

COMUNE DI PONZANO ROMANO

Provincia di Roma

Ufficio tecnico Tel.0765-338175 Fax 0765-338013

00060 Via Armando Casalini, 7-Partita IVA – 01112881006

GARA EUROPEA A PROCEDURA APERTA PER L'APPALTO DEL SERVIZIO DI RACCOLTA DIFFERENZIATA DELLA FRAZIONE ORGANICA DELLA CARTA, DEL CARTONE, DEL VETRO, DELLA PLASTICA E DEI METALLI, DELLA FRAZIONE SECCA RESIDUA INDIFFERENZIATA CON SISTEMA DOMICILIARE, COMPRESO TRASPORTO PRESSO IDONEI IMPIANTI.

CIG – 6437305821

CUP – C69D150026000004

CANONE PER OTTO ANNI SOGGETTO A RIBASSO €. 1.600.000,00

€. 1.600.000,00

CANONE BASE ANNUO SOGGETTO A RIBASSO

€. 800.000,00

V° VERBALE IN SEDUTA PUBBLICA

VALUTAZIONE ISTANZE DI SOCCORSO ISTRUTTORIO

Richiamato il I° verbale di insediamento della commissione giudicatrice redatto in data 01.03.2016 ore 09,30;

Richiamato il II° verbale di apertura del plico A “Documentazione amministrativa e di sorteggio per la verifica e comprova del possesso dei requisiti prescritti” redatto in data 01.03.2016 ore 10,30;

Richiamato il III° verbale di verifica di comprova dei requisiti di cui all’art. 48 del D. Lgs. N° 163/2006 e s.m.i. redatto in data 03.05.2016 ore 10,00;

Richiamato il IV° verbale di apertura del plico B “Offerta Tecnica – Organizzativa” redatto in data 03.05.2016 ore 10,45;

Ricordato che nel corso della predetta seduta pubblica i concorrenti GEA s.r.l. e GE.SE.Pu S.p.a. hanno richiesto il soccorso istruttorio per la regolarizzazione della documentazione da allegare al plico B “Offerta Tecnica” ovvero: integrazione della stessa mediante presentazione di ulteriori 2 copie cartacee e copia CD, conformi alla copia già in atti;

Che in ordine alla suddetta richiesta il Presidente si riservava ogni valutazione del caso;

Richiamato l’avviso di convocazione della presente seduta pubblica inviato a tutti i concorrenti per pec in data 07.06.2016 e, pubblicato sul sito istituzionale;

Il giorno 14.06.2016 alle ore 10,30 presso la sede del Comune di Ponzano Romano – Servizio Tecnico, si è riunita la Commissione Giudicatrice nominata con Determinazione del Responsabile del Servizio Tecnico - Unità Operativa 3 n° 12.3 N.G. 16 del 09.02.2016, nelle persone di:

- Geom. **ANDREA DOTTI**, Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Ponzano Romano, in qualità di presidente;
- Geom. **ANGELO PACE**, Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Montebuono (Ri), in qualità di componente;
- Geom. **PASQUETTA CECCHINI**, Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Cantalupo in Sabina (Ri), in qualità di componente;
- Rag. **LAURA ANTINUCCI**, Responsabile del Servizio Finanziario del Comune di Ponzano Romano, in qualità di segretario verbalizzante;

Il Presidente, constatata la presenza di tutti i componenti della Commissione dichiara valida la seduta;

Alla odierna seduta pubblica è presente il rappresentante della ditta:

1. GLOBAL SERVICE COOP SOCIALE : Ing. Di Marzio Alessandro - delega del 13.06.2016;
2. GEA S.r.l. : Sig. Martinelli Virgilio – delega del 13.06.2016;

Ciò premesso il presidente, mette a disposizione dei Commissari il disciplinare di gara, del quale cita le condizioni essenziali, dispone l'inizio delle operazioni di gara:

Il Presidente comunica ai presenti, che in ordine alle ulteriori note prodotte dalla Global Service Coop. Soc. e dalla Gea S.r.l. rispettivamente acquisite agli atti con Prot. n° 912 del 04.05.2016 e n° 995 del 13.05.2016 ha acquisito parere legale rilasciato in merito, dall'Avv. Francesco Barchielli in data 28.05.2016, acquisito agli atti con Prot. n°1141 del 03.06.2016.

Espone i contenuti del predetto parere dal quale si rileva in conclusione, la possibilità di ammettere i due concorrenti al soccorso istruttorio senza l'applicazione di alcuna sanzione pecuniaria;

La commissione concordemente con il suddetto parere legale (allegato):

1. Ammette senza applicazione di alcuna sanzione pecuniaria i due concorrenti: GE.SE.Pu. S.p.a. e Gea S.r.l. al soccorso istruttorio;
2. Dispone che i suddetti concorrenti producano entro il termine di almeno 10 giorni dalla richiesta, la seguente documentazione:
 - a) Ulteriori due copie cartacee conformi alla documentazione già prodotta contenuta nella busta B e n° 1 copia della stessa su supporto informatico CD;

Il Presidente alle ore 11,00 dichiara chiusa la seduta pubblica.

Letto confermato e sottoscritto .

Il Presidente

Geom. Andrea Dotti

I Componenti

Geom. Angelo Pace

Geom. Pasquetta Cecchini

La Segretaria verbalizzante Laura Antinucci

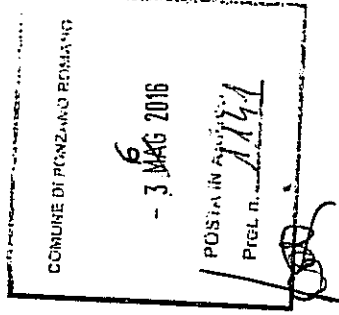
I Rappresentanti dei concorrenti:

1. GLOBAL SERVICE COOP SOCIALE : Ing. Di Marzio Alessandro

2. GEA S.r.l. : sig. Martinelli Virgilio

AVV. FRANCESCO BARCHIELLI

Direttore di www.urbanisticaitaliana.it e www.appaltieriserve.it
PIAZZA INDIPENDENZA 10, 50129 FIRENZE - www.studiobarchielli.it
TEL. +39 055 23.81.961 - FAX +39 055 56.09.352



Firenze, 28 maggio 2016

Spett.le

Comune di Ponzano Romano

Via Armando Asalini

00060 Ponsano Romano (RM)

- c.a. Geom. Andrea Dotti

Oggetto: Procedura aperta per l'appalto del servizio di raccolta differenziata della frazione organica, della carta, del cartone, del vetro, della plastica e dei metalli, della frazione secca residua indifferenziata con sistema domiciliare, compreso trasporto presso idonei impianti. CIG: 6437305821 – CUP: C69D15002600004.

Parere legale in ordine al soccorso istruttorio

Mi viene richiesto di esprimere un parere legale in ordine ad alcune “difformità” riscontrate negli atti di gara rispetto a quanto prescritto dal bando, relativamente all’ammissibilità del cd. “soccorso istruttorio” nei confronti di due concorrenti alla procedura aperta indetta da codesta Amministrazione per l’aggiudicazione del servizio di raccolta differenziata con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, i due partecipanti alla gara hanno presentato nella busta B contenente l’offerta tecnica una sola copia cartacea non corredata dal supporto su CD, in violazione del paragrafo 19.4.2 del disciplinare di gara a norma del quale la busta “*deve contenere, a pena di esclusione, N. 3 copie cartacee e N. 1 copia su supporto informatico CD file PDF e/o WORD*”.

1. Come noto, il combinato disposto degli artt. 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, del Decr. Lgs. n. 163 del 2006 (applicabile *ratione temporis* alla procedura in questione pubblicata prima dell’entrata in vigore del Decr. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) consente il soccorso istruttorio in caso di “*manca, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale*”, oltre che delle dichiarazioni rese ai sensi dell’art. 38, anche degli “*elementi*” da produrre in sede di gara, estendendo così l’operatività dell’istituto ad ogni tipo di documentazione, fra cui l’offerta, la cauzione provvisoria, etc.

In linea generale occorre rammentare che “il “soccorso istruttorio” si risolve, giusta il tenore letterale della norma (laddove afferma “...invitano, se necessario....”) e la sua ratio essendi, non in una facoltà, ma in 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 che saranno appresso precisati ...” (Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

In particolare e per quanto qui interessa, la giurisprudenza ritiene ammissibile il soccorso istruttorio qualora l'offerta presenti carenze e manchevolezze sino ai casi di “irregolarità essenziale” che non incidano sul suo contenuto essenziale o sulla segretezza. Tale impostazione “rappresenta un adeguato (e non ulteriormente superabile) punto di equilibrio fra:

– da un lato, l'esigenza di tutelare con adeguate misure il principio del favor participationis a fronte di carenza dichiarative di carattere emendabile e non dirimente e

– dall'altro, quello di non comportare un incondizionato sacrificio delle esigenze di autoresponsabilità e affidabilità della domanda, che si tradurrebbero in un'ingiustificata compressione del concomitante principio della par condicio concorrenziale” (cfr. di recente Cons. Stato, Sez. V, 21 aprile 2016 n. 1597).

2. Nel caso, le carenze dei due concorrenti non sembrano raggiungere una soglia di “gravità” tale da precludere la possibilità di sanatoria, giacché attengono unicamente alla “confezione” formale dell'offerta e non si riflettono sul suo contenuto che, anche in difetto delle tre copie richieste e del supporto su CD, è completo e valutabile in ogni elemento dalla Commissione.

3. Ciò precisato, l'ulteriore questione che si pone è se debba applicarsi il soccorso istruttorio “a pagamento” ai sensi degli artt. 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, del Decr. Lgs. n. 163 del 2006, con la sanzione pecuniaria prescritta dal paragrafo 16.30 del disciplinare pari all'1% del valore della gara, ovvero il soccorso istruttorio semplice senza sanzione, o, ancora, se non sia necessaria alcuna regolarizzazione ai sensi dell'art. 38, comma 2 bis, terzo periodo, sul rilievo che si tratterebbe di irregolarità non essenziale.

La soluzione che appare più corretta tenuto conto della ratio dell'istituto del soccorso istruttorio e delle posizioni dell'ANAC è la seconda.

La fattispecie in esame è infatti assimilabile al *tertium genus* elaborato dall'ANAC nella determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 - ulteriore rispetto, da un lato, alle irregolarità e carenze essenziali cui è applicabile la sanatoria “a pagamento” e, dall'altro, alle irregolarità e carenze non essenziali e non



indispensabili, per le quali non deve essere richiesta alcuna regolarizzazione in base all'art. 38, comma 2 bis, terzo periodo – al quale appartengono le “*irregolarità non essenziali ma che tuttavia afferiscono ad elementi indispensabili se considerati sotto il profilo della celere e sicura verifica del possesso dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti, in un’ottica di buon andamento ed economicità dell’azione amministrativa, cui devono concorrere anche i partecipanti alla gara, in ossequio ai principi di leale cooperazione, di correttezza e buona fede, e che la stazione appaltante può, in ogni caso, richiedere ai sensi dell’art. 46, comma 1, del Codice, non modificato dalla nuova disciplina del soccorso istruttorio*”.

Le osservazioni dell’ANAC sono formulate con riferimento alle manchevolezze delle dichiarazioni rese ai sensi dell’art. 38 del Codice ma possono riproporsi anche nel caso che ci occupa, in cui la richiesta degli esemplari cartacei in tre copie e del supporto su CD è rinvenibile nell’esigenza di semplificazione e di digitalizzazione della procedura, nella prospettiva enunciata dall’ANAC “*di buon andamento ed economicità dell’azione amministrativa*” e che giustifica l’invito rivolto ai concorrenti di regolarizzare la documentazione.

È appena il caso di aggiungere che il soccorso istruttorio nei termini sopra delineati (senza l’applicazione della sanzione pecuniaria) è previsto, oltre dall’art. 46, primo comma, del Decr. Lgs. n. 163 del 2006, dalla disciplina generale del procedimento amministrativo a norma dell’art. 6, primo comma, lett. b), della legge n. 241 del 1990, in base alla quale “*il responsabile del procedimento ...può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete...e ordinare esibizioni documentali*”.

Del resto, sarebbe intimamente ingiusto e irragionevole imporre il pagamento di € 16.000,00, pari alla sanzione prevista dal paragrafo 16.30 del disciplinare, per l’omessa presentazione di due copie cartacee o di un supporto su CD che possono essere agevolmente riprodotti con un costo ridottissimo dall’esemplare cartaceo presentato dai concorrenti.

4. La soluzione ipotizzata sembrerebbe preclusa dal paragrafo 19.4.1 del disciplinare, che prescrive che la produzione delle tre copie cartacee e del supporto informatico su CD è “*a pena di esclusione*” del concorrente.

Senonché, l’esclusione diretta dei concorrenti sarebbe in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione stabilita dall’art. 46, comma 1 bis, del Decr. Lgs. n. 163 del 2006 ed esporrebbe la clausola del disciplinare alla sanzione della nullità, giacché, come osservato (v. *supra* paragrafo 2), l’omessa presentazione delle copie cartacee e del CD non è ascrivibile alle ipotesi codificate dall’art. 46 bis di “*incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza*”.



dell'offerta" o "tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte".

Al riguardo, il Supremo Consesso di giustizia amministrativa ha avuto modo di precisare che:

- "...La sanzione della nullità, in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, è riferita letteralmente alle singole clausole della legge di gara esorbitanti dai casi tipici; si dovrà fare applicazione, pertanto, dei principi in tema di nullità parziale e segnatamente dell'art. 1419, co. 2, c.c., a tenore del quale la nullità di singole clausole non comporta la nullità dell'intero atto se le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative, senza che si possa indagare sulla presenza di una difforme volontà della stazione appaltante di non adottare il bando privo della clausola nulla, ma fermo l'esercizio, ovviamente, degli ordinari poteri di autotutela (cfr., per una recente applicazione del principio vitiatur se non vitiatur in materia di gare pubbliche, Ad. plen., 20 maggio 2013, n. 14)";

- "...In relazione alle gare disciplinate dal codice dei contratti pubblici si potranno quindi verificare le seguenti ipotesi ...: c) legge di gara che, in violazione del principio di tassatività, introduce cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; in tal caso la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice" (Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, cit.).

È ancora, "nel caso in cui il bando di gara, o altro atto a questo equivalente quale il disciplinare di gara, introducano cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle contemplate all'articolo 46 codice contratti; come è noto, il legislatore prevede la nullità della relativa clausola. La specifica sanzione – ossia quella della nullità e non della "semplice" annullabilità – evidenzia l'interesse pubblico sotteso alla necessità di limitare l'individuazione di ulteriori cause di esclusione e, sotto altro aspetto, determina l'immediata eliminazione della clausola nulla dalla legge di gara. Conseguentemente, a differenza del caso in cui la clausola sia "semplicemente" annullabile, la stazione appaltante deve ammettere le imprese originariamente escluse anche in presenza di siffatta clausola nulla. Tale conclusione è in linea con quanto già affermato dall'Adunanza Plenaria che, con la sentenza 25 febbraio 2014 n. 9, nel caso di legge di gara che, in violazione del principio di tassatività, introduce cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, ha stabilito che "la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa

stazione appellante ovvero da parte del giudice” (C.G.A., Sez. Giur., 22 dicembre 2015, n. 740).

Pertanto alla stregua degli enunciati principi giurisprudenziali la Commissione di gara non può procedere all'esclusione dei concorrenti ma deve disapplicare la prescrizione del disciplinare in contrasto con l'art. 46, trattandosi di una clausola - non semplicemente illegittima e in quanto tale non disapplicabile ma annullabile in via di autotutela dall'Amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2014 n. 3150), bensì - affetta da nullità insanabile.

*** **

In **conclusione**, ritengo che l'Amministrazione debba ammettere i due concorrenti al soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 46, primo comma, del Decr. Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 6, primo comma, lett. b), della legge n. 241 del 1990, disapplicando il paragrafo 19.4.1 del disciplinare ed assegnando un termine non inferiore a 10 giorni per la produzione della documentazione mancante dell'offerta tecnica (due copie cartacee ed il supporto CD) in ragione delle esigenze di economicità, semplificazione e di digitalizzazione della procedura, senza applicare alcuna sanzione pecuniaria.

*** **

Confidando di aver esposto a sufficienza i termini della questione e restando a disposizione per ogni ulteriore chiarimento porgo i migliori saluti.

Avv. Francesco Barchielli
**Francesco
Barchielli**

Firmato digitalmente da Francesco
Barchielli
ID: c31f1e5d04 PRESENTE
DN: cn=BARCHIELLI, o=FRANCESCO,
serialNumber=FRCFNC73R12H901H,
dnQualifier=20111113353594,
cn=Francesco Barchielli
Data: 2016.05.27 23.03.23 +0200'