



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 973 DEL 27 settembre 2017

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Vivai Antonio Marrone – Procedura aperta per l’affidamento del servizio di manutenzione del verde residenziale, con annesse piante e specie arbustive e sgombero neve, da effettuarsi sul patrimonio di edilizia residenziale pubblica di proprietà del Comune di Milano e gestito da MM, suddiviso in quattro lotti – Importo a base di gara: euro 5.133.750,00 - S.A. MM S.p.a.

PREC 242/17/S

Dichiarazione terna dei subappaltatori – soccorso istruttorio – dichiarazione di eseguire in proprio – legittimità

E’ legittimo il ricorso al soccorso istruttorio al fine di richiedere l’integrazione della dichiarazione di subappalto carente dei nominativi della terna dei subappaltatori;

E’ illegittima l’esclusione dalla procedura del concorrente, in possesso dei requisiti di partecipazione, che in sede di soccorso istruttorio ha dichiarato di rinunciare al subappalto e di voler eseguire la prestazione in proprio.

Artt. 83, co. 9 e 105, co. 6 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Il Consiglio

VISTA l’istanza prot. n. 366879 del 10 marzo 2017 presentata da Vivai Antonio Marrone, e relativa memoria, con la quale l’istante rappresenta di essere stato escluso dalla gara in oggetto in quanto, a fronte della dichiarazione attestante la parte d’appalto che intendeva subappaltare, egli indicava un solo subappaltatore e non la terna prescritta. L’istante riferisce che, a seguito della richiesta della S.A., in sede di soccorso istruttorio, di regolarizzare la dichiarazione con l’inserimento della terna dei subappaltatori, e di pagare la sanzione, l’istante comunicava di rinunciare al subappalto e invitava la S.A. a considerare la precedente dichiarazione resa “tamquam non esset”, essendo il concorrente stesso comunque in possesso dei requisiti per eseguire in proprio tutte le lavorazioni. L’istante ritiene pertanto illegittimo il provvedimento di esclusione e sostiene che l’eventuale carenza o irregolarità della dichiarazione doveva ritenersi sanata con la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

manifestazione di rinuncia espressa al subappalto, con l'unica conseguenza di precludere al concorrente, in sede di esecuzione, di avvalersi del subappalto;

VISTA la memoria della S.A. prot. 87429 del 3 luglio 2017, con la quale essa evidenzia che il concorrente non era obbligato a rendere la dichiarazione di subappalto ma, una volta esplicitata l'intenzione di subappaltare, egli era tenuto a indicare la terna di subappaltatori, e richiama la giurisprudenza che ritiene legittimo il soccorso istruttorio al fine di regolarizzare la predetta dichiarazione «a prescindere dal rilievo che [il concorrente] sarebbe in possesso in proprio di tutti i requisiti di capacità tecnico-professionale ed economica» (Tar Lombardia Brescia dicembre 2016, n. 1790);

VISTO il bando di gara (art. 4 lett. f) che richiedeva la «eventuale dichiarazione attestante le parti d'appalto che si intendono subappaltare», e specificava che «E' obbligatoria l'indicazione della terna dei subappaltatori prevista dal comma 6 dell'art. 105 del d. lgs. 50/2016»;

VISTA la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'istante ai fini dell'ammissione alla gara, dove egli indicava, nella parte dedicata ai servizi e forniture che intendeva subappaltare, «nolo a caldo attrezzature», seguito dal nominativo di un solo subappaltatore;

VISTE le delibere n. 487 del 3 maggio 2017 e n. 95 dell'8 febbraio 2017, secondo cui «L'istituto del soccorso istruttorio è applicabile alle verifiche da effettuare in sede di dichiarazioni che accompagnano l'offerta o la fase di presentazione della domanda e quindi anche all'indicazione della terna di subappaltatori da parte del concorrente e alla sua eventuale carenza o irregolarità, che potrà essere sanata mediante la procedura di cui all'art. 83 D.lgs. 50/2016»;

VISTA la giurisprudenza (Cons. Stato Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224) secondo cui «il consolidato indirizzo giurisprudenziale circoscrive i casi di legittima esclusione del concorrente autore di una incompleta o erronea dichiarazione di subappalto alle sole ipotesi in cui il concorrente stesso risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, mentre negli altri casi gli unici effetti negativi si avrebbero in fase esecutiva, sotto il profilo dell'impossibilità di ricorrere al subappalto come dichiarato (cfr., per tutte, Cons. St., sez. V, 26 marzo 2012, n. 1726; id., sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708; id., sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3696)».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO che, nel caso di specie, la S.A. legittimamente esperiva il soccorso istruttorio al fine di integrare i nominativi della terna di subappaltatori, essendo in possesso di una dichiarazione incompleta; tuttavia, la dichiarazione del concorrente, in sede di soccorso istruttorio, di rinunciare al subappalto e di voler eseguire la prestazione in proprio, non può comportare l'esclusione dalla procedura, qualora il concorrente sia in possesso dei requisiti di partecipazione. L'unica conseguenza sarà quella di precludere al concorrente, in sede di esecuzione, di avvalersi del subappalto;

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:

- è legittimo il ricorso al soccorso istruttorio al fine di richiedere l'integrazione della dichiarazione di subappalto carente dei nominativi della terna dei subappaltatori, con le relative conseguenze;
- è illegittima l'esclusione dalla procedura del concorrente, in possesso dei requisiti di partecipazione, che in sede di soccorso istruttorio ha dichiarato di rinunciare al subappalto e di voler eseguire la prestazione in proprio.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 ottobre 2017

Il Segretario Maria Esposito