



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.115 del 22/12/2014

PREC 252/14/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata dalla Cooperativa Nuova Luce - “Affidamento del servizio di assistenza domiciliare (SAD) e di assistenza domiciliare integrata (ADI) nei Comuni dell’Ambito Territoriale” – Importo a base di gara euro 1.700.000,00 - S.A.: Ambito Territoriale Appennino Dauno Settentrionale – Capofila Comune di Lucera.

Requisiti generali di partecipazione – dichiarazione della ditta ausiliaria – contratto di avvalimento – indicazione compiuta ed esauriente delle risorse e dei mezzi prestati

Anche l’impresa ausiliaria attesta il possesso dei requisiti di carattere generale. La dichiarazione sostitutiva va resa in conformità alle previsioni del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445 e deve avere i caratteri della completezza, correttezza e veridicità.

Artt. 38 e 49 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Il Consiglio

VISTA l’istanza prot. n.75123 del 3 luglio 2014 con la quale la Cooperativa Nuova Luce chiede parere in ordine alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta a motivo della carenza della dichiarazione ex art. 38 d.lgs. 163/2006 da parte della ditta ausiliaria, nonché della genericità del contratto di avvalimento in ordine all’elenco delle risorse e dei mezzi prestati. L’istante precisa che «trattasi di avvalimento di garanzia e come tale vi è la indicazione degli elementi prestati»;

VISTO l’avvio dell’istruttoria avvenuto in data 2 ottobre 2014;

VISTA la data di pubblicazione del bando di gara, 9 aprile 2014;

VISTA la memoria della stazione appaltante prot. n. 110285 del 8 ottobre 2014, con la quale si precisa che l’impresa istante è stata esclusa in quanto il contratto di avvalimento «non riporta l’indicazione compiuta, esplicita, esauriente, in modo determinato e specifico, delle risorse e dei mezzi prestati». Inoltre è presente solo una generica dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti di carattere generale di cui all’art. 38 da parte dell’impresa ausiliaria Consorzio PrivatAssistenza;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai 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 in quanto la questione è stata ampiamente esaminata dall’Autorità e dalla giurisprudenza;

CONSIDERATO che il bando di gara richiedeva (punto III.2.1) che «I partecipanti devono essere in possesso dei requisiti di ordine generale, di idoneità professionale e di qualificazione di cui agli artt. 38,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

39, 41 e 42 del d.lgs. 163/2006, oltre a quelli prescritti e specificati nel disciplinare di gara relativamente al fatturato globale d'impresa, al fatturato specifico e all'esperienza documentata nell'ultimo triennio; CONSIDERATO che il disciplinare di gara recava un modello di dichiarazione sostitutiva recante tutte le dichiarazioni da rendere a pena di esclusione ai sensi dell'art. 38 d.lgs. 163/2006, da inserire, sempre a pena di esclusione, nella busta A e specificava che «In merito ai soggetti tenuti a produrre le dichiarazioni di cui all'art. 38, si richiama il comma 1, lett. b e c) dello stesso articolo. Tali soggetti sono tenuti, a pena di esclusione, alle dichiarazioni previste dalla richiamata disposizione»; ribadiva altresì all'art. 9 che sono «esclusi dalla partecipazione alla gara [...] i concorrenti che risultino, in applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, in una delle condizioni ivi previste e che qui si intendono integralmente richiamate. A dimostrazione che il concorrente non si trovi in una delle situazioni di cui ai precedenti punti, occorre consegnare la relativa documentazione, ovvero, in alternativa, apposita autocertificazione ai sensi del D. P. R. n. 445/2000 come previsto dal bando e disciplinare di gara»;

CONSIDERATO che il disciplinare di gara, all'art 17, consentiva il ricorso all'avvalimento specificando che in caso di ricorso a tale istituto il concorrente dovesse presentare, a pena d'esclusione dalla gara, la documentazione elencata all'art. 49, comma 2, del Codice dei Contratti e chiarendo, altresì, che i requisiti di ordine generale e di idoneità professionale devono essere posseduti sia dalla impresa concorrente sia dall'impresa ausiliaria per la specificità e la qualificazione dei servizi da svolgere.

RILEVATO che, nel caso di specie, la Cooperativa Nuova Luce dichiarava di avvalersi del Consorzio PrivatAssistenza per i requisiti del fatturato globale, del fatturato specifico e dell'esperienza documentata nell'ultimo triennio; l'impresa ausiliaria dichiarava di fornire tali requisiti, e di mettere a disposizione le risorse aziendali e i mezzi prestatati (accesso alla modulistica; accesso ai protocolli organizzativi di gestione del servizio; supporto consulenziale; concessione del know how aziendale; controllo sulla qualità del materiale utilizzato per l'esecuzione e monitoraggio delle attività di esecuzione del servizio) mentre si limitava a dichiarare «che è in possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006»;

RILEVATO che la messa a disposizione dei requisiti deve essere reale e non formale e, nel caso di specie, oltre ai requisiti di fatturato ed esperienza pregressa, veniva effettivamente elencata una serie di risorse messe a disposizione (cfr. parere n. 36 del 2 settembre 2014) e veniva anche specificato che l'impresa ausiliata è tecnicamente ed economicamente organizzata; tuttavia la dichiarazione dell'ausiliario relativa ai requisiti di carattere generale risultava generica e incompleta;

TENUTO CONTO della disciplina normativa applicabile *ratione temporis* al caso in esame;

RILEVATO che, come anche evidenziato con determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 recante «BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici», «A norma del comma 2 dell'art. 38, il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. La dichiarazione deve essere completa»; la parte III, paragrafo 3, «Modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive» specifica «Quanto al contenuto della dichiarazione sostitutiva, questa deve avere i caratteri della completezza, correttezza e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

veridicità, sufficienti a dimostrare il possesso dello specifico requisito di gara e consentire il controllo *ex post* da parte della stazione appaltante»; pertanto l'inosservanza dell'obbligo di rendere, al momento della presentazione della domanda di partecipazione, le dovute dichiarazioni previste dall'art. 38 del codice dei contratti comporta l'esclusione del concorrente, senza che sia consentito alla stazione appaltante disporre la regolarizzazione o integrazione, non trattandosi di mera irregolarità, vizio o dimenticanza di carattere puramente formale (parere n.144 del 20 giugno 2014);

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione e in considerazione della disciplina applicabile *ratione temporis* al caso di specie, legittimo il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante per aver reso, l'impresa ausiliaria, una dichiarazione generica circa il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del Codice.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 gennaio 2015

Il Segretario Rosetta Greco