

La regolarizzazione della documentazione e delle offerte nell'ambito delle gare

nota a margine della sentenza del C. di Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2010 n. 9577

Avv. Luca Griselli
Studio Legale Griselli-Salina
Milano

L'art. 46 del D. Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), sotto la rubrica "documenti e informazioni complementari", prevede 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 o dichiarazioni presentati". Si tratta di istituto, comunemente noto come potere - dovere di "soccorso", che ha una diretta derivazione comunitaria (essendo espressamente contemplato dall'art. 43 Dir. 2004/18/CE), i cui confini applicativi sono stati recentemente tratteggiati da una sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 29 dicembre 2010 n. 9577) che, per la sua esaustività, merita a mio avviso di essere segnalato. Prima, però, occorre un breve inquadramento dell'istituto di che trattasi. Il richiamato art. 46 del D.Lgs. 163/06, come è noto, attribuisce alle Stazioni appaltanti, nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica preordinate all'affidamento di contratti pubblici, il potere - dovere di invitare i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto della documentazione presentata ai fini della partecipazione. Il potere di soccorso è funzionale all'applicazione concreta del principio della massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica. In base ad esso, infatti, si vuole evitare, entro certi limiti, che le Stazioni appaltanti possano escludere taluni concor-

renti dalle gare a causa di inadempimenti meramente formali, privi di conseguenze lesive della *par condicio* e inidonei a scalfire gli interessi sostanziali alla cui tutela le gare medesime sono preordinate. In tale prospettiva, si è da tempo consolidato il principio secondo il quale "la disposizione in esame, dunque, non ha inteso assegnare alle amministrazioni aggiudicatrici una mera facoltà o un potere eventuale, ma ha piuttosto inteso codificare un ordinario *modus procedendi*, volto a far valere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma (o, peggio, sul formalismo dell'esibizione della documentazione di gara), orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica; l'istituto comunitario di carattere generale è, pertanto, diretto ad evitare che l'esigenza della massima partecipazione possa essere compromessa da carenze di ordine meramente formale nella documentazione" (cfr. C. di Stato, Sez. V, 6 marzo 2006 n. 1068, Sez. V, 1 gennaio 2006 n. 36, Sez. IV, 9 dicembre 2002 n. 6684, T.A.R. Lazio, Sez. III, 5 giugno 2008 n. 5491). E' stato ancora giudicato che: "In attuazione dei principi (comunitari e nazionali) di proporzionalità, di massima partecipazione alla gara e di previa audizione dei privati, l'art. 46, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (in base al quale, nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se ne-

cessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati) deve essere inteso nel senso che l'Amministrazione ha il dovere di disporre la regolarizzazione quando gli atti, tempestivamente depositati, contengano elementi che possano costituire un indizio e rendano ragionevole ritenere sussistenti i requisiti di partecipazione" (T.A.R. Cagliari Sardegna, Sez. I, 9 ottobre 2009 n. 1537; C. di Stato, Sez. V, 27 marzo 2009 n. 1840). Nondimeno, la stessa giurisprudenza ha anche precisato che l'applicazione di tale disposizione non è condizionata e risulta, anzi, non consentita, in presenza di talune circostanze. Essa, dunque, incontra alcuni limiti applicativi, che sono stati individuati: a) in primo luogo, nel limite del principio della *par condicio* tra i concorrenti. È stato, infatti, giudicato che la disposizione *de qua* non può essere utilizzata per supplire all'inosservanza di adempimenti procedurali o alla omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara (C. di Stato, sez. V, 22 aprile 2002 n. 2191); b) in secondo luogo, nel limite dei c.d. elementi essenziali (ovvero dei profili sostanziali), nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda (Consiglio Stato, sez. IV, 9 dicembre 2002 n. 6684). Si è, peraltro, ritenuto che tale limite possa a sua volta essere deroga-

to, allorché dagli atti e documenti tempestivamente prodotti dal concorrente ai fini della partecipazione alla gara sia comunque desumibile l'esistenza di un ragionevole indizio (c.d. principio di prova) del possesso del requisito di partecipazione, non espressamente o univocamente documentato; c) in terzo luogo, è stato chiarito che la possibilità di regolarizzare la posizione del concorrente, che risulti deficitaria dal punto di vista formale, è praticabile soltanto qualora l'errore nella presentazione della documentazione richiesta dalla *lex specialis* ai fini della partecipazione sia stato indotto da una formulazione equivoca o, comunque, poco chiara, della *lex specialis* medesima: in

L'art. 46 del D.Lgs. 163/06 attribuisce alle Stazioni appaltanti, nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica preordinate all'affidamento di contratti pubblici, il potere - dovere di invitare i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto della documentazione presentata ai fini della partecipazione

caso contrario, infatti, l'invito alla regolarizzazione costituirebbe una violazione del predetto principio di *par condicio* (C. di Stato, Sez. V, 4 febbraio 2004 n. 364). L'art. 46 del D.Lgs. 163/2006 si riferisce testualmente soltanto alla documentazione di cui agli artt. da 38 a 45 del medesimo D.Lgs. 163/06 e cioè a quella diretta a comprovare la sussistenza, in capo al concorrente, dei requisiti soggettivi di partecipazione (e, in particolare, dei requisiti di ordine generale, di idoneità professionale, ivi compresa la qualificazione ad eseguire appalti di lavori pubblici e di capacità economica e finanziaria). Nondimeno, una parte della giurisprudenza ne ha fornito una lettura più ampia, anche tenendo conto della legge generale sul procedimento amministrativo (L. 241/1990), che agli articoli da 6 a 10 ha da tempo codificato il principio del contraddittorio procedimentale, in base al quale prima di assumere un provvedimento l'Amministrazione è tenuta a sentire gli interessati, prendendo in esame le osservazioni e i documenti da questi eventualmente presentati e, all'occorrenza, chiedendo chiarimenti o rettifiche delle dichiarazioni e

documenti già presentati. In particolare, in taluni casi si è ritenuto applicabile l'art. 46 del D.Lgs. 163/2006 per consentire al concorrente di chiarire o integrare, non già il contenuto di documenti riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione, bensì la stessa offerta tecnica presentata ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto. Una siffatta applicazione estensiva dell'istituto, benché comprensibile alla stregua della già menzionata legge generale sul procedimento amministrativo e dei principi, di derivazione comunitaria, di massima concorrenzialità e partecipazione, ha tuttavia imposto ulteriori riflessioni. Ciò in quanto nella materia dell'affidamento dei contratti pubblici valgono da sempre gli altrettanto noti e fondamentali principi dell'immodificabilità dell'offerta (tecnica o economica) e della perentorietà del termine entro cui presentarla: con la conseguenza che un "chiarimento" dell'offerta stessa, in assenza di adeguate cautele, potrebbe in definitiva tradursi in una violazione dei summenzionati principi e, di riflesso, in una lesione della fondamentale regola della *par condicio* che informa tutte le procedure di confronto competitivo. Della spinosa questione, da ultimo, si è data carico la recente sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI) n. 9577/2010, che ha operato una pregevole ricostruzione dei confini del potere dovere di "soccorso", sia in generale, sia in particolare, con specifico riferimento all'ipotesi testè delineata, di eventuali carenze dell'offerta tecnica. Nella fattispecie sottoposta al vaglio dei Giudici di Palazzo Spada si disputava in ordine alla correttezza della sentenza di primo grado (T.A.R. Puglia - Bari, Sez. I, n. 268/2010), che aveva accolto il ricorso

L'art. 46 del D.Lgs. 163/2006 si riferisce testualmente soltanto alla documentazione di cui agli artt. da 38 a 45 del medesimo D.Lgs. 163/06 e cioè a quella diretta a comprovare la sussistenza, in capo al concorrente, dei requisiti soggettivi di partecipazione

proposto da un concorrente ad una procedura di evidenza pubblica, volto a contestare l'operato della Commissione giudicatrice, che a suo dire aveva consentito ad altro concorrente di specificare ed integrare la propria offerta tecnica, in asserita applicazione dell'art. 46 D.Lgs. 163/06. Il Consiglio di Stato ha giudicato corrette le statuizioni di primo grado, svolgendo un'ampia riflessione a proposito della latitudine applicativa di tale ultima norma, che vale la pena di ripercorrere. In primo luogo, il Consiglio di Stato ha rammentato che l'art. 46 del D.Lgs. 163/2006 si riferisce espressamente all'eventuale regolarizzazione della sola documentazione afferente ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli da 38 a 45 del medesimo D.Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici). Sicché si è posto il problema se sia consentito alla Stazione appaltante di chiedere chiarimenti o integrazioni in relazione, non già alla predetta documentazione, bensì, al contenuto dell'offerta tecnica. A tale proposito, peraltro, la sentenza qui commentata ha evidenziato che, in base alla vigente disciplina, esistono soltanto due casi in cui una siffatta evenienza è espressamente prevista, ma nessuno di essi riguarda la fase di valutazione delle offerte da parte della Commissione giudicatrice ai fini dell'assegnazione del relativo punteggio. Da un lato, infatti, la possibilità di chiedere chiarimenti a proposito del contenuto dell'offerta tecnica, in relazione alla consistenza di quella economica, è espressamente contemplata nell'ambito del subprocedimento di verifica di anomalia, *"ossia dopo che è stata stilata una graduatoria delle offerte, e in relazione alla migliore classificata occor-*

re accertare se essa sia o meno attendibile". D'altro lato, *"i chiarimenti e persino le integrazioni delle offerte possono essere chiesti in specifiche procedure quale il dialogo competitivo e la procedura negoziata"*: infatti, i chiarimenti e le eventuali modifiche del contenuto delle offerte costituiscono la caratteristica principale di tali procedure, il cui tratto saliente consiste proprio nella possibilità di sviluppare il contraddittorio tra tutti i concorrenti e la Stazione appaltante, al fine di individuare la soluzione tecnica ed economica maggiormente rispondente alle esigenze pubbliche. Vero è, ha sottolineato il Consiglio di Stato, che ai sensi dell'art. 6, l. n. 241 del 1990, il responsabile del procedimento può chiedere il rilascio di dichiarazioni e ordinare esibizioni documentali, *"ma tale potere va esercitato con assoluta cautela nelle procedure concorsuali, perché si risolverebbe in un danno attuale o potenziale della par condicio. Una richiesta di chiarimenti nei confronti di un solo offerente tendenzialmente pone questo in posizione*

In taluni casi si è ritenuto applicabile l'art. 46 del D.Lgs. 163/2006 per consentire al concorrente di chiarire o integrare, non già il contenuto di documenti riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione, bensì la stessa offerta tecnica presentata ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto

di vantaggio rispetto agli altri offerenti, in violazione della par condicio". Dunque, secondo l'orientamento del giudice amministrativo, tendenzialmente dev'essere negata la possibilità di avvalersi dell'istituto della regolarizzazione, di cui all'art. 46 D.Lgs. 163/06, allorché esso dovrebbe avere ad oggetto il contenuto dell'offerta tecnica. Non dimeno, la sentenza in esame ha precisato che non si tratta di una chiusura radicale. A certe, ben circoscritte, condizioni, infatti, è ipotizzabile che la Stazione appaltante chieda chiarimenti anche a tale riguardo, avendo sempre presente l'esigenza di tutela della *par condicio*. Più precisamente, il Consiglio di Stato ha rinvenuto *"il giusto punto di equilibrio tra salvaguardia dell'efficacia e celerità dell'azione amministrativa e salvaguardia della par condicio"* nella possibilità di chiedere chiarimenti quando la mancata richiesta potrebbe determinare, da parte della stazione appaltante, una decisione erronea o illegittima che si esporrebbe a impugnazione. In tal caso, infatti: *"la richiesta mira a scongiurare il rischio di errore da parte della stazione appaltante"*. In par-

ticolare, il punto di equilibrio si snoda attraverso le seguenti coordinate: *"- non può essere esercitato da parte dell'amministrazione un potere di soccorso per consentire all'offerente di sanare invalidità o irregolarità;- non può essere esercitato da parte dell'amministrazione un potere di soccorso per consentire all'offerente di chiarire aspetti dell'offerta che si presentano oscuri per colpa dell'offerente, vale a dire perché l'offerente, pur potendo essere chiaro, non lo è stato;- può essere esercitato da parte dell'amministrazione un potere di soccorso per consentire all'offerente di chiarire aspetti dell'offerta già in sé completa e valida, quando l'oscurità o lacuna non è imputabile all'offerente, ma ad una non chiara formulazione della legge di gara; - in nessun caso può consentirsi una modifica dell'originaria offerta, che si tradurrebbe in una nuova manifestazione di volontà negoziale"*.

Dunque, sembra corretto concludere che secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato l'applicazione dell'art. 46 del D.Lgs. 163/06 dev'essere tendenzialmente circoscritta alle sole ipotesi ivi contemplate (e cioè ai requisiti soggettivi di partecipazione), potendo essere in via eccezionale estesa anche al contenuto dell'offerta tecnica, a condizione che essa risulti *ab origine* seria ed affidabile e che necessiti soltanto di qualche precisazione (che non sia stata fornita sin dall'inizio, non già per negligenza del concorrente, bensì a causa di una formulazione incerta della legge di gara). Si tratta di orientamento certamente condivisibile, dal momento che rappresenta una sintesi equilibrata di tutti i vari principi e di tutte le esigenze sottintese dalle procedure di evidenza pubblica, di cui s'è riferito.

Sembra corretto concludere che secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato l'applicazione dell'art. 46 del D.Lgs. 163/06 dev'essere tendenzialmente circoscritta alle sole ipotesi ivi contemplate potendo essere estesa anche al contenuto dell'offerta tecnica