

PROVINCIA DI ORISTANO

VERBALE N. 6 - procedura di gara aperta informatizzata per i lavori di manutenzione straordinaria e sistemazione delle strade provinciali - 1° stralcio (CIG: 7573779027 – CUP: F87H16002610003).

L'anno **duemiladiciotto**, il giorno **16** del mese di **Novembre**, alle ore **9,00**, nella sede della Provincia sita in Via Carboni ad Oristano, in seduta pubblica.

La Dott.ssa Anna Paola Maria Iacuzzi, Dirigente del Settore Affari Generali, assume la presidenza del seggio, composto inoltre dai Sigg.: Geom. Alessandro Serra, Responsabile Unico del Procedimento e dal Dott. Raffaele Melette, Responsabile del Servizio Amm.vo, Appalti e Contratti.

Svolge le funzioni di segretario verbalizzante il dott. Raffaele Melette, in quanto le dipendenti individuate come segretarie risultano assenti dal servizio.

Constatata la presenza di tutti i componenti, il Presidente dichiara aperta la seduta.

La Presidente ricorda che in data 24/10/2018, come da verbale precedente n. 3 del 24 Ottobre 2018, il seggio di gara ha proceduto, ad aprire, all'interno della piattaforma Sardegna Cat, la busta telematica contenente la documentazione amministrativa della ditta: **Santa Rosa Società Cooperativa** – Mussomeli (CL) . La predetta Società Cooperativa partecipa in avvalimento con la ditta Edil Road con sede in Favara (AG). Dopo aver esaminato la documentazione di gara allegata a sistema il seggio di gara **ammette con riserva** il concorrente Santa Rosa Società Cooperativa con la seguente motivazione: *l'operatore economico allega Passoe non conforme in quanto dichiara di partecipare in avvalimento ma dal Passoe non risulta. Pertanto il seggio di gara, ai sensi del comma 9 dell'art. 83 del D.lgs. 50/2016 e secondo le modalità di cui all'art. 17 del disciplinare di gara, attiva il soccorso istruttorio e invita il partecipante a presentare, entro il termine perentorio del giorno 29 ottobre 2018, alle ore 9,00, all'interno della piattaforma Sardegna CAT, il Passoe integrato con l'indicazione della partecipazione in avvalimento con l'impresa ausiliaria. La mancata presentazione del Passoe richiesto comporterà l'esclusione dalla gara.*

Con nota del 24 ottobre 2018, inserita a sistema alle ore 14:01, l'impresa Santa Rosa Soc. Cooperativa veniva invitata a integrare il Passoe entro il 29 Ottobre alle ore 9:00, con l'avvertenza che *“il termine suindicato deve ritenersi perentorio e che la mancata presentazione della documentazione richiesta comporterà l'esclusione dalla gara.”*

Come da verbale n. 5 del 29 Ottobre 2018, il seggio di gara, dopo aver esaminato la documentazione presentata dagli operatori economici invitati al soccorso istruttorio nelle sedute precedenti, esclude dalla fase successiva della gara il concorrente Santa Rosa Società Cooperativa di Mussomeli (CL) con la seguente motivazione: *l'operatore economico, è stato invitato in data 24 ottobre 2018 ad integrare entro le ore 9:00 del 29 ottobre 2018, il Passoe integrato con l'indicazione della partecipazione in avvalimento con l'impresa ausiliaria; il seggio di gara, dà atto che l'operatore economico non ha dato riscontro alla richiesta nei termini concessi a seguito dell'apertura del soccorso istruttorio e, pertanto, esclude lo stesso dalla gara.*

Nella stessa seduta del 29 Ottobre si è proceduto all'apertura delle buste economiche, e con lo stesso verbale n. 5 si è proceduto ad approvare la graduatoria definitiva e a proporre al dirigente l'aggiudicazione all'operatore economico risultante primo in graduatoria.

Il Presidente informa che la concorrente Santa Rosa Società Cooperativa con nota del 9.11.2018, acquisita al protocollo dell'ente in pari data al n. 17125, contesta l'esclusione dalla gara e richiede la riammissione alla stessa.

Il seggio, a questo punto, passa ad esaminare le contestazioni dell'impresa:

1. L'operatore economico asserisce di non aver ricevuto via pec, né la comunicazione di apertura di soccorso istruttorio per sanare il Passoe né la successiva nota di esclusione dalla gara, ma di aver appreso della propria esclusione dal sito istituzionale della Provincia dove erano pubblicati i verbali di gara, in data 8.11.2018 e di aver letto le comunicazioni solo in tale data.

Il presidente riferisce che a questo proposito si è proceduto a richiedere a Sardegna Cat una verifica sul sistema di comunicazioni della piattaforma per accertare se le trasmissioni delle note agli indirizzi informatici dell'impresa siano avvenute regolarmente, e, se possibile, avere il report che dimostri la regolarità o meno delle relative comunicazioni. Riferisce, altresì, che in data 14 novembre 2018, con nota acquisita al protocollo dell'ente n. 17386, Sardegna Cat comunica che "il messaggio inviato dalla piattaforma informatica Sardegna Cat è stato consegnato nella casella di destinazione "santarosa2015@pec.it" in data 24 ottobre alle ore 14:03:07" ed allega le ricevute di avvenuta consegna e di accettazione scaricate da Legalmail.

