



GARA EUROPEA A PROCEDURA APERTA PER L'AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DEL SERVIZIO PER LA GESTIONE DEL CENTRO DIURNO INTEGRATO DI VIA BUONARROTI A CERNUSCO SUL NAVIGLIO E DEI SERVIZI AD ESSO CONNESSI - CIG 9735877BDA

VERBALE N. 3 DI VERIFICA DELLA DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA

Oggi, 19.06.2023 in Cernusco Sul Naviglio, nella Sede Comunale, in via Tizzoni n. 2, viene esperita seduta pubblica della procedura aperta per l'aggiudicazione dell'affidamento in oggetto, in esecuzione della Determinazione Dirigenziale n. 417 del 29.03.2023.

Alle ore 16:17 il Dirigente del Settore Servizi Sociali e Piano di Zona in qualità di Presidente del seggio dichiara aperta la seduta pubblica della procedura di gara.

Sono presenti i membri del Seggio di gara nominati con Determinazione Dirigenziale n. 626 del 16.05.2023 e più precisamente:

- 1) dott.ssa Monica Falchetti - Dirigente Settore Servizi Sociali e Piano di Zona - in qualità di Presidente del Seggio di gara;
- 2) dott.ssa Maura Galli – Responsabile P.O. Servizio Gare, Appalti e Acquisti;
- 3) dott. Fabio Mandelli - Funzionario amministrativo del Settore Servizi Sociali;

Le funzioni di Segretario verbalizzante del seggio vengono svolte dal dott. Fabio Mandelli.

Sono altresì presenti i Sigg.ri:

- Gianluca Premoselli e Maria Elena Frigerio in rappresentanza di CONSORZIO STABILE HCM, muniti dei poteri di partecipazione alla seduta.

Il Presidente richiama:

- il verbale della seduta pubblica svoltasi in data 17.5.2023 in cui si è proceduto ad esaminare la domanda di partecipazione e la relativa documentazione amministrativa presentata dai concorrenti e si è disposta l'ammissione alla gara di n. 2 concorrenti e successivamente la sospensione della seduta pubblica al fine di meglio approfondire le conseguenze della dichiarazione resa relativamente alla non iscrizione alla "white list" e della contestuale dichiarazione omessa relativamente al subappalto, da parte della Cooperativa Sociale San Nicolò Onlus.

- il verbale della seduta pubblica svoltasi in data 22.05.2023 in cui si è proceduto all'esclusione della Cooperativa Sociale San Nicolò Onlus, in applicazione dei punti 5 e 8 del Disciplinare di gara, dell'art. 2.4 del capitolato speciale d'appalto, della Legge 190/2012 e nel rispetto delle sentenze del Consiglio di Stato e della giurisprudenza in materia citate in predetto verbale.

Il Seggio di gara prende atto che a seguito di notifica della esclusione trasmessa all'interessato mezzo Pec rif. ns. prot. n. 30986 del 22.05.2023, la Cooperativa Sociale San Nicolò Onlus ha inoltrato, con nota trasmessa mezzo Pec del 23.05.2023 prot. comunale n. 31459, richiesta di revoca in autotutela del provvedimento di esclusione con le seguenti motivazioni: *"è stato erroneamente dichiarato al punto 13 dell'Allegato A di non essere iscritti"*



nella White list quando in realtà è stata fatta domanda di iscrizione alla Prefettura competente in data 21.04.2023 come da pec in allegato”.

IL SEGGIO DI GARA VERIFICA INNANZITUTTO LA SEGUENTE DOCUMENTAZIONE DI GARA:

- il Modello A) “Istanza di partecipazione” predisposto dalla Stazione Appaltante il quale riporta al punto 13:

“13. di aver presentato domanda/ di essere iscritto /non essere iscritto in quanto, ai sensi L.190/2012, negli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiose cc. dd. “White Lists” presso la Prefettura competente;”

- il Disciplinare di gara al punto 14.1 in cui è prescritto quanto segue:

“Nella domanda di partecipazione e contestuale dichiarazione integrativa il concorrente dichiara:

di essere iscritto nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa white list) istituito presso la Prefettura della provincia di oppure di aver presentato domanda di iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (white list) istituito presso la Prefettura della provincia di oppure di non essere iscritto in quanto.....”

Il Presidente fa presente che il “Modello A) Istanza di partecipazione alla gara” riporta al punto 13 tutte le fattispecie in cui il concorrente può trovarsi in relazione al requisito in oggetto esposte con un separatore “/” alla pari di quanto riportato nel disciplinare di gara ove suddette “situazioni” sono collegate dalla congiunzione “oppure”.

Da quanto sopra si evince che la documentazione di gara, ivi compreso il modello di partecipazione, sono predisposti in modo completo e chiaro e prevedono esplicitamente l'opzione per la situazione invocata dal concorrente dopo l'esclusione, cioè di “aver presentato domanda di iscrizione alla cosiddetta – White List -”, che il concorrente poteva utilizzare in sede di domanda di partecipazione per rappresentare la propria specifica situazione.

