

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Il DGUE ed il soccorso istruttorio

21 febbraio 2017

a cura dott.ssa Maria Teresa Massi



Programma:

- **Il DGUE e i requisiti generali e speciali**
- **Il nuovo soccorso istruttorio: analisi della prima giurisprudenza**

II DGUE

Fonti normative del DGUE

REGOLAMENTO DI ESECUZIONE (UE) 2016/7 DELLA COMMISSIONE del 5 gennaio 2016 che stabilisce il modello di formulario per il documento di gara unico europeo (Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea 6 gennaio 2016, n. L 3/16)

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50
(G.U. n. 91 del 19 aprile 2016)
Art. 85.

Circolare del Ministero delle Infrastrutture e trasporti 18 luglio 2016, n. 3 Linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di gara unico europeo (DGUE)(G.U. n. 174 del 27 luglio 2016)

Legge 28 gennaio 2016, n. 11 Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture
(G.U. n. 23 del 29 gennaio 2016)
Art. 1, co. 1

“aa) previsione che, al fine di ridurre gli oneri documentali, i partecipanti alle gare possano utilizzare il documento di gara unico europeo (DGUE) o analogo documento predisposto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per autocertificare il possesso dei requisiti;

II DGUE

Scopo e funzioni del DGUE

Dal regolamento comunitario: “il DGUE consiste in una dichiarazione formale da parte dell'operatore economico di non trovarsi in una delle situazioni nelle quali gli operatori economici devono o possono essere esclusi, di soddisfare i pertinenti criteri di selezione e di rispettare, se del caso, le norme e i criteri oggettivi fissati al fine di limitare il numero di candidati qualificati da invitare a partecipare. Il DGUE è finalizzato a ridurre gli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione.”

Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica, in ottemperanza all'articolo 59, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE; **l'applicazione di tale disposizione può però essere rinviata al più tardi fino al 18 aprile 2018.** Ciò significa che le due versioni del DGUE, quella interamente elettronica e quella su carta, possono coesistere al più tardi fino al 18 aprile 2018. Per l'utilizzo nelle procedure di appalto per le quali l'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronici è stato rinviato (anche questo è possibile al più tardi fino al 18 aprile 2018) il servizio DGUE permette agli operatori economici di stampare il DGUE compilato elettronicamente per ottenere un documento cartaceo che può quindi essere trasmesso all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore mediante mezzi di comunicazione diversi da quelli elettronici.

II DGUE

Scopo e funzioni del DGUE

Nel Codice (art. 85): “consiste in un'autodichiarazione aggiornata come **prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi** in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni:

- a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80;
- b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'articolo 83;
- c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'articolo 91.”

II DGUE

Scopo e funzioni del DGUE

Dalla circolare ministeriale: “La finalità del DGUE è semplificare e ridurre gli oneri amministrativi che gravano sulle amministrazioni aggiudicatrici, sugli enti aggiudicatori e sugli operatori economici attraverso l'adozione di un **modello autodichiarativo, previsto in modo standardizzato** a livello europeo, e basato sul possesso dei requisiti di carattere generale e speciale, **destinato a sostituire i singoli moduli predisposti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori per la partecipazione ad ogni singola procedura ad evidenza pubblica.** “

A decorrere dal 18 aprile 2018, il DGUE è reso disponibile esclusivamente in forma elettronica.

II DGUE

La struttura del DGUE e i contenuti minimi

La struttura e i contenuti minimi (dalla circolare Min. Infrastrutture)

Il DGUE è articolato nelle parti e sezioni seguenti:

Parte I. Informazioni sulla procedura di appalto e sull'amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore.

Parte II. Informazioni sull'operatore economico (riferimenti, SOA, rappresentanti, forma partecipazione, subappalto ed avalimento)

Parte III. Criteri di esclusione (art. 80 e altra normativa di diritto interno)

Parte IV. Criteri di selezione (idoneità professionale e capacità tecnica ed economica) In forma sintetica (**sezione "alfa"**) o analitica se richiesto dalla documentazione di gara

Parte V. Riduzione del numero di candidati qualificati (forcella)

Parte VI. Dichiarazioni finali

II DGUE

L'utilizzo del DGUE

Secondo il regolamento comunitario:

“Il DGUE compilato dall'operatore economico con le informazioni richieste **deve accompagnare sia l'offerta, nelle procedure aperte, sia la richiesta di partecipazione nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione, nei dialoghi competitivi o nei partenariati per l'innovazione.** Tranne nel caso taluni appalti basati su accordi quadro, l'offerente al quale si intende aggiudicare l'appalto dovrà fornire certificati e documenti complementari aggiornati.

Gli Stati membri possono disciplinare l'utilizzo del DGUE, o demandare alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori la decisione al riguardo, anche nell'ambito delle procedure di appalto non soggette, o soggette solo parzialmente, alle norme procedurali dettagliate delle direttive 2014/24/UE o 2014/25/UE, ad esempio nel caso di appalti per importi inferiori alle soglie rilevanti o per appalti soggetti alle norme particolari riguardanti i servizi sociali e altri servizi specifici (il «regime alleggerito»). Analogamente, gli Stati membri possono disciplinare l'utilizzo del DGUE, o demandare alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori la decisione al riguardo, anche per l'aggiudicazione dei contratti di concessione, soggetti o meno alla direttiva 2014/23/UE.”

II DGUE

L'utilizzo del DGUE

Secondo la circolare (ma con quale portata normativa?)

“Il DGUE è utilizzato per tutte le procedure di affidamento di contratti di appalto di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali nonché per le procedure di affidamento di contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato disciplinate dal Codice.

Il modello di formulario DGUE è, altresì, utilizzato per le **procedure di affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35** del Codice, fatta eccezione per le procedure di cui all'art. 36, comma 2, lettera a), (affidamento diretto di contratti di importo inferiore a 40.000 €) per le quali l'utilizzazione del DGUE è rimessa alla discrezionalità della singola stazione appaltante.

Il DGUE, compilato dall'operatore economico con le informazioni richieste, accompagna l'offerta nelle procedure aperte e la richiesta di partecipazione nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione, nei dialoghi competitivi o nei partenariati per l'innovazione.

Esso è utilizzato anche nei casi di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 63 del Codice, comma 2, lettera a); negli altri casi previsti dal predetto art. 63 la valutazione circa l'opportunità del suo utilizzo è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante procedente.”

II DGUE

L'utilizzo del DGUE

Ancora dalla circolare ministeriale

Gli operatori economici possono riutilizzare il DGUE compilato e utilizzato in una procedura di appalto precedente, purché confermino che le informazioni ivi contenute siano ancora valide e siano pertinenti rispetto alla procedura nel corso della quale intendono riutilizzare il DGUE. Il modo più semplice di procedere, è inserire le informazioni nel DGUE avvalendosi delle funzionalità messe appositamente a disposizione per mezzo del citato servizio DGUE elettronico. **Sarà, ovviamente, possibile riutilizzare le informazioni anche mediante altre forme di recupero dei dati (ad esempio, copia - incolla), contenuti negli strumenti elettronici (pc, tablet, server...) dell'operatore economico precedente.** Successivamente alla procedura di aggiudicazione, **in fase di esecuzione del contratto d'appalto**, il formulario per il DGUE, opportunamente adattato, **può essere utilizzato per presentare le dichiarazioni del subappaltatore** ai fini dell'autorizzazione al subappalto.

Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori indicano nei documenti di gara tutte le informazioni che gli operatori economici devono inserire nel DGUE. Dette informazioni devono essere indicate anche con appositi richiami nel modello di formulario.

II DGUE

L'utilizzo del DGUE

Quanti DGUE?

RTOE e simili: Nel caso di partecipazione degli operatori economici con le forme previste ai sensi dell'art. 45, comma 2, lettera d), e), f), g) e dell'art. 46, comma 1, lettera e) del Codice, **per ciascuno degli operatori economici partecipanti è presentato un DGUE distinto recante le informazioni richieste dalle Parti da II a VI.**

Operatori economici con idoneità individuale: Nel caso di partecipazione di **consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lettera b) e c) ed all'art. 46, comma 1, lettera f) del Codice**, il DGUE è compilato, **separatamente, dal consorzio e dalle consorziate esecutrici ivi indicate.** Pertanto, nel modello di formulario (parte II, sez. A, penultima sezione) deve essere indicata la denominazione degli operatori economici facente parte di un consorzio di cui al sopra citato art. 45, comma 2, lettera b) o c) o di una Società di professionisti di cui al sopra citato art. 46, comma 1, lettera f) che eseguono le prestazioni oggetto del contratto.

Avvalimento: oltre al DGUE del Concorrente, che indicherà l'ausiliario nella parte II, sez. C, l'ausiliario dovrà presentare un proprio DGUE

Subappalto (facoltativo o con terna obbligatoria): oltre al DGUE del Concorrente, che indicherà l'appaltatore nella parte II, sez. D, la SA potrà chiedere i documenti anche del/dei subappaltatore/i

II DGUE

L'utilizzo del DGUE

Quali parti del DGUE vanno eventualmente “moltiplicate”?

Parte II, sez. B (Informazioni sui rappresentanti dell'operatore economico,)

Parte III. Sez. A Criteri di esclusione (art. 80 co. 1, condanne penali rilevanti): Il modello comunitario, sulle sentenze come sugli illeciti professionali o le ipotesi di conflitto di interessi, ipotizza la possibilità di una dichiarazione resa in nome e per conto degli altri; a tal fine potrebbe essere riportata l'indicazione dei dati anagrafici di tutti i soggetti e la parte VI andrebbe integrata con il riferimento anche all'art. 47 del DPR 445/2000)

Parte III. Sez. C e D Criteri di esclusione (art. 80 co. 5): con le stesse indicazioni della parte precedente

Parte VI. Dichiarazioni finali, in relazione ai soggetti che conseguentemente appongono la firma

Comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016

Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE.

Il comunicato del Presidente ANAC è volto a “fornire alcune indicazioni operative di massima, volte a consentire il normale svolgimento delle operazioni di gara nelle more dell'adozione di un atto a carattere generale che avverrà nel rispetto delle procedure previste dall'art. 213 del d.lgs. 50/2016”

II DGUE ed i requisiti di ordine generale

Quali sono i soggetti in grado di incidere sulla valutazione di moralità del concorrente?

Oltre alle ipotesi solite per ditte individuali e società di persone, nel caso in cui si tratti di altro tipo di società, la causa di esclusione è riferita, invece, ai **«membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza»**, ai **«soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo»**, al direttore tecnico e al socio persona fisica, ovvero al socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

II DGUE ed i requisiti di ordine generale

L'elenco esplicativo di ANAC in relazione ai nuovi sistemi di gestione delle società di capitali come risultanti dalla riforma del diritto societario

Requisito di cui all'art. 80, comma 1, del Codice da verificare in capo:

- membri del **consiglio di amministrazione muniti di legale rappresentanza**, nelle società con **sistema di amministrazione tradizionale e monistico**;
- membri del **collegio sindacale** nelle società con sistema di amministrazione tradizionale e membri del **comitato per il controllo** sulla gestione nelle società **con sistema di amministrazione monistico**;
- membri del **consiglio di gestione** e ai membri del **consiglio di sorveglianza**, nelle società con **sistema di amministrazione dualistico**.
- altri «soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo», intendendosi per tali i soggetti che risultino muniti di poteri di rappresentanza (come gli institori e i procuratori ad negotia), di direzione (come i dipendenti o i professionisti ai quali siano stati conferiti significativi poteri di direzione e gestione dell'impresa) o di controllo (come il revisore contabile e l'Organismo di Vigilanza di cui all'art. 6 del D. Lgs. n. 231/2001).
- In caso di controllo contabile affidato a **società di revisione**, la verifica di cui all'art. 80, comma 1, non deve essere condotta sui membri degli organi sociali della società di revisione, trattandosi di soggetto giuridico distinto dall'operatore economico concorrente.

II DGUE ed i requisiti di ordine generale

I soggetti da indicare nel DGUE (art. 80, commi 1 e 3)

da indicare duplicando la riga dei rappresentanti della sezione B della Parte II (B: INFORMAZIONI SUI RAPPRESENTANTI DELL'OPERATORE ECONOMICO) e compilando, per ciascuna condanna presente, la sezione A della Parte III (A: MOTIVI LEGATI A CONDANNE PENALI)

OPPURE (solo in caso di assenza di condanne influenti sull'operatore economico)
Riportando una generica dichiarazione di assenza delle cause di esclusione

*Esame dello schema di
DGUE*

Il nuovo soccorso istruttorio

Le previsioni normative

Art. 83, co. 9 soccorso istruttorio

9. 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.**

Il nuovo soccorso istruttorio

Le previsioni normative

Le nuove previsioni (**art. 83, co. 9**) appaiono più in linea con le norme comunitarie, in particolare:
Non è dovuto il pagamento se non c'è regolarizzazione;
No alla regolarizzazione (ed ammissione) se non c'è pagamento;
No al soccorso su elementi offerta tecnica ed economica.

Rimane il problema degli elementi essenziali regolarizzabili senza sanzione, e della compatibilità della sanzione, per la quale vi è la remissione alla Corte di giustizia Europea

Competenza all'avvio della procedura di soccorso istruttorio

Dalle Linee guida ANAC n° 3 sul RUP

*“il controllo della documentazione amministrativa, è svolto dal RUP, da un seggio di gara istituito ad hoc oppure, se presente nell’organico della stazione appaltante, da un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante. In ogni caso il RUP esercita una funzione di coordinamento e controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e **adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate**”.*

Dalle indicazioni interpretative ANAC sulle linee guida n° 3 del 14 dicembre emerge la possibilità che tale compito venga assegnato anche alla commissione istituita internamente.

Risulta opportuno, in fase di predisposizione degli atti di gara, determinare la competenza ad adottare gli atti propulsivi (soccorso istruttorio) e i provvedimenti di esclusione.

Possibilità per la commissione di avviare il soccorso istruttorio e di comminare la sanzione espulsiva

TAR Lazio, Sez. I-quater, 25 gennaio 2017 n. 1324

TAR Campania, Sez. Napoli, 25 gennaio 2017 n. 534



Limiti del soccorso istruttorio

Soccorso istruttorio, par condicio e favor participationis

Consiglio di Stato, Sez. III, 24 novembre 2016 n. 4930 (non attinente specificatamente il Codice dei contratti)

*“E’ stato poi ribadito, in sostanza, che nelle gare pubbliche il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell’autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale **ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione**; che il principio del soccorso istruttorio è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla lex specialis (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte e, conseguentemente, **l’integrazione si risolverebbe in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento**; che, in definitiva, in presenza di una previsione chiara e dell’inosservanza di questa da parte di un concorrente, l’invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell’Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme”*

Limiti del soccorso istruttorio

Soccorso istruttorio, par condicio e favor participationis

T.A.R. Lazio, Roma, II-quater, 17 gennaio 2017, n. 787

*“Va a questo punto chiarito che, per giurisprudenza costante, il dovere di soccorso istruttorio previsto all'art. 46 del d.lgs. 163/2006 ed il generale favore per la partecipazione trovano un limite insuperabile nell'esigenza di garantire la par condicio dei concorrenti: **è, infatti, indubbio che il principio di par condicio risulterebbe violato se le opportunità di regolarizzazione offerte dalla stazione appaltante si traducessero in occasione di aggiustamento postumo di irregolarità gravi e non sanabili, cioè in espediente per eludere le conseguenze associate dalla legge o dal bando all'inosservanza di prescrizioni tassative, imposte a pena di esclusione** (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2016 n. 67 e Sez. V, 20 agosto 2015 n. 3956). **Il soccorso istruttorio non può, dunque, intervenire nel caso dell'assenza di un requisito di qualificazione**, visto che non consiste nell'integrazione tardiva della documentazione che doveva essere acquisita con la domanda di partecipazione, e concretizzerebbe la sanatoria di un vizio di documentazione mancante in origine: tale operazione risulterebbe contraria al principio di par condicio dei concorrenti e di tassatività dei termini per la presentazione delle offerte, nonché alla stessa disciplina di gara ed alle norme in materia di possesso del requisito di qualificazione, quindi realizzerebbe una vera modifica sostanziale degli elementi dell'offerta stessa avvenuta oltre la scadenza del termine per la partecipazione alla gara.”*

Limiti del soccorso istruttorio

In definitiva si ha soccorso istruttorio, con possibilità di applicare la sanzione e a pena di esclusione dalla procedura:

- per **carezza formale** della domanda, delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti e quindi del DGUE (no rimedio o integrazione di requisiti assenti);
- **solo in relazione ad obblighi previsti dalla legge (e dalla legge di gara) a pena di esclusione o a all'inosservanza di prescrizioni tassative, imposte a pena di esclusione** (tipicità e tassatività delle cause di esclusione)
- **mai per integrazione tardiva di un requisito mancante**
- **mai per adempimento di un onere non tempestivamente assolto**
- **mai per elementi dell'offerta tecnica e/o economica**
- **mai per rimediare ad un vizio che ha reso l'offerta irricevibile**

Debenza della sanzione (vecchio codice)

Rimessione alla Corte di giustizia Europea: Ordinanza TAR Lazio, sez. III, 13/07/2016 n. 10012
“In conclusione, si rimettono alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea le seguenti questioni pregiudiziali di interpretazione dell’art. 38, comma 2-bis, d.lgs. 12.4.2006, n. 163 in rapporto alla disciplina prevista dagli artt. 45 e 51 della Direttiva 2004/18/CE ed ai principi di massima concorrenza, proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione in materia di procedure per l’affidamento di lavori, servizi e forniture:

- *se, pur essendo facoltà degli Stati membri imporre il carattere oneroso del soccorso istruttorio con efficacia sanante, sia, o meno, contrastante con il diritto comunitario l’art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, nel testo vigente alla data del bando di cui trattasi (...) laddove è previsto il pagamento di una “sanzione pecuniaria”, nella misura che deve essere fissata dalla stazione appaltante, **sotto il profilo dell’importo eccessivamente elevato e del carattere predeterminato della sanzione stessa, non graduabile** in rapporto alla situazione concreta da disciplinare, ovvero alla gravità dell’irregolarità sanabile;*

- *se, al contrario, il medesimo art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 (sempre nel testo vigente alla data sopra indicata) **sia contrastante con il diritto comunitario**, in quanto la stessa onerosità del soccorso istruttorio può ritenersi in contrasto con i principi di massima apertura del mercato alla concorrenza, cui corrisponde il predetto istituto, con conseguente riconducibilità dell’attività, al riguardo imposta alla Commissione aggiudicatrice, ai doveri imposti alla medesima dalla legge, nell’interesse pubblico al perseguimento della finalità sopra indicata.”*

Debenza della sanzione (nuovo codice)

Dalla bozza di relazione illustrativa allegata alla bozza del Correttivo al Codice (art. 33 di modifica dell'art. 83)

- la lettera c) riscrive il comma 9 proponendo un nuovo meccanismo del soccorso istruttorio, con l'eliminazione del soccorso istruttorio a pagamento. **L'eliminazione del soccorso istruttorio a pagamento discende da quanto emerso dagli atti di una pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia dai quali si evince che tale previsione, presente solo nell'ordinamento italiano, sembrerebbe contraria ai principi di concorrenza previsti dal Trattato;**"

Mancata sottoscrizione dell'istanza

T.A.R. Campania, Salerno, 10 gennaio 2017 n. 106

*“(....); ne discende che devono intendersi “irregolarità essenziali non sanabili”, soltanto quelle che **non consentano neppure di ricostruire il contenuto o di risalire all'autore delle dichiarazioni, come nel caso della mancanza di sottoscrizione, risultando in tal caso sostanzialmente inesistenti e perciò prive di quelle connotazioni minime per poter essere oggetto di regolarizzazione.** La norma cioè consacra la regola generale della sanabilità delle carenze della domanda in coerenza con le indicazioni della L. delega n. 11/2016, che all'art. 1, comma 1, lett. z), aveva indicato come obiettivo per il legislatore delegato non solo la riduzione degli oneri documentali a carico dei concorrenti, ma soprattutto la "attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda".”*



Mancata sottoscrizione dell'istanza

T.A.R. Toscana, Firenze, 16.09.2016 n. 1364

“Deve trattarsi di firma autografa, e non fotocopiata o prestampata, in quanto solo la diretta apposizione da parte del dichiarante può valere a ricondurre il contenuto del documento a lui. Non rileva l'allegazione del documento di identità, che funge da strumento sostitutivo dell'autenticazione di una sottoscrizione effettiva, e non impressa a stampa o fotocopiata. Tali conclusioni valgono anche alla luce dell'art. 83, comma 9 ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, trattandosi di irregolarità che non consente l'individuazione del soggetto responsabile, in quanto non è riconoscibile l'effettivo autore dell'apposizione di una firma a stampa in calce al documento. Nel caso di specie peraltro il documento irregolarmente sottoscritto è strettamente collegato all'offerta, avendo come contenuto la domanda di partecipazione alla procedura selettiva, ed attiene quindi alla paternità dell'offerta stessa, rispetto alla quale l'esclusione dalla possibilità di soccorso istruttorio è statuita dall'art. 83, comma 9 secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016.”

***Mancata allegazione documento di identità sottoscrittore
dichiarazioni***

Tar Molise 28 ottobre 2016, n. 444 - Pres. Silvestri, Est. Ciliberti

“Ai sensi dell’art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, costituiscono irregolarità sanabili a seguito del c.d. soccorso istruttorio, e non determinano quindi l’esclusione del concorrente dalla gara, l’omessa allegazione di copia del documento d’identità all’autocertificazione e la mancata apposizione della data al curriculum professionale versato nella documentazione allegata alla domanda di partecipazione.”



Carenze del DGUE (delle dichiarazioni sui requisiti)

Tar Catania, sez. III, 2 febbraio 2017, n. 234

Contratti della Pubblica amministrazione – Esclusione dalla gara – Dichiarazione del legale rappresentante di assenza di pregiudizi penali di terzi – Omissione – Soccorso istruttorio – Applicabilità.

Nelle gare d'appalto l'obbligo di dichiarare l'assenza dei "pregiudizi penali" è da considerarsi assolto dal legale rappresentante dell'impresa anche riguardo ai terzi, compresi i soggetti cessati dalla carica, specie quando la legge di gara non richieda la dichiarazione individuale di detti soggetti; l'omessa dichiarazione costituisce irregolarità rispetto alla quale opera il c.d. soccorso istruttorio, non essendo in presenza di un vizio tale da non consentire l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della documentazione ai sensi del citato comma 9 dell'art. 83, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Carenze del DGUE (delle dichiarazioni sui requisiti)

Tar Napoli, sez. VII, 1 febbraio 2017, n. 685 - Pres. ed Est. Passarelli Di Napoli

Il disposto dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non consente la modifica di un elemento afferente ad **un requisito di partecipazione alla gara non posseduto dal concorrente entro il termine di scadenza** dell'offerta (1).

(1) Ha ricordato il Tar che il comma 9 dell'art. 83 del nuovo Codice dei contratti 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'art. 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica".

Nel caso all'esame del Tar il concorrente alla gara, indetta per l'affidamento del servizio di igiene urbana, a seguito della richiesta di integrazione della documentazione inerente all'impianto di trattamento dei rifiuti indicato nella domanda di partecipazione, ha prodotto le autorizzazioni di due nuovi impianti

Ad avviso del Tribunale l'indicazione di due nuove piattaforme per il conferimento dei rifiuti, mai dichiarate né menzionate nella domanda di partecipazione è idonea a incidere sugli elementi attinenti proprio all'offerta, con conseguente vanificazione del canone generale della parità di trattamento e dell'essenza stessa della procedura selettiva, il cui fondamento volontaristico, finalizzato alla conclusione del contratto posto a gara, rende le offerte imm modificabili una volta presentate nei termini previsti dalla lex specialis (Cons. St., sez. V, 2 agosto 2016, n. 3481).

Carenze del DGUE (dichiarazioni discordanti)

T.A.R., Lazio, Roma, III, 5 dicembre 2016, n. 12115 (nuovo Codice)

La dichiarazione di non trovarsi in concordato preventivo comprenderebbe la forma speciale del concordato con continuità aziendale.

Il concordato con continuità aziendale nell'ambito dell'art. 80 del codice degli appalti costituirebbe ipotesi di eccezione alla regola generale dell'esclusione per sottoposizione al concordato preventivo.

Ne deriverebbe che solo il concorrente sottoposto ad una procedura di concordato sarebbe tenuto a precisare se si tratti o meno di concordato con continuità aziendale.

Il modello di DGUE, pag. 7, Sez. C, prevedeva che i concorrenti dichiarassero se erano “sottoposti a un procedimento per l'accertamento di una delle seguenti situazioni di cui all'articolo 80, comma 5, lett. b), del Codice”, inclusa la fattispecie (lett. c) del “concordato preventivo”.

La ricorrente, che ha barrato in sede di soccorso istruttorio la casella “no” di cui alla lett. c) della Sez. C. del DGUE, ha dichiarato anche che non pendeva alcuna procedura di concordato preventivo.

Tuttavia ciò non sarebbe stato considerato dalla stazione appaltante

Carenze del DGUE o extra (quota di ripartizione in caso di RTOE)

T.A.R. Lazio, Roma, II-quater, 17 gennaio 2017, n. 787 (vecchio Codice)

*«Ciò non toglie però che rimanga ferma l'ulteriore condizione del possesso della quota di qualificazione necessaria per eseguire la quota dell'appalto dichiarata nell'offerta, almeno secondo quanto affermato dalla più recente giurisprudenza, secondo cui **"resta fermo che ciascuna impresa va qualificata per la parte delle prestazioni che si impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara"** (così come precisato anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 28 agosto 2014 n. 27 e, prima ancora, nella sentenza 30 gennaio 2014 n. 7)».*

«Va a questo punto chiarito che, per giurisprudenza costante, il dovere di soccorso istruttorio previsto all'art. 46 del d.lgs. 163/2006 ed il generale favore per la partecipazione trovano un limite insuperabile nell'esigenza di garantire la par condicio dei concorrenti: è, infatti, indubbio che il principio di par condicio risulterebbe violato se le opportunità di regolarizzazione offerte dalla stazione appaltante si traducevano in occasione di aggiustamento postumo di irregolarità gravi e non sanabili, cioè in espediente per eludere le conseguenze associate dalla legge o dal bando all'inosservanza di prescrizioni tassative, imposte a pena di esclusione (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2016 n. 67 e Sez. V, 20 agosto 2015 n. 3956).»

Carenze del DGUE o extra (terna subappaltatori)

Tar Brescia, sez. II, 29 dicembre 2016, n. 1790 (vecchio e nuovo Codice)

Ai sensi dell'art. 105, comma 6, del nuovo Codice dei contratti pubblici, non deve essere esclusa dalla gara l'impresa che ha indicato nell'offerta di volersi avvalere del subappalto ma che, in violazione della disciplina introdotta dal Codice, non ha indicato una terna di subappaltatori, trattandosi di irregolarità essenziale ma sanabile con il c.d. soccorso istruttorio oneroso ex art. 83, comma 9, dello stesso Codice (1).

(1) Ha chiarito il Tar che nella vigenza della disciplina dettata dal "vecchio" Codice degli appalti (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP e, in seguito, ANAC) aveva ripetutamente affermato (determinazione ANAC n. 1 dell'8 gennaio 2015, paragrafo 2.3 punto 3; parere ANAC n. 11 del 30 gennaio 2014; determinazione AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012, paragrafo 8) il principio dell'obbligatorietà della sola indicazione delle lavorazioni che si intendono affidare in subappalto e contestualmente escluso la cogenza dell'indicazione nominativa del subappaltatore.



Carenze delle altre dichiarazioni o documenti: assenza cauzione provvisoria

T.A.R. Puglia, Lecce – sez. I, 7.12.2016, n.1845 (vecchio Codice)

“Peraltro, quand’anche voglia ritenersi che l’esistenza di una valida garanzia provvisoria incida sul contenuto dell’offerta, privandola di un suo elemento essenziale, deve richiamarsi quanto espresso dalla giurisprudenza amministrativa, sia pur non univocamente (Cons. Stato Sez. III, 27-10-2016, n. 4528) affermandosi che “In caso di assenza o irregolarità della cauzione provvisoria o della dichiarazione di impegno alla costituzione della cauzione definitiva la stazione appaltante deve ricorrere all’istituto del soccorso istruttorio, ex artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, del D.Lgs. n. 163/2006 , trattandosi di irregolarità sanabili, e non può disporre immediatamente l’esclusione”(riforma T.A.R. Friuli Venezia Giulia Trieste, Sez. I, n. 109/2016 e n. 110 del 2016).

Inoltre (Cons. Stato Sez. VI, 18-07-2016, n. 3198). “L’art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006, in tema di garanzie, non prevede l’esclusione per la mancanza ed i vizi della cauzione provvisoria, a differenza di quanto stabilisce, al comma 8, per la carenza dell’impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia per l’esecuzione del contratto (cauzione definitiva)”.



Carenze delle altre dichiarazioni o documenti: assenza cauzione provvisoria

Tar Lazio, sez. I ter, 18 gennaio 2017, n. 878 Cauzione per costituendo raggruppamento di imprese

In sede di gara pubblica, ai sensi del combinato disposto dei commi 1 e 8 dell'art. 93 del nuovo Codice dei contratti pubblici, l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto deve riferirsi a tutte le imprese costituenti il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese.

In sede di gara pubblica, in caso di mancata produzione della garanzia ex art. 93 del nuovo Codice dei contratti pubblici per tutte le imprese costituenti un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese non può farsi ricorso al soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 80 dello stesso Codice, trattandosi di produzione prevista dal citato art. 93 a pena di esclusione (1).

