



DELIBERA N. 842

21 ottobre 2020

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal costituendo RTP Studio Cannizzaro – Affidamento del servizio di verifica di sicurezza strutturale, vulnerabilità sismica e rischio sismico di cinque edifici scolastici di proprietà del Comune di Mazzarino (CL) - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 82.500,00 – S.A.: Comune di Mazzarino

PREC 170/2020/S

Riferimenti normativi

Articolo 80, comma 4

Articolo 83, comma 9

Parole chiave

Requisiti di partecipazione – regolarità fiscale – definitività dell'accertamento

Requisiti di partecipazione – soccorso istruttorio –esperibilità

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 ottobre 2020

DELIBERA



VISTA l'istanza di parere prot. n. 59221 del 3 agosto 2020, presentata dal costituendo RTP Studio Cannizzaro relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante chiedeva all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante sia per mancato possesso del requisito della regolarità fiscale, in quanto un componente del raggruppamento, l'arch. Cacioppo, che aveva impugnato un avviso di accertamento dell'Agenzia delle Entrate, non aveva presentato anche la richiesta di sospensione dell'esecutività della sentenza della Commissione Tributaria Regionale sia per mancata dimostrazione dei requisiti di partecipazione richiesti all'articolo 4.3.3 del disciplinare di gara;

CONSIDERATO che l'istante sosteneva, per quanto riguarda il primo motivo di esclusione, il fatto che l'appello presentato alla Commissione Tributaria Regionale il 14 aprile 2020, avverso la sentenza della Commissione Tributaria Provinciale del 1 luglio 2019 - depositata in data 17 settembre 2019 e non notificata - rendeva non definitivamente accertata la violazione tributaria; mentre, per quanto concerne il secondo motivo di esclusione, evidenziava l'avvenuta produzione della documentazione richiesta dall'amministrazione e la possibilità, non percorsa dalla stessa, di richiedere integrazioni ulteriori mediante l'istituto del soccorso istruttorio;

VISTA la documentazione di gara e, nello specifico, la parte 4 del disciplinare di gara, inerente i requisiti di partecipazione alla procedura;

CONSIDERATO che la procedura è stata indetta in data 21 gennaio 2020;

VISTO il provvedimento di esclusione del 30 luglio 2020 dal quale si evince che la stazione appaltante aveva richiesto l'integrazione documentale ai fini della verifica della immediata esecutività o meno della sentenza della Commissione Tributaria Provinciale, ancorché impugnata, nonché per accertare il possesso dei requisiti di idoneità finanziaria e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 4.3.3 del Disciplinare, in ragione di una presunta contraddittorietà tra i requisiti dichiarati e quelli risultanti dal DGUE. Dalla verifica della documentazione integrativa prodotta dal concorrente, l'amministrazione rilevava che «nell'atto di appello avverso la sentenza sopracitata non è stata espressamente richiesta la sospensione dell'esecutività della medesima, risultando, così, di fatto non sospesa l'obbligazione di pagamento oggetto della sentenza impugnata. Inoltre, non ottemperando a quanto espressamente ulteriormente richiesto con la nota sopracitata, il concorrente non ha prodotto la documentazione atta a dimostrare, a pena di esclusione, i requisiti di idoneità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, di cui all'art. 4.3.3 del Disciplinare. Pertanto la Commissione, ritenuta ormai insanabile la carenza documentale dell'Offerta di Codesto RTP, lo esclude dal prosieguo della gara»;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 1 settembre 2020, con nota prot. n. 64283;

RILEVATO il mancato deposito di memorie da parte della stazione appaltante, cui consegue la valutazione della questione controversa sulla base della documentazione depositata dall'istante;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene a due ordini di profili: l'uno relativo al possesso del requisito generale di cui all'articolo 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016; l'altro concernente la presunta mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa da parte del concorrente;



CONSIDERATO che, ai fini della risoluzione della prima questione, occorre richiamare il contenuto dispositivo dell'articolo 80, comma 4 nella formulazione vigente al momento dell'indizione della procedura di gara, secondo cui « un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del d. p. r. n. 602/1973. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione»;

RILEVATO che la *ratio* del requisito di cd. regolarità fiscale è quella di tutelare la stazione appaltante, consentendo la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica solo agli operatori economici solvibili e solidi sotto il profilo finanziario, cioè che non presentino segnali di inaffidabilità tali da rendere incerta la capacità di corretta esecuzione delle opere o servizi loro affidati. Con riferimento alle violazioni concernenti gli obblighi relativi al pagamento delle imposte o delle tasse, la formulazione vigente e *ratione temporis* applicabile, dell'articolo 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 precisa che l'esclusione opera solamente in caso di: i) violazioni gravi, cioè di importo superiore alla soglia di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.P.R. n. 602/1973 (vale a dire superiore ad € 5.000,00 in seguito alla modifica apportata con l'articolo 1, comma 986 della L. n. 205/2017); ii) violazioni "definitivamente accertate", cioè contenute in una sentenza o in un atto amministrativo non più soggetti ad impugnazione;

