

Ferrovie dello Stato Spa

Consultazione on line. Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro

Audizione presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture del 29 settembre 2011

Parte I – Punto 4 – Il c.d. “soccorso istruttorio”

In tema di soccorso istruttorio, sembrerebbe utile chiarire che il termine eventualmente fissato dalla stazione appaltante per consentire – ove possibile – l'integrazione documentale, ha natura perentoria e che pertanto la relativa violazione rientra tra le cause di legittima esclusione dalla gara.

In difetto di tale previsione, l'istituto del soccorso istruttorio rischierebbe di essere incompatibile con l'ordinario svolgimento della gara, violando in definitiva la par condicio tra i contraenti ed il principio costituzionale di buon andamento (economia procedimentale)

Parte I - Punto 5 - Le singole cause di esclusione

In relazione all'elenco esemplificativo delle ipotesi di esclusione compatibili con l'art. 46, comma 1-bis del D.Lgs. 163/2006, si segnalano le seguenti ulteriori ipotesi:

- Mancato possesso dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e/o tecnico-organizzativi indicati dal bando. In considerazione della non palese riconducibilità alle previsioni contenute nel predetto comma 1-bis dell'esclusione di concorrenti per difetto dei requisiti di partecipazione di natura economico-finanziaria o tecnico-organizzativa – tenuto conto delle condivisibili considerazioni contenute al punto 3 del Documento di consultazione – si propone di rendere esplicita la prescrizione dell'esclusione per tale fattispecie.
- Offerte incomplete e/o condizionate o comunque contenenti modifiche o riserve alle condizioni poste a base di gara. Si tratta di una fattispecie – purtroppo non pacificamente riconducibile alle previsioni di cui al comma 1-bis – che ricorre talora nell'esperienza dell'attività negoziale. Se l'incompletezza dell'offerta sembra più facilmente riconducibile alla fattispecie dell'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, la presenza nella stessa di modifiche o riserve alle condizioni poste a base di gara non comporta direttamente un'incertezza quanto piuttosto la sua non confrontabilità con quelle degli altri concorrenti: per tale ragione si propone che la previsione dell'esclusione venga resa esplicita nei bandi tipo.
- Violazione dei termini per la presentazione delle domande di partecipazione. Mentre si condivide quanto indicato al punto 5.4 del Documento di consultazione in ordine all'irricevibilità delle offerte tardive, si osserva che la stessa previsione dovrebbe essere resa esplicita in relazione alle domande di partecipazione, in quanto – come detto in tale Documento – “il Codice non disciplina espressamente le conseguenze del mancato rispetto del termine di ricezione” non solo delle offerte ma anche delle candidature.
- Offerta non corredata dalla cauzione provvisoria nella misura e con le modalità indicate nella documentazione di gara. Mentre si condivide quanto indicato nel Documento di consultazione in ordine alla fattispecie della mancata costituzione della cauzione provvisoria per i cd. settori speciali, si osserva al riguardo quanto segue:

Sarebbe opportuno che nei bandi tipo risultasse esplicitamente sanzionata la mancata costituzione della cauzione nella misura e con le modalità indicate nel bando, in tal modo ricomprendendo nella causa di esclusione anche la mancata autentica notarile, sulla traccia di quanto affermato dal Consiglio di Stato nella Sentenza 3365/2011.

Per quanto riguarda in specifico i cd. settori speciali, sarebbe preferibile prevedere – ai sensi dell’art. 206, comma 3 – il rinvio al solo comma 1 dell’art. 75, al fine di non vincolare obbligatoriamente tali settori alla previsione di cui al comma 7, che ad oggi non sono tenuti ad applicare.

- Difetto di separazione fisica dell’offerta economica dall’offerta tecnica e dal resto della documentazione amministrativa. Costituisce, infatti, principio giurisprudenziale consolidato la regola della separazione fisica dell’offerta economica dall’offerta tecnica e dal resto della documentazione amministrativa. Il principio persegue lo scopo di garantire un ordinato svolgimento della gara e di salvaguardare l’esigenza di obiettività e di imparzialità nella disamina dei requisiti di partecipazione, dei relativi documenti probatori e dei contenuti tecnici della prestazione offerta, imponendo al contempo di compiere le verifiche documentali e gli apprezzamenti tecnici in una fase antecedente a quella in cui si conoscerà l’ammontare delle offerte economiche (cfr. ex ceteris Cons. Stato, Sez. VI, n.1935/2001; Cons. Stato, Sez. V, n. 196/2007; TAR Lombardia, Brescia, n. 555/2005; AVCP Del. n. 31/2009). Risultano improntati a tale principio gli articoli 120 e 283 del D.P.R. 207/2010.

In questo caso la forma procedurale garantisce trasparenza, imparzialità e segretezza delle offerte in quanto le valutazioni discrezionali relative alla verifica dei requisiti e alla valutazione dell’offerta tecnica vengono effettuate senza condizionamenti dovuti alla anticipata conoscenza della componente economica.

Tra le varie ipotesi che realizzavano in pratica il difetto di separazione fisica predetto si ricordano, a titolo esemplificativo: la mancata separazione dei documenti all’interno del plico in buste chiuse, come prescritto dal bando; la mancata apposizione sulle buste predette di idonea dicitura, che consenta di distinguere il relativo contenuto (anche quando viene adottato il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso); l’inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti che non sono contenuti nella busta dedicata all’offerta economica.

Parte II – Le modifiche all’art. 38 del Codice

- Art. 38, comma 1, lettere b) e c). In relazione a quanto contenuto nel Documento di consultazione in ordine al comma 1, lettere b) e c) dell’art. 38, si osserva quanto segue.

- Socio persona fisica. Dal punto di vista delle stazioni appaltanti – al fine di non appesantire ulteriormente le incombenze amministrative connesse ad ogni gara ed evitare l’insorgere di nuovo contenzioso – risulterebbe preferibile che venisse estesa in via interpretativa la specificazione “persona fisica” anche al socio di maggioranza nelle società con meno di quattro soci: infatti, qualora la verifica della sussistenza delle cause ostative di cui alle lettere b) e c) venisse estesa anche ai soci “persona giuridica”, si tratterebbe di individuare, nell’ambito di tali persone giuridiche, i soggetti “persone fisiche” in relazione ai quali effettuare le verifiche. Considerato il contenzioso che è scaturito in ordine all’individuazione dei soggetti rilevanti – nell’ambito delle società concorrenti – ai fini della sussistenza delle cause ostative in parola, malgrado tali soggetti siano elencati nella norma, sembra prevedibile un contenzioso ancora maggiore ove la verifica debba riguardare soggetti che – nel caso dei soci di maggioranza “persone giuridiche” – il legislatore non ha individuato.

Il luogo deputato a tale precisazione sembrerebbe essere proprio quello della predisposizione dei bandi-tipo da parte dell'AVCP, in quanto si tratterebbe di chiarire i casi in cui opera la causa (tassativa) di esclusione.

- Effetti della mancata presentazione della dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lettere b) e c) da parte di soggetti che risultano obbligati. Mentre si concorda con quanto indicato nel Documento di consultazione in ordine agli effetti derivanti – dopo la modifica del comma 2 dell'art. 38 – dall'omissione, da parte di un concorrente, dell'indicazione di una sentenza di condanna, nel Documento non sono contenute indicazioni in ordine agli effetti della mancata produzione in toto di una dichiarazione ritenuta necessaria. Sarebbe opportuno fornire al riguardo una risposta chiara ai seguenti quesiti: tale mancanza, frequentemente ricorrente nella pratica operativa delle stazioni appaltanti, comporta l'esclusione dalla gara? O va, invece, applicato il cd. soccorso istruttorio e risulta dunque sanabile il difetto di produzione documentale ove, in termini sostanziali, risulti che, malgrado la mancata dichiarazione, non sussistono cause ostative?

Al riguardo, una recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III (n. 4323 del 15 luglio 2011), pur senza alcun riferimento alle novità introdotte dal D.L. 70/2011, ha ritenuto irrilevante la mancata previsione di un'espressa clausola di esclusione per l'ipotesi di documentazione mancante, in quanto “è lo stesso art. 38 del codice dei contratti a disporre l'esclusione dalle gare per i soggetti che (comma 2) non abbiano attestato il possesso dei richiesti requisiti con la prescritta dichiarazione sostitutiva (resa con le modalità di cui al DPR n. 445/2000).” (Nel caso esaminato dalla Sentenza, la mancata dichiarazione riguardava gli amministratori di una società incorporata dalla concorrente e, malgrado gli stessi non avessero riportato condanne, è stato ritenuto che l'offerta dovesse essere esclusa).

E' chiaro che se tale orientamento venisse confermato, risulterebbe in parte vanificato l'approccio di tipo sostanzialistico sotteso all'introduzione dell'art. 46, comma 1-bis: infatti è noto quanto spesso l'esclusione dalle gare e il relativo contenzioso dipendono dalla mancata dichiarazione di un soggetto obbligato.

Nell'elenco delle singole cause di esclusione, contenuto al punto 5 del Documento di consultazione, la formulazione relativa all'art. 38 è la seguente: “soggetti che versano in una delle situazioni di esclusione previste dall'art. 38 del Codice”: tale formulazione risulta positivamente improntata appunto ad un approccio sostanzialistico. Sarebbe auspicabile che tale approccio venisse ribadito dall'AVCP con esplicito riferimento alle mere mancanze documentali, ancorché riguardanti i requisiti di ordine generale, al fine di ridurre il contenzioso.