



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.84 del 12/11/2014

PREC 136/14/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società Infratec Srl - “*Lavori per l’efficientamento energetico del palazzo Comunale di Lacco Ameno “POI Energie Rinnovabili e Risparmio energetico (FESR ”* – Importo a base di gara euro 551687,37 - S.A.: Comune di Lacco Ameno (NA)

Requisiti generali – dichiarazione relativa all’assenza di cause ostative ai sensi della normativa antimafia in capo ai conviventi – mancata produzione – richiesta di integrazione della dichiarazione ai quattro concorrenti dei cinque partecipanti – legittimità - principio del soccorso istruttorio – principio del *favor participationis* –

È legittima la richiesta di integrazione della dichiarazione relativa all’assenza di cause ostative ai sensi della normativa antimafia, in capo ai conviventi del legale rappresentante e del direttore tecnico, prevista nel modello allegato al disciplinare, a quattro concorrenti dei cinque totali partecipanti alla procedura che non avevano prodotto tale dichiarazione, in virtù del principio del soccorso istruttorio di cui all’articolo 46 del d.lgs. n. 163/2006 e del principio di concorrenza e *favor participationis* alle procedure di gara.

Articolo 46 del d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 14 aprile 2014 è pervenuta l’istanza in epigrafe con la quale la società Infratec Srl ha contestato la scelta del Comune di Lacco Ameno di procedere alla richiesta di integrazione documentale nei confronti delle altre imprese concorrenti che non avevano prodotto la dichiarazione di insussistenza delle cause di divieto, di decadenza e di sospensione di cui all’articolo 67 del d. lgs. n. 159/2011, relativa ai conviventi dei legali rappresentati e del direttore tecnico, come indicato nel modello B2 allegato al disciplinare.

In particolare, l’istante ha rappresentato che, nella seduta del 17 marzo 2014, la commissione di gara apriva i plichi delle cinque offerte pervenute e, valutata la documentazione amministrativa prodotta, ammetteva i cinque concorrenti (sebbene uno con riserva in ragione del certificato SOA presentato). In quella sede l’odierna istante rilevava alla commissione la mancata produzione, da parte di tutte le altre quattro concorrenti, dei certificati previsti al punto 16, lettera g) del disciplinare di gara,

come da allegato modello B2, relativamente ai conviventi dei dichiaranti e ne chiedeva l'esclusione in conformità alle disposizioni della *lex specialis*.

La commissione si riservava la decisione in merito e, ritenuto di applicare il soccorso istruttorio in conformità a quanto previsto dall'articolo 46, d.lgs. n. 163/2006, con nota del 1 aprile 2014 richiedeva alle quattro imprese concorrenti di regolarizzare la documentazione trasmessa con l'ulteriore dichiarazione, per ciascun soggetto sottoposto alla verifica antimafia, prevista al punto 2 del modello B2 allegato al disciplinare. Avendo, i quattro concorrenti, provveduto alla regolarizzazione entro il termine previsto del 4 aprile 2014, la commissione ammetteva alla successiva fase della procedura tutti e cinque i concorrenti che avevano presentato l'offerta.

A tale decisione si opponeva l'odierna istante, la società Infratec, chiedeva al Comune l'esclusione degli altri quattro concorrenti per la mancata dichiarazione prodotta, restando così l'unica concorrente in gara.

La società istante, il Comune di Lacco Ameno e la società LA.RE.FIN. Srl, aggiudicataria del contratto, sono stati formalmente avvisati dell'istruttoria con nota del 4 giugno 2014 ed hanno partecipato al procedimento.

In particolare, sia il Comune che la società LA.RE.FIN. Srl hanno sostenuto la legittimità dell'operato della stazione appaltante, ritenendo applicabile alla fattispecie in esame il principio del soccorso istruttorio di cui all'articolo 46, d.lgs. 163/2006, anche in considerazione del fatto che quattro imprese su cinque non avevano provveduto a presentare la dichiarazione relativa ai conviventi, non specificamente prevista nel disciplinare.

Dal suo canto, la Infratec Srl contesta le argomentazioni dell'aggiudicataria sostenendo che nelle istruzioni per la compilazione riportate nel modello B2 allegato al disciplinare era specificamente previsto che le dichiarazioni dovessero riguardare anche i conviventi.

Ritenuto in diritto

La questione in esame, relativa alla legittimità del provvedimento con il quale la stazione appaltante ha richiesto l'integrazione documentale delle dichiarazioni non prodotte da parte di quattro dei cinque concorrenti alla gara in oggetto, presuppone la valutazione dei limiti di operatività del principio del soccorso istruttorio di cui all'articolo 46 del d. lgs. n. 163/2006.

Al riguardo, la disposizione in parola, al primo comma prevede che «*Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*».

L'orientamento interpretativo ormai consolidato in relazione a tale disposizione, sia da parte dell'Autorità che da parte del Giudice amministrativo (si confronti al riguardo quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze n. 9 del 25 febbraio 2014 e n. 16 del 30 luglio 2014), vede il potere di soccorso istruttorio come un doveroso ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti.

Più dettagliatamente, il soccorso istruttorio, che è considerato una applicazione del principio del giusto procedimento sancito dall'articolo 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e che impone pertanto all'Amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara, conosce limiti

rigorosi di applicazione dovuti alla preoccupazione che un eventuale allargamento del suo ambito applicativo alteri la *par condicio*, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incida sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura. Inoltre, l'intento è quello di preservare anche il generale principio di autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione.

L'Autorità, in linea con la giurisprudenza amministrativa, partendo dalla distinzione tra le ipotesi di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale" e riconoscendo che quest'ultima non è consentita, in quanto si risolverebbe in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento, a differenza della mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione, ha precisato altresì che, anche quando la sanzione dell'esclusione sia espressamente prevista dal bando per l'inosservanza di determinate previsioni, l'Amministrazione, prima di applicarla, dovrebbe, comunque, procedere ad una richiesta di regolarizzazione documentale, privilegiando l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti, in tutti i casi in cui i motivi di ordine formale non alterino la parità di condizioni tra gli stessi concorrenti e la carenza formale non impedisca il raggiungimento del risultato avuto di mira. (cfr., da ultimo, parere AVCP n. 147 del 20 giugno 2014)

A tali argomentazioni giuridiche occorre aggiungere, altresì, quanto più recentemente affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con specifico riferimento alle dichiarazioni circa il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38, ha richiamato il principio enunciato dall'articolo 38, comma 2-*bis* del Codice, che obbliga la stazione appaltante ad assegnare un termine non superiore a dieci giorni per la produzione o l'integrazione delle dichiarazioni carenti e prevede la possibilità di esclusione del concorrente solo in caso di inosservanza di tale inadempimento. La disposizione in parola, secondo il Consiglio di Stato, «risulta finalizzata proprio a superare le incertezze interpretative e applicative del combinato disposto degli articoli 38 e 46 mediante la procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio (che diventa doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive) e la configurazione dell'esclusione dalla procedura come sanzione unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante». Tale principio, secondo l'Adunanza Plenaria, ancorché non applicabile direttamente alla fattispecie concreta sottoposta alla sua attenzione, è considerato tuttavia un indice ermeneutico della «chiara volontà del legislatore di evitare (nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali, di imporre un'istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza dell'inosservanza da parte del concorrente dell'obbligo di integrazione documentale. La novità normativa indica, quindi, la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere del soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie». (Adunanza Plenaria n.16/2014)

Alla luce di tale ricostruzione giuridica e sulla base dei suesposti presupposti di diritto concernenti il soccorso istruttorio, appare corretto l'operato del Comune di Lacco Ameno che ha richiesto ai quattro concorrenti in contestazione la regolarizzazione della documentazione presentata, attraverso la produzione delle dichiarazioni circa l'insussistenza delle cause ostative di cui al d.lgs. n. 159/2011 relative ai conviventi dei legali rappresentanti e dei direttori tecnici.

Al riguardo, infatti, fermo restando che la prescrizione in parola non è contenuta né nel bando né nel disciplinare, ma nel solo modello B2 allegato al disciplinare, nell'ambito della "istruzioni per la

compilazione” (circostanza, questa, potenzialmente in grado di indurre i concorrenti in errore), si ritengono in ogni caso applicabili i menzionati principi in materia di soccorso istruttorio, che conferiscono legittimità alla scelta della stazione appaltante.

Pertanto, in considerazione della sopra richiamata evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di soccorso istruttorio, l’operato del Comune di Lacco Ameno appare corretto sia in una logica sostanzialistica del rapporto tra stazione appaltante e concorrenti sia per gli evidenti effetti concorrenziali che una tale scelta produce sulla gara.

Infatti, la richiesta ai quattro concorrenti, sui cinque totali, di produrre, entro un termine di 3 giorni, le dichiarazioni mancanti - richiesta alla quale i concorrenti hanno adempiuto entro il tempo previsto – va letta esclusivamente nel senso di favorire la concorrenza evitando esclusioni meramente formali.

Tale legittimità appare, altresì, supportata dal fatto che nella gara in questione quattro concorrenti su cinque non avevano reso tale dichiarazione, con la conseguenza che procedere alla loro esclusione avrebbe, di fatto, comportato la totale compromissione del *favor participationis* e l’impossibilità per la stazione appaltante di individuare l’affidatario più qualificato attraverso un effettivo confronto competitivo tra i concorrenti e le relative offerte.

In base a quanto sopra rappresentato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione e per i profili oggetto di contestazione, che la scelta dell’Amministrazione di procedere alla richiesta di integrazione documentale sia conforme all’articolo 46, d.lgs. 163/2006 e ai principi generali in materia di contratti pubblici.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 dicembre 2014

Il Segretario Maria Esposito