



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 334 DEL 10 aprile 2019

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da Uniposte S.p.A. – Affidamento del servizio postale di raccolta, accettazione, smistamento, trasporto e recapito su tutto il territorio nazionale o all'estero (paesi dell'Unione Europea ed extra Unione Europea) della corrispondenza della Corte Suprema di Cassazione non eccedente i 2 kg per l'anno 2019 – Importo a base di gara: euro 360.000,00 - S.A.: Corte Suprema di Cassazione

PREC 22/19/S

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 103946 del 18 dicembre 2018, Uniposte S.p.A. ha contestato l'esclusione dalla gara in epigrafe disposta dalla stazione appaltante per difformità dell'offerta tecnica rispetto a condizioni essenziali di esecuzione stabilite dalla *lex specialis* di gara. In particolare, Uniposte S.p.A. ha riferito che l'esclusione è motivata (i) dalla mancata indicazione, nella Dichiarazione di offerta tecnica (di seguito, D.O.T.), delle aree servite direttamente senza ricorso al Fornitore del servizio universale (FSU), da cui la stazione appaltante ha desunto la mancata copertura di alcune aree del territorio nazionale e (ii) dalla metodologia di gestione del servizio, illustrata nella Relazione Tecnica, ritenuta difforme da quanto specificamente previsto ai paragrafi 3.1.b e 3.1.c delle Condizioni particolari di contratto.

Con riferimento al primo motivo di esclusione, l'istante ha eccepito che l'indicazione dei soli CAP delle aree che sarebbero state coperte tramite il ricorso al FSU è dovuta al fatto che quello era il dato richiesto dal modello di D.O.T. predisposto dalla stazione appaltante e non anche i CAP coperti direttamente dal fornitore. Nel richiamato modello, infatti, nel riquadro b.1, si richiedeva all'operatore economico di indicare con quale modalità (diretta o tramite FSU) s'impegnava a erogare il servizio. Avendo barrato la casella "no" con riferimento alla copertura geografica diretta, poiché non in grado di coprire direttamente tutti i CAP, e ricadendo pertanto nell'ipotesi "in caso negativo", Uniposte si è limitata ad indicare i CAP per i quali si sarebbe servita del FSU perché implicitamente, come da modello di D.O.T., si sarebbe dovuto ritenere che i CAP mancanti si riferissero a quelle zone coperte direttamente senza ricorrere al FSU.

Per ciò che concerne il secondo motivo di esclusione, relativo alla metodologia di gestione del servizio illustrata nella relazione tecnica (punto 2 "la verifica di corrispondenza della distinta con i plichi ricevuti con evidenza delle eventuali anomalie e successiva presa in carico entro le 24 h non lavorative o restituzione della corrispondenza non lavorabile"), che la stazione appaltante ha interpretato come dichiarazione che la presa in carico della corrispondenza non sarebbe avvenuta, come richiesto, al momento della consegna dei plichi al fornitore ma successivamente, l'istante ha eccepito che l'Amministrazione avrebbe potuto effettuare una richiesta di chiarimenti in sede di soccorso istruttorio e che, comunque, l'impegno ad effettuare il servizio con le modalità richieste dalla stazione appaltante era stato già assunto nella D.O.T. ai punti b.3 (che richiama l'art. 3.1.b



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

delle Condizioni particolari di contratto) e b.5 (che richiama l'art. 3.1.c delle Condizioni particolari di contratto). In ogni caso, ad avviso dell'istante, il motivo di esclusione non rientra tra le cause di esclusione previste all'art. 3 dell'Invito a partecipare alla procedura negoziata (assenza di sottoscrizione con firma digitale; mancata indicazione dei codici e delle denominazioni dei prodotti offerti; presenza di indicazioni economiche nell'Offerta tecnica).

A seguito dell'avvio del procedimento, comunicato con nota prot. n. 22115 del 18 marzo 2019, la Suprema Corte di Cassazione ha replicato con memoria acquisita al prot. n. 24154 del 25 marzo 2019.

Con riferimento al primo motivo di esclusione, la stazione appaltante ha evidenziato che, al paragrafo 2.4.1.a delle Condizioni particolari di contratto, era previsto espressamente, in caso di copertura geografica diretta, l'elenco di tutti i CAP nazionali con indicazione delle aree di recapito fornito dal fornitore senza ricorso al FSU, con eventuale specificazione dei CAP serviti in subappalto e che, a fronte della risposta negativa fornita da Uniposte nel riquadro di cui all'art. 2.3.1 lett.a), si è evinto che Uniposte avesse dichiarato di affidare la totalità dei CAP al FSU, salvo poi scoprire che i CAP elencati non coprivano tutto il territorio nazionale. Ad avviso della Stazione appaltante, l'unica interpretazione possibile, sulla base della documentazione tecnica presentata da Uniposte, era che tutta la copertura geografica del servizio fosse affidata al FSU, non avendo l'operatore economico indicato i CAP che intendeva servire direttamente né nel D.O.T. (fornito in formato Word editabile) né nella Relazione tecnica. La stazione appaltante ha altresì evidenziato che, nel caso avesse avuto dubbi, Uniposte avrebbe in ogni caso potuto chiedere chiarimenti alla stazione appaltante in merito alle modalità di presentazione della documentazione. Con riferimento al secondo motivo di ricorso, la Suprema Corte di Cassazione ha sottolineato la rilevanza dell'incongruenza tra quanto dichiarato nel D.O.T. e lo svolgimento del servizio descritto nella Relazione tecnica, in quanto vertente sull'aspetto essenziale della tempistica della presa in carico, dell'accettazione e della consegna al destinatario. Ad avviso della stazione appaltante, la palese difformità tra quanto illustrato nella Relazione tecnica e le caratteristiche minime del servizio dettagliate nelle Condizioni particolari di contratto non avrebbe potuto essere oggetto di alcun tipo di integrazione o richiesta di chiarimento stante il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il soccorso istruttorio non consente di procedere ad integrazioni dell'offerta tecnica.

Con nota acquisita al prot. n. 24079 del 25 marzo 2019, l'istante ha ribadito le censure già formulate nell'istanza di parere, sottolineando, in particolare, che l'indicazione dei CAP serviti direttamente non era richiesta in nessun punto della documentazione di gara e che, nella Relazione tecnica, il termine "presa in carico" è stato erroneamente utilizzato in luogo del termine "lavorazione".

Ritenuto in diritto

Per giurisprudenza ormai costante, la formulazione di un'offerta tecnica difforme dai documenti posti a base di gara comporta l'esclusione dalla procedura selettiva. Attraverso l'esclusione dalla



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

gara del concorrente che ha presentato un'offerta tecnica priva dei requisiti ritenuti essenziali, la stazione appaltante esprime il proprio dissenso rispetto ad un prodotto o servizio giudicato non rispondente alle caratteristiche tecniche minime previste nel progetto o nel capitolato posto a base della selezione (Consiglio di Stato, sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804; 1 luglio 2015, n. 3275; sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633, 23 settembre 2015, n. 4460; 5 maggio 2016, n. 1809; sez. III, 26 febbraio 2019 n. 1333; TAR Liguria, 10 luglio 2017 n. 597; TAR Umbria, Sez. I, 1 settembre 2017, n. 563; TAR Veneto, 11 settembre 2018 n. 885). Nello stesso senso anche l'Autorità con i pareri di precontenzioso n. 427 del 13 aprile 2016 e n. 250 del 7 marzo 2018.

Altrettanto consolidato, nonché recepito a livello di diritto positivo dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, è l'orientamento secondo cui, in tali circostanze, è precluso alla stazione appaltante il ricorso al soccorso istruttorio, potendo tale strumento essere utilizzato per sanare la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità delle dichiarazioni riguardanti le condizioni di partecipazione ma non quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica. La *ratio* è ovviamente quella di evitare che l'operatore economico sia messo nella condizione di modificare l'offerta tecnica per renderla rispondente ai requisiti minimi stabiliti dalla stazione appaltante dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, in violazione del principio di parità di trattamento (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 21 giugno 2017 n. 3029 e pareri di precontenzioso n. 488 del 3 maggio 2017; n. 792 del 19 luglio 2017; n. 900 del 6 settembre 2017; n. 23 del 27 gennaio 2019).

