

Consiglio di Stato. Candidature

Tassativi i motivi di esclusione da gare pubbliche

SOCCORSO ISTRUTTORIO

La stazione appaltante ha il dovere di consentire la sanatoria delle dichiarazioni incomplete o irregolari

Marcello Clarich

■ Ancora una volta il Consiglio di Stato cerca di far chiarezza su questioni controverse in tema di **appalti pubblici** e cioè sui vizi formali e sull'ordine di esame da parte del giudice dei ricorsi proposti dalle parti (Consiglio di Stato, adunanza plenaria 23/2013).

Il caso è uno dei più tipici. L'Autorità portuale di Napoli esclude dalla gara per la concessione in uso di uno specchio d'acqua del porto una ditta perché nelle buste con l'offerta mancava la fotocopia del documento di identità del legale rappresentante. L'impresa, prima nella graduatoria, ritiene irrilevante questo vizio e presenta ricorso al Tar Campania. La seconda in graduatoria propone ricorso incidentale perché la ricorrente doveva essere esclusa anche per un'altra ragione.

In sede di appello contro la sentenza del Tar che ha respinto il ricorso principale, l'Adunanza plenaria fa anzitutto il punto su una novità del Codice dei contratti pubblici: la tassatività delle cause di esclusione (articolo 46, comma 1-bis). La norma restringe i vizi formali rilevanti a un elenco di casi: le clausole dei bandi che ne aggiungono altri sono nulle. Ciò per evitare che siano escluse offerte competitive per qualità e prezzo. Inoltre la sentenza illustra il principio del "soccorso istruttorio", cioè il dovere

della stazione appaltante di consentire la sanatoria delle offerte irregolari. Per i requisiti previsti a pena di esclusione è possibile solo la regolarizzazione di dichiarazioni o documenti già presentati, ma non la produzione di nuovi documenti per completare l'offerta. Ciò violerebbe infatti il principio della parità tra concorrenti.

Il secondo tema riguarda i rapporti tra ricorso principale, proposto nel caso di specie dalla ditta esclusa, e ricorso incidentale del controinteressato, cioè nel caso di specie il secondo classificato. Qui la sentenza procede in modo acrobatico: non smentire un proprio precedente (Consiglio di Stato, adunanze plenarie n. 4/2011) e conformarsi all'orientamento difforme della Corte di Giustizia dell'Unione europea (sentenza Fastweb del 4 luglio 2013, C-100/12).

Il Consiglio di Stato aveva stabilito infatti che il ricorso incidentale deve essere esaminato sempre per primo e, se accolto, determina l'inammissibilità del ricorso principale, salvaguardando così l'aggiudicazione. Per Corte di Giustizia invece deve essere esaminato anche il ricorso principale, così da tutelare l'interesse alla regolarità complessiva della gara anche a costo di azzerarla del tutto. Il Consiglio di Stato prospetta ora una distinzione tra fasi interne della procedura e vizi simmetrici rilevati in ciascuna di esse. Il principio della Corte di giustizia si così applica così solo se i vizi dedotti in modo incrociato afferiscono alla stessa fase. Una soluzione sofisticata che ritornerà prima o poi al vaglio della corte europea.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

