



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.40 del 1/4/2015

PREC 03/15/F

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata da Regione Siciliana – Assessorato regionale alle Infrastrutture e Mobilità, Dipartimento Regionale delle Infrastrutture, della Mobilità e dei Trasporti – Procedura aperta per l'affidamento della fornitura chiavi in mano di convogli ferroviari di nuova costruzione per trasporto regionale viaggiatori – Procedura aperta – Dichiarazioni ex art. 38 - Esclusione per mancata dichiarazione in forma esplicita – Istanza di concorrente - Soccorso istruttorio - Importo a base di gara: € 43.909.951,52

Dichiarazioni ex art. 38 – Esclusione per mancata dichiarazione in forma esplicita - Potere di soccorso istruttorio – Integrazione documentale - Sussiste

E' consentita la regolarizzazione e l'integrazione documentale nel caso in cui il concorrente abbia reso le dichiarazioni concernenti le cause di esclusione in forma parziale, sia in relazione ai soggetti tenuti a renderle sia in relazione alle incomplete o omesse dichiarazioni di specifiche cause di esclusione

Art. 38 D. lgs 163/2006 – Art. 46 D. lgs 163/2006

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. 11.08.2014, n. 89682, dell' Assessorato regionale alle Infrastrutture e Mobilità, Dipartimento Regionale delle Infrastrutture, della Mobilità e dei Trasporti, della Regione siciliana, relativa alla procedura aperta indetta dalla stazione appaltante, finalizzata all'affidamento della fornitura chiavi in mano di convogli ferroviari di nuova costruzione per trasporto regionale viaggiatori;

VISTO la nota prot. 23.01.2015, n. 6832/Pres/Upag di avvio del procedimento nei confronti del soggetto istante, nonché della controinteressata STADLER;

VISTA la nota prot. 09.12.2015, n. 138658 con cui la Stazione appaltante, originario istante, indica che la Commissione aggiudicatrice ha sospeso il procedimento di gara, in attesa dell'esito del parere dell'Autorità, e rappresenta la necessità e l'urgenza di riavviare il procedimento;

VISTA la nota 02.02.2015 n. 10624 con cui la società Pajazdy Szynowe PESA Bydgosz SA (in seguito soltanto PESA), rappresentata dal proprio procuratore Avv. Fabrizio Cecinato, deposita una memoria, a sostegno delle proprie ragioni;+

VISTA la nota prot. 02.02.2015 n. 10539, con cui la Regione Siciliana comunica di non dover produrre ulteriore documentazione ad integrazione di quella già trasmessa;

VISTA la nota 03.02.2015 n. 10846, con cui la società STADLER, deposita memoria a sostegno delle ragioni che escludono il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, volte in definitiva alla esclusione della concorrente Pesa;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PRESO ATTO della nota prot. 03.03.2015, con cui la Regione Siciliana ha comunicato l'esito di una sentenza del TAR Sicilia 31.10.2014, n. 2649, con cui il TAR ha riammesso in gara un'altra ditta concorrente NEWAG;

CONSIDERATO che la suddetta sentenza non incide sulla questione in controversia nel presente procedimento di precontenzioso;

VISTA la completezza della istruttoria documentale e constatata la mancanza di ulteriori memorie, controdeduzioni, né censure sul reciproco operato, pervenute da parte dei controinteressati;

RILEVATO che la questione attiene alla eventuale esclusione del concorrente PESA, sollecitata dal concorrente STADLER, per la circostanza che le dichiarazioni concernenti le cause di esclusione individuate alle lett. b) e c) dell'art. 38, comma 1 non sarebbero state rese in forma esplicita da tutti i soggetti tenuti a renderle (titolare, direttori tecnici) ma soltanto dal legale rappresentante del concorrente PESA; e che i predetti soggetti avrebbero dichiarato l'insussistenza delle cause d'esclusione previste dall'art. 38, comma 1, e in particolare previste dall'art. 38, comma 1, lett. a) e b); e che altresì hanno dichiarato che nei loro confronti non è pendente procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione previste dall'art. 6 Dlgs 159/11 o di una delle cause ostative previste dal medesimo decreto, all'art. 67 del medesimo decreto;

RILEVATO altresì che STADLER avrebbe chiesto l'esclusione del concorrente PESA, evidenziando altresì che non sarebbe stata resa dai predetti soggetti la dichiarazione obbligatoria, di cui all'art. 38, comma 1, lett. *m-ter*, ma tenuto presente che tale requisito non era espressamente richiamato dal disciplinare di gara e che il medesimo bando – nella parte relativa alle dichiarazioni da rendere ai sensi dell'art. 38 – presenta elementi di scarsa chiarezza non soltanto con riguardo alla omissione della esplicita dichiarazione del requisito della lett. *m-ter*, ma anche con riguardo alle attestazioni da rendersi da parte dei soggetti diversi dal legale rappresentante;

VALUTATO l'avvenuto deposito - nella documentazione di gara - delle dichiarazioni rese dai soggetti tenuti a renderle, in forma generale e onnicomprensiva, nonché accertato che la documentazione resa è carente ma non mancante;

CONSIDERATO che l'art. 46, Codice attesta il cd potere di soccorso che consiste nel “*dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli (in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione), chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti, non consente la produzione tardiva del documento, o della dichiarazione, mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali*” (Cons. Stato, III, 23 gennaio 2015, n. 293);

CONSIDERATO altresì che non si può non tener conto del recente indirizzo legislativo (D.l. 24 giugno 2014, n. 90) volto a promuovere la semplificazione degli oneri formali;

CONSIDERATO il chiaro indirizzo giurisprudenziale che valorizza il potere di regolarizzazione della Stazione appaltante come strumento di correzione dell'eccessivo rigore delle forme (Cons. Stato, Ad pl. 25 aprile 2014, n. 9);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO il chiaro indirizzo dell'Autorità sul soccorso istruttorio che *“consiste nel potere riconosciuto all'amministrazione di consentire ai concorrenti di integrare o meglio specificare dichiarazioni già rese in fase di gara, con esclusione della differente ipotesi della introduzione di elementi o fatti nuovi, successivamente alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte. L'integrazione documentale, in altri termini, non intende supplire ad un'offerta originariamente carente e dunque inammissibile, ma tende a non escludere un'offerta che ab initio avrebbe dovuto essere ammessa, se non vi fosse stato un lapsus calami (cfr., ex multis, Cons. St., sez. III, sentt. n. 4039/2013 e 4370/2013 e sez. V, sent. n. 1122/2013)”* (Deliberazione 30 settembre 2014, n. 7);

CONSIDERATO il definitivo orientamento accolto da questa Autorità secondo cui occorre dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (completezza delle autodichiarazioni rese dai concorrenti) e, dunque, l'esclusione dalla gara potrà essere disposta non più in presenza di dichiarazione incompleta, o addirittura omessa (Determinazione ANAC, 8 gennaio 2015, n. 1);

CONSIDERATO che tale orientamento muove chiaramente l'interprete nel senso di limitare l'esclusione di concorrenti in ragione di interpretazioni formalistiche, limitative della effettiva concorrenza;

CONSIDERATO che *“la dichiarazione sostitutiva deve avere i caratteri della completezza, correttezza e veridicità, deve essere debitamente sottoscritta dal suo autore, in quanto la sottoscrizione costituisce fonte di responsabilità anche penale in conseguenza della eventuale falsità dell'atto. Una dichiarazione così intesa e completa di tutti gli elementi sufficienti a dimostrare il possesso degli specifici requisiti di gara, consente il controllo da parte della stazione appaltante”* (Parere di precontenzioso 26 febbraio 2014, n. 37) e che, pertanto, non mancano gli strumenti giuridici per sanzionare la eventuale falsità delle dichiarazioni;

RITENUTO che far prevalere un criterio formalistico sulla sostanza della questione e dunque rigettare l'ammissibilità dell'esercizio del soccorso istruttorio muoverebbe nella direzione di una violazione del principio del *favor participationis* e renderebbe incomprensibile la lesione del legittimo affidamento del concorrente eventualmente escluso;

TENUTO CONTO del fatto che un arresto formalistico conducente all'esclusione del concorrente, nel caso di specie, sarebbe palesemente contrario non solo in astratto al principio di massima concorrenza, ma anche arrecherebbe un danno al concreto interesse della amministrazione di valutare il merito delle offerte, secondo il criterio della migliore prestazione sotto il profilo tecnico e prestazionale; ed altresì del fatto che in ragione dell'importo particolarmente elevato della fornitura e della elevatissima specializzazione tecnica della stessa, la scarsità di concorrenti appare *in re ipsa* e che una esclusione del concorrente per motivi formali sarebbe contraria all'interesse dell'amministrazione;

RITENUTO che, sull'istanza di parere in oggetto, possa decidersi sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

Il Consiglio



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sia consentita la regolarizzazione e l'integrazione documentale nel caso in cui il concorrente abbia reso le dichiarazioni concernenti le cause di esclusione in forma parziale, sia in relazione ai soggetti tenuti a renderle sia in relazione alle incomplete o omesse dichiarazioni di specifiche cause di esclusione. Nel caso di specie, la Stazione appaltante ha correttamente operato nel non escludere il concorrente PESA, in ragione di un mero criterio formalistico, e dovrà consentire di completare le dichiarazioni e i documenti già presentati, in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa del concorrente PESA.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 aprile 2015

Il Segretario Maria Esposito