



DELIBERA N. 530

7 luglio 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Raggio di Sole Società Cooperativa – Procedura negoziata ex art. 1, comma 2, lett. b), l. 120/2020 per l'affidamento in concessione del servizio di Asilo Nido Lavori del Comune di Azzano Decimo – periodo dal 1/9/2021 al 32/8/2025 rinnovabile di tre anni - - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: 2.702.000,00 € - S.A.: Comunità Sile

PREC 137/2021/S

Riferimenti normativi

Articolo 80, commi 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016

Articolo 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 85, commi 1 e 5, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

DGUE – Dichiarazione revoca aggiudicazione

Massima

DGUE – Dichiarazione revoca aggiudicazione – Acquisizione provvedimento di revoca - Soccorso istruttorio - Inapplicabilità

In caso di dichiarazione resa nella sezione del DGUE dedicata al grave illecito professionale (art. 80, comma 5, lett. c, d.lgs. n. 50/2016) attestante la revoca di un precedente affidamento, la mancata produzione del provvedimento di revoca non costituisce una lacuna/incompletezza della dichiarazione che necessita di essere sanata tramite il soccorso istruttorio ai fini della partecipazione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 7 luglio 2021

Vista l'istanza acquisita al prot. n. 41529 del 21 maggio 2021, nella quale l'operatore economico Raggio di Sole Società Cooperativa ha lamentato di essere stato escluso dalla gara per avere prodotto la documentazione richiesta dalla stazione appaltante in sede di soccorso istruttorio con un ritardo di sole 2 ore e 22 minuti rispetto alla scadenza fissata per l'adempimento e ha contestato l'eccessiva brevità del termine concesso - 4 giorni di cui solo 2 lavorativi - ritenuto insufficiente in rapporto alla mole e alla rilevanza della documentazione richiesta. Al riguardo l'istante ha rappresentato che, a fronte della dichiarazione resa nel DGUE della revoca (identificata con numero del provvedimento e data) di un precedente affidamento "*per presunti inadempimenti invece imputabili esclusivamente all'amministrazione*", la stazione appaltante ha avviato il sub-procedimento di soccorso istruttorio chiedendo chiarimenti in merito alla revoca, ed esigendo, nello specifico, informazioni sul contenuto dell'affidamento, una copia della determinazione di revoca ed osservazioni sul punto. Tenuto conto dell'interesse dell'operatore economico ad un'attiva partecipazione al sub-procedimento per fare



emergere la propria affidabilità professionale, il termine assegnato dalla stazione appaltante si paleserebbe non congruo né proporzionato. Inoltre, ad avviso dell'istante, in applicazione dell'obbligo di acquisizione d'ufficio di dati e documenti in possesso delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 43 del d.P.R. n. 445/2000, la stazione appaltante avrebbe dovuto reperire autonomamente la determina di revoca;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 31 maggio 2021 con nota prot. n. 43534;

Vista la memoria della stazione appaltante, acquisita al prot. n. 43075 del 28 maggio 2021 e prot. n. 44791 del 4 giugno 2021, nella quale viene rappresentato che, per stessa ammissione dell'operatore economico, il mancato rispetto del termine per la produzione documentale sarebbe dovuto, come dichiarato espressamente dall'impresa in sede di riscontro tramite MEPA, a "*mero errore*" poiché "*non era stata verificata, quale scadenza improcrastinabile per il soccorso istruttorio anche l'orario*". Ciò dimostrerebbe che il ritardo in cui è incorsa la cooperativa istante è imputabile esclusivamente alla stessa impresa e non alla difficoltà di reperire entro il termine - che si è dimostrato pertanto congruo - la documentazione richiesta. Tale documentazione era comunque limitata alla sola determina di esclusione, già in possesso dell'operatore, e ad alcune informazioni sull'affidamento revocato (tipologia di servizio, importo e durata), necessarie per integrare la scarna dichiarazione resa nel DGUE. Le "osservazioni" richieste nella domanda di integrazione, ed esemplificate come "*sentenza; memorie al TAR, etc.*", erano eventuali e comunque non consistevano in memorie o valutazioni del concorrente. Infine la Comunità Sile ha rappresentato di avere tentato di recuperare autonomamente la determina di revoca consultando l'albo pretorio della stazione appaltante ma di non averla reperita;

Vista la memoria acquisita al prot. n. 45012 del 7 giugno 2021, nella quale l'istante ha ribadito le censure già formulate, evidenziando in particolare come la richiesta di soccorso istruttorio fosse quanto meno ambigua e idonea a generare un errore scusabile in capo all'operatore economico circa la necessità di formulare chiarimenti e osservazioni in relazione alla pregressa revoca;

Considerato preliminarmente che, in relazione al termine entro cui adempiere il soccorso istruttorio, il consolidato orientamento della giurisprudenza è nel senso di ritenere tale termine come perentorio, ai fini di un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda (cfr. da ultimo, Cons. Stato, sez. V, n. 3592/2019; n. 3667/2016; n. 4849/2015; n. 2504/2015; III, n. 189/2015; incidentalmente anche Adunanza Plenaria, 30 luglio 2014, n. 16). Trattandosi di un termine non derogabile, l'adempimento tardivo non può che comportare l'esclusione del concorrente, indipendentemente dall'entità del ritardo (Cfr. TAR Toscana, II, n. 1539/2018). E' facoltà della stazione appaltante ridurre il termine massimo di dieci giorni previsto dalla norma, ma tale facoltà, in ossequio al principio del *favor participationis*, deve essere esercitata in modo ragionevole e congruo, ovvero senza aggravare ingiustificatamente gli adempimenti del concorrente. La stazione appaltante è tenuta a modulare l'ampiezza del termine in ragione del numero e della complessità delle integrazioni necessarie ai fini della sanatoria (TAR L'Aquila, I, n. 8/2020). La possibilità di concedere una proroga è riconosciuta nei soli casi di obiettiva impossibilità o difficoltà dovute a cause esterne, indipendenti dalla volontà del concorrente (cfr. Cons. Stato, V, n. 2036/2017, nel quale il termine fissato dalla stazione appaltante non avrebbe mai potuto essere rispettato per cause non imputabili all'operatore economico; anche Anac, delibera n. 751/2018);

Ritenuto tuttavia che, nel caso in esame, ciò che va indagato ai fini della valutazione della legittimità dell'esclusione non è l'adeguatezza del termine fissato per l'adempimento in sanatoria quanto piuttosto la correttezza del ricorso all'istituto del soccorso istruttorio;

Considerato che, nel caso *de quo*, l'operatore economico istante ha reso una dichiarazione in seno al DGUE, nella sezione dedicata al grave illecito professionale (art. 80, comma 5, lett. c, d.lgs. n. 50/2016), attestante la revoca di un precedente affidamento, per presunti inadempimenti, da parte del Comune di Velletri, con



indicazione degli estremi della delibera di revoca e del relativo ricorso avanti al TAR; ciò in ossequio al prevalente orientamento giurisprudenziale secondo cui il concorrente è tenuto a fornire tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione, e quindi a dichiarare ogni fatto pregresso che può integrare un grave illecito professionale;

Ritenuto che, pur nella sua sinteticità, la dichiarazione consente alla stazione appaltante di avere contezza di un fatto potenzialmente integrante un illecito professionale, la cui rilevanza ai fini dell'esclusione va valutata dall'amministrazione all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato (Cfr. Linee guida ANAC n. 6/2017);

Considerato che il DGUE consiste in un'autodichiarazione "*come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi*" (art. 85, comma 1, d.lgs. n. 50/2016) e la dichiarazione in esame, in esso contenuta, è da ritenersi sostitutiva del provvedimento di revoca;

Ritenuto che, in forza del principio in base al quale, ai fini della partecipazione alla gara, il concorrente può autocertificare il possesso dei requisiti e il DGUE, in quanto dichiarazione sostitutiva unica, è l'autodichiarazione necessaria e sufficiente per la partecipazione, la mancata produzione del provvedimento di revoca non costituisce una lacuna/incompletezza della dichiarazione che necessita di essere sanata tramite il soccorso istruttorio ai fini della partecipazione, così che la richiesta di tale provvedimento in applicazione dell'art. 83, comma 9, con il relativo corollario di sanzione espulsiva conseguente alla perentorietà del termine, rappresenta un indebito appesantimento procedimentale posto carico dell'operatore economico in violazione del principio di riduzione degli oneri documentali ribadito nell'art. 1, lett. aa, legge delega;

Considerato che ai fini dell'acquisizione del provvedimento di revoca la stazione appaltante avrebbe piuttosto dovuto avvalersi della facoltà prevista dall'art. 85, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 di chiedere agli offerenti, in qualsiasi momento della procedura, tutti i documenti complementari o parte di essi, o, alternativamente, avrebbe potuto acquisirlo direttamente nell'ambito del procedimento in contraddittorio da instaurare con l'operatore interessato ai fini della valutazione della sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 50/2016;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- l'esclusione dalla gara dell'operatore economico Raggio di Sole Società Cooperativa non conforme alla normativa di settore.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 luglio 2021
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente