DELIBERA N. 50 DEL 1 febbraio 2017

OGGETTO: Istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Sigma Aldrich S.r.l. e Fondazione Istituto Italiano di Tecnologia – Gara a procedura aperta ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. n. 163/2006 per la conclusione di un accordo quadro di cui all'art. 59, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 per la fornitura in lotti di prodotti Life Science- Lotto 10 – Importo a base di gara: euro 236.419,00 - S.A.: Fondazione Istituto Italiano di Tecnologia
PREC 1/17/F

Soccorso istruttorio – dichiarazione sostitutiva mancante di amministratore con poteri di rappresentanza - aggiudicazione definitiva
E' legittima l'attivazione del soccorso istruttorio anche dopo l'aggiudicazione definitiva per consentire la produzione di una dichiarazione sostitutiva mancante, la cui assenza non è stata tempestivamente rilevata dalla stazione appaltante nella fase di verifica della documentazione amministrativa
Art. 38 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163

Considerato in fatto
Con istanza acquisita al protocollo n. 176687 del 29 novembre 2016 l'operatore economico Sigma Aldrich S.r.l. e la stazione appaltante Fondazione Istituto Italiano di Tecnologia hanno congiuntamente sottoposto all'Autorità un quesito inerente la possibilità di esperire il soccorso istruttorio di cui all'art. 38, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 163/2006 nei confronti di Sigma Aldrich S.r.l. anche dopo l'avvenuta aggiudicazione definitiva in suo favore della gara.
In particolare, le parti hanno rappresentato che Sigma Aldrich S.r.l., unica impresa, oltre a Euroclone S.p.A., ad avere presentato offerta nel lotto 10 della gara per la fornitura di prodotti chimici di base organici (bandita in data 17 febbraio 2016, sotto il vigore del d.lgs. n. 163/2006), ha beneficiato del soccorso istruttorio nel corso della fase istruttoria di valutazione della documentazione amministrativa, non avendo prodotto la dichiarazione sostitutiva del possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), c) e m-*ter*) del d.lgs n. 163/2006 di tre procuratori che, da un esame del certificato di iscrizione alla CCIAA, sono risultati essere muniti di potere di rappresentanza.
A seguito dell'aggiudicazione definitiva della gara a Sigma Aldrich S.r.l., in sede di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, dall'esame di una visura storica dell'operatore economico acquisita in quella circostanza, la stazione appaltante, ha riscontrato l'iscrizione in data 3 marzo 2016 della cessazione della carica di un consigliere munito di poteri rappresentanza.
Ritenuto che tale soggetto cessato dalla carica non ha reso in sede di gara la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), c) e m-*ter*) né l'ha resa in suo favore il legale rappresentante dell'impresa, la stazione appaltante, dopo avere avuto conferma, da parte di Sigma Aldrich, che il richiamato consigliere

è formalmente cessato dalla carica in data 18 febbraio 2016, ha disposto la revoca dell'aggiudicazione della gara con contestuale aggiudicazione favore del secondo classificato Euroclone S.p.A..

A seguito dell'istanza di Sigma Aldrich S.r.l. di annullamento in autotutela della revoca dell'aggiudicazione e della richiesta di attivazione di un nuovo procedimento di soccorso istruttorio per consentire la produzione della dichiarazione mancante, le parti hanno convenuto di richiedere all'Autorità un parere vincolante circa la possibilità di attivare il soccorso istruttorio di cui all'art. 38 comma 2-*bis*, d.lgs. n. 163/2006 anche nella fase di verifica del possesso dei requisiti in capo all'operatore economico aggiudicatario, anche qualora quest'ultima abbia già beneficiato, nella fase di verifica della documentazione amministrativa, del soccorso istruttorio per ulteriori e diverse carenze delle dichiarazioni presentate.

Con nota prot. n. 9388 del 23 gennaio 2017 acquisita in sede di contraddittorio, l'impresa Euroclone S.p.A. ha sostenuto che una regolarizzazione reiterata e postuma della dichiarazione sostitutiva resa da Sigma Aldrich S.r.l. risulterebbe illegittima perché lesiva dei fondamentali principi di par condicio, trasparenza e correttezza, nonché segretezza delle offerte.

Ritenuto in diritto

Il soccorso istruttorio, come formalizzato nella novella introdotta con il comma 2-*bis* dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, ha segnato il recepimento normativo del principio secondo cui «occorre dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (completezza delle dichiarazioni rese dai concorrenti) e, dunque, l'esclusione dalla gara potrà essere disposta non più in presenza di dichiarazione incompleta, o addirittura omessa, ma esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante ovvero non possieda, effettivamente, il requisito» (determinazione n. 1 del 8 gennaio 2015).

Come efficacemente sintetizzato dal Consiglio di Stato, «l'introduzione (…) dell'art. 38, comma 2-bis, nel Codice dei contratti pubblici, (…) ha inteso prevenire, nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate, il fenomeno delle esclusioni dalla procedura causate da mere carenze documentali; e ha «in tal caso» (cioè: di fronte alla semplice mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale di cui sopra) imposto uno spedito sub-procedimento – il "soccorso istruttorio" - ordinato alla produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni necessarie, e ha previsto l'esclusione solamente quale conseguenza dell'inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, dell'obbligo di integrazione documentale entro il termine perentorio accordato, a tale fine, dalla stazione appaltante. Corollario di tale innovazione è una sostanziale dequalificazione, in principio, delle "irregolarità" dichiarative da cause escludenti a carenze regolarizzabili» (Consiglio di Stato, 22 agosto 2016, n. 3667).

Coerentemente con la previsione della norma, il soccorso istruttorio è attivato dalla stazione appaltante a conclusione della fase di verifica dell'ammissibilità degli operatori economici e prima di procedere all'esame dell'offerta, nel caso in cui la documentazione prodotta a corredo dell'istanza di partecipazione si sia rivelata carente o incompleta, ad evitare esclusioni motivate dalla mera irregolarità/carenza/incompletezza delle dichiarazioni sostitutive attestanti il possesso dei requisiti di partecipazione.

Nel caso *de quo*, l'esame della completezza della documentazione alla luce delle prescrizioni della *lex specialis* di gara non è stato condotto efficacemente dalla stazione appaltante che, in sede di verifica della documentazione amministrativa, non ha rilevato l'assenza della dichiarazione di un Consigliere con poteri di rappresentanza che è risultato essere cessato dalla carica il giorno successivo alla pubblicazione del bando e non ha dunque messo l'operatore economico nella condizione di sanare tutte le irregolarità dichiarative.

Non si ravvisano ragioni che ostino alla possibilità, *rectius* all'obbligo, per la stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio per la produzione della dichiarazione mancante (non tempestivamente rilevata) anche nella fase successiva all'aggiudicazione definitiva.

In questo caso non si tratta, infatti, di permettere l'integrazione o la regolarizzazione della documentazione prodotta a comprova del possesso dei requisiti già dichiarati, e per la quale la prevalente giurisprudenza non ritiene attivabile il soccorso istruttorio in sede di verifica del possesso dei requisiti ex art. 48 (Consiglio di Stato, sez. V, 10 novembre 2016, n. 4878), ma di consentire il completamento delle dichiarazioni sostitutive.

Conforta la richiamata conclusione il disposto dell'articolo 38, comma *2-bis* che, dopo aver definito l'ambito di operatività del soccorso istruttorio, prevede che «Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte», che la giurisprudenza amministrativa interpreta come limite temporale al ricalcolo della media o della soglia di anomalia a seguito di riammissione, regolarizzazione o esclusione di offerte, limite da individuarsi nel momento in cui la stazione appaltante ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva (C.G.A, sentenza del 22 dicembre 2015 n. 740), con ciò ammettendo la possibilità che la riammissione, regolarizzazione o esclusione di offerte in dipendenza dell'esperimento del soccorso istruttorio producano effetti sulla graduatoria anche dopo l'aggiudicazione definitiva (con l'eccezione della media o della soglia di anomalia che è da intendersi cristallizzata).

Alla medesima conclusione è approdato il TAR Puglia nella sentenza n. 948 del 20 luglio 2016 dove è stato affermato che il soccorso istruttorio deve ritenersi pacificamente esperibile anche dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione qualora la stazione appaltante non si sia avveduta della carenza documentale nella fase di controllo delle dichiarazioni ma solo a margine dell'aggiudicazione definitiva, giacché la stazione appaltante non consuma il potere di verifica del possesso dei requisiti, che può pertanto essere esercitato successivamente alla fase di controllo delle dichiarazioni e dei documenti prodotti in gara.

Infine, non appare di alcun conforto alla posizione di Euroclone S.p.A il precedente parere di precontenzioso n. 210 del 2 dicembre 2015 (richiamato dalla controinteressata nella propria memoria), trovando ivi affermazione il principio secondo cui le integrazioni documentali concesse successivamente all'aggiudicazione provvisoria non determinano effetti sul ricalcolo delle medie per l'aggiudicazione.

Resta ovviamente impregiudicata, ai fini dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva a favore di Sigma Aldrich S.r.l., la verifica dell'effettivo possesso dei requisiti da parte dell'operatore economico.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- è legittima l'attivazione del soccorso istruttorio anche dopo l'aggiudicazione definitiva per consentire la produzione della dichiarazione mancante, la cui assenza non è stata tempestivamente rilevata dalla stazione appaltante nella fase di verifica della documentazione amministrativa.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 8 febbraio 2017

Il Segretario Maria Esposito