



DELIBERA N. 239

30 maggio 2023.

Oggetto

Istanza presentata dalla [OMISSIS]- Gara Europea a procedura telematica aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione del verde lungo le strade provinciali per il biennio 2023/2024. Importo a base di gara euro: 1.869.500,00. Criterio di aggiudicazione: minor prezzo. S.A.: Provincia di Treviso

UPREC-PRE 546/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

art. 83, comma 9 del d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti – Gara – Soccorso Istruttorio – Non Sussiste

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti – Requisiti di capacità tecnico organizzativa – Fatturato minimo – Discrezionalità Stazione Appaltante - Sussiste

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti – Gara – Soccorso Istruttorio – Non Sussiste

Nelle gare pubbliche non è possibile ricorrere al soccorso istruttorio per modificare il contenuto sostanziale di un'autodichiarazione resa in gara: il soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui configge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione con la conseguenza che in presenza di una previsione chiara l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio.



Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Requisiti – bando - costi della manodopera – valutazione congruità

L'ordinamento riconosce alla stazione appaltante la discrezionalità nella definizione delle condizioni di gara, affinché sia possibile selezionare il contraente che con la propria offerta meglio risponde alle esigenze che l'amministrazione stessa persegue attraverso l'aggiudicazione del contratto, soddisfacendole e che tale discrezionalità deve ritenersi non sindacabile nel merito

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 maggio 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 28190 del 11.4.2023 con la quale l'o.e. [OMISSIS] ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso relativamente ad alcuni profili inerenti la legittimità della esclusione dai lotti nn. 4 – 9 della " *Gara Europea a procedura telematica aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione del verde lungo le strade provinciali per il biennio 2023/2024.*", concernenti in particolare la mancata attivazione del soccorso istruttorio e della mancata valutazione dei servizi analoghi;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 29226 del 14.4.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

CONSIDERATO che la prima questione controversa sottoposta all'Autorità verte precipuamente sulla mancata attivazione del soccorso istruttorio con riferimento al possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale previsti al punto n. 6.3 del disciplinare di gara secondo cui " *Il concorrente per ciascun lotto per cui partecipa, deve aver eseguito nell'ultimo triennio un servizio/i analogo/ghi a quello/i in gara. Lo/i stesso/i deve/vono riferirsi al periodo temporale costituito dai tre anni consecutivi immediatamente antecedenti la data di pubblicazione del Bando di Gara e, più precisamente, dal 01.03.2020 al 28.02.2023 o minor periodo di attività ed avere un importo complessivo minimo pari ad € 160.000,000.= iva esclusa (compilando la parte IV, lett. C, punto 1b del DGUE)*";

PREMESSO che nel DGUE l'operatore economico istante aveva dichiarato tre servizi analoghi per un importo complessivo pari a € 506.786,85 e, contestualmente, la volontà di partecipare a tutti e 9 i lotti, la stazione appaltante pertanto procedeva all'esclusione della ditta [OMISSIS] per i lotti nn. 4 – 9 con il provvedimento n. 17441 del 17.3.2023, " *in quanto i requisiti di capacità tecnica e professionale sono sufficienti a confermare il possesso dei requisiti stessi solo per l'importo dei lotti n. 1, n. 2 e n. 3, così come previsto dal punto n. 6.3 del disciplinare di gara*";



RILEVATO che, ai sensi dell'art. 83, co. 9 del d.lgs. 50/2016 è sancito che *"Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, 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. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa."*;

VISTO che nel caso specifico, l'operatore istante lamenta in prima battuta la mancata attivazione del soccorso istruttorio al fine di integrare quanto dichiarato nel DGUE, si osserva che, secondo giurisprudenza prevalente, *"Nelle gare pubbliche il soccorso istruttorio non può giungere sino al punto di consentire al concorrente di modificare la domanda di partecipazione"* (Consiglio di Stato, n. 4975/2017 e n. 3541/2017) e che *"Non è possibile ricorrere al soccorso istruttorio per modificare il contenuto sostanziale di un'autodichiarazione resa in gara"* (TAR Toscana n. 983/2017), in tal senso, *"in sede di verifica del possesso dei titoli successivamente all'avvenuta aggiudicazione, non può escludersi il soccorso istruttorio nel caso in cui, dichiarato il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, il concorrente produca documentazione insufficiente o incompleta o errata, comunque inidonea a dimostrare il requisito così come posseduto e dichiarato all'atto di presentazione della domanda di partecipazione. Conseguentemente ben è dato alla stazione appaltante assegnare al concorrente "un termine non superiore a 10 giorni" per regolarizzare le dichiarazioni incomplete o la documentazione carente. Non è invece consentito il soccorso istruttorio attivato non tanto per integrare e chiarire la documentazione prodotta a comprova della dichiarazione, ma per rettificare il contenuto della dichiarazione medesima nella sua integralità"* (Consiglio di Stato sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1540);