2. L'operatore prosegue specificando: "l'impresa Santa Rosa Soc. Cooperativa, nel generare il Passoe non è riuscito ad emetterlo conformemente con l'indicazione della partecipazione in avalimento in quanto, come confermatoci telefonicamente al Cig della gara non sono stati collegati requisiti avallabili"

A questo proposito il seggio rileva che il concorrente non ha dedotto né prima della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte (24 Settembre) né prima della scadenza dei termini assegnati per il soccorso istruttorio, della difficoltà incontrata nel generare il Passoe, ma solo in data 19 novembre, ben oltre i termini del soccorso istruttorio. Ancora si richiama, a questo proposito, quanto più volte specificato dall'Anac e chiarito in modo esplicito alla Faq Avcpass n. 24, nella sezione dedicata agli operatori economici. Come peraltro hanno proceduto altri concorrenti che hanno partecipato in avalimento e come, d'altra parte, ha proceduto lo stesso concorrente, ma solo il 19 novembre 2017, acquisendo il Passoe in RTI.

3. Il concorrente afferma, altresì, che. "in sede di presentazione di offerta, all'interno della documentazione amm.va alla voce Passoe ha allegato (in unico file firmato digitalmente) : Passoe generato dell'impresa Santa Rosa Soc. Coop. (pag. 1); Passoe generato dalla impresa ausiliaria EdilRoad srl c.f. 02626780841 (pag. 2) in cui è evidenziato che partecipa come ausiliaria ed è pure indicato il codice fiscale dell'impresa Ausiliaria". Il seggio di gara, relativamente a questo punto, precisa che il Passoe allegato in sede di gara contraddistinto dal codice : 6955-2313-5261-8252, è risultato, e risulta, collegato al solo concorrente Santa Rosa società cooperativa, indicato come soggetto economico monosoggettivo. Le indicazioni di cui alla pag. 2 del Passoe si riferiscono al tentativo di collegare a quel codice l'ausiliaria, tentativo non portato a termine. Che tale passoe non fosse completo è stato confermato dallo

stesso concorrente al punto 3 della sua nota e a cui si è risposto nel precedente punto 2. Il seggio di gara operando sull'interfaccia Web AVCPASS, richiamando il Passoe presentato in sede di gara n. 6955-2313-5261-8252 ha potuto acquisire solo il concorrente Santa Rosa Soc. Cooperativa, ma non la Edilroad srl, proprio perchè quel numero di passoe è associato alla sola Santa Rosa non essendo stato generato correttamente e quindi non essendo conforme alla modalità di partecipazione alla gara. La stazione appaltante non ha avuto la possibilità di acquisire il passoe della Edilroad perchè non presente nel sistema. E' proprio per tale ragione che il seggio di gara ha aperto il soccorso istruttorio per consentire al partecipante di regolarizzare il documento e presentare un Passoe conforme, perchè così come presentato in sede di gara non consente di svolgere la funzione per la quale viene richiesto, vale a dire: verificare i requisiti delle imprese dichiarati in sede di gara.

A questo proposito si richiama l'orientamento giurisprudenziale a cui si è attenuto il seggio di gara nell'aprire il soccorso istruttorio al fine di consentire al concorrente di regolarizzare il Passoe:

In ultimo Tar Veneto- sez. I , sent. n.489/2018 "Sul punto occorre premettere che il PASS-OE (o PassOE) "altro non è che lo "strumento (elettronico) attraverso cui l'operatore economico può essere verificato per mezzo del sistema ACVPass..... cosicché la stazione appaltante attraverso un'interfaccia web e la cooperazione applicativa dei vari enti certificanti.....può accedere in formato elettronico ai documenti posti a comprova delle dichiarazioni del concorrente" (v. C.d.S., Sez. V, 26 settembre 2017, n. 4506; id., 4 maggio 2017, n. 2036; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 22 marzo 2018, n. 635; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-bis, 30 giugno 2017, n. 7520).

*Muovendo da tale premessa, la giurisprudenza ha quindi precisato che, in caso di mancata produzione del "PassOE" nella busta recante la documentazione amministrativa, corre l'obbligo per la stazione appaltante di applicare il cd. soccorso istruttorio, concedendo un termine per la sua produzione (cfr., oltre alla giurisprudenza appena elencata, anche C.d.S., Sez. V, 28 dicembre 2016, n. 5485; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 6 aprile 2016, n. 1682). In altri termini, il "PassOE" può qualificarsi come "dichiarazione", in ragione della sua natura di strumento necessario al seggio di **gara** per verificare il possesso, in capo al concorrente, dei requisiti di partecipazione e, come tale, funzionalmente analogo alle "dichiarazioni sostitutive attestanti il possesso dei requisiti". Dunque, la mancata produzione in sede di **gara** del "PassOE" integra una mera carenza documentale e non anche un caso di irregolarità essenziale: il "PassOE" non solamente non costituisce, pertanto, causa di esclusione del concorrente dalla procedura, ma può essere prodotto in un momento successivo a seguito di soccorso istruttorio, regolarizzando così la documentazione (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 20 dicembre 2017, n. 2941; id., 15 gennaio 2016, n. 150).*

Inoltre il Presidente informa che in data 12.11.2018 la Soc. Cooperativa Santa Rosa, ha trasmesso nuovo Passoe conforme, secondo le indicazioni della Faq. n. 24 dell'Anac. Il seggio ritiene che la disposizione di cui all'art. 83, comma 9, sia abbastanza chiara sul rispetto del termine perentorio stabilito per adempiere al soccorso istruttorio. A tal proposito si richiama l'ormai consolidata giurisprudenza in merito:

Tar Sicilia sent. 382/2018

Come noto, sotto tale ultimo e specifico profilo la citata norma stabilisce che "(...) 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. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. (...)”.

“(...) tale termine, come già riconosciuto dalla citata sent. [Consiglio di Stato, Ad. Pl.] n. 16/2014, deve essere considerato perentorio, in quanto ogni dilazione ulteriore rispetto a quella consentita dalla legge contrasterebbe con la necessità di un celere svolgimento della procedura di affidamento, che sarebbe irrimediabilmente soggetta all’inerzia dei concorrenti (...)” (TAR Lazio, Roma, sez. I ter, 30 marzo 2018, n. 3572):

Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 30 marzo 2018, n. 3572

“la disposizione relativa al soccorso istruttorio, oggi contenuta nell’art. 83 citato ma già prevista dal previgente codice di cui al d.lgs. n. 163/2006, esprime la “chiara volontà del legislatore di evitare (nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell’ammissione alla gara delle offerte presentate) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni), di imporre un’istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni (prima della valutazione dell’ammissibilità della domanda), e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell’impresa concorrente, all’obbligo di integrazione documentale (entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante)”(cfr. Cons. St., AP, sent. 30 luglio 2014, n. 16);

che tale termine, come già riconosciuto dalla citata sent. n. 16/2014, deve essere considerato perentorio, in quanto ogni dilazione ulteriore rispetto a quella consentita dalla legge contrasterebbe con la necessità di un celere svolgimento della procedura di affidamento, che sarebbe irrimediabilmente soggetta all’inerzia dei concorrenti;

che una diversa conclusione determinerebbe la violazione della par condicio dei concorrenti, andando a premiare il comportamento di chi negligenemente abbia ommesso di allegare la documentazione richiesta, anche a seguito di soccorso istruttorio, a scapito di quegli operatori, che, invece, hanno presentato una documentazione ab origine completa e regolare o che si sono immediatamente conformati alle richieste della Stazione Appaltante (Cons. Stato, sentenza n. 1803/2016);

che nemmeno può aderirsi alla tesi della ricorrente, secondo cui rilevarebbe l’effettiva produzione del documento e non il suo successivo invio alla stazione appaltante, posto che tutta la disciplina delle procedure concorsuali si fonda sulla dimostrazione e comprova del possesso dei requisiti richiesti, poiché, diversamente ritenendo, ove si attribuisse rilievo al sostanziale adempimento, da parte della ricorrente, a quanto previsto dalla legge di gara, a prescindere dalla sua produzione e comunicazione, la legittimità di un provvedimento amministrativo verrebbe inficiata da fatti legittimamente ignorati dall’amministrazione, che potrebbero essere portati, in ipotesi, a sua conoscenza solo in un momento successivo all’adozione dell’atto (nello stesso senso, con riferimento alla cauzione definitiva, Consiglio di Stato, sentenza n. 738/2018), non essendovi più un limite temporale certo dopo il quale l’Amministrazione possa legittimamente provvedere alle ammissioni ed esclusioni;

che l’integrazione inviata deve perciò ritenersi tardiva, in quanto allegata oltre il termine assegnato in fase di

soccorso istruttorio, alla luce della natura perentoria del termine assegnato;

Per le ragioni suesposte il seggio di gara respinge le osservazioni presentate dalla **Santa Rosa Società Cooperativa** – Mussomeli (CL), conferma le proprie determinazioni di cui ai verbali n.3 e n. 5 e conferma l'esclusione dalla gara della concorrente **Santa Rosa Società Cooperativa** – Mussomeli (CL), in avvalimento con l'impresa Edil Road srl con sede in Favara (AG).

La seduta di gara si conclude alle ore 10,30, previa lettura e sottoscrizione del verbale.

IL SEGGIO DI GARA

IL PRESIDENTE Q. R. De Maria Joanni

I COMPONENTI Henry Henry

IL SEGRETARIO Henry

