



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 576 DEL 26 giugno 2019

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da General Montaggi Soc. Coop. e dal Comune di Agira – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati, compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene pubblica all'interno dell'Aro di Agira – Importo a base d'asta: euro 6.882.542,59 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Agira

PREC 87/19/S

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con l'istanza di parere congiunta, acquisita al protocollo n. 43427 del 29/05/2019, presentata dall'operatore economico General Montaggi Soc. Cop. e dal Comune di Agira ai fini dell'emissione di un parere vincolante ai sensi dell'art. 211, comma 1, d.lgs. 50/2016, si domanda all'Autorità di esprimere una valutazione sulla legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara adottato nei confronti dell'impresa in data 22/05/2019 in ragione della mancata produzione, nei termini, del contratto di assicurazione con il massimale di copertura rischi nella misura prevista dal bando di gara. Nella seduta del 06/05/2019, la commissione di gara decideva per l'esclusione della General Montaggi Soc. Cop. in quanto non risultante in possesso del requisito prescritto dal bando al punto III.1.2 lett. d) del bando concernente il «livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali per un massimale non inferiore a n. 1.5 volte l'importo a base di gara» (verbale di gara n. 3); quindi, nella successiva seduta di gara del 17/05/2019, esaminata la documentazione pervenuta il 13/05/2019 a mezzo pec dalla ditta esclusa al fine del riesame della propria esclusione (n. 2 note assunte al prot. n. 101146 e 101155 il 14/05/2019), valutando la documentazione non idonea ad apportare «elementi nuovi rispetto al motivo di esclusione afferente il punto III 1.2 lett. d) del bando», la commissione confermava la «non ammissione alle successive fasi di gara» (verbale n. 4).

Nella medesima seduta del 17/05/2019, la ditta esclusa verbalizzava il proprio impegno a provvedere alla produzione del contratto assicurativo nei successivi 7 giorni, per il massimale richiesto. Quindi, in data 21/05/2019, la ditta produceva, come si legge nella nota trasmessa a mezzo pec del legale, «ad integrazione del contratto di assicurazione prodotto in sede di presentazione offerta avente ad oggetto un massimale di copertura assicurativa per i rischi professionali per Euro 500.000,00 annui, prova di accettazione, da parte della Società di Assicurazioni “Sara”, del nuovo contratto di assicurazione avente ad oggetto la copertura dei medesimi rischi per un massimale di euro 1.500.000,00 annui ..., riservandosi di produrre il relativo contratto di assicurazione entro i termini di cui sopra».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In data 22/05/2019, il Comune di Agira adottava il provvedimento di conferma dell'esclusione della ditta dalla procedura di gara per carenza del requisito richiesto al punto III, 1.2 lett. d) del bando relativo al livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali, per un massimale non inferiore a n. 1,5 volte l'importo a base di gara.

In data 24/05/2019 la General Montaggi Soc. Coop. provvedeva all'invio a mezzo pec del nuovo contratto di assicurazione avente ad oggetto la copertura dei medesimi rischi per un massimale di euro 1.500.000,00.

Con la richiesta di parere le parti istanti domandano all'Autorità di pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei confronti della General Montaggi Soc. Coop., avendo la stessa proceduto alla produzione del contratto di assicurazione per i rischi professionali con la richiesta copertura massimale dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta e, quindi, sulla possibile applicabilità, nel caso di specie, della procedura del "soccorso istruttorio" ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016.

Con nota prot. n. 46936 del 11/06/2019 l'Autorità ha comunicato alle parti interessate l'avvio del procedimento.

Ritenuto in diritto

Dalla disamina della documentazione trasmessa in atti, si evince che la trasmissione del contratto di assicurazione per il massimale conforme alle previsioni del bando di gara avveniva a seguito della scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte, successivamente alla chiusura delle sedute di gara svolte per la valutazione della documentazione amministrativa degli operatori economici partecipanti alla procedura (tanto si riscontra in base ai verbali di gara relativi alle sedute della commissione del 6 e del 17 maggio 2019). In particolare, nella seduta del 17/05/2019, la commissione di gara esaminava la documentazione trasmessa dalla General Montaggi Soc. Cop. a seguito del provvedimento di esclusione comminato nella seduta del 06/05/2019 rilevando che «La predetta documentazione si ritiene non apportare elementi nuovi rispetto al motivo di esclusione afferente il punto III 1.2 lett. d) del bando *“livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali per un massimale non inferiore a n. 1.5 volte l'importo a base di gara”*. (...) Si conferma la non ammissione alle successive fasi di gara». Emerge, quindi, come il contratto di assicurazione sia stato trasmesso soltanto in data 24/05/2019, laddove la carenza documentale era stata rilevata al tempo della presentazione delle offerte e fin dalla seduta del 6 maggio quando già la commissione decideva per l'esclusione della concorrente, confermata nella successiva seduta del 17 maggio 2019.

Al fine di sostenere l'illegittimità del provvedimento di esclusione, la General Montaggi Soc. Cop richiama un orientamento giurisprudenziale del TAR Lombardia, Brescia, sez. I, sentenza n. 282 del 27/02/2017 favorevole a un'interpretazione dell'art. 83, comma 4, lett. c), d.lgs. 50/2016 tale da non gravare eccessivamente sui costi degli operatori economici. Richiamando il precedente giurisprudenziale, la ditta sostiene che la produzione del contratto di assicurazione possa avvenire per gradi e che gli operatori economici non sarebbero obbligati, in base alla norma, a produrre il contratto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

di assicurazione, potendolo presentare anche in data successiva alla presentazione dell'offerta e, addirittura, a seguito dell'eventuale aggiudicazione della gara, tenuto conto che l'attivazione della polizza sarebbe correlata alla volontà dell'assicurato e connessa all'esecuzione del contratto.

Pur condividendo la necessità che il requisito di partecipazione debba essere tale da non gravare in maniera sproporzionata e ingiustificata sui costi degli operatori economici, l'Autorità ritiene di dover esprimere un orientamento in disaccordo con la tesi espressa dalla concorrente esclusa richiamando i principi generali in materia di requisiti speciali di partecipazione e modalità di espletamento della procedura di soccorso istruttorio.

Con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 50 del 2016, il livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali si configura come requisito di partecipazione alla procedura di gara espressamente richiamato all'art. 83, comma 4, d.lgs. 50/2016 quale elemento idoneo a comprovare, per gli appalti di servizi e forniture, la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico e che le stazioni appaltanti hanno la facoltà di richiedere agli operatori economici. Tra l'altro, la formulazione della norma induce a ritenere che la copertura assicurativa generalmente si presume già sussistente in capo all'operatore economico al momento della presentazione dell'offerta. In tal senso la relazione AIR al bando tipo n. 1/2017, approvato con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, laddove a fronte dell'osservazione pervenuta in sede di consultazione in ordine alla necessità che la polizza assicurativa sia presentata in originale o copia autenticata, l'Autorità non ha accolto l'osservazione confermando «l'opzione già individuata nel disciplinare di gara del deposito della sola copia conforme, in quanto non si tratta di una polizza assicurativa specifica per l'appalto, ma di un documento che rimane nella disponibilità dell'operatore per l'esercizio della proprio attività e di cui non può privarsi».

La polizza assicurativa adeguata come gli altri elementi richiesti a comprova della capacità economica e finanziaria del concorrente risponde all'interesse pubblico di salvaguardia della stazione appaltante per la fase esecutiva del contratto, nei limiti dei principi espressi dal Codice dei contratti pubblici al comma 2 dell'art. 83 che statuisce che i requisiti e le capacità di cui al comma 1 devono essere «attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione». Nel rispetto del principio della par condicio, gli operatori economici sono tenuti a fornire documentazione comprovante il possesso dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante nella legge di gara e possono ricorrere alla procedura del soccorso istruttorio nella misura in cui siano già in possesso dei requisiti richiesti, ma la documentazione trasmessa sia risultata carente. Infatti, per l'ipotesi che la documentazione trasmessa sia carente rispetto alle prescrizioni del bando di gara, l'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016 statuisce che la procedura di soccorso istruttorio possa essere espletata rispetto alle «carenze di qualsiasi elemento formale della domanda», specificando al contempo che costituiscono «irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa».

Sulla base della norma, nel bando tipo n. 1, l'Autorità ha evidenziato, da una parte, che le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

all'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 del Codice; dall'altra parte, l'Autorità ha richiamato il principio secondo cui «l'irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata», ritenendo ammissibile la successiva correzione o integrazione documentale soltanto «laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta». L'Autorità ha sostenuto, tra le altre, la regola secondo cui «il mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione non è sanabile mediante soccorso istruttorio e determina l'esclusione dalla procedura di gara». Nell'ambito della disciplina sopra riportata appare rientrare anche la richiesta della stazione appaltante disciplinata dall'art. 83, comma 4, lett. c), d.lgs. 50/2016 concernente la copertura assicurativa adeguata.

Tenuto conto della disciplina del soccorso istruttorio e a tutela della par condicio dei concorrenti, il provvedimento di esclusione in contestazione appare giustificato poiché al tempo della presentazione dell'offerta il concorrente non era in possesso di adeguata copertura assicurativa, come richiesta dalla stazione appaltante nelle prescrizioni del bando di gara né d'altra parte risultava in possesso del requisito al tempo in cui la commissione di gara procedeva comunque al riesame dell'esclusione nella seduta del 17 maggio 2019.

Pertanto, sulla base di quanto sopra visto e considerato,

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- l'operato della stazione appaltante conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 12 luglio 2019

Il Segretario Maria Esposito