(1) Ha chiarito il Tar che dal combinato disposto dei commi 1 e 8 dell'art. 93, d.lgs. n. 50 del 2016 si desume che rispetto all'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, è posto, in capo alle ditte partecipanti alle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, un preciso obbligo, a pena di esclusione.

N.B. L'esclusione in realtà è stata comminata perché la cauzione provvisoria non era intestata a tutti i componenti il RTI ma soprattutto perché NON CONTENEVA in maniera conforme alla norma e alla disciplina di gara, l'impegno al rilascio della garanzia definitiva



Carenze delle altre dichiarazioni o documenti: carenze della cauzione provvisoria

T.A.R. Campania, Salerno, 10 gennaio 2017 n. 106

“Il Collegio ritiene di condividere l’orientamento pretorio richiamato in ricorso (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 25 febbraio 2015, n. 1237), secondo cui “Nelle gare pubbliche, ai sensi dell’art. 46 comma I bis, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, la carenza della cauzione provvisoria ovvero la mancata proroga dalla validità della stessa costituiscono mere irregolarità sanabili. Nella fattispecie, le irregolarità della cauzione provvisoria, riferite alla durata della polizza, alla mancata previsione di rinuncia alle eccezioni, alla mancata previsione del pagamento a semplice richiesta, alla mancata rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore, sono tutte agevolmente sanabili mediante l’applicazione dell’articolo 46, comma 1 del decreto legislativo numero 163 del 2006, il cosiddetto soccorso istruttorio, che consente alle stazioni appaltanti di invitare, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati; il limite del soccorso istruttorio è dato dalle cause di esclusione tassativamente previste dalla legge”. (...) Tale orientamento, che per vero non trova consensi unanimi (si veda, in relazione a fattispecie del tutto analoga, T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 16 giugno 2016 n. 1624), va confermato anche alla luce delle disposizioni contenute nel nuovo Codice Appalti (d.lgs. n. 50/2016)”



Segue: Carenze delle altre dichiarazioni o documenti: carenze della cauzione provvisoria

T.A.R. Campania, Salerno, 10 gennaio 2017 n. 106

“Fermo restando che la mancanza di legalizzazione della firma da parte di un notaio che attesti i poteri dell’agente sottoscrittore della polizza fideiussoria, valevole quale cauzione provvisoria, di certo non afferisce all’offerta tecnica o economica, occorre verificare se tale mancanza sia in grado di impedire “l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile” della documentazione prodotta. Tale disposizione, collocata in calce al comma in commento, non può essere interpretata in maniera da contraddire la stentorea affermazione di principio introdotta ab initio, che, mediante l’uso della più ampia locuzione “qualunque”, intende senza dubbio configurare l’istituto quale rimedio generale a presidio della prevalenza della sostanza sulla forma nelle pubbliche gare; ne discende che devono intendersi “irregolarità essenziali non sanabili”, soltanto quelle che non consentano neppure di ricostruire il contenuto o di risalire all’autore delle dichiarazioni, come nel caso della mancanza di sottoscrizione, risultando in tal caso sostanzialmente inesistenti e perciò prive di quelle connotazioni minime per poter essere oggetto di regolarizzazione. La norma cioè consacra la regola generale della sanabilità delle carenze della domanda in coerenza con le indicazioni della L. delega n. 11/2016, che all’art. 1, comma 1, lett. z), aveva indicato come obiettivo per il legislatore delegato non solo la riduzione degli oneri documentali a carico dei concorrenti, ma soprattutto la “attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda”.”

Carenze delle altre dichiarazioni o documenti: impegno rilascio cauzione definitiva

T.A.R. Liguria, Genova, sezione II, 17 ottobre 2016, n. 1023 (minoritario)

“Una volta acclarato che l’impegno del fideiussore non attiene al contenuto dell’offerta non sussistono dubbi sulla piena operatività dell’istituto del soccorso istruttorio, come previsto, nella sua amplissima latitudine dall’art. 46, comma 1 – ter d.lgs. 163/06.

Il Collegio non ignora le possibili ricadute negative sulla par condicio che l’applicazione del soccorso istruttorio, inteso in questa latissima accezione, può comportare. Si pensi solo per restare alla presente fattispecie, la diversa urgenza che si traduce inevitabilmente in un diverso costo per il reperimento di un fideiussore tra il concorrente che diligentemente rispetta i termini del bando e il concorrente che, infrangendoli, invece attende fino alla richiesta della stazione appaltante.

E, tuttavia, il Collegio ritiene che il legislatore, con scelta insindacabile in questa sede siccome immune da vizi di ragionevolezza, abbia inteso, in tutte le ipotesi in cui il difetto degli elementi non attenga al contenuto dell’offerta, sostituire la sanzione espulsiva con una sanzione pecuniaria, quella prevista dall’art. 38, comma 1 bis d.lgs. 163/06 articolo espressamente richiamato dall’art. 46, comma 1 – ter d.lgs. 163/06.”



Carenze delle altre dichiarazioni o documenti: impegno rilascio cauzione definitiva

T.A.R. Campania, Napoli, sezione V, 27 ottobre 2016, n. 4988

“Ne consegue che la giurisprudenza (cfr. da ultimo. T.A.R. Lazio-Roma, sez. II, 30/11/2015, n. 13503), con argomentazioni e conclusioni qui pienamente condivise, ha ammesso che, “mentre la norma sulla cauzione provvisoria va intesa nel senso che la stazione appaltante non può escludere il concorrente che abbia presentato una cauzione di importo non sufficiente o connotata da altre irregolarità, dovendosi consentire, in tali casi, in applicazione del c.d. soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, la regolarizzazione della cauzione prodotta, al contrario la mancata presentazione dell'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto integra una causa testuale di esclusione, coerente con il canone della tassatività posto dall'art. 46, comma 1 bis, del d.l.vo 2006 n. 163”.

Nel caso che occupa, non si verte in un'ipotesi di necessità di successiva regolarizzazione della garanzia, in quanto, al momento della presentazione dell'offerta, questa si manifestava priva del necessario corredo e non invece accompagnata da una garanzia insufficiente.