La Cooperativa Sociale San Nicolò Onlus, come dalla stessa dichiarato, nella nota inviata alla stazione appaltante in data 23/05/2023, ha commesso un errore e per questo ha richiesto alla stazione appaltante la revoca in autotutela del provvedimento di esclusione.

IN MERITO ALLA RICHIESTA PRESENTATA DALLA COOPERATIVA SOCIALE SAN NICOLÒ ONLUS SI OSSERVA QUANTO SEGUE.

L'ART. 83. COMMA 9 DEL D.LVO 50/2016 STABILISCE CHE:

“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, in caso di mancanza, incompletezza e di 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 economica e all'offerta tecnica, 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.



Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

L'istituto del soccorso istruttorio non è stato attivato dalla stazione appaltante in quanto:

- il concorrente ha reso una dichiarazione che ha per oggetto la negazione della sussistenza di un requisito necessario per la partecipazione alla gara e l'errore commesso dal concorrente **non era riconoscibile, né immaginabile**;

- la dichiarazione resa è stata **motivata** dal concorrente **non** consentendo ulteriormente di **evincere l'errore**. Il concorrente ha espressamente dichiarato di "*non essere iscritto alla white list in quanto cooperativa sociale*";

- l'errore non era riconoscibile **senza attingere a fonti esterne di conoscenza**;

- il concorrente **non** ha allegato all'istanza di partecipazione **documenti contrastanti** con la dichiarazione resa che avrebbero consentito la riconoscibilità dell'errore e l'attivazione del soccorso istruttorio.

- ulteriormente, il concorrente in seguito alla sospensione della prima seduta pubblica, attivata dalla stazione appaltante per approfondire l'istanza di partecipazione della Cooperativa San Nicolò, **ha presentato istanza alla stazione appaltante per l'attivazione del soccorso istruttorio in materia di subappalto, motivando come segue:**

"prendendo atto di aver omesso di rendere la dichiarazione relativa alla facoltà di avvalersi del subappalto, ricorda come ai sensi dell'art. 8, penultimo comma del Disciplinare di Gara è espressamente previsto che - il concorrente indica all'atto dell'offerta del servizio le parti del servizio/fornitura che intende subappaltare o concedere in cottimo. In caso di mancata indicazione delle parti da subappaltare il subappalto è vietato - "

In merito alla mancata attivazione del soccorso istruttorio per l'integrazione relativa al subappalto richiesta dal concorrente con suddetta istanza, si rimanda al verbale della seduta pubblica successiva del 22.05.23 in cui, a fronte della mancata iscrizione alla "white list" da parte del concorrente, il subappalto per le attività di ristorazione diviene necessario e non facoltativo per il concorrente in questione ed in quanto tale non *può essere oggetto di soccorso istruttorio con cui la stazione appaltante avrebbe dato la facoltà ad un operatore di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione dell'offerta in contrasto con la par condicio competitorum (Cons. Stato, sez. V, 18.01,2019, n. 471 - Cons. Stato, sez. V, 29.12.2022, n. 11596).*

Tuttavia, ciò che rileva in questa sede, è che il concorrente, proprio per sanare la dichiarazione resa in termini di mancanza del requisito, **abbia richiesto l'attivazione del soccorso istruttorio per avvalersi del subappalto senza nemmeno avvedersi, dopo lo svolgimento della prima seduta, dell'errore essenziale commesso nella compilazione dell'istanza di partecipazione** consistente nella dichiarazione di "non essere iscritto White List in quanto cooperativa sociale".

Pertanto il concorrente, con tale richiesta, anziché comunicare l'erronea dichiarazione che ha per oggetto la negazione di un requisito necessario, **ha ulteriormente fuorviato la stazione appaltante chiamandola ad analizzare l'ammissibilità del subappalto e rendendo ancor meno riconoscibile l'errore commesso dal concorrente in materia di possesso diretto del requisito, che non avrebbe reso necessario il subappalto.**



ULTERIORMENTE, DALL'ESAME DELLA GIURISPRUDENZA IN MATERIA SI EVINCE QUANTO SEGUE.

- Mediante il soccorso istruttorio può consentirsi alla partecipante la rettifica o la regolarizzazione di una precedente dichiarazione, in presenza di **meri errori ovvero di imprecisioni, causati da sviste o disattenzioni, imputabili alla formulazione degli atti di gara**, ma non può certamente procedersi alla modifica dei requisiti di partecipazione indicati nella domanda di partecipazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 8/3/2022, n. 1663).

- La giurisprudenza ha anche puntualmente definito i limiti entro i quali l'errore materiale del concorrente, che *“consiste in una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione dell'offerta che deve emergere ictu oculi”* (Cons. Stato Sez. III, Sent. 28 luglio 2020, n. 4795) può legittimare un intervento correttivo, per cui *«sono rettificabili eventuali errori di scritturazione e di calcolo, ma sempre a condizione che **alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza, e comunque senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima o a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente**»* (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, Sent. 9 dicembre 2020, n. 7752; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige Trento Sez. Unica, Sent. 5 marzo 2021, n. 35).

Resta dunque esclusa la possibilità di utilizzare il soccorso istruttorio a fronte di una radicale carenza del DGUE e delle dichiarazioni necessarie per la partecipazione alla gara, laddove si realizzi *«una situazione di obiettiva ed irreversibile incertezza quanto a contenuto e provenienza della documentazione trasmessa, ... di fatto così integrando quella situazione limite di **irregolarità essenziale che nella disciplina di settore non è suscettiva di sanatoria**»* (Cons. Stato, sez. III, 5 novembre 2019, n. 7545). Una “dimenticanza” nella presentazione della documentazione non è mero errore materiale o refuso (dovendosi intendere per tale la svista o la disattenzione nella redazione dell'offerta emergente ictu oculi dal documento: cfr. Cons. Stato, V, 23 marzo 2017, n. 1320), bensì **un errore del quale il concorrente deve sopportare le conseguenze per il generale principio di autoresponsabilità** (Cons. Stato Sez. V, Sent. 4 giugno 2020, n. 3506);

- Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) sentenza 4198-2019 ha stabilito che la domanda di partecipazione ad una procedura di gara, cui si accompagna l'offerta dell'operatore economico, costituisce un **atto unilaterale recettizio**, che contiene la proposta contrattuale, con cui l'operatore economico dichiara la propria volontà di stipulare il contratto con la pubblica amministrazione e, dunque, la disponibilità ad accettare le condizioni previste dal bando per la realizzazione dell'opera, del servizio o della fornitura, ha un contenuto più ampio poiché l'operatore dichiara anche il possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dalla disciplina di gara. Ai sensi dell'art. 1324 Cod. civ. sono applicabili agli **atti unilaterali a contenuto patrimoniale**, salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti, in quanto compatibili, tra cui, gli artt. 1427 e ss. Cod. civ. che disciplinano **l'annullabilità del contratto per errore-vizio ed errore ostativo**. La prova della riconoscibilità dell'errore da parte del soggetto cui l'atto è diretto, ricade su colui che lo invoca. In caso di dichiarazioni rivolte da privati alla pubblica amministrazione che si assume siano affette da errore – ostativo, **è possibile invocare la riconoscibilità dell'errore se, in uno con la dichiarazione errata, siano stati trasmessi alla stessa amministrazione i documenti dai quali sarebbe stato possibile evincere l'errore;**

- Il TAR LAZIO – ROMA, SEZ. IV – sentenza 30 maggio 2023 n. 91491. Ritiene legittima e non in contrasto con l'articolo 83, co. 9 del codice dei contratti pubblicila scelta della P.A. appaltante di non attivare il c.d. soccorso istruttorio, nel caso in cui, con tale scelta, l'Amministrazione abbia sostanzialmente negato al concorrente interessato di rettificare la



dichiarazione relativa al requisito dei servizi di punta; nella specie, infatti, da una lettura della dichiarazione resa dalla società interessata nel proprio DGUE e da una disamina complessiva della documentazione dalla stessa prodotta in gara, **non è rinvenibile alcun elemento e/o indizio tale da poter far presumere l'esistenza di un errore, caratterizzato dal requisito della riconoscibilità** (e dunque oggettivamente riscontrabile con l'ordinaria capacità di analisi) **Affinché possa pretendersi dalla parte pubblica l'attivazione del soccorso istruttorio è necessario**, anche alla luce dei principi sopra richiamati, **che gli errori formali commessi dagli operatori economici siano oggettivamente "riconoscibili"**.

Accogliere l'istanza di revoca del provvedimento di esclusione della Cooperativa Sociale San Nicolò significherebbe ammettere l'istituto del soccorso istruttorio a seguito dell'esclusione, concedendo la possibilità di modificare quanto dichiarato in sede di gara relativamente al possesso di un requisito di partecipazione, per un errore commesso dal concorrente non conoscibile dalla stazione appaltante per tutte le motivazioni sovra esposte.

L'erronea dichiarazione prodotta nell'istanza di partecipazione alla gara dalla Cooperativa Sociale San Nicolò che ha per oggetto la negazione di un requisito necessario per la partecipazione alla gara stessa, non è sanabile ai sensi dell'art. 83 cc. 9 del D.lvo n. 50/2016 in quanto **le carenze della documentazione prodotta non consentono l'individuazione del contenuto erroneo**.

Alla luce di quanto sopra Il Presidente conferma il provvedimento di esclusione nei confronti del concorrente COOPERATIVA SOCIALE SAN NICOLÒ ONLUS così come adottato nel Verbale n. 2 del 22.05.2023 e notificato alla Cooperativa Sociale San Nicolò Onlus con nota trasmessa a mezzo PEC rif. ns. prot. n. 30986 del 22.05.2023.

Il Presidente stabilisce la notifica del presente verbale a tutti i concorrenti e l'inoltro degli atti alla Commissione Giudicatrice per l'apertura dell'offerta tecnica in seduta pubblica.

Il Presidente dichiara alle ore 16:40 chiusa la presente seduta
Letto, confermato e sottoscritto.

Il Commissario
dott. Fabio Mandelli

Il Commissario
dott.ssa Maura Galli

Il Presidente di seggio
dott.ssa Monica Falchetti