



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 946 DEL 13 settembre 2017

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Tecnosystem Impianti di Bottitta Cataldo e C. s.n.c. – Procedura negoziata ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 per l’affidamento dei lavori di impianti fotovoltaici negli

edifici della scuola elementare e sede municipale– Importo a base di gara: euro 70.703,91 - S.A.: Comune di Gagliano Castelferrato (EN)

PREC 9/17/L

Soccorso istruttorio – dichiarazione sostitutiva incompleta – tardiva rilevazione di ulteriore carenza – rimessione in termini

In caso di avvenuta attivazione del soccorso istruttorio per supplire a carenze della dichiarazione sostitutiva relativa al possesso dei requisiti di carattere generale, la successiva rilevazione da parte della stazione appaltante di una ulteriore e diversa irregolarità della dichiarazione stessa consente di riattivare il soccorso istruttorio al fine di completare il processo di emendamento delle irregolarità formali ai sensi del comma 9 dell’art. 83 d.lgs. n. 50/2016, con rimessione in termini dell’operatore economico.

Art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio

VISTA l’istanza singola prot. n. 175653 del 28 novembre 2016 presentata da Tecnosystem Impianti di Bottitta Cataldo e C. s.n.c., nella quale l’istante ha lamentato la mancata esclusione dalla gara in epigrafe dell’impresa aggiudicataria Arka Costruzioni s.r.l. in considerazione del ricorso in suo favore all’istituto del soccorso istruttorio per due volte: una prima volta per consentire ad Arka Costruzioni di sanare la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di cui all’art. 80 d.lgs. n. 50/2016 rivelatasi mancante di «tutti i comma successivi al comma 1» (verbale di gara del 17 ottobre 2016) e, una seconda volta, per consentire alla stessa impresa di produrre le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui all’art. 80 del direttore tecnico e dei soci dell’impresa ausiliaria (mentre era stata prodotta la dichiarazione relativa ai requisiti di cui all’art. 80 sottoscritta dal solo legale rappresentante dell’impresa ausiliaria) e ciò solo dopo che l’attuale istante ne aveva rilevato la carenza e quindi dopo la scadenza del termine inizialmente fissato per la produzione della prima documentazione integrativa;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento avvenuta in data 14 febbraio 2017 e la mancata partecipazione al contraddittorio sia della stazione appaltante che dell'operatore economico controinteressato Arka Costruzioni s.r.l.;

VISTA la prescrizione del disciplinare che, con riferimento ai requisiti di carattere generale, recita: «i partecipanti devono essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del D.Lgs. 50/2016»;

VISTA la giurisprudenza secondo la quale, nelle gare d'appalto, l'obbligo di dichiarare l'assenza dei "pregiudizi penali" è da considerarsi assolto dal legale rappresentante dell'impresa anche riguardo ai terzi, compresi i soggetti cessati dalla carica, specie quando la legge di gara non richieda la dichiarazione individuale di detti soggetti (v. da ultimo T.A.R. Calabria - Catanzaro Sez. I, Sentenza, 21 luglio 2016, n. 1575 che richiama T.a.r. Lazio - Roma, sez. III quater, n. 6682/2012 e Consiglio di Stato n. 1894 del 2013, Tar Sicilia-Catania, sez. III, 2 febbraio 2017 n. 234);

VISTO il comunicato del Presidente dell'Autorità del 26 ottobre 2016 che, con riferimento alle modalità di dichiarazione dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/20016, precisa che il possesso del requisito di cui al comma 1 dell'art. 80 deve essere dichiarato dal legale rappresentante dell'impresa concorrente e che la dichiarazione deve essere riferita a tutti i soggetti indicati ai commi 2 e 3 dell'art. 80, senza prevedere l'indicazione del nominativo dei singoli soggetti; nominativo che viene richiesto dalla stazione appaltante solo al momento della verifica delle dichiarazioni rese, ciò al fine di perseguire la semplificazione delle procedure di gara e la riduzione degli oneri amministrativi connessi allo svolgimento delle stesse;

CONSIDERATO, pertanto, che l'autocertificazione sottoscritta dal legale rappresentante dell'ausiliaria (non acquisita agli atti del presente procedimento) potrebbe essere satisfattiva della prova dei requisiti generali dell'ausiliaria se riferita, anche solo genericamente, ai soggetti di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 80;

RITENUTO che, in ogni caso, l'eventuale carenza dell'autocertificazione sottoscritta dal legale rappresentante dell'ausiliaria è sanabile tramite il soccorso istruttorio;

CONSIDERATO che, nel caso in esame, il soccorso istruttorio già attivato nel corso della fase di verifica della documentazione amministrativa, non è stato completo poiché non ha consentito ad Arka Costruzioni di sanare tutte le irregolarità emendabili ai sensi del comma 9 dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, visto che la mancanza delle dichiarazioni del direttore tecnico e dei soci della



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

società ausiliaria è stata portata all'attenzione della stazione appaltante da parte dell'impresa odierna istante solo in un momento successivo;

TENUTO CONTO delle considerazioni espresse dal Consiglio di Stato, sez. III, nella pronuncia n. 975 del 2 marzo 2017 dove, con riferimento al soccorso istruttorio c.d. "processuale", ovvero esperibile in giudizio dopo l'aggiudicazione della gara - ribadito che «La disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario. In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili» - ha ritenuto che «la scelta sostanzialistica del legislatore, diretta ad impedire l'esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è prova del possesso del requisito, deve applicarsi anche quando l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione (non essendone avveduta la stazione appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento» e che «La successiva correzione, o integrazione documentale della dichiarazione non viola affatto il principio della par condicio tra i concorrenti, in quanto essa mira ad attestare, correttamente, l'esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l'obbligatorio procedimento di soccorso istruttorio»;

CONSIDERATO che l'applicazione dei richiamati principi (volti a scongiurare la sostanziale disapplicazione della disciplina introdotta dal legislatore per evitare le esclusioni dalle gare per motivi meramente formali) al caso in esame conduce a ritenere che la mancata tempestiva rilevazione da parte della stazione appaltante della irregolarità della dichiarazione dell'ausiliaria consenta alla stazione appaltante stessa di riattivare il soccorso istruttorio per la produzione di dette dichiarazioni al fine di completare il processo di emendamento delle irregolarità formali ai sensi del comma 9 dell'art. 83 d.lgs. n. 50/2016, con rimessione in termini dell'operatore economico;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- l'operato della stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 settembre 2017

Il Segretario Rosetta Greco