di una simile politica legislativa, si registrano posizioni giurisprudenziali spesso oscillanti, che approdano talvolta a interpretazioni forzate e fuorvianti della disposizione in argomento o che, peggio ancora, finiscono per tradire la *ratio* stessa della norma, attestandosi su un orientamento più rigidamente formalistico.

Di seguito due casi emblematici, emersi dalla concreta esperienza delle Società del Gruppo FS.

i) RFI - Contenzioso gara tecnologie

Gara per la *“progettazione esecutiva e esecuzione del Piano Regolatore Generale e del Sistema di Segnalamento a tecnologia innovativa per l'Apparato Centrale Computerizzato Multistazione ACC-M della Stazione di Foggia”* (importo complessivo presunto euro 36.094.588,66), indetta da Italferr in nome e per conto di RFI.

Il bando di gara, in base al combinato disposto dell'art. 46 comma 1 bis e dell'art. 119 co 3 del Regolamento (che prevede l'obbligo di firmare tutte le pagine della Lista offerta prezzi unitari), sanciva l'obbligo di sottoscrizione di ciascuna pagina della Lista, sanzionando espressamente con l'esclusione l'eventuale sua inosservanza.

Un concorrente, costituito in ATI, veniva escluso dalla procedura per aver omesso la sottoscrizione di una pagina (su complessive 188) dell'offerta a prezzi unitari, e l'appalto veniva aggiudicato ad altro operatore economico.

L'ATI esclusa ha presentato ricorso al TAR Puglia, con istanza di sospensiva, avverso il provvedimento di esclusione¹.

Posizione del TAR (Ordinanza n. 470 del 29 agosto 2013)

¹ L'aggiudicatario del contratto, ha, a sua volta, presentato ricorso incidentale contro la mancata esclusione del ricorrente principale che, a suo dire, avrebbe dovuto essere esclusa già in fase di esame della documentazione amministrativa per non aver indicato quote di partecipazione nell'ATI rispettose delle quote minime richieste dal bando e dall'art. 92 del Regolamento (la mandante deve avere almeno il 10% della categoria per la quale si qualifica in raggruppamento orizzontale). Sul punto la Commissione aveva consentito all'ATI stessa di porre rimedio all'errore modificando le quote originariamente indicate.

Al riguardo, si rileva, in via preliminare, che non sussiste una norma che preveda l'esclusione dell'operatore economico nel caso di mancata indicazione delle quote nella domanda di partecipazione. Si tratta di una causa di esclusione frutto di giurisprudenza pretoria.

La legge (art.92 Regolamento) prevede che, in caso di ATI orizzontale, la capogruppo deve avere almeno il 40% dei requisiti; la restante percentuale deve essere posseduta dalle altre imprese riunite; ciascuna mandante deve avere almeno il 10%.

Dice inoltre che, in sede di esecuzione, le imprese **devono eseguire i lavori** in coerenza con le quote di partecipazione all'ATI, nel "*rispetto delle percentuali minime di cui al presente comma*" (40% e 10%). Il bando, in ossequio alla giurisprudenza pretoria di cui sopra, prevedeva che le quote dovevano essere indicate a pena di esclusione a corredo dell'offerta. Esigeva inoltre, in coerenza con le norme di legge, che la quota indicata per ciascun concorrente fosse compresa tra la quota minima del 10% di cui all'art.92 e l'ammontare del requisito di cui l'impresa concretamente dispone. Se ad es. l'impresa ha una SOA pari al 15%, la quota di partecipazione dovrà essere compresa tra il 10 e il 15%. Non è ammissibile una quota che "sfori" tale range.

L'ATI (successivamente esclusa) aveva inizialmente indicato, con riferimento alla mandante, una quota di pochissimo inferiore al 10%, malgrado la mandante sia dotata di una qualificazione abbondantemente superiore al minimo di legge del 10%.

La Commissione ha dato all'ATI stessa la possibilità di correggere questo errore, rettificando la dichiarazione resa.

L'aggiudicatario della procedura ha impugnato questa decisione sostenendo che Italferr avrebbe dovuto escludere l'ATI per non aver rispettato le norme di legge e di bando in tema di quote minime.

Il CdS ha ritenuto infondato il ricorso incidentale in quanto il limite del 10% indica la potenzialità minima che un'impresa deve possedere per far parte dell'ATI, ma non è vincolante ai fini della determinazione della quota di partecipazione al raggruppamento di ciascuna impresa, quota che può essere abbondantemente inferiore a quel limite. Dunque la dichiarazione delle quote dell'ATI medesima andava bene sin dall'inizio e non c'era bisogno di farla rettificare.

Sembra, in effetti, che il giudice, pur disattendendo la *ratio* ed anche la formulazione letterale dell'art.92, abbia optato per una soluzione "salomonica" presumibilmente per mitigare i rigori della causa di esclusione della mancata indicazione delle quote, che gli stessi giudici si sono "inventati" senza adeguata copertura normativa.

Secondo l'interpretazione resa dal TAR Puglia, che ha concesso la sospensiva, la norma prevede l'esclusione del concorrente che non adempia a un obbligo di legge o regolamento, *alla condizione* che la violazione determini incertezza sul contenuto e/o sulla paternità dell'offerta. In pratica il TAR legge il comma 1-bis dell'art.46 come se recasse, in luogo della congiunzione "*nonché*", la congiunzione "*qualora*".

Di conseguenza la previsione del bando che sanziona con l'esclusione l'inosservanza dell'obbligo di sottoscrizione, senza subordinarla alla ricorrenza della condizione ulteriore dell'incertezza sulla provenienza dell'offerta, sarebbe nulla per contrasto con l'art.46, in quanto prevede una causa di esclusione ulteriore rispetto a quelle previste dalla legge/regolamento.

Secondo il TAR, la Commissione, a fronte della nullità della clausola - rilevata l'omessa sottoscrizione di una pagina e tenuto conto che non sussistevano dubbi effettivi sulla provenienza dell'offerta (in quanto la mancata sottoscrizione integrerebbe - nel caso di specie - una mera "*svista*"), avrebbe dovuto:

- o andare avanti senza adottare alcun provvedimento nei confronti dell'ATI esclusa,
- o al più ricorrere al "soccorso istruttorio" (secondo quanto si desume dal tenore delle succinte motivazioni, avrebbe dovuto chiedere al concorrente distratto di apporre la firma mancante, pur dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta).

Posizione del Consiglio di Stato (Ordinanza n. 4158 del 23 ottobre 2013)

Il CdS ha confermato la decisione cautelare del Tar, ma sulla base di diverse argomentazioni.

In sostanza il CdS, tenuto conto della norma del Regolamento sopra richiamata, ha ritenuto legittima la clausola del bando che prevedeva l'obbligo di sottoscrizione di tutte le pagine, sanzionando con l'esclusione l'eventuale inosservanza di tale obbligo, senza richiedere che ricorresse a tal fine alcuna altra condizione. Cioè *a prescindere* dal fatto che la violazione determini o no incertezza sul contenuto e/o sulla paternità dell'offerta (art.46 c.1-bis).

La clausola va però interpretata caso per caso: in talune circostanze, l'omessa firma integra infatti un "*mero errore materiale*" e non ricade pertanto nell'ipotesi della mancata sottoscrizione (ipotesi legittimamente sanzionata dal bando con l'esclusione). È quanto avvenuto nel caso di specie: solo 1 pagina su 188 non è stata firmata; e tale pagina recava il timbro dell'impresa. Da questi elementi la **Commissione** avrebbe dovuto inferire che si trattava di un errore materiale (non rilevante ai sensi della legittima clausola del bando) e avrebbe dovuto quindi ammettere l'ATI (senza disapplicare la clausola).

ii) Trenitalia - Contenzioso treni diesel

Di contro, ci è capitato di subire pronunce che si sono ispirate ad una lettura a nostro avviso eccessivamente rigorosa della norma e sicuramente lontana dalla sua *ratio*.

In particolare, nell'esperienza di Trenitalia, la migliore offerta nell'ambito di una gara del valore di alcune centinaia di milioni di euro, relativa all'acquisto di treni diesel, è stata esclusa con Sentenza del TAR Lazio, Sez. III-ter (n. 7303 del 18/7/2013) per l'omissione – nell'ambito della complessiva dichiarazione sui requisiti di ordine generale fatta utilizzando il modulo messo a disposizione dalla stazione appaltante – di un flag nella scelta fra due ipotesi dichiarative riguardo al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lettera m-ter e, inoltre, per l'apposizione di un flag in più relativamente alla scelta fra due alternative riguardo alla dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lettera m-quater.

Fra l'altro, l'offerta esclusa era stata presentata da un'impresa straniera che aveva difficoltà a comprendere le due dichiarazioni in questione, in quanto sconosciute nel diritto del proprio paese.

La Commissione di gara ha ritenuto che ricorressero gli estremi per il soccorso istruttorio e, di conseguenza, ha chiesto chiarimenti al concorrente, dai quali è risultato con evidenza che i requisiti in questione sussistevano nei fatti.

Il TAR Lazio ha invece ritenuto che le dichiarazioni in questione, in ossequio ad un orientamento assai diffuso, dovevano intendersi come mancanti e dunque non integrabili mediante il soccorso istruttorio: dunque male aveva fatto la Commissione a cercare di verificare l'effettiva sussistenza o meno in capo al concorrente dei requisiti in questione. A supporto della propria decisione il TAR ha fra l'altro affermato:

“Come di recente evidenziato dal giudice di appello, nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire in conformità al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità (nel quale si inquadrano le esigenze di ordinato svolgimento della gara e di trasparenza), in quanto consente la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; pertanto, una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o, come nel caso qui in trattazione, incompleta) deve considerarsi di per sé stessa lesiva degli interessi tutelati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti “sostanzialmente” di partecipare alla gara. Alla stregua di ciò, è stato affermato che “nel diritto degli appalti occorre poter fare affidamento su una dichiarazione idonea a far assumere tempestivamente alla stazione appaltante le necessarie determinazioni in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara o alla sua esclusione”, onde “la dichiarazione ex articolo 38 (...) è sempre utile perché l'amministrazione sulla base di quella può/deve decidere la legittima ammissione alla gara e conseguentemente la sua difformità dal vero o la sua incompletezza non possono essere sanate (...)” (cfr. Cons. St., sez. III, 16 marzo 2012 n. 1471; 2 luglio 2013, n. 3550).”

La conseguenza della decisione del TAR è che Trenitalia non può aggiudicare la fornitura all'Impresa che ha presentato l'offerta risultata di gran lunga migliore, sia sul piano tecnico che economico e che garantiva inoltre una tempistica di consegna di molti mesi inferiore a quella dell'Impresa ricorrente. Secondo il TAR, dunque, il valore da perseguire sarebbe quello della celerità (!) della procedura, malgrado la tempistica delle consegne indicata nell'offerta della ricorrente non sia addirittura compatibile con gli impegni assunti da Trenitalia con le Regioni.

La presente questione appare intimamente connessa al dibattito relativo ad un'altra tematica, sollevata dall'Ordinanza del TAR Lombardia, Sez. I, 15/1/2013, n. 123, che ha rimesso alla Corte di Giustizia fra l'altro la seguente questione:

se sia, o meno, contrastante con il diritto comunitario l'interpretazione secondo cui, nell'ipotesi che un'impresa partecipante ad una procedura di gara abbia offerto un'utile e congrua prova dell'assenza, nei confronti dei soggetti tenuti alle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c), dei procedimenti e delle condanne ivi previste, la stazione appaltante debba disporre l'esclusione di tale impresa quale conseguenza dell'inottemperanza ad una previsione della lex specialis con cui sia stata indetta la pubblica gara.

In estrema sintesi la questione riguarda la compatibilità con il diritto comunitario dell'esclusione di un'impresa per l'omissione di una dichiarazione relativa ai requisiti di ordine generale, quando questi requisiti, ancorché non dichiarati, nei fatti sono posseduti dal concorrente.

Su tale questione si innesta quella già richiamata del soccorso istruttorio: si deve ritenere, come ha fatto l'AVCP nella Determinazione 4/2012 (sulla traccia dell'orientamento giurisprudenziale prevalente) che la semplice omissione di una dichiarazione di requisiti di ordine generale comporti l'automatica esclusione del concorrente dalla gara oppure, in ottemperanza a quanto disposto dal richiamato art. 46, comma 1, occorre interpellare il concorrente per accertare se, malgrado la dimenticanza, nei fatti il requisito sia da lui posseduto?

Dunque, la questione rimessa dal TAR Lombardia alla Corte di Giustizia è veramente centrale. L'esclusione di un'offerta più vantaggiosa per il committente per mere omissioni formali non sembra conforme con il principio di concorrenza del diritto comunitario e neppure con l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione di concorrenti.

- **Conclusioni**

Il caso che ha coinvolto RFI appare senz'altro emblematico di quell'orientamento della giurisprudenza che testimonia l'intento di mantenersi quanto più possibile fedele all'approccio sostanzialistico che anima, evidentemente, il legislatore.

Nella fattispecie in esame, infatti, i giudici amministrativi orientati ad una soluzione di "buon senso" (seppure con motivazioni in parte tra loro contraddittorie), a fronte di norme (di legge o di regolamento) che prevedono adempimenti formali che possono apparire eccessivamente onerosi e formalisti (come nel caso dell'art.119, comma 3 del Regolamento, più volte citato) hanno fatto ricorso a concetti come l' "errore materiale" o la "mera svista" per giustificare la mancata esclusione del concorrente che sia incorso nella violazione di tali norme.

In ogni caso, sulla base di simili pronunce non appare possibile inferire criteri oggettivi che consentano di codificare *ex ante* il confine oltre il quale l'errore può considerarsi meramente "materiale" (e dunque irrilevante) ai fini dell'esclusione, ovvero tale da integrare legittimamente una causa di esclusione.

In questa prospettiva l'unica strada ragionevole per la Stazione appaltante appare, inevitabilmente, quella di limitare quanto più possibile in sede di predisposizione dei bandi di gara le comminatorie espresse di esclusione, valutando con attenzione e prudenza le circostanze del caso concreto e valorizzando il dato sostanziale rispetto al dato formale, mediante il ricorso più esteso possibile al "soccorso istruttorio", nello spirito della legge e nell'interesse della stazione appaltante stessa.

D'altra parte, occorre rammentare che un'impresa pubblica come Trenitalia si trova oggi a competere sul mercato con operatori economici non vincolati all'osservanza della rigorosa disciplina dell'evidenza pubblica di cui al Codice dei contratti pubblici, anche nel trasporto regionale (è di questi giorni la gara bandita dalla Regione Emilia Romagna per l'affidamento del trasporto ferroviario regionale). E' evidente che l'esclusione della migliore offerta per ragioni esclusivamente formali, come per il caso dei treni diesel, costituisce un grave danno economico, essendo nostro principale interesse quello di non privarci delle migliori condizioni reperibili sul mercato per mere omissioni formali.

Ciò posto, appare assolutamente auspicabile che l'Adunanza Plenaria, nel solco segnato dalle argomentazioni spiegate dall'ordinanza 2681/2013 da cui questo convegno ha tratto spunto, dirimi i contrasti giurisprudenziali secondo la *ratio* della norma in questione, con la quale "*è stato (...) assunto un orientamento maggiormente sostanzialistico, con una valutazione di politica legislativa che rientra nella discrezionalità del legislatore*".