DELIBERA N. 489 DEL 3 maggio 2017

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla KREA Costruzioni S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento delle opere di urbanizzazione primaria – lavori di rifacimento a nuovo e adeguamento stradale per la nuova viabilità di Via Caiù con costruzione ecopiazzola per l'area industriale con valenza D1. Importo a base di gara euro: 2.890.000,00. S.A.: Comune di Cervignano del Friuli.

PREC 99/17/L

Motivi di esclusione – Obblighi dichiarativi – Soccorso istruttorio

Devono intendersi irregolarità essenziali degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, oltre all'omissione e all'incompletezza, quelle che non consentono alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto e il contenuto della dichiarazione stessa, con possibilità di integrazione e/o regolarizzazione mediante il previsto istituto del soccorso istruttorio.

Art. 80, comma 5, lett. l); Art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 191283 del 27.12.2016 presentata dalla KREA Costruzioni S.r.l. relativamente alla procedura aperta per l'affidamento delle opere di urbanizzazione primaria – lavori di rifacimento a nuovo e adeguamento stradale per la nuova viabilità di Via Caiù con costruzione ecopiazzola per l'area industriale con valenza D1;

VISTE in particolare, le doglianze sollevate in merito alla presunta illegittima richiesta, mediante compilazione di un apposito modulo predisposto dalla stazione appaltante, circa l'obbligo dichiarativo ex art. 80, comma 5, lett. l) d.lgs. 50/2016 anche da parte del direttore tecnico e se la carenza di tale dichiarazione rientri nell'ipotesi contemplata dall'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016 con applicazione o meno della sanzione pecuniaria. La società istante ritiene, infatti, che il caso in questione sia annoverabile tra i casi di "irregolarità formali , ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali" con conseguente possibile regolarizzazione senza pagamento di alcuna sanzione pecuniaria. Precisa, comunque di aver effettuato il relativo pagamento pari a euro 2.890,00 a fronte dell'avvenuta regolarizzazione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto con nota del 10.3.2017;

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

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

CONSIDERATO in generale, quanto previsto dall'art. 80, d.lgs. 50/2016 che disciplina i motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione; TENUTO CONTO in particolare di quanto previsto al comma 5 della suddetta disposizione: «*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: [...] l) l'operatore economico che, pur essendo stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risulti aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio*»;

CONSIDERATO come noto che le dichiarazioni sostitutive circa l'assenza delle cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, d.lgs. 50/2016 devono essere rese dai concorrenti che intendono partecipare a una procedura di gara ai fini della loro ammissione. Ciò consente alla stazione appaltante di verificare l'inderogabile possesso dei requisiti di ordine generale in capo all'operatore economico ovvero ai soggetti operanti al suo interno;

CONSIDERATO quanto previsto all'art. 85, d.lgs. 50/2016 relativamente al documento di gara unico europeo (DGUE) consistente in un'autodichiarazione aggiornata quale prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa determinate condizioni, tra cui il non trovarsi in una delle situazioni di cui al sopra citato art. 80;

RILEVATO che, la disposizione dell'art. 83, al comma 9 d.lgs. 50/2016 prevede che: «*Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perchè siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente*

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa».

RITENUTO che, come peraltro già precisato dall'Autorità nella Determinazione n. 1/2015, seppur con riferimento alla previgente disposizione (art. 38, comma 2 bis d.lgs. 163/2006), devono intendersi irregolarità essenziali degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, oltre all'omissione e all'incompletezza, quelle che non consentono alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto e il contenuto della dichiarazione stessa, ai fini dell'individuazione dei singoli requisiti di ordine generale che devono essere posseduti dal concorrente e, per esso, dai soggetti indicati quali titolari dei requisiti. Ciò secondo quanto prescritto negli atti di gara e in conformità alle modalità in esse specificatamente indicate;

CONSIDERATE altresì le indicazioni fornite alle stazioni appaltanti e agli operatori economici dall'Autorità con Comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016 sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 e sullo svolgimento delle verifiche sostitutive resa dai concorrenti ai sensi del d.P.R. 445/2000 mediante utilizzo del modello DGUE;

RITENUTO che, nel caso di specie, risulta che la stazione appaltante abbia allegato nel disciplinare di gara diversi modelli da utilizzare preferibilmente per le dichiarazioni da rendere. In particolare, alla lettera c) dei Modelli allegati (pag. 27 del disciplinare) – Modelli 3/a/b/c/d/e – Facsimile della dichiarazione soggettiva autonoma di possesso dei requisiti di ordine generale;

CONSIDERATO che la stazione appaltante nel disciplinare di gara (note sulla presentazione della documentazione) ha fornito, tra l'altro, indicazioni circa l'applicazione di quanto disposto dall'art. 83, comma 9 in tema di soccorso istruttorio e pagamento della sanzione pecuniaria quantificata in euro 2.890,00;

RILEVATO che la contestazione sollevata dalla stazione appaltante all'impresa istante è del seguente tenore: «*Il Responsabile del procedimento ha verificato, in sede di esame, in seduta pubblica, dalla documentazione presentata a corredo dell'offerta che la dichiarazione presentata al fine della verifica delle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lettera "l" d.lgs. 50/2016 a nome della Sig.ra Casavecchia Tiziana, non avendo contrassegnato alcuna delle caselle predisposte nel modulo "3" risulta incompleta e tale non consentire la verifica del requisito richiesto al punto 5 del disciplinare di gara»;*

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

CONSIDERATO che, seppur risulti un disallineamento tra quanto previsto all'art. 80, comma 5, lett. l), e il previgente art. 38 comma 1, lett. *m-ter*) d.lgs. 163/2006, laddove la disposizione operava un espresso richiamo alla lettera b) del medesimo comma 1 e, quindi, i soggetti in esso indicati, mentre nell'attuale stesura non vi è alcun richiamo al comma 3 (dell'art. 80) ma un mero riferimento all'operatore economico, ciò non possa non comportare che anche le suddette dichiarazioni debbano essere rese dai soggetti ivi contemplati;
RILEVATO che la stazione appaltante ha comunque richiesto specificatamente che le dichiarazioni dovessero essere rese dai singoli soggetti interessati al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di carattere generale e pertanto, l'assenza di motivi di esclusione, con la conseguenza che come si evince dalla nota di riscontro inoltrata dal Comune di Cervignano del Friuli all'impresa istante emerge che i restanti direttori tecnici dell'KREA Costruzioni S.r.l. abbiano regolarmente provveduto a rilasciare la relativa dichiarazione in sede di offerta;
RITENUTO, pertanto, che nel caso in esame la carenza riscontrata dalla stazione appaltante rientri tra le ipotesi di "irregolarità essenziale" con possibilità di integrazione e/o regolarizzazione e contestuale pagamento della relativa sanzione pecuniaria in favore della stazione appaltante,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante appare conforme al quadro normativo di riferimento.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 11 maggio 2017
Il segretario Maria Esposito

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma