



DELIBERA N. 506

8 novembre 2023.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da SAGAD S.r.l. – Procedura ristretta SDAPA Consip Id. n. 3469834 per l'affidamento dell'appalto dei servizi di pulizia e igiene ambientale dei C.R. ENEA di Casaccia e Frascati - Importo a base di gara: Euro 5.363.163,00 - S.A.: ENEA – Agenzia Nazionale per le Nuove Tecnologie, l'Energia e lo Sviluppo economico sostenibile.

UPREC - PREC 685/2023/S

Riferimenti normativi

Artt. 83, comma 9, 85, 105 del D.lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Soccorso procedimentale, DGUE, domanda di partecipazione, dichiarazione di subappalto, subappalto facoltativo.

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Procedura – Gara – Fasi – Soccorso istruttorio – Dichiarazione di subappalto – Subappalto facoltativo – Contrasto tra DGUE e domanda di partecipazione – Chiarimenti – Socco procedimentale – Ragioni.

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Procedura – Gara – Fasi – Soccorso procedimentale – Dichiarazione di subappalto – Subappalto facoltativo – Chiarimenti – Mancato riscontro – Conseguenze – Esclusione – Illegittimità.

La contraddittorietà tra la dichiarazione di volontà di ricorrere al subappalto facoltativo (all'interno del DGUE) e quella di non ricorrere a tale istituto (all'interno della domanda di partecipazione) impone alla Stazione appaltante la richiesta di chiarimenti, in quanto non sussiste alcuna disposizione legislativa che



prevede la prevalenza delle dichiarazioni contenute nel DGUE rispetto a quelle riportate nella domanda di partecipazione. Tale richiesta va inquadrata nell'ambito del soccorso procedimentale (e non nel soccorso istruttorio), in quanto ha ad oggetto una dichiarazione facoltativa e non essenziale ai fini dell'ammissione della gara, ma rilevante ai soli fini della successiva autorizzabilità al subappalto in caso di esecuzione del contratto.

La mancata risposta tempestiva ad una richiesta di chiarimenti sulla effettiva sussistenza della volontà di ricorrere al subappalto facoltativo non determina l'esclusione del concorrente, ma la mancata autorizzazione al subappalto in caso di stipula del contratto, ove non venga in rilievo il difetto di qualificazione del concorrente rispetto alle prestazioni che sarebbero state oggetto di subappalto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 8 novembre 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 63503 del 2 agosto 2023, con la quale la Società SAGAD S.r.l. ha contestato la propria esclusione dalla gara per non avere riscontrato la richiesta di soccorso istruttorio, inserita dalla SA nell'Area Comunicazioni del portale Consip, nella quale era stata rilevata una *"contraddizione in merito al ricorso all'istituto del subappalto rispetto a quanto dichiarato nel DGUE e nella dichiarazione sostitutiva di partecipazione"*;

RILEVATO che l'istante ha rappresentato di avere dichiarato nel DGUE l'intento di volersi avvalere del subappalto *"nei limiti di legge e nella quota percentuale contenuta entro il limite massimo del 40% dell'importo contrattuale"*, ma di avere per errore indicato "no" nella domanda di partecipazione in ordine all'impegno di voler ricorrere al subappalto. Viene chiesto all'Autorità se la duplicazione delle dichiarazioni di subappalto, richiesta dal Capitolato (nel DGUE e nella dichiarazione sostitutiva di partecipazione), sia legittima alla luce del divieto di non aggravamento del procedimento amministrativo, sostenendo che debba essere attribuita prevalenza al DGUE. Viene, inoltre, dedotta l'illegittimità della richiesta di soccorso istruttorio per erronea applicazione dell'art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016, nonché per violazione degli artt. 30 e 76, atteso che la sua natura di atto recettizio unilaterale e la sua potenzialità lesiva (in caso di inutile decorso del termine), ne avrebbero imposto la trasmissione mediante pec ovvero mediante l'invio di un avviso di inserimento della richiesta nell'Area Comunicazioni del portale;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 64317 del 4 agosto 2023;

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

VISTE le controdeduzioni della SA (nella memoria acquisita al prot. 65304 del 9 agosto 2023), la quale ha osservato che: *i)* è stata utilizzata la piattaforma telematica Consip, che prevede la presentazione, tra gli altri, del DGUE e della dichiarazione sostitutiva di partecipazione autogenerata dalla piattaforma, con l'indicazione dei dati identificativi dell'operatore economico e di altri dati come la scelta di ricorrere o meno al subappalto (come dato facoltativo); la dichiarazione negativa in ordine al subappalto inserita nella dichiarazione di partecipazione, essendo manifestamente contraddittoria rispetto alle dichiarazioni del DGUE, ha imposto alla SA la richiesta di soccorso istruttorio, non essendo sancita da alcuna



disposizione legislativa la prevalenza del DGUE rispetto alla domanda di partecipazione alla gara; *ii*) la misura sanzionatoria alternativa addebitabile alla SAGAD, consistente nel mancato riconoscimento del subappalto, *"avrebbe alterato i calcoli e le stime economiche sulla base dei quali l'offerente ha formulato la propria offerta, ritenendola congrua e conveniente rispetto alle prestazioni da eseguire"*; *iii*) anche prendendo per buona la dichiarazione tardiva di conferma del subappalto presentata da SAGAD, la SA non potrebbe stabilire con certezza la misura del subappalto, perché si fa riferimento al *"servizio e le prestazioni oggetto di gara nei limiti di legge e nella quota percentuale contenuta entro il limite massimo del 40% dell'importo contrattuale"*; *iv*) la SA ha rispettato l'art. 83, comma 9, del Codice, avendo proceduto all'esclusione solo in seguito all'inutile decorso del termine assegnato, di natura pacificamente perentoria; *v*) nell'invio della richiesta di soccorso istruttorio tramite l'Area Comunicazioni del portale Consip, la SA ha rispettato l'art. 3.3. del Capitolato, applicando i principi sanciti dalla giurisprudenza che ritiene legittima la richiesta anche attraverso la piattaforma senza l'invio della PEC (TAR Lazio, sez. II, 9 agosto 2019, n. 10499; Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2020, n. 6852);

RITENUTO che, al fine di risolvere la questione controversa, sia necessario affrontare diverse questioni: *i*) la legittimità della *lex specialis* di gara che richiede la dichiarazione di subappalto sia nel DGUE che nella domanda di partecipazione e la possibilità di accordare prevalenza alla prima; *ii*) la legittimità della richiesta di soccorso istruttorio per chiarire il rilevato contrasto in ordine alla volontà di ricorrere o meno al subappalto; *iii*) la legittimità dello strumento utilizzato per trasmettere tale richiesta (comunicazione tramite piattaforma anziché PEC); *iv*) le conseguenze del mancato riscontro tempestivo a tale richiesta;

CONSIDERATO, con riferimento alla prima questione, che l'art. 14 del Capitolato di gara prevede che *"Il concorrente dovrà inviare e far pervenire attraverso il Sistema la seguente Documentazione amministrativa: 1. Dichiarazione sostitutiva di partecipazione (di cui al paragrafo 14.1); 2. DGUE relativo al concorrente"*. L'art. 14.1 prevede che *"Il concorrente dovrà presentare, a pena di esclusione dalla procedura, la Dichiarazione sostitutiva di partecipazione generata automaticamente dal Sistema. Detta Dichiarazione sostitutiva, rilasciata ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000, contiene, tra le altre le seguenti informazioni: [...] ricorso o meno al subappalto ed in caso positivo le prestazioni da subappaltare"*;

TENUTO CONTO che dalla documentazione in atti si desume che SAGAD ha presentato, conformemente agli artt. 14 e 14.1 del Capitolato, sia il DGUE che la dichiarazione di partecipazione alla gara completi di tutte le informazioni richieste a pena di esclusione. Nel DGUE (sez. C, punto 10, e sez. D) è stata dichiarata la volontà di ricorrere al subappalto, precisando che *"La SAGAD S.R.L. intende subappaltare il servizio e le prestazioni oggetto di gara nei limiti di legge e nella quota percentuale contenuta entro il limite massimo previsto dall'art. 105 co. 2 D.lgs.50/2016 e ss."*. Nella dichiarazione sostitutiva per la partecipazione viene, tuttavia, testualmente indicato: *"Dichiarazione relativa al subappalto: NO"*;

RITENUTO che - pur essendo contraria all'esigenza di semplificazione degli oneri amministrativi la richiesta di inserire la dichiarazione di subappalto (già contenuta nel DGUE) anche nella domanda di partecipazione alla gara - non può essere condivisa la tesi dell'istante della prevalenza della dichiarazione di subappalto contenuta nel DGUE rispetto all'indicazione negativa riportata nella domanda di partecipazione. L'art. 105 del D.lgs. n. 50/2016 (applicabile alla gara in esame) prescrive solo la necessità della sua formulazione in fase di gara, prevedendo che va resa *"all'atto dell'offerta"* (art. 105, comma 4, lett. c). A sua volta, l'art. 85 del Codice, nel descrivere il contenuto del DGUE, non menziona espressamente il subappalto, ma tale dichiarazione è stata inserita nella parte II del modello elettronico del DGUE (adottato con Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7) nella quale vengono fornite informazioni sull'operatore economico. Non vi è, inoltre, nessuna disposizione legislativa che impone la



prevalenza del contenuto del DGUE sulla domanda di partecipazione alla gara, trattandosi in entrambi i casi di dichiarazioni sostitutive rese ai sensi del d.P.R. n. 445/2000. Anche la disciplina di gara non può essere interpretata nel senso che la SA, per stabilire l'effettiva volontà del concorrente di ricorrere o meno al subappalto, avrebbe dovuto tenere conto soltanto (o comunque prevalentemente) di quanto dichiarato nel DGUE. Si ritiene piuttosto che, in applicazione del canone ermeneutico secondo il quale le clausole del bando si interpretano le une per mezzo delle altre, ciascun concorrente avrebbe dovuto garantire la piena coerenza tra quanto dichiarato nel DGUE e nella domanda di partecipazione alla gara;

CONSIDERATO che in presenza di contrastanti dichiarazioni sostitutive, per stabilire se l'operatore economico intendesse o meno ricorrere al subappalto in fase esecutiva (in vista della successiva autorizzabilità del subappalto), la Stazione appaltante non aveva altra soluzione che richiedere chiarimenti all'operatore;

RITENUTO tuttavia – ed è questo il punto focale della questione, *sub ii)* – che tale richiesta non possa essere intesa come soccorso istruttorio in senso stretto e, conseguentemente, non possa essere applicato nel caso di specie l'art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016 con ciò che ne consegue in termini di espulsione dalla gara in caso di inutile decorso del termine "perentorio" per la cd. regolarizzazione documentale. Non si controverte, infatti, di una fattispecie di incompletezza, carenza o irregolarità di una dichiarazione essenziale della documentazione amministrativa o di un suo elemento, tantomeno si discute di una dichiarazione obbligatoria ed essenziale ai fini dell'ammissione alla fase di apertura delle offerte. Come noto, a differenza del subappalto qualificante o necessario (non ricorrente nel caso in esame), dove il concorrente fa affidamento sui requisiti di un'altra impresa ai fini della partecipazione alla gara dalla quale, altrimenti, verrebbe escluso, il subappalto facoltativo non impatta sul possesso dei requisiti di qualificazione tant'è che non costituisce, per l'operatore economico, alcun vincolo a darvi effettivamente seguito in caso di aggiudicazione della gara, dal momento che l'operatore economico che concorre alla gara possiede in proprio tutti i requisiti richiesti e la scelta di affidare l'esecuzione di una parte ad un'impresa terza risponde a mere ragioni di opportunità o di convenienza economica (sulla differenza tra i due istituti cfr. *ex multis* Delibera Anac del 3 maggio 2023, n. 185; Cons. Stato, Ad. Plen. 2 novembre 2015, n. 9; Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491);

RITENUTO, invece, che la richiesta trasmessa dalla Stazione appaltante alla SAGAD costituisce esercizio del c.d. soccorso procedimentale volto solo a fugare un dubbio sulla effettiva sussistenza della volontà della Società (già dichiarata nel DGUE) di subappaltare una parte delle prestazioni oggetto di affidamento, in caso di aggiudicazione della gara e di stipula del contratto. Costituisce, infatti, principio pacifico che accanto al soccorso istruttorio in senso stretto (sanante e correttivo della documentazione amministrativa), va ammesso anche il cd. soccorso procedimentale, esperibile anche al di fuori del ristretto perimetro oggettivo del soccorso istruttorio, tutte le volte in cui la SA necessita di chiarimenti volti a fugare dubbi in ordine a formulazioni incerte o ambigue della proposta negoziale. Si tratta di istituti che anche secondo la giurisprudenza vanno nettamente distinti, in quanto "*il soccorso procedimentale è infatti esclusivamente finalizzato a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara in ordine alla portata del proprio impegno negoziale, superandone le eventuali ambiguità (ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2023 n. 324)*" (Cons. Stato, sez. IV, 22 febbraio 2023, n. 1816; in termini *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2022, n. 7353; Delibera Anac n. 84 dell'8 marzo 2023);

RILEVATO che, trattandosi di una richiesta di chiarimenti, non appare censurabile lo strumento di comunicazione utilizzato dalla Stazione appaltante per la sua trasmissione (Area Comunicazioni della piattaforma, invece della PEC). Il Capitolato di gara (artt. 2 e 3.3) prevede espressamente che le comunicazioni e gli scambi di informazioni tra Stazioni appaltanti e operatori economici avvengono



tramite il Sistema e sono accessibili nell'apposita Area Comunicazioni, mentre riserva l'utilizzo della PEC solo per le comunicazioni relative all'esclusione dalla gara. Era, pertanto, onere dell'operatore verificare il Sistema per rispondere tempestivamente alla richiesta della SA, nel senso di chiarire la portata delle dichiarazioni rese in sede di gara, eventualmente confermando la propria volontà di ricorrere al subappalto. Sotto tale profilo, come osservato dalla SA, non appaiono conferenti rispetto al caso di specie le sentenze citate dall'istante (TAR Lazio, Roma, sez. II, 16 ottobre 2020 e Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2021, n. 6132), in quanto riferite a procedure di gara nelle quali era assente una regolamentazione specifica della comunicazione sia della richiesta di soccorso istruttorio che delle richieste di chiarimenti;

RITENUTO, tuttavia, che ciò che appare censurabile nel caso di specie è la sanzione dell'esclusione che la Stazione appaltante ha fatto derivare dalla mancata risposta tempestiva alla richiesta di chiarimenti inoltrata all'operatore;

CONSIDERATO che, in relazione alle conseguenze discendenti da vizi della dichiarazione di subappalto facoltativo, il Consiglio di Stato ha sottolineato che *"è indubbio che la dichiarazione di subappalto possa essere limitata alla mera indicazione della volontà di avvalersene nelle ipotesi in cui il concorrente sia in possesso delle qualificazioni previste per l'esecuzione in via autonoma delle prestazioni oggetto dell'appalto; è altrettanto indubbio che l'eventuale incompletezza delle indicazioni e dei documenti concernenti l'identità e la qualificazione dei subappaltatori preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, ma non determina l'esclusione dell'offerta che partecipa alla procedura, ove non venga in rilievo il diverso profilo di qualificazione di quest'ultimo rispetto alle prestazioni interessate dal subappalto"* (Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2019, n. 471). Anche altra giurisprudenza ha evidenziato che *"nei casi di mancata dichiarazione sul punto in sede di presentazione dell'offerta, il subappalto sarà vietato solo nel caso in cui l'impresa non integri la propria dichiarazione neppure dopo il termine assegnato dall'Amministrazione. Ad avallare tali conclusioni può richiamarsi la giurisprudenza secondo cui la dichiarazione relativa al subappalto possa essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto quanto meno nelle ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente, come nel caso in esame, delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, e non la via necessitata per partecipare alla gara"* (TAR Lazio, Roma, 17.12.2019 n. 14479);

RITENUTO, per tali motivazioni, che trattandosi di una richiesta di chiarimento su una dichiarazione facoltativa, che non rileva ai fini dell'ammissione alla gara e della selezione degli operatori economici (non impattando né sui requisiti di partecipazione né sul contenuto dell'offerta), la conseguenza del mancato riscontro tempestivo alla stessa avrebbe potuto essere esclusivamente la mancata autorizzazione al subappalto in caso di stipula del contratto, ma non l'esclusione dalla procedura (cfr. Cons. Stato, n. 471/2019 cit.);

RITENUTO, infine, che non appare condivisibile l'argomentazione spesa dalla Stazione appaltante secondo cui *"la misura sanzionatoria alternativa addebitabile alla SAGAD, consistente nel mancato riconoscimento del subappalto, [...] "avrebbe alterato i calcoli e le stime economiche sulla base dei quali l'offerente ha formulato la propria offerta, ritenendola congrua e conveniente rispetto alle prestazioni da eseguire"*. In disparte dalla genericità di tale affermazione, va osservato che il ricorso al subappalto non rappresenta un obbligo per l'operatore a darvi effettivamente seguito in fase esecutiva e, in ogni caso, la valutazione relativa alla sostenibilità e congruità dell'offerta andrà effettuata in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta (ricorrendone i presupposti); sarà, infatti, in quella sede che l'Amministrazione, previo contraddittorio con l'impresa, si occuperà di verificare l'affidabilità e la sostenibilità dell'offerta, senza considerare l'eventuale subappalto a terzi di alcune prestazioni.



Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione della Società istante dalla procedura non sia conforme alla normativa di settore, in quanto la mancata risposta tempestiva ad una richiesta di chiarimenti sulla effettiva sussistenza della volontà di ricorrere al subappalto non determina l'esclusione del concorrente, ma la mancata autorizzazione al subappalto in caso di stipula del contratto, ove non venga in rilievo il difetto di qualificazione del concorrente rispetto alle prestazioni che sarebbero state oggetto di subappalto.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 novembre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente