



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 884 DEL 1 agosto 2017

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata dalla costituenda ATI Italiana Costruzioni S.p.A. – SAC Società Appalti Costruzioni S.p.A.– Procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva dei lavori di ristrutturazione ed ampliamento dell'edificio ex Vasca Navale – II lotto – Importo a base di gara: euro 33.711.058,44 - S.A.: Università degli Studi Roma Tre

PREC 267/17/L

Dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà – Requisito speciale di partecipazione – Esecuzione di servizi di progettazione relativi a lavori in categoria E10 – Dichiarazione resa in conformità al modello predisposto dalla stazione appaltante – Descrizione sintetica dei servizi – Dubbi sulla riconducibilità dei servizi alla categoria richiesta dal bando di gara – Soccorso istruttorio oneroso – Illegittimità – Richiesta di chiarimenti

Nel caso in cui l'operatore economico abbia autocertificato l'esecuzione di servizi di progettazione relativi a lavori in categoria E10 secondo il modello di dichiarazione predisposto dalla stazione appaltante, il dubbio della stazione appaltante in ordine all'effettiva riconducibilità dei servizi, succintamente descritti, alla categoria richiesta dal bando di gara non legittima l'applicazione del soccorso istruttorio oneroso ma la mera richiesta di chiarimenti di cui all'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163/2006.

Art. 38, comma 2- bis e art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

VISTA l'istanza singola prot. n. 80608 del 13 giugno 2017 presentata dalla costituenda ATI Italiana Costruzioni S.p.A. - SAC Società Appalti Costruzioni S.p.A., nella quale l'istante ha lamentato l'illegittimità dell'irrogazione della sanzione pecuniaria di 35.000.000 euro in conseguenza del soccorso istruttorio ex art. 38, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 163/2006 disposto dalla stazione appaltante per supplire alle supposte carenze delle dichiarazioni rese dal gruppo di progettisti incaricati della progettazione esecutiva in ordine al requisito di cui al punto 13.2.2. lett. b) del Disciplinare di gara, avendo ritenuto che la sommaria descrizione dei servizi tecnici espletati non consentisse di «ricondurre in modo certo i requisiti dichiarati alle categorie richieste per la partecipazione» (verbale di gara del 18 marzo 2016);

VISTO quanto evidenziato dall'istante in ordine all'autosufficienza della dichiarazione ex art. 47 del d.P.R. n. 445/2000 con cui i progettisti hanno attestato di aver svolto servizi di progettazione relativi a lavori in categoria E10, classe di difficoltà 1,20, rispetto alla attendibilità del fatto storico dichiarato così che la richiesta della stazione appaltante di dichiarazioni integrative finalizzate a consentire di “*ricondurre in modo certo i requisiti dichiarati alle categorie richieste per la partecipazione*” implica la negazione del valore



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

giuridico della dichiarazione resa e quanto osservato in ordine alla conformità della dichiarazione resa rispetto al paradigma normativo di riferimento, così che essa non può dirsi irregolare e la richiesta di una descrizione più articolata dei servizi resi appare riconducibile all'ipotesi di chiarimento, ossia di delucidazioni che la stazione appaltante può richiedere in ordine a taluni elementi che siano ritenuti non sufficientemente chiari, ma che, in quanto comunque presenti, non legittimano l'irrogazione di alcuna sanzione;

VISTO quanto replicato dalla stazione appaltante, a seguito dell'avvio del procedimento, nella memoria acquisita al prot. n. 94627 del 25 luglio 2017, laddove - dopo avere richiamato che la Commissione, a seguito della produzione da parte del concorrente dei certificati di buon esito dei servizi, ha ribadito che «la descrizione fornita originariamente dal concorrente riguardo i servizi per i quali sono stati richiesti elementi integrativi non permetteva di ricondurre in modo certo i requisiti dichiarati alle categorie richieste per la partecipazione» (verbale 25 maggio 2016) e che «per quanto sintetiche e sommarie, le descrizioni da fornire in fase di gara dovessero comunque contenere elementi necessari e sufficienti a rendere chiara alla Commissione stessa la riconducibilità dei servizi al requisito richiesto» (verbale cit.) così che «la documentazione integrativa fornita (...) è risultata indispensabile al fine di completare la dichiarazione di possesso dei requisiti di gara» (verbale cit.), - ha sostenuto che le dichiarazioni delle quali la Commissione ha richiesto integrazione sono affette da “irregolarità essenziale” perché attengono alla dimostrazione della sussistenza di un requisito tecnico in mancanza del quale l'impresa sarebbe stata esclusa e che, a fronte di indicazioni delle imprese partecipanti, non solo generiche, ma che riconducono le precedenti esperienze progettuali a categorie inidonee alla partecipazione, la Commissione fosse pienamente titolata a chiedere le necessarie integrazioni a titolo oneroso dal momento che il requisito richiesto avrebbe potuto essere dimostrato solo attraverso l'indicazione di un *quid novi*, ossia di informazioni, elementi e documenti non resi in precedenza;

VISTO l'art. 38, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale «La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, (...) In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere»;

VISTA la determinazione n. 1/2015 laddove è stato affermato che «È ragionevole ritenere che con la nozione di irregolarità *essenziale* il legislatore abbia voluto riferirsi ad ogni irregolarità nella redazione della dichiarazione, oltre all'omissione e all'incompletezza, che non consenta alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il *soggetto* ed il *contenuto* della dichiarazione stessa, ai fini dell'individuazione dei singoli requisiti (...) che devono essere posseduti dal concorrente (...);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTO il requisito speciale richiesto al punto 13.2.2. lett. b) del Disciplinare di gara: «realizzazione, negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del Bando per la presente gara, di **servizi tecnici** di cui all'art. 252 del Regolamento riguardanti **lavori appartenenti alla Categoria E.10, grado di complessità 1,20**, ai sensi del D.M. 31 ottobre 2013, n. 143 (o categorie corrispondenti), di importo globale pari ad almeno **due volte** l'importo stimato dei lavori oggetto dell'appalto, vale a dire pari a **euro 66.513.572, 82**»;

VISTE le dichiarazioni rese dai progettisti, secondo il modulo predisposto dalla stazione appaltante, “di avere espletato negli ultimi dieci anni antecedenti la pubblicazione del bando, i servizi tecnici di cui all'art. 252 del regolamento, relativi a lavori della categoria E10, grado di complessità 1,20, ai sensi del D.M. 31 ottobre 2013 n. 143 (o categorie corrispondenti), che sinteticamente sono descritti nella seguente tabella” e il conseguente inserimento nei campi della tabella contenuta nel modulo (“Periodo di esecuzione”, “Committente”, “Descrizione sommaria del servizio”, “Importo dei relativi lavori (espresso in euro) per la ID opere E.10 o categorie d'opera aventi gradi di complessità maggiore”) delle corrispondenti informazioni relative ai servizi svolti;

CONSIDERATO che, per la dimostrazione in gara dei requisiti (di carattere generale e speciale), il d. lgs. n.163/2006 (così come, attualmente, il d.lgs. n. 50/2016) fa applicazione, in via generale, dell'istituto dell'autocertificazione di cui al d.P.R. n.445/2000, salvi i controlli successivi in corso di gara sulla veridicità delle dichiarazioni rese, e quindi sull'effettivo possesso dei requisiti dichiarati, secondo il regime dell'art. 48;

RITENUTO che nel caso in esame, le dichiarazioni dei progettisti in ordine al possesso del requisito di cui al punto 13.2.2. lett. b) del Disciplinare di gara, rese in conformità al modulo predisposto dalla stazione appaltante, sono complete e chiare riguardo il loro contenuto (“avere espletato i servizi tecnici di cui all'art. 252 del regolamento, relativi a lavori della categoria E10, grado di complessità 1,20, ai sensi del D.M. 31 ottobre 2013 n. 143 (o categorie corrispondenti)...”);

RITENUTO che quanto lamentato dalla stazione appaltante, ovvero che l'estrema sinteticità della descrizione dei servizi inserita nell'apposita colonna della tabella (descrizione che, peraltro, secondo quanto rappresentato dall'istante, costituisce la trascrizione della denominazione che a tali servizi era stata attribuita dalle varie stazioni appaltanti che avevano a suo tempo bandito le relative gare) non consentirebbe di verificare che i servizi indicati siano effettivamente riconducibili alla categoria richiesta, non inficia l'efficacia della dichiarazione resa ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 sotto il profilo dell'assolvimento dell'onere probatorio in questa fase di gara e non ne determina l'irregolarità essenziale, posto che la più o meno diffusa descrizione dei servizi resi non incide sulla validità e completezza dell'autodichiarazione avente ad oggetto l'avvenuto espletamento di servizi tecnici «relativi a lavori della categoria E10, grado di complessità 1,20, ai sensi del D.M. 31 ottobre 2013 n. 143 (o categorie corrispondenti)» resa nel rispetto della *lex specialis* di gara;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che la dimostrazione dell'attinenza delle esperienze dichiarate con le attività indicate nella categoria Edilizia grado di complessità 1,20, cui sarebbe finalizzata la richiesta onerosa di integrazioni secondo quanto verbalizzato nella seduta del 18 marzo 2016, viene in considerazione nell'eventuale successiva fase della verifica dell'effettivo possesso del requisito;

RILEVATO che, a conforto di quanto sin qui considerato, la recente pronuncia n. 5608 del 10 maggio 2017, resa dal TAR Lazio su questione analoga riguardante un altro operatore economico partecipante alla stessa gara rispetto al quale la stazione appaltante ha mosso le medesime contestazioni relative alla carenza della descrizione dei servizi resi (verbale 18 marzo 2016: «è necessario che il concorrente provveda ad integrare le proprie dichiarazioni con tutti gli elementi descrittivi (omessi nella dichiarazione resa) che permettano di dimostrare l'attinenza delle esperienze conseguite con le attività indicate nella categoria "EDILIZIA", grado di complessità 1,20»), ha affermato che «è necessario, quindi, distinguere, ai fini che interessano, ciò che è un chiarimento rispetto a un dubbio che possa essere insorto all'amministrazione e ciò che invece rappresenta un'integrazione rispetto ad una carenza essenziale, che sarebbe imputabile al partecipante alla procedura di gara. Il soccorso istruttorio oneroso è utilizzabile esclusivamente nel caso in cui il concorrente non abbia reso una dichiarazione completa degli elementi richiesti dalla legge a pena di esclusione» e che nel caso in esame «nessun dovere di dichiarare espressamente quale fosse la categoria equivalente è stato previsto, tanto che neanche il modello richiedeva detta specificazione ma la assumeva invece come dichiarata in considerazione della formulazione testuale dell'incipit medesimo» per giungere alla conclusione che «la relativa dichiarazione era da ritenersi espressa nella stessa intestazione del modello e alcuna prescrizione ne richiedeva, a pena di esclusione, la relativa ulteriore specificazione, con la conseguenza che l'istituto operante nel caso di specie è esclusivamente quello dei chiarimenti di cui al comma 1 dell'art. 46 e non invece anche quello distinto dell'integrazione degli essenziali minimi»;

RITENUTO che, alla luce di quanto sin qui considerato, il dubbio (dovuto alla sinteticità della descrizione dei servizi) della stazione appaltante circa l'effettiva riconducibilità dei servizi eseguiti alla categoria richiesta dal disciplinare di gara avrebbe potuto essere sciolto, in questa fase di gara, ricorrendo ad una richiesta di chiarimenti ai sensi dell'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163/2006;

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:



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- non è legittima l'attivazione dell'istituto del soccorso istruttorio oneroso di cui all'art. 38, comma 2-*bis* del d.lgs. n. 163/2006 stante la riconducibilità della fattispecie all'ipotesi di richiesta di chiarimenti ai sensi dell'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163/2006.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 agosto 2017

Il Segretario Maria Esposito