



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N. 54 DEL 1 febbraio 2017**

Oggetto: istanza di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Impresa Artigiana Grimaldini Giuseppe – Fornitura di beni per l'area della scuola e realtà dell'infanzia suddivisa in due lotti. Lotto 1: fornitura e posa in opera di infissi esterni negli asili nido CIG 6662529D9 – Lotto 2: fornitura e posa in opera di pavimento morbido in gomma per interni negli asili nido CIG 67475026CB - Importo a base di gara euro: 308.062,40. - S.A.: Comune di Palermo.

**PREC 83/16/F**

**Requisiti speciali di partecipazione – dichiarazione incompleta – soccorso istruttorio**

È legittimo il ricorso al soccorso istruttorio per permettere al concorrente la regolarizzazione della dichiarazione dei requisiti speciali previsti dalla *lex specialis* ai fini della partecipazione, fermo restando che la sussistenza del possesso dei requisiti medesimi deve essere verificata al momento fissato dalla *lex specialis* quale termine per la presentazione dell'offerta

Pertanto, non è conforme ai principi in materia di contratti pubblici e all'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 il provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico, senza aver previamente proceduto alla richiesta di integrazione documentale della dichiarazione dei requisiti prodotta e verificata, in esito ad essa, l'effettivo possesso dei requisiti di partecipazione allo scadere del termine di presentazione delle offerte.

**Articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016**

**Il Consiglio**

*Considerato in fatto*

In data 27 ottobre 2016, prot. n. 159051 è pervenuta l'istanza di parere presentata dall'Impresa Artigiana Grimaldini Giuseppe relativamente alla procedura di gara in epigrafe, con la quale è stato contestato il provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante per mancanza del possesso dei requisiti di capacità tecnica previsti dalla disciplina di gara.

In particolare, l'istante ha rappresentato di aver compilato il modulo predisposto dalla stazione appaltante, composto da 9 righe, e di non aver conseguentemente raggiunto l'importo di 308.062,40 richiesto, sebbene fosse in possesso del requisito medesimo.

La stazione appaltante, con provvedimento di cui al verbale del 18 ottobre 2016 n. 4, aveva disposto l'esclusione dell'odierno istante dalla procedura, in quanto la commissione di gara rilevava «dall'esame delle dichiarazioni prodotte in sede di gara relative al requisito di capacità tecnico-professionale che le medesime non integrano il citato requisito di importo indicato dal punto 15b) del bando di gara. Pertanto la commissione esclude l'operatore economico in questione poiché non è in possesso del requisito di cui al punto 15b) del bando di gara, nei limiti ivi previsti.»



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Dal suo canto, l'impresa contestava il provvedimento di esclusione alla stazione appaltante sostenendo di possedere il requisito prescritto e di non aver completato la dichiarazione per assenza di righe disponibili sul modello predisposto dalla stazione appaltante, circostanza che la commissione di gara riteneva «*non sufficiente per richiedere all'impresa di integrare, successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, una dichiarazione che già avrebbe dovuto essere presentata unitamente a tutta la documentazione di gara semplicemente integrando con una dichiarazione a sé stante l'elenco delle forniture già indicato nel modello predisposto*» e per tali ragioni confermava il provvedimento di esclusione.

Con nota del 5 dicembre 2016, prot. n. 179915, è stato avviato il procedimento di precontenzioso.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione giuridica sottoposta all'attenzione dell'Autorità con l'istanza di parere in epigrafe presuppone la necessità di definire l'ambito di operatività dell'istituto del soccorso istruttorio nel caso di dichiarazioni inerenti i requisiti di partecipazione.

La definizione dell'ambito di operatività dell'istituto del soccorso istruttorio, già in vigenza della vecchia normativa di cui al d.lgs. n. 163/2006, è stata oggetto di numerose pronunce di questa Autorità, che ha espresso la propria posizione nella determinazione n. 1 dell' 8 gennaio 2015 recante “*Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46. c.1-ter del d.lgs. 163/2006*” in cui si evidenzia che «*il comma 1-ter dell'articolo 46 ritiene applicabile il meccanismo introdotto dal comma 2-bis dell'articolo 38 ad ogni ipotesi di incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara (...). Pertanto ove vi sia un'omissione, incompletezza, irregolarità di una dichiarazione con carattere dell'essenzialità – da individuarsi come tale in applicazione delle cause tassative di esclusione – la stazione appaltante non potrà più procedere direttamente all'esclusione del concorrente ma dovrà avviare il procedimento contemplato nell'art. 38, c. 2-bis del Codice, volto all'irrogazione della sanzione pecuniaria ivi prevista ed alla sanatoria delle irregolarità rilevate.*»

Viene in particolare precisato che dal dato letterale della norma emerge chiaramente come sia consentito in sede di gara procedere alla sanatoria di ogni omissione o incompletezza documentale, superando il previgente limite della sola integrazione e regolarizzazione di quanto già dichiarato e prodotto in gara. Inoltre, il riferimento ivi contenuto anche agli elementi e non solo alle dichiarazioni, consente un'estensione dell'istituto del soccorso istruttorio a tutti i documenti da produrre in gara, in relazione ai requisiti di partecipazione, ma non anche per supplire a carenze dell'offerta. L'ampliamento dell'ambito applicativo del soccorso istruttorio – tale da consentire il completamento o l'integrazione dell'offerta – infatti, altererebbe la *par condicio* e il libero gioco della concorrenza, violerebbe il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, eluderebbe la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura e, non ultimo, implicherebbe la violazione del principio di segretezza delle offerte. In ragione di tali principi - si ribadiva in quella sede - l'istituto in parola non può, in ogni caso, essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Resta fermo, in sostanza, il principio per cui i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dal concorrente - che deve essere, altresì, in regola con tutte le altre condizioni di partecipazioni - alla scadenza del termine fissato nel bando per la presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione, senza possibilità di acquisirli successivamente

Tale orientamento, che riconosce dunque la possibilità di integrazione delle dichiarazioni inerenti i requisiti di partecipazione, fermo restando che il relativo possesso sia verificato come sussistente al momento della presentazione dell'offerta, è stato confermato anche dalla giurisprudenza amministrativa che ha ritenuto ammissibile utilizzare il soccorso istruttorio per sanare lacune di produzione documentale, purchè il concorrente sia in possesso dei relativi requisiti (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza n. 1383 dell'8 luglio 2016, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2106 del 19 maggio 2016 e TAR Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza n. 434 del 22 marzo 2016).

*Il nuovo codice dei contratti pubblici, all'articolo 83, comma 9, dispone 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, la mancanza, l'incompletezza e 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 tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, 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, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. 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.»*

Di fatto, l'impianto normativo è rimasto pressoché inalterato rispetto a quello previgente, essendo previsto il ricorso al soccorso istruttorio per qualsiasi elemento formale della domanda, eccezion fatta per gli elementi integrativi inerenti l'offerta tecnica ed economica.

In sostanza viene mantenuta la volontà del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie, con l'intento di privilegiare il *favor participationis*, nel rispetto della *par condicio* tra i concorrenti.

Sulla base di tali considerazioni, nel caso di specie, avendo il concorrente indicato in maniera non completa il possesso dei requisiti di partecipazione prescritti dalla *lex specialis*, la stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione, avrebbe dovuto procedere alla richiesta di soccorso istruttorio ai sensi del menzionato articolo 83 al fine di integrare la dichiarazione incompleta fornita dall'impresa e verificare l'effettivo possesso del requisiti previsto dalla gara al momento del termine di presentazione delle offerte.



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

Infatti, una volta intervenuta la regolarizzazione della documentazione dichiarativa, solo qualora l'amministrazione rilevi il mancato possesso dei requisiti in capo al concorrente al momento della presentazione dell'offerta, potrà procedere alla sua legittima esclusione.

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non conforme ai principi in materia di contratti pubblici e all'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 il provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico, senza aver previamente proceduto alla richiesta di integrazione documentale della dichiarazione dei requisiti prodotta e verificato, in esito ad essa, l'effettivo possesso dei requisiti di partecipazione allo scadere del termine di presentazione delle offerte.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 8 febbraio 2017

Il segretario Maria Esposito