CONSIDERATO che, rispetto a quest'ultimo requisito, occorre evidenziare come, secondo la normativa applicabile *ratione temporis* alla procedura in epigrafe, non possa prescindersi dalla sussistenza di un accertamento definitivo riferito ad una violazione fiscale e/o tributaria superiore ad € 5.000,00. Ciò sia in quanto, nonostante l'avvio della procedura di infrazione n. 2018/2273, la previsione di cui all'articolo 57, par. 2 della direttiva 2014/24/UE - che permette alle stazioni appaltanti di valutare anche l'esistenza di debiti non ancora definitivi, sulla base di un prudente apprezzamento e attraverso una causa di esclusione di tipo facoltativo - non è stata recepita nel nostro ordinamento, non essendo stata convertita dalla L. 14 giugno 2019 n. 55 la previsione di cui all'articolo 1, comma 1, lett. n) n. 4) del d.l. n. 31/2019 (cd. Sblocca-cantieri) (cfr. C.G.A.R.S., 16 agosto 2019 n. 758; ANAC; Delibera n. 295 del 1 aprile 2020) sia dal momento che non può in ogni caso trovare applicazione alla presente controversia l'ultimo periodo dell'articolo 80, comma 4, introdotto dal d.l. n. 76/2020, convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020 n. 120 (cd. decreto Semplificazioni) che riconosce come causa di esclusione anche l'ipotesi di violazioni non definitivamente accertate qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione;

CONSIDERATO che con specifico riferimento alla definitività dell'accertamento è stato specificato che lo stesso non ricorre quando la definizione concreta del rapporto tributario è ancora esposta all'opponibilità o alla negazione giudiziale e, dunque, non ha raggiunto un livello di sicurezza tale per cui l'aspirante concorrente sia da presumere senz'altro inaffidabile e da estromettere: vale a dire, o quando siano ancora pendenti i termini per la presentazione di una contestazione giurisdizionale o, in caso di avvenuta impugnazione, laddove la pronuncia giurisdizionale non sia ancora passata in giudicato (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 5 marzo 2019 n. 1525; Consiglio di Stato, sez. V, 28 luglio 2016, n. 3421; sez. V, 20 aprile 2010, n. 2213; VI, 27 febbraio 2008, n. 716);

RISCONTRATO pertanto che sulla base delle sopra indicate argomentazioni giuridiche e della normativa vigente nella gara *de qua* non possa ritenersi soddisfatto il requisito della definitività dell'accertamento



di cui all'articolo 80, comma 4 in capo al concorrente, stante la pendenza del giudizio presso la Commissione Tributaria Regionale;

CONSIDERATO che, relativamente al secondo profilo di contestazione, inerente la mancata dimostrazione dei requisiti di partecipazione asserita dall'amministrazione e la contestata generica richiesta di soccorso istruttorio da parte dell'amministrazione prospettata dall'istante, secondo l'orientamento interpretativo consolidato, costituiscono irregolarità essenziali sanabili mediante soccorso istruttorio tutte quelle che riguardano l'omessa o incompleta presentazione di dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione, nonché ogni altra incompletezza della domanda, qualora esse attengano a cause tassative di esclusione stabilite dalla legge e dalla *lex specialis* di gara fatta eccezione per quelle attinenti all'offerta tecnica ed economica; sono da intendersi irregolarità essenziali, 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 della valutazione dei singoli requisiti di partecipazione (delibera n. 128 del 12 febbraio 2020, **nonché** delibere ANAC n. 54 del 1 febbraio 2017, n. 398 del 17 aprile 2018 e n. 441 del 9 maggio 2018);

CONSIDERATO che, in merito alla sanabilità delle dichiarazioni omesse, anche l'Autorità ha chiarito come costituisca un dato ormai pacifico la necessità di dare prevalenza al dato sostanziale della sussistenza dei requisiti rispetto a quello formale della completezza delle dichiarazioni e della documentazione presentate dai concorrenti, con la conseguenza che l'esclusione dalla gara possa essere disposta esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante ovvero non possieda, effettivamente, il requisito richiesto dalla *lex specialis* (cfr. Determinazione ANAC n. 1 del 8 gennaio 2015). Infatti, il fine perseguito dal legislatore è quello di evitare l'esclusione dalla gara per mere carenze documentali (ivi compresa la mancanza assoluta delle dichiarazioni), imponendo quindi un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, prima della valutazione dell'ammissibilità dell'offerta o della domanda, nell'ottica di garantire il *favor participationis* ed il buon andamento dell'amministrazione, dato che l'ampliamento della platea delle offerte è funzionale all'elevazione dei livelli qualitativi e all'incremento dei risparmi di spesa (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 30 luglio 2014 n. 16; Delibera ANAC n. 830 del 18 settembre 2019);

RITENUTO pertanto che l'eventuale carenza formale della dimostrazione dei requisiti di partecipazione possa costituire oggetto di soccorso istruttorio e che, ai sensi dell'articolo 83, *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. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. (...)*;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, sulla base di quanto riportato nella documentazione in atti, la stazione appaltante non sembra aver fornito indicazioni in merito alla integrazione documentale da fornire, limitandosi ad effettuare un richiamo ai requisiti di partecipazione di idoneità finanziaria e tecnico organizzativa del disciplinare di gara e ad una presunta contraddittorietà tra le informazioni dichiarate e il DURC;

RILEVATO inoltre che, sulla base della documentazione in atti, non si evince l'effettiva verifica da parte della stazione appaltante in ordine al possesso del requisito in capo al concorrente, bensì il provvedimento di esclusione motiva tale profilo con l'insanabilità della carenza documentale dell'offerta;

RITENUTE, pertanto, fondate le doglianze sollevate dall'odierno istante avverso il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante;



Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che il provvedimento di esclusione disposto non sia conforme al quadro normativo di settore e ai principi generali in materia di contratti pubblici.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 ottobre 2020

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente