

**T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, sentenza 31 dicembre 2010, n. 39288**

Contratti della P.A. - Gara – Possibilità di invitare le imprese a completare o chiarire documenti o dichiarazioni presentati – Costituisce una facoltà della stazione appaltante ex art. 46 del Codice dei contratti pubblici, non un obbligo – Mancato esercizio – Sindacabilità da parte del Giudice Amministrativo – Ammissibilità – Limiti.

N. 39288/2010 REG.SEN.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4127 del 2010, proposto da:  
Soc Tecnositaf Spa;

***contro***

Anas Spa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Roma,  
via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc Coop. P.A.;

***per l'annullamento***

- del provvedimento dell'ANAS emesso in data 3 marzo 2010 di esclusione dalla  
gara di appalto della Tecnositaf;

- della lettera raccomandata con prot. CBA-0012967-P del 9 aprile 2010 con la quale l'ANAS ha respinto l'istanza di autotutela avanzata dalla Tecnositaf s.p.a.;
- di ogni altro atto presupposto e antecedente, attuativo, esecutivo, consequenziale o comunque connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2010 il dott. Cecilia Altavista e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

L'Anas, con bando del 29-10-2009, ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento di un appalto integrato per la progettazione esecutiva e la realizzazione di un sistema di monitoraggio automatico del traffico per l'area metropolitana di Lecce. La lettera d) del punto VI del bando prevedeva: in caso di avvilimento, il candidato dovrà, a pena di esclusione, allegare quanto richiesto dall'art 49 comma 2 del d.lgs. n° 163 del 2006.

Nella fase di prequalifica, la Tecnositaf s.p.a. presentava tutta la documentazione richiesta, compresa la dichiarazione, ai sensi dell'art 49 comma 2 lettera c) da parte dell'impresa ausiliaria circa il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art 38.

Nella lettera di invito, punto a1), era richiesta la presentazione della dichiarazione sostitutiva del legale rappresentante del concorrente attestante il permanere del possesso dei requisiti di partecipazione. Con nota del 12-2-2010, l'Anas rispondeva ai quesiti formulati dai concorrenti. Nella risposta al quesito circa la presentazione

della dichiarazione della permanenza dei requisiti anche da parte della impresa ausiliaria, la stazione appaltante ha dato la seguente risposta: “ la dichiarazione di cui al punto a.1 della lettera di invito deve essere presentata anche dalla impresa ausiliaria; la stessa, in alternativa, può essere resa nelle forma previste dall’art 47 del d.p.r. n° 445 del 2000, da codesto concorrente”.

In presenza di tali chiarimenti, la società Tecnositaf presentava una dichiarazione del legale rappresentante direttore generale che attestava ai sensi del d.p.r. n° 445 del 2000 “il permanere del possesso dei requisiti”.

La Commissione, in sede di esame della documentazione amministrativa, rilevando l’assenza della dichiarazione della permanenza dei requisiti anche della impresa ausiliaria, disponeva la esclusione.

Avverso tale provvedimento è stato proposto il presente ricorso per i seguenti motivi:

violazione e falsa applicazione del punto 1.a della lettera di invito, dell’art 47 del d.p.r. n° 445 del 2000 e dell’art 49 del d.lgs. n° 163 del 2006; eccesso di potere per difetto dei presupposti; illogicità ed ingiustizia manifesta; sviamento e violazione dei principi generali in materia di procedure concorsuali ed in particolare del principio del favor participationis; violazione dei principi generali in materia di affidamento.

Si è costituita l’Anas a mezzo dell’Avvocatura dello Stato contestando la fondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 26-5-2010 è stata accolta la domanda cautelare di sospensione del provvedimento impugnato.

All’udienza pubblica del 3-12-2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è fondato.

L'art 49 del d.lgs. n° 163 del 2006 al comma 2 lettera c) prevede espressamente che la impresa ausiliaria presenti una dichiarazione circa il possesso dei requisiti. Tale adempimento è stato effettuato nella fase di prequalifica.

La lettera di invito al punto a.1 prevedeva una dichiarazione di permanenza dei requisiti da parte del legale rappresentante del concorrente. Tale previsione, senza alcun riferimento alla impresa ausiliaria, poteva effettivamente sollevare dubbi circa la necessità della dichiarazione da parte della impresa ausiliaria, trattandosi inoltre di una dichiarazione che la stazione appaltante chiama “ di permanenza dei requisiti” quindi di quanto già dichiarato in sede di prequalifica.

Peraltro, anche a ritenere, come sostenuto dall'Avvocatura, una interpretazione restrittiva della clausola del punto a.1. l'Anas ha fornito chiarimenti nel senso di ritenere sufficiente la dichiarazione del legale rappresentante del concorrente.

Dal chiarimento fornito risulta evidente, essendo adoperata l'espressione “ in alternativa” la non necessità della dichiarazione della impresa ausiliaria.

La dichiarazione del direttore generale della società Tecnositaf è peraltro sul punto carente non facendo espreso riferimento alla permanenza dei requisiti anche della impresa ausiliaria.

Ritiene il Collegio che, in presenza delle dichiarazioni rese già in sede di prequalifica, della ambiguità della clausola della lettera di invito, e dei successivi chiarimenti e di un principio generale di buona fede, non potesse in maniera legittima essere disposta l'esclusione di un operatore economico per tale dichiarazione.

Si tratta, infatti, di una carenza solo parziale della dichiarazione, che rimanda alle dichiarazioni già presentate in sede di prequalifica, trattandosi appunto di una dichiarazione di “ permanenza” dei requisiti già dichiarati.

La giurisprudenza è costante nel ritenere autonome la fase di prequalifica e la successiva fase di presentazione delle offerte, con la conseguenza che la stazione

appaltante non perde nella successiva fase il potere di verifica dei requisiti. Peraltro, anche il Consiglio di Stato si è già espresso nel senso che in virtù del principio di non aggravio del procedimento ex art. 1, comma 4, della legge n. 241/1990, non risulta logica l'imposizione, a pena di esclusione, dell'onere di produrre documentazione volta a provare la sussistenza dei requisiti soggettivi identica a quella prodotta nella sede della prequalifica, sede deputata per l'appunto alla valutazione della sussistenza dei requisiti tecnici e morali di accesso alla procedura. Se è vero, infatti, che la fase della prequalifica non consuma il potere della p.a. di valutare anche in sede di gara la sussistenza dei requisiti di partecipazione, anche alla luce di eventuali sopravvenienze, è anche indubitabile che la documentazione in origine acquisita non può non essere utilizzata anche nella fase successiva ai fini della verifica della completezza della documentazione (Consiglio di stato, sez. VI, 08 febbraio 2008 , n. 416 in un caso in cui la documentazione prodotta insieme all'offerta era incompleta, quindi ritenuta integrabile alla luce delle più esaustive autodichiarazioni recate nella fase della prequalifica).

Nel caso di specie si tratta poi della mera integrazione di una dichiarazione incompleta, che va distinta dalla modificazione del contenuto di una dichiarazione. L'art 46 dlgs n° 163 del 2006 espressamente prevede per l'Amministrazione appaltante la facoltà, nell'ambito dei propri poteri discrezionali, di invitare le imprese a completare o a chiarire certificati, documenti o dichiarazioni presentati, costituendo questo un correttivo all'eccessivo rigore delle forme, e ciò anche nei casi in cui il bando le prescriva a pena di esclusione.

Tale potere discrezionale deve essere esercitato secondo i principi generali della buona fede e della ragionevolezza e, in base al principio specifico delle gare pubbliche, della massima partecipazione.

La facoltà dell'art 46 costituisce un istituto di carattere generale, raccordato all'esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare e di evitare che la detta esigenza possa essere compromessa da carenze di ordine meramente formale, sì che, pur trattandosi di una facoltà, e non di un obbligo, il suo mancato esercizio è sindacabile in relazione alla peculiare situazione, e cioè al tipo di irregolarità riscontrata, ai tempi del procedimento, al livello già raggiunto di partecipazione alla gara. La richiesta di completamento della documentazione o delle dichiarazioni presentate o di trasmissione dei necessari chiarimenti è rimessa al prudente apprezzamento dell'Amministrazione, senza che, in assenza di regole tassative e di preclusioni imposte, l'esercizio di tale facoltà possa configurare una violazione della "par condicio" dei concorrenti, rispetto ai quali, al contrario, assume rilievo l'effettività del possesso del requisito (Consiglio Stato , sez. VI, 17 dicembre 2008 , n. 6281, per cui anche alle gare d'appalto si applica il principio secondo cui il responsabile del procedimento amministrativo è tenuto ad invitare alla rettifica di eventuali irregolarità formali, ai sensi dell'art. 6, lett. b), l. n. 241 del 1990, purché non venga in tal modo turbata la "par condicio" dei concorrenti e non vi sia una modificazione del contenuto della documentazione presentata).

Nel rispetto della efficienza e della economicità dell'azione amministrativa, sussiste il cd. potere di soccorso della stazione appaltante nei confronti delle offerte non conformi alla "lex specialis" della gara, vale a dire di domandare chiarimenti in ordine alla dichiarazione presentata, ove sia del tutto evidente la sua mera erroneità materiale ed il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto un chiarimento ovvero un aggiornamento ( Consiglio Stato , sez. I, 18 marzo 2009, n. 701).

Nel caso di specie, dunque il provvedimento di esclusione è illegittimo, in quanto in presenza di tali circostanze di fatto: esistenza delle dichiarazioni in fase di prequalifica, chiarimenti della stazione appaltante, dichiarazione ripetuta al

momento della presentazione dell'offerta ma non completa del direttore generale della Tecnositaf, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere a richiedere una integrazione, tenuto conto che quando vi è già la documentazione prodotta in sede di prequalifica non si tratta di una vera e propria integrazione documentale, quanto dell'utilizzo di documenti già in possesso dell'Amministrazione.

A conferma di tali principi si può richiamare altresì l'orientamento sostanzialistico avanzato di recente dal Consiglio di Stato ( sezione V 9 novembre 2010 n. 7967), riproponendo la teoria del falso innocuo, per cui il primo comma dell'art. 38 D.lgs. 163/2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il secondo comma non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione. Da ciò discende che solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 comporta, ope legis, l'effetto espulsivo. Ne consegue che quando il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti dall'art. 38 e la lex specialis non preveda espressamente delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, facendo generico richiamo all'assenza delle cause impeditive ex art. 38, l'omissione della dichiarazione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di "falso innocuo", come tale insuscettibile, in carenza di una previsione normativa o della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative.

Il ricorso è quindi fondato e deve essere accolto con annullamento della esclusione della società Tecnositaf.

In considerazione della complessità delle questioni sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/12/2010

IL SEGRETARIO

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