Dalle letture ermeneutiche sopra riportate si può far discendere, dunque, per quanto qui interessa, che l'esclusione è giustificata dall'incompletezza dell'offerta.”



Il nuovo soccorso istruttorio – La giurisprudenza

Carenze delle altre dichiarazioni o documenti: contratto di avvalimento

Tar Liguria, sez. II, 2 dicembre 2016, n. 1201 – Pres. Pupilella, Est. Morbelli

In tema di contratto di avvalimento l'art. 89, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ha recepito la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 nella parte in cui (art. 1, comma 1, lett. zz) ha specificamente disposto la revisione della disciplina in materia di avvalimento, imponendo che il relativo contratto indicasse nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara; il Codice di contratti dispone infatti che l'operatore economico deve dimostrare alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; è quindi illegittimo il contratto di avvalimento che si limiti a prevedere, richiamando quanto richiesto dal disciplinare di gara, che l'impresa ausiliaria si obbliga a fornire alle Imprese ausiliate tutti i requisiti di carattere tecnico ma anche economico, finanziario ed organizzativo previsti dal bando di gara, risolvendosi l'impegno contrattuale in una mera riproduzione tautologica del testo del disciplinare di gara, difettando così della puntuale indicazione dei mezzi che la ditta ausiliaria dovrebbe fornire alle ausiliate per rendere effettivo il possesso del requisito di gara.

A fronte di un contratto di avvalimento generico non è possibile fare ricorso al c.d. "soccorso istruttorio", atteso che ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 il soccorso istruttorio non è esperibile per sopperire alle irregolarità che impediscono in maniera radicale di individuare il contenuto della documentazione.



Carenze delle altre dichiarazioni o documenti: contratto di avvalimento

T.A.R. Campania, Napoli, VIII, 19 gennaio 2017, n. 434

«Il Collegio ritiene come, pur nell'attuale formulazione della norma sull'istituto del soccorso istruttorio nel nuovo codice degli appalti, che conferma l'impianto estensivo già introdotto dall'art. 39, c. 2, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114, il soccorso istruttorio in questo caso non paia consentito.

Secondo recente giurisprudenza, infatti, nei procedimenti ad evidenza pubblica finalizzati all'affidamento di un appalto, il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni, riguardanti elementi essenziali ai fini della partecipazione, radicalmente mancanti – pena la violazione della par condicio fra concorrenti – ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara (Cons. Stato, sez. V, sentenza 28 dicembre 2016, n. 5488; Cons. Stato, sez. V, 12/10/2016, n. 4219; Cons. Stato 15/7/2016, n. 3153; Cons. Stato, 21/7/2015, n. 3605; Cons. Stato, 25/2/2015, n. 927; Cons. Stato, sez. III, 24/11/2016, n. 4930; Cons. Stato 17/11/2015, n. 5249; Cons. Stato, Sez. IV, 15/9/2015, n. 4315)»



Carenze delle altre dichiarazioni o documenti: avvalimento SOA

C.d.S, Adunanza Plenaria, 4 novembre 2016, n. 23

L'art. 49, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e l'art. 88, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione all'art. 47, par. 2 della Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata, **fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 cod. civ.** Tale soluzione è confermata anche dalla nuova disciplina e, in particolare, dall'articolo 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016 che non ha introdotto disposizioni puntuali volte a vincolare le forme di rappresentazione dell'oggetto del contratto, limitandosi a stabilire che esso debba esplicitare l'obbligo nei confronti del concorrente "a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.



Carenze delle altre dichiarazioni o documenti: avvenuto sopralluogo

Tar Catania, sez. III, 2 febbraio 2017, n. 234

Contratti della Pubblica amministrazione – Esclusione dalla gara – Appalto servizi – Omesso sopralluogo – Previsto a pena di esclusione – Art. 83, d.lgs. n. 50 del 2016 – Illegittimità.

Contratti della Pubblica amministrazione – Esclusione dalla gara – Dichiarazione del legale rappresentante di assenza di pregiudizi penali di terzi – Omissione – Soccorso istruttorio – Applicabilità.

Il concorrente ad una gara pubblica per l'affidamento di un appalto di servizi di refezione scolastica non può essere escluso per non avere effettuato il sopralluogo, anche se tale sopralluogo è stato previsto a pena di esclusione dalla lex specialis di gara con clausola che è quindi nulla ai sensi del art. 83, comma 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non essendo riconducibile alle cause tassative di esclusione

(1) Ha chiarito il Tar che l'art. 83, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 codifica i principi, di elaborazione giurisprudenziale, di divieto di aggravio del procedimento di evidenza pubblica, di massima partecipazione alle gare di appalto e di interpretazione in quest'ottica delle clausole ambigue della lex specialis. Dal tenore della citata disposizione si evince che il Legislatore ha inteso con essa evitare esclusioni per violazioni meramente formali, costituendo "cause di esclusione" soltanto i vizi radicali ritenuti tali da espresse previsioni di legge



Carenze delle altre dichiarazioni o documenti: pagamento contributo ANAC

T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II 14 dicembre 2016 n. 3317 (vecchio Codice)

“Come affermato nella sentenza del T.A.R. di Venezia, Sez. I, n. 621/2015, nel caso in cui l’adempimento della menzionata prescrizione risulti tardivo, come nella specie, non può farsi ricorso, in armonia con il principio di diritto sancito dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella pronuncia n. 9/2014, al soccorso istruttorio.

Né può ritenersi che, nella specie, il tenore della legge di gara risultasse equivoco, in quanto è di immediata comprensione la circostanza che, a fronte di una spesa annua complessiva pari ad € 140.000,0, la spesa complessiva nel quadriennio risulta pari ad € 560.000,00, importo superiore alla soglia di esenzione per il contributo Anac.”



Offerta tecnica ed offerta economica: oneri sicurezza aziendali

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 194/2017 (vecchio Codice)

Più di recente, però, la medesima Adunanza plenaria è nuovamente intervenuta sulla tematica con la sentenza 27 luglio 2016, n. 19 che, rettificando il precedente orientamento, alla luce dei principi eurounitari della tutela dell'affidamento, della certezza del diritto, della parità di trattamento, della non discriminazione, della proporzionalità e della trasparenza, ha affermato che **per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo c.d. codice degli appalti pubblici e delle concessioni (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio** (in termini anche Cons. Stato, V, 23 dicembre 2016, n. 5444; III, 27 ottobre 2016, n. 4527).



Offerta tecnica ed offerta economica: oneri sicurezza aziendali

T.A.R. Molise, I, 9 dicembre 2016, n. 513 (nuovo Codice)

Né, in senso contrario, può invocarsi la mancata espressa menzione di tale obbligo dichiarativo nel disciplinare di gara e nella lettera di invito, come pure nel modulo di predisposizione dell'offerta, atteso che nel disciplinare di gara si faceva espressa menzione che trattavasi di procedura negoziata indetta "ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) ...del D.Lvo 50/2016" e cioè del nuovo corpus normativo disciplinante la materia degli appalti che prevede in via generalizzata l'obbligo di immediata dichiarazione degli oneri relativi alla sicurezza già in fase di predisposizione dell'offerta economica.

Non può neppure opporsi che trattandosi di affidamento sottosoglia dovrebbero applicarsi i soli principi di cui all'art. 31, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, espressamente richiamato dall'art. 36, comma 1, del codice dei contratti pubblici: la richiesta di invito – RDO, predisposta dalla stazione appaltante sul MEPA, indicava espressamente che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta con il criterio della "offerta economicamente più vantaggiosa", secondo quanto espressamente indicato nella determina a contrarre n. 57 del 30.6.2016 - ove si stabilisce "che l'aggiudicazione del servizio avverrà con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, comma 6, del D Lgs. 50/2016" - e ribadito nell'allegato disciplinare.



Segue: Offerta tecnica ed offerta economica: oneri sicurezza aziendali

T.A.R. Molise, I, 9 dicembre 2016, n. 513 (nuovo Codice)

Né, in senso contrario, può invocarsi la mancata espressa menzione di tale obbligo dichiarativo nel disciplinare di gara e nella lettera di invito, come pure nel modulo di predisposizione dell'offerta, atteso che nel disciplinare di gara si faceva espressa menzione che trattavasi di procedura negoziata indetta "ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) ...del D.Lvo 50/2016" e cioè del nuovo corpus normativo disciplinante la materia degli appalti che prevede in via generalizzata l'obbligo di immediata dichiarazione degli oneri relativi alla sicurezza già in fase di predisposizione dell'offerta economica.

Non può neppure opporsi che trattandosi di affidamento sottosoglia dovrebbero applicarsi i soli principi di cui all'art. 31, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, espressamente richiamato dall'art. 36, comma 1, del codice dei contratti pubblici: la richiesta di invito – RDO, predisposta dalla stazione appaltante sul MEPA, indicava espressamente che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta con il criterio della "offerta economicamente più vantaggiosa", secondo quanto espressamente indicato nella determina a contrarre n. 57 del 30.6.2016 - ove si stabilisce "che l'aggiudicazione del servizio avverrà con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, comma 6, del D Lgs. 50/2016" - e ribadito nell'allegato disciplinare.



Offerta tecnica ed offerta economica: oneri sicurezza aziendali pari a “0”

TAR Marche sez. I 3/10/2016 n. 541

Appalti pubblici - Costi sicurezza aziendali Questione della legittimità dell'indicazione di costi di sicurezza pari a zero - Giurisprudenza prevalente - Sostiene che un'indicazione di questo tipo renda del tutto inattendibile l'offerta - Orientamento che ammette la possibilità di giustificare l'indicazione di oneri di sicurezza aziendali pari a zero - Tale rara possibilità si limita però al caso in cui essi siano effettivamente e strutturalmente pari a zero (ad es. oggetto un'attività prevalentemente intellettuale)

Cfr anche:

TAR Lombardia Milano 21.4.2016 n. 751

TAR Lombardia Sez. IV 27.10.2016 n. 1977 (appalto di mera fornitura di automezzi)

Offerta tecnica ed offerta economica: relazione offerta tecnica

Consiglio di Stato, sez. III, 01.04.2016 n. 1318 (vecchio Codice)

Soccorso istruttorio – Acquisizione di puntualizzazioni o specificazioni del progetto tecnico – Inammissibilità (art. 46)

Consiglio di Stato, sez. V, 05.05.2016 n. 1809 (vecchio Codice)

Difformità dell'offerta tecnica – Inadeguatezza del progetto – Esclusione – Legittimità – Soccorso istruttorio – inapplicabilità (art. 46)



Offerta tecnica ed offerta economica: offerta indeterminata

Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia 18/1/2017 n. 23

Un'offerta formulata in modo impreciso (o vago, sommario, generico) non può che essere considerata inidonea - siccome affetta da un vizio che la rende inefficace (se non addirittura radicalmente invalida) - ad adempiere alla sua funzione. Ciò a maggior ragione allorquando l'offerta venga formulata nell'ambito (e nel contesto) di una procedura concorsuale (id est: di una gara), e sia dunque destinata a costituire oggetto di una valutazione comparativa volta alla stesura di una graduatoria di merito. E' infatti evidente che in tal caso la precisione del contenuto propositivo dell'offerta diviene un valore imprescindibile, dovendosi evitare che l'ambiguità del suo contenuto possa costituire un grimaldello che consenta di alterare, a buste ormai aperte, i risultati delle operazioni di valutazione già effettuate.

T.A.R. Campania, Napoli, I, 30 gennaio 2016, n. 641.

PROCEDURA TELEMATICA E SOCCORSO ISTRUTTORIO

Il file contenente il modello di dichiarazione di offerta economica è risultato comunque essere illeggibile". Non è possibile attivare il soccorso istruttorio.



Ciclo formativo

Grazie per l'attenzione

Maria Teresa Massi

massimariateresa@gmail.com

**I materiali saranno disponibili su:
www.fondazioneifel.it/formazione**



@Formazioneifel



Facebook



Youtube