



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N. 1150**

**DEL 12 dicembre 2018**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da Clamar di Bongiorno Calogero/ Parco Archeologico la Valle dei Templi. Avviso pubblico per manifestazione di interesse relativa all'espletamento della procedura negoziata per l'affidamento di lavori di allestimento museale "Il British e la Valle dei Templi- Agrigento 2 aprile-30 settembre". Criterio di aggiudicazione: minor prezzo. Importo a base di gara: 95.875,84 euro.

**PREC. 256/17/L**

### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza prot. n.37939 del 13 marzo 2017 con cui la ditta Clamar di Bongiorno Calogero chiede un parere all'Autorità sulla legittimità dell'esclusione disposta in suo danno dalla stazione appaltante per non aver allegato alla documentazione presentata con la manifestazione di interesse apposita dichiarazione sostitutiva da cui risulti la volontà di partecipare mediante l'istituto dell'avvalimento, pur avendo dichiarato espressamente in quella sede l'intenzione di farvi ricorso; lamenta inoltre la violazione dei principi generali di correttezza e buon andamento della pubblica amministrazione nonché di concorrenza e parità di trattamento oltre che dell'art. 53 e dell'art. 13 comma 2 lett. b) D.lgs.50/2016 che impone di garantire l'anonimato dei concorrenti sino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte per aver la stazione appaltante divulgato l'elenco dei soggetti invitati a presentare offerta indicando nella lettera di invito gli indirizzi email di tutti gli operatori economici che avevano risposto all'avviso di manifestazione di interesse e rendendo così molto semplice dedurre quali fossero le imprese sorteggiate ammesse a partecipare;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 13 marzo 2017;

RILEVATO che l'istanza è ammissibile e che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016;

VISTE le memorie e la documentazione prodotte dalle parti;

VISTO l'avviso pubblico per manifestazione di interesse per l'espletamento di procedura negoziata ai sensi dell'art. 36 comma 2 e 216 comma 9 D.lgs. 50/2016 con cui il RUP ha indetto la procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di allestimento museale "Il British e la Valle dei Templi Agrigento 2 aprile-30 settembre";



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

RILEVATO che, tra le “ulteriori informazioni” contenute nell’atto, la stazione appaltante, oltre a precisare la natura non vincolante per l’amministrazione dell’atto prodromico all’indizione della gara,

sottolinea che la partecipazione all’indagine di mercato *“non costituisce prova dei requisiti generali e speciali richiesti per l’affidamento dei lavori che invece dovrà essere dichiarata e accertata in occasione dell’avvio della procedura negoziata”*;

CONSIDERATO che, come specificato già nella Determinazione n. 2 del primo agosto 2012 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 185 del 09/08/2012): *“la volontà di ricorrere all’avvalimento deve essere espressa dal concorrente nella domanda di partecipazione alla gara. Ciò si evince da una serie di considerazioni legate alla natura ed alla finalità dell’istituto: se l’avvalimento, infatti, serve a “soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA”, allora non può che seguire modalità e termini previsti per la produzione dei requisiti medesimi. Da ciò discende che, poiché l’impresa partecipa alla gara non solo con tutta la sua organizzazione tecnico-economica, ma anche utilizzando quella dell’impresa ausiliaria, il concorrente deve manifestare tale intenzione nel momento stesso in cui rappresenta alla pubblica amministrazione la propria volontà di voler partecipare alla gara”*;

CONSIDERATO che, come rileva l’istante, in C.d.S. sez. IV, 21.9.2015 n.4409 ma vd. anche C.d.S. sez. IV, sent., 13/03/2014, n. 1224 si afferma che: *“mentre la fase di prequalifica ha il dichiarato scopo di individuare i potenziali soggetti da invitare come concorrenti, la fase di presentazione delle offerte, invece, ha lo scopo di accertare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati, e a tal fine impone di comprovare i requisiti richiesti per l’ammissione alla procedura”*;

CONSIDERATO tuttavia che la giurisprudenza ammette (vd. sent. Tar Lazio, Roma n.35334 del 3 dicembre 2010) che la procedura sia modulata dalla stazione appaltante, nell’esercizio della propria discrezionalità, per garantire le condizioni di più efficiente svolgimento del meccanismo di selezione e a tal fine può essere prevista la dichiarazione del possesso dei requisiti speciali sin dalla manifestazione di interesse;

RILEVATO che le “ulteriori informazioni” dell’avviso – l’unico atto idoneo ad integrare gli estremi della *lex specialis* della procedura di manifestazione di interesse – l’amministrazione ha espressamente previsto che la partecipazione alla citata procedura non costituisce prova di possesso dei requisiti generali e speciali richiesti per l’affidamento dei lavori, da dichiararsi, invece, ed accertarsi da parte della stazione appaltante in occasione della procedura negoziata di affidamento;



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

RILEVATO che nella manifestazione di interesse presentata dalla ditta istante è espressamente dichiarata la volontà di essere invitata a partecipare come impresa singola con avvalimento per la cat. OS6 oggetto dell'appalto;

TENUTO CONTO che, a tutto voler concedere, la stazione appaltante avrebbe dovuto, comunque, attivare il soccorso istruttorio, di cui all'art. 83, comma 9 del Codice, per acquisire ulteriori documenti ritenuti necessari a dimostrare l'effettivo possesso dei requisiti, in ogni caso, dichiarati;

CONSIDERATO che l'art. 13 comma 2 lett. b) prevede il diritto di accesso e il correlativo divieto di divulgazione sia differito nelle procedure ristrette o negoziate, al termine per la presentazione delle offerte;

### **Il Consiglio**

ritiene l'operato della stazione appaltante non conforme alla disciplina normativa di settore:

- per aver escluso la ditta istante dalla partecipazione alla gara in oggetto, pur in presenza di espressa dichiarazione di voler far ricorso ad avvalimento per la categoria OS6 nella manifestazione di interesse, in conformità a quanto previsto nel relativo avviso pubblico;
- per aver comunicato i nominativi dei partecipanti prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte violando l'art. 13 comma 2 lett. b) D.lgs. 50/2016;

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20 dicembre 2018

Il Segretario Maria Esposito