RILEVATO altresì che *"il soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui configge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione con la conseguenza che in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente (si tratti di gara o di altro tipo di concorso) l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del ricorrente che non ha presentato nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando"* (ex multis Consiglio di Stato n. 10325/2022), allo stesso tempo la scrivente Autorità ha osservato che *"Una "dimenticanza" nella presentazione della documentazione non è mero errore materiale o refuso (dovendosi intendere per tale la svista o la disattenzione nella redazione dell'offerta emergente ictu oculi dal documento: cfr. Cons. Stato, V, 23 marzo 2017, n. 1320), bensì un errore del quale il concorrente deve sopportare le conseguenze per il generale principio di autoresponsabilità (Cons. Stato Sez. V, Sent. 4 giugno 2020, n. 3506)"* (cfr. ANAC Delibera n. 605 del 8.9.2021);

CONSIDERATO quanto sopra pertanto ne discende che, anche alla luce delle chiare indicazioni della lex specialis di gara che richiedevano ad ogni o.e. uno specifico fatturato per *"ciascun lotto per cui partecipa"*, il soccorso istruttorio non può essere legittimamente invocato dalla ditta istante senza con ciò rettificare il contenuto della propria autodichiarazione nella parte relativa ai requisiti spesi in gara, ammettendosi,



diversamente la possibilità di spendere maggiori requisiti di quelli dichiarati, quand'anche già posseduti in precedenza, con conseguente alterazione della *par condicio* tra i concorrenti;

PRESO ATTO che, contestualmente, la ditta istante lamenta anche l'eccessiva onerosità del requisito del fatturato per dimostrare la propria capacità tecnico – professionale, in considerazione del vincolo di aggiudicazione limitata a due lotti, secondo cui viene richiesto per partecipare a tutti e 9 i lotti il possesso di un fatturato complessivo per servizi analoghi pari a 1.440.000€, con effetti limitativi della concorrenza;

CONSIDERATO che nella propria memoria la stazione appaltante ha precisato che *"la finalità proconcorrenziale va temperata con l'esigenza di garantire all'amministrazione una struttura imprenditoriale in grado di eseguire prontamente il servizio. L'operatore economico che partecipi alla gara su tutti i lotti deve dunque poter dimostrare di avere una struttura imprenditoriale in grado di operare indifferentemente su due lotti qualsiasi tra quelli messi a gara. Dall'operatore che partecipi alla gara solo su due dei nove lotti può, invece, pretendersi una capacità professionale minore, perché richiede minor impegno organizzare l'attività su due siti anziché su nove con il rischio, in quest'ultimo caso, di aggiudicarsi due lotti qualsiasi, anche molto distanti tra di loro, senza il necessario supporto organizzativo per far fronte alle prestazioni richieste (ad esempio esperienza, maestranze, mezzi sufficienti, subappaltatori in loco, etc.) Tale esigenza ha quindi suggerito di incentivare le imprese ad una attenta ponderazione della scelta, già in fase di gara, su quanti e su quali lotti presentare l'offerta."* oltre alla esatta quantificazione degli oo.ee. partecipanti ad ogni singolo lotto (da un minimo di 7 partecipanti fino a 15).

RILEVATO sul punto che l'ordinamento riconosce alla stazione appaltante la discrezionalità nella definizione delle condizioni di gara, affinché sia possibile selezionare il contraente che con la propria offerta meglio risponde alle esigenze che l'amministrazione stessa persegue attraverso l'aggiudicazione del contratto, soddisfacendole e che tale discrezionalità, come noto, non è sindacabile nel merito (cfr. ex multis ANAC delibera n. 54 del 8.2.2023 – TAR Napoli n. 4384/2022), anche tale censura risulta priva di pregio;

RITENUTO che l'o.e. ulteriormente lamenta la presunta valutazione tra i "servizi analoghi" richiesti, dei soli servizi "identici", che secondo costante giurisprudenza avrebbe effetti limitativi della concorrenza (cfr. ex multis Cons Stato 5040/208);

RILEVATO, sotto tale profilo, che si tratta di una contestazione che, da un lato, deve ritenersi assorbita nelle precedenti valutazioni circa la immodificabilità delle dichiarazioni di gara, mentre, da altro verso, deve osservarsi che, dalla documentazione prodotta, l'o.e. non ha mai dichiarato ulteriori servizi oltre a quelli previamente indicati, né che la stazione appaltante ha mai contestato in qualche modo la rilevanza dei servizi indicati, con la conseguenza che tale doglianza deve ritenersi irritualmente proposta, oltre che priva di pregio;

PRESO ATTO infine che con l'ultima questione, basata sulla esclusione dalla procedura de qua di altri due oo.ee. per presunte carenze del requisito del fatturato, l'istante solleva una censura per la quale sussiste un'evidente carenza di interesse, anche in forza dell'assenza di qualsiasi ripercussione sulla propria posizione derivante dalla condotta della stazione appaltante;

CONSIDERATO alla luce di quanto sopra che la condotta della stazione appaltante appare conforme alla disciplina di riferimento;



Il Consiglio

ritiene, con riferimento alle questioni dedotte e nei limiti di cui in motivazione, che la condotta della stazione appaltante appare conforme all'ordinamento ed alla disciplina di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 giugno 2023

Il Segretario Laura Mascali

Originale firmato digitalmente