

Consiglio di Stato, Sez. III, 9/5/2014 n. 2376

Sul c.d. "potere di soccorso" della stazione appaltante, ex art. 46, c.1, del d. lgs. 163/2006 (fattispecie inerente una procedura di gara per l'individuazione dell'affidatario della sede farmaceutica di nuova istituzione).

L'art. 46, c. 1, del d. lgs. 163/2006 (codice dei contratti), disciplina il c.d. "potere di soccorso" della stazione appaltante consentendo, nei limiti previsti dagli artt. da 38 a 45, se necessario, che i concorrenti siano invitati a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, riguardanti i requisiti generali per l'ammissione a gara. Essa rappresenta un'espressione, nel settore delle gare pubbliche, del più generale principio di cui all'art. 6, c.1, lett. b), l. n. 241 del 1990, secondo cui il responsabile del procedimento adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria e può chiedere "il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete...". Il principio soddisfa la primaria esigenza di consentire la massima partecipazione alla selezione, consentendo di correggere l'eccessivo rigore delle forme insito nella logica "della caccia all'errore" e di eliminare quelle situazioni di esclusioni dalle gare anche per violazioni puramente formali.

Nelle procedure di gara il "potere di soccorso", sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti, ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti, non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali.

L'omessa dichiarazione della sussistenza o meno della causa di impedimento di cui all'art. 13 della l. n. 475 del 1968, che concerne l'incompatibilità con il pubblico impiego dell'attività di propagandista di medicinali, nonché della causa interdittiva di cui all'art. 12 della stessa legge, per aver ceduto la titolarità di altra farmacia da almeno dieci anni, sono cause di esclusione essendo insito nelle citate previsioni di legge il carattere cogente dei divieti discendenti dalle norme. Tuttavia, l'omessa dichiarazione non è sanzionata, nel caso di specie, dalla clausola del bando con l'espressa comminatoria di esclusione; ne consegue che, secondo principi consolidati in giurisprudenza sulle conseguenze della non offensività delle omesse dichiarazioni in tema di requisiti generali di partecipazione alle gare, la stazione appaltante era tenuta ad esercitare il potere di soccorso nei confronti dei concorrenti, ammettendoli a fornire la dichiarazione mancante, in quanto gli stessi potevano essere esclusi solo in difetto del requisito sostanziale, ovvero se non avessero reso, nel termine indicato dalla stazione appaltante, l'integrazione della dichiarazione mancante. La stazione appaltante, dunque, ha correttamente accertato in concreto la posizione degli interessati, richiedendo il completamento della documentazione e ne ha disposto la riammissione in gara.

Materia: appalti / disciplina

N. 02376/2014REG.PROV.COLL.

N. 04261/2013 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)  
ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4261 del 2013, proposto da:

Francesca Signori, rappresentata e difesa dagli avv. Laura Giordani, Bruno Riccardo Nicoloso e Sergio Dal Prà, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Laura Giordani in Roma, via Giuseppe Avezzana, n. 51;

contro

Comune di Ponte di Piave, in persona del Sindaco pro-tempore;

nei confronti di

Leopoldo Moretto e Giovanni Battista Moretto, rappresentati e difesi dagli avv. Alfiero Farinea e Alessio Petretti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessio Petretti in Roma, via degli Scipioni, n. 268/A;

Stefano Di Lorenzo, non costituito;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA, SEZIONE I, n. 497/2013, resa tra le parti, concernente bando di gara per l'individuazione dell'affidatario della sede farmaceutica comunale di nuova istituzione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Leopoldo Moretto e di Giovanni Battista Moretto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2014 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Giordani e Santarelli su delega di Petretti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

1. - La dott.ssa Francesca Signori ha adito il T.A.R. Veneto per chiedere l'annullamento degli atti inerenti la procedura aperta, indetta dal Comune di Ponte di Piave in data 14.02.2012, "per l'individuazione del concessionario del servizio farmaceutico nella terza sede farmaceutica, rurale, di nuova istituzione di Levada, Busco, San Nicolò", da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Essendosi classificata al terzo posto della graduatoria di merito, dopo il dott. Stefano Di Lorenzo (secondo posto) e i dott.ri Leopoldo e Giovanni Battista Moretto, quale r.t.i. non ancora costituito (primo posto), denunciava l'illegittima ammissione a gara dei primi due graduati, ai quali la Commissione esaminatrice avrebbe illegittimamente concesso di integrare le rispettive domande, nella parte relativa alle dichiarazioni sul possesso dei prescritti requisiti di partecipazione e all'assunzione di alcuni impegni da adempiere in caso di aggiudicazione.

Proponeva, quindi, le seguenti censure:

I. Violazione del bando di gara; violazione dell'art. 17 della legge n. 68 del 1999 e violazione dell'art. 46, comma 1-bis, del d. lgs. 163 del 2006.

I dott.ri Di Lorenzo e Moretto avrebbero dovuto essere esclusi dalla procedura di gara per aver ommesso di riportare una dichiarazione costituente elemento essenziale della domanda di partecipazione.

II. Violazione dell'art. 46, comma 1, del d. lgs. 163 del 2006; violazione della par condicio.

Il dott. Di Lorenzo avrebbe illegittimamente corretto in corso di gara la propria domanda di partecipazione, mediante una ulteriore dichiarazione ove attesta di non essere assoggettato agli obblighi di assunzione obbligatoria di cui alla legge n. 68/1999.

III. Illegittimità del bando per violazione dell'art. 17 della legge n. 68/1999.

Nel caso in cui il bando dovesse essere interpretato nel senso che l'omissione o l'erroneità della dichiarazione prevista dall'art. 17 della legge n. 68/1999 non determinano l'automatica estromissione dell'offerta per la mancanza di una espressa clausola di esclusione, il bando medesimo sarebbe illegittimo perché in contrasto con la prescrizione di cui al richiamato art. 17 che sanziona tale condotta con l'esclusione dalla gara.

IV. Violazione dell'art. 46, comma 1-bis, del d. lgs. 163/2006; violazione dell'art. 46, comma 1, del d. lgs. 163/2006.

La Commissione esaminatrice avrebbe dovuto escludere i dott.ri Moretto per non aver presentato delle dichiarazioni costituenti elemento essenziale della domanda di partecipazione e per incertezza assoluta del contenuto dell'offerta.

V. Violazione dell'art. 46, comma 1-bis, del d. lgs. 163/2006; violazione dell'art. 46, comma 1, del d. lgs. 163/2006, violazione del bando di gara; violazione della par condicio.

La Commissione esaminatrice avrebbe dovuto escludere il dott. Di Lorenzo per incertezza assoluta del contenuto della sua offerta o, comunque, attribuirgli un punteggio inferiore a quello ottenuto e non invece consentire la modifica dell'offerta tecnica dopo la conoscenza della stessa.

2. - Con la sentenza in epigrafe, il TAR ha rigettato il ricorso rilevando che nel ricorso introduttivo del giudizio la ricorrente non ha formulato alcuna censura in ordine alla decisione della Commissione esaminatrice di consentire la regolarizzazione della dichiarazione di cui all'art. 17 della suddetta legge 68/1999, sicché per tale ragione essa deve ritenersi ritualmente effettuata conformemente a quanto richiesto dall'art. 14 del bando di gara.

Sotto altro profilo, la mancanza di chiarezza delle prescrizioni del bando dovuta, in particolare, all'ambiguità della locuzione "oppure" di cui all' art. 14 della lex specialis di gara, ha ingenerato nei concorrenti un'incolpevole affidamento circa il significato da attribuire alle dichiarazioni ad essi richieste, dalla quale non può certamente discendere alcuna conseguenza sfavorevole nei loro confronti né, tantomeno, la prospettata esclusione dalla procedura di gara.

Per le stesse ragioni non sarebbe illegittima la decisione della Commissione di gara di consentire al dott. Di Lorenzo di correggere la propria domanda di partecipazione, mediante una ulteriore dichiarazione ove attesta di non essere assoggettato agli obblighi di assunzione obbligatoria di cui alla legge 68/1999.

Il primo giudice ha escluso attendosi di un caso palese di offerta incerta. L'integrazione ammessa ha determinato la modifica sostanziale dell'offerta tecnica.

Pertanto, all'offerta del Dott. Di Lorenzo avrebbe dovuto essere attribuito un punteggio per i soli elementi dell'offerta conformi alle previsioni del bando ( 0 punti e non 10).

4. - Si sono costituiti in giudizio i dott.ri Moretto chiedendo il rigetto dell'appello.

5. - All'udienza del 30 gennaio 2014, la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. - L'appello è infondato.

2. - Infondato è il motivo col quale si lamenta l'omessa pronuncia sulla circostanza decisiva della non ammissibilità a gara dei primi due graduati per aver reso entrambe le dichiarazioni ex art. 17 l. n. 68/1999, tra loro dal contenuto contraddittorio, il che dovrebbe equivalere ad omessa dichiarazione. Afferma l'appellante che, secondo l'ordine logico delle questioni, prima di pronunciarsi sulla legittimità del soccorso, ex art. 46, comma 1, del codice dei contratti, il primo giudice avrebbe dovuto pronunciarsi sulla legittimità o meno della mancata esclusione dei candidati.

Invece, il giudice di primo grado ha ritenuto che la dichiarazione ex art. 17 della l. n. 68/1999 fosse stata, comunque, resa dai dott.ri Moretto, sia pure a seguito della decisione della Commissione di ammettere la regolarizzazione, e limitandosi al rilievo meramente formale della mancata articolazione di un motivo specifico di censura non si è pronunciato sulla questione.

A tal proposito, l'appellante richiama la giurisprudenza di questo Consiglio, secondo cui la mancata dichiarazione del legale rappresentante concernente l'osservanza delle norme che riguardano il diritto al lavoro dei disabili integra una causa di esclusione per forza cogente derivante dalla legge.

Ribadisce che il dovere di escludere le offerte dei dott.ri Moretto e Di Lorenzo impediva alla Commissione di esercitare il potere di soccorso che ha consentito loro di rimediare al vizio che ne imponeva, invece, l'esclusione.

2.1. - Osserva il Collegio che la comminatoria di esclusione per le imprese che non dichiarino preventivamente di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili concerne, per l'appunto, i casi di dichiarazione mancante e non di dichiarazione equivoca, poco chiara o erronea, come nella fattispecie.

In tali casi, non può ritenersi "mancante" la dichiarazione, residuando solo margini di dubbio all'interprete circa l'effettiva volontà del dichiarante, come nel caso in esame in cui i concorrenti hanno barrato le due opzioni possibili in relazione all'art. 17 della l. n. 68/1999.

Se è stata resa una dichiarazione dal tenore dubbio o contraddittorio, deve ritenersi consentito alla Commissione richiedere l'intervento chiarificatore del concorrente in relazione a quanto dichiarato. Ciò in ossequio al disposto dell'art. 46, comma 1, del codice dei contratti, che disciplina il c.d. "potere di soccorso" della stazione appaltante, la cui estensione è stata oggetto della recente pronuncia dell'A.P. n. 9 del 25.2.2014.

La norma consente, nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, se necessario, che i concorrenti siano invitati a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, riguardanti i requisiti generali per l'ammissione a gara.

Essa rappresenta un'espressione, nel settore delle gare pubbliche, del più generale principio di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241 del 1990, secondo cui il responsabile del procedimento adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria e può chiedere "il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete...". Il principio soddisfa la primaria

esigenza di consentire la massima partecipazione alla selezione, consentendo di correggere l'eccessivo rigore delle forme insito nella logica "della caccia all'errore" e di eliminare quelle situazioni di esclusioni dalle gare anche per violazioni puramente formali.

Come chiarito dall'Adunanza Plenaria, nelle procedure di gara il "potere di soccorso", sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti, ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti, non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali.

Nella vicenda in esame, pertanto, era dovere della Commissione esercitare il potere di soccorso a chiarimento o rettifica dell'errore contenuto nella dichiarazione già resa dai Dott.ri Moretto e dal dott. Di Lorenzo.

3.- Con il secondo motivo l'appellante denuncia la violazione ed erronea applicazione dell'art. 17 della l. n. 68/1999, qualora la lex di gara dovesse interpretarsi in contrasto col divieto di cui alla norma citata. Ritiene il Collegio che correttamente il primo giudice ha ritenuto l'infondatezza della doglianza, rilevando che la regolarizzazione delle dichiarazioni rese è avvenuta sulla base dei principi di conservazione degli atti, sostanzialmente recepiti nella ratio dell'art. 46, comma 1, del codice dei contratti e, pertanto, senza violazione alcuna dell'art. 17 della l. n. 68/1999, il cui precetto rimane fermo, ma troverebbe applicazione solo nell'ipotesi di "dichiarazione mancante", che non ricorre nella fattispecie.

4.- Col terzo motivo l'appellante critica la decisione del TAR, che muovendo da presupposti erronei accomuna il quarto ed il quinto motivo di censura.

4.1. - Sul quarto motivo, ribadisce che l'offerta dei Dott.ri Moretto andava esclusa perché priva di alcune dichiarazioni sui requisiti generali, nonché sull'assunzione vincolante di impegni futuri, e che non ne poteva essere consentita la regolarizzazione, pena la violazione della par condicio.

Infondata sarebbe, secondo l'appellante, anche la tesi del primo giudice secondo cui il bando avrebbe contenuto prescrizioni "ambigue ed equivoche".

La censura non può essere condivisa.

Le dichiarazioni mancanti vengono raggruppate dalla ricorrente in due gruppi:

a) relative ad "elementi essenziali della domanda, in quanto rilevanti ai fini della partecipazione" e precisamente: "- di non essersi avvalso dei piani individuali di emersione di cui alla legge n. 383/2001 oppure di essersi avvalso di piani di emersione ...ma che il periodo si è concluso; - che nei propri confronti non ricorrono le cause di impedimento di cui all'art. 13 della l. 475 del 1968 oppure l'impegno a dimettersi dal precedente impiego e/o incarico all'atto della stipula del contratto col Comune di Ponte di Piave; - di non trovarsi in una delle cause interdittive di cui all'art. 12 della l. 475 del 1968 per aver ceduto la titolarità della farmacia da meno di dieci anni, etc.)";

b) relative a "elementi essenziali dell'offerta", in quanto riguardanti gli impegni del futuro contraente e le relative garanzie (precisamente: "-di aver preso visione e di accettare in modo pieno ed incondizionato tutte le clausole del presente bando e dei relativi allegati; - di impegnarsi a redigere, nel caso in cui risultasse aggiudicatario, la Carta dei Servizi, nel rispetto degli standards minimi di qualità e

quantità delle prestazioni richieste ed offerte nella presente procedura e della tempistica indicata; - di aver reperito una sede che verrà resa idonea ad ottenere le necessarie autorizzazioni all'apertura della Farmacia di nuova istituzione e di avere la disponibilità o la promessa di disponibilità rilasciata dal proprietario dei locali per la durata minima ex lege; - di impegnarsi ad effettuare a proprio carico tutti gli interventi anche strutturali necessari per conseguire le autorizzazioni comunali, etc.”).

4.2. - Innanzitutto, va osservato che la mancanza delle dichiarazioni è stata attribuita dal primo giudice alla poca chiarezza nel contenuto del bando, che ha ingenerato confusione e affidamento incolpevole dei concorrenti sul fatto che le dichiarazioni fossero strettamente necessarie, in quanto presentate come alterative ad altra dichiarazione, preceduta dalla locuzione "oppure", prevista dallo stesso punto (relativo ai Farmacisti), di cui all'art. 14 del bando.

4.3. - Tale valutazione circa l'idoneità delle espressioni usate nella compilazione del bando e del modulo ad ingenerare confusione o equivoci non è convincente.

Invero, le espressioni usate dall'art. 14 del bando per elencare le dichiarazioni richieste, alternate con l'uso della locuzione "oppure", che secondo il primo giudice sarebbero state foriere di ingenerare confusione e dubbie interpretazioni, non riguardano nessuna delle specifiche dichiarazioni omesse dai dott.ri Moretto.

Inoltre, il punto 3 dell'art. 14 del bando, che espressamente concerne la partecipazione dei Raggruppamenti, rimanda alle dichiarazioni previste "al punto relativo ai farmacisti, per le parti di competenza" e tra queste erano senz'altro incluse quelle dichiarazioni che i dott.ri Moretto hanno omesso.

4.4. - Occorre allora accertare se si tratta di dichiarazioni richieste espressamente "a pena di esclusione" dalla lex di gara, che rientrino nel novero delle tassative ipotesi di esclusione previste dal codice degli appalti, da norme di legge o regolamento; oppure se si tratti di omissioni che rientrino tra le cause di esclusione che sebbene non espressamente comminate, riguardino adempimenti imposti in modo imperativo da norme di legge o regolamento, oppure integrino una delle ipotesi tassative ulteriori di cui all'art. 46, comma 1 bis, codice dei contratti (in particolare, per quanto qui rileva, l'ipotesi di "incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, per difetto di elementi essenziali").

Come ribadito dalla recente Adunanza Plenaria n. 9 del 24.2.2014, "la nuova disposizione (art. 46 codice contratti, quale risultante dalla novella introdotta dall'art. 4, co. 2, lett. d), d.l. n. 70 del 2011) deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del numerus clausus.

Questa interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione è stata espressamente affermata dall'Adunanza Plenaria nel senso della non necessità, ai sensi dell'art. 46, comma 1bis, codice dei contratti pubblici, che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge, allorché sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara (cfr. sentenze 16 ottobre 2013, n. 23 e, in particolare, 7 giugno 2012, n. 21). Afferma l'adunanza Plenaria che "la cogenza delle cause legali di esclusione svela il carattere non solo formale del principio di tassatività - ovvero il suo atteggiarsi a enunciato esplicito della medesima causa di esclusione - ma anche e soprattutto la sua indole sostanziale: la riforma del 2011, infatti, ha inteso selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco, a quel punto imponendole, del tutto logicamente, come inderogabili non solo al concorrente ma anche alla stazione appaltante."

Ne consegue che al di fuori di ipotesi normative di esclusione, nei casi in cui la legge di gara, in violazione del principio di tassatività, introduca cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque inapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice.

4.5. - Esaminando la lex di gara, va osservato che l'art. 14 del bando, intitolato "domanda di partecipazione", prescrive ai concorrenti di presentare, nei termini e con le modalità previste, la domanda di partecipazione contenente quanto indicato dallo stesso articolo, senza comminare espressamente l'esclusione in caso di omissione.

Tra le dichiarazioni vi sono ricomprese quelle di cui all'art. 38 codice degli appalti, ex lege assistite dalla prescrizione di esclusione dalla gara del soggetto che manchi di uno dei requisiti elencati dalla norma (in materia è ormai acquisita la regola, dopo le sentenze dell' Adunanza Plenaria n. 10 del 4 maggio 2012, n. 21 del 7 giugno 2012 e n. 23 del 16.10.2013, che la mancanza in concreto del requisito, e non della sola dichiarazione, costituisce causa di esclusione).

Tuttavia, le dichiarazioni mancanti dei dott.ri Moretto non rientrano tra le previsioni dell'art. 38 codice appalti.

Neppure altra norma del bando contempla espressamente la clausola di esclusione per l'omissione di quelle specifiche dichiarazioni non rese.

Sicuramente, difatti, tali dichiarazioni non rientrano nella previsione dell'art. 6 del bando ("requisiti di ordine generale") che ammette a partecipare alla gara i soggetti di cui all'art. 5 (farmacisti, singoli e associati, imprese e società, raggruppamenti temporanei costituiti o non ancora costituiti) "che non si trovino nelle condizioni di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs 163/2006 e in possesso dei requisiti minimi indicati negli articoli che seguono" .

Gli articoli che seguono, l'art. 7 (requisiti patrimoniali) e l'art. 8 (requisiti professionali) si riferiscono, infatti, rispettivamente, alla dimostrazione della capacità economico-finanziaria e all'assunzione di impegno a nominare, in caso di aggiudicazione, il Direttore della Farmacia, che va immediatamente designato e su cui grava il divieto di partecipare alla stessa procedura sotto altra forma.

A conferma, l'art. 17 del bando dichiara che sono da considerare inammissibili le offerte presentate da soggetti che non rientrano nelle categorie indicate dall'art. 5 o presentate oltre il termine o in forma e luogo diverso da quelli indicati e, infine, prive dei requisiti di ordine generale, patrimoniale e professionale di cui agli artt. 6, 7 e 8.

Escluso che la prescrizione dell'art. 14 del bando, nella parte violata dai dott.ri Moretto, sia assistita dalla clausola espressa di esclusione, occorre accertare se ricorrono cause legali di esclusione discendenti da "adempimenti doverosi" o "norme di divieto" e, nell'ipotesi affermativa, se la mancata dichiarazione sia idonea a determinare l'esclusione dalla gara.

Dall'analisi delle singole dichiarazioni omesse emerge che:

A)- la richiesta dichiarazione di non aver utilizzato o portato a conclusione i piani di emersione, di cui alla l. 383/2001, a fini di regolarizzazione fiscale e previdenziale dell'utilizzo di lavoro irregolare, risponde all'esigenza di verifica dell'insussistenza della espressa causa di esclusione prevista dall'art. 1 bis, comma 14, della l. n. 383/2001, che sancisce l'esclusione dalle gare di appalto fino alla conclusione del periodo di emersione.

B) L'omessa dichiarazione della sussistenza o meno della causa di impedimento di cui all'art. 13 della l. n. 475 del 1968, che concerne l'incompatibilità con il pubblico impiego dell'attività di propagandista di medicinali, nonché della causa interdittiva di cui all'art. 12 della stessa legge, per aver ceduto la titolarità di altra farmacia da almeno dieci anni, sono cause di esclusione, secondo la lettura dell'art. 46, comma 1 bis, fatta dall'A.P. n. 9/2014, essendo insito nelle citate previsioni di legge il carattere cogente dei divieti discendenti dalle norme.

Tuttavia, l'omessa dichiarazione non è sanzionata dalla clausola del bando con l'espressa comminatoria di esclusione; ne consegue che, secondo principi consolidati in giurisprudenza sulle conseguenze della non offensività delle omesse dichiarazioni in tema di requisiti generali di partecipazione alle gare, la stazione appaltante era tenuta ad esercitare il potere di soccorso nei confronti dei concorrenti, ammettendoli a fornire la dichiarazione mancante, in quanto gli stessi potevano essere esclusi solo in

difetto del requisito sostanziale, ovvero se non avessero reso, nel termine indicato dalla stazione appaltante, l'integrazione della dichiarazione mancante (cfr. A.P. 7 giugno 2012 n. 21).

La stazione appaltante, ad avviso del Collegio, dunque, ha correttamente accertato in concreto la posizione degli interessati, richiedendo il completamento della documentazione e ne ha disposto la riammissione in gara (cfr. verbale del 3 maggio 2012).

4.6. - Con riguardo all'altro gruppo di dichiarazioni mancanti va rilevato che attengono alla fase esecutiva del rapporto contrattuale e non incidono sulla completezza dell'offerta. Inoltre, va precisato che sono state rese nell'ambito di altra documentazione di gara:

1) la dichiarazione di impegnarsi a redigere, nel caso in cui risultasse aggiudicatario, la Carta dei Servizi, nel rispetto degli standards minimi di qualità e quantità delle prestazioni richieste ed offerte nella procedura e della tempistica indicata è contenuta a pag. 17 dell'offerta tecnica;

2) la dichiarazione di aver reperito una sede che verrà resa idonea ad ottenere le necessarie autorizzazioni all'apertura della Farmacia e di impegnarsi ad effettuare a proprio carico gli interventi strutturali eventualmente necessari, risulta contenuta ai punti 1) e 2) della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà contenuta nella busta B) come richiesto dal bando (art. 16);

3) infine, la dichiarazione di aver preso visione e di accettare in modo pieno e incondizionato tutte le clausole del bando e dei relativi allegati, non può considerarsi, per il suo tenore generico e di generale clausola di salvaguardia della stazione appaltante, come elemento la cui omissione determina "incertezza assoluta dell'offerta" e causa di esclusione dalla gara.

4.7. - Con riguardo all'ultimo motivo di appello, su cui, secondo l'appellante, il primo giudice non si sarebbe pronunciato, avendo accomunato il V motivo del ricorso introduttivo al IV, l'appellante ribadisce che la Commissione avrebbe dovuto escludere il dott. Di Lorenzo per incertezza circa l'impegno ad assumere unità operative.

L'offerta avrebbe dovuto considerarsi condizionata e l'integrazione ammessa avrebbe determinato la modifica sostanziale dell'offerta tecnica, in quanto l'originario impegno si riferiva all'impiego di un dato numero di unità operative solo in futuro e a certe condizioni ("progressivamente con l'aumento dell'utenza"), mentre l'offerta effettivamente valutata dalla Commissione prevede un impiego immediato e certo di quelle unità "dall'inizio".

Il "favor participationis" non consente qualunque modifica dell'offerta già presentata.

L'omissione di pronuncia sarebbe tanto più grave considerato che nel ricorso introduttivo l'appellante aveva rilevato che la Commissione avrebbe dovuto attribuire il punteggio per i soli elementi conformi alle previsioni del bando e trascurare quelli non coerenti o incerti e, pertanto, avrebbe dovuto attribuire punti 0, anziché 10.

4.8 - Osserva il Collegio che la clausola del bando nella quale è contemplata la dichiarazione concernente il numero di unità previste è l'art. 12, Offerta Tecnica, punto 2) "proposta di gestione della farmacia e profilo qualitativo del servizio". La clausola concerne l'attribuzione del punteggio massimo di 10 punti per il parametro "numero di unità operative".

La decisione della Commissione di chiedere chiarimenti al dott. Di Lorenzo rispetto a quanto dichiarato con l'atto del 30.3.2012, di prevedere l'impiego oltre al Direttore di due farmacisti collaboratori full time e un magazziniere "che verranno però assunti progressivamente con l'aumento dell'utenza", non sembra violare le norme del bando, né la regola della par condicio.

L'art. 12 del bando, infatti, non prescriveva con chiarezza che il punteggio sarebbe stato attribuito solo se il numero di unità "previste" fosse stato assunto sin dall'inizio; pertanto, è corretto che la stazione appaltante abbia chiarito il senso della disposizione del bando, invitando il concorrente a specificare se



intenda impiegare le unità operative dall'inizio della concessione del servizio ( cfr. IV Verbale del 3 maggio 2012).

In accordo al principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria n. 9/2014, "il "soccorso istruttorio" ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento; in tal caso non si sta discutendo della esistenza del requisito ma soltanto di una (consentita) precisazione che non innova e non altera la par condicio e la legalità della gara, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo, da un punto di vista formale, di una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita". L'integrazione, in questo caso, anche se non può ritenersi "formale" in senso stretto, tuttavia, ad avviso del Collegio, deve ritenersi consentita nell'ottica della leale collaborazione, poiché segue ad una precisazione-estrinsecazione del significato della prescrizione di gara, di per sé non evidente, operata dalla Commissione.

5. - In conclusione, l'appello va rigettato.

6. - Le spese di giudizio, in considerazione delle questioni trattate, possono compensarsi tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Michele Corradino, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 09/05/2014

IL SEGRETARIO

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

( da [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it) )