Il richiamato apparato prescrittivo costituisce il precipitato logico dei principi di *par condicio*, imparzialità e segretezza dell'offerta, che informano le procedure ad evidenza pubblica, nonché della natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura, e trova corrispondenza, dal lato dell'operatore economico, nel principio di autoresponsabilità del concorrente, in forza del quale l'operatore economico partecipante alla gara sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9).

Quanto descritto non osta a che siano soddisfatte, nell'interesse sia dell'operatore economico che della stazione appaltante (che può così formarsi un convincimento informato), le esigenze di flessibilità procedimentale che hanno condotto il Consiglio di Stato a raccomandare «di conservare un “soccorso procedimentale”, nettamente distinto dal soccorso istruttorio, in virtù del quale la stazione appaltante possa richiedere, in caso di dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta, chiarimenti e giustificazioni al concorrente» (Pareri resi dall'Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, parere n. 855 e dall'Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017, parere n. 782, rispettivamente, sullo schema del d.lgs. 50/2016 e sullo schema del correttivo). La raccomandazione è stata accolta dalla giurisprudenza, la quale ammette la possibilità che la stazione appaltante acquisisca chiarimenti su voci dell'offerta tecnica dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta (TAR Sardegna, sez. I, 11 marzo 2019), a condizione che ciò non comporti modifiche dell'offerta stessa, e giunge a consentire all'operatore economico di provare,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

anche con integrazioni documentali, che la propria offerta fosse, fin dal principio, effettivamente conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis*, purché le integrazioni e le correzioni non conducano a modifiche sostanziali dell'offerta iniziale, precisando che «le integrazioni sono ammissibili, purché non riguardino elementi essenziali dell'offerta, ossia gli elementi che, ove assenti o assolutamente indeterminati, determinino la totale inidoneità dell'offerta ad assolvere alla sua funzione che è quella di consentire la manifestazione di volontà negoziale del concorrente in relazione alla gara da aggiudicare» (Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2018, n. 1854).

Convive, e va coordinato con l'accennato sistema di principi a tutela della concorrenza e della *par condicio*, il principio generale (applicabile anche agli appalti) di buona fede nel rapporto tra pubblica amministrazione e privato, e il conseguente principio dell'affidamento incolpevole, da cui discende, a carico della stazione appaltante, l'obbligo di chiarezza (*clare loqui*), la cui violazione comporta che le conseguenze derivanti dalla presenza di clausole contraddittorie nella *lex specialis* di gara non possono ricadere sul concorrente che, in modo incolpevole, abbia fatto affidamento su di esse (Consiglio di Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 249). Al riguardo, il TAR Lazio (sentenza 21 maggio 2018, n. 5599) ha recentemente ricordato che «a fronte della formulazione ambigua della normativa di gara, la giurisprudenza amministrativa ha costantemente ribadito che l'impresa partecipante che abbia, comunque, in buona fede manifestato la volontà di adeguarsi alle previsioni non univoche del bando, formulando l'offerta in adesione a una delle possibili interpretazioni della *lex specialis*, non può essere sanzionata con l'espulsione dalla procedura di gara (in termini, Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5155). E' stato anche affermato che le offerte devono essere interpretate al fine di ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, purché sia possibile giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte (Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082; sez. III, 27 marzo 2013, n. 1487)».

Venendo al caso in esame, con riferimento alla prima doglianza sollevata nell'istanza di parere, si osserva che la documentazione di gara è suscettibile di dare adito a qualche difficoltà interpretativa perché, nel paragrafo 2.4 delle Condizioni particolari di contratto, laddove sono individuate le due modalità di recapito della corrispondenza a cui è possibile fare ricorso per eseguire il servizio, in corrispondenza della "copertura geografica diretta", è specificato: «elenco di tutti i CAP nazionali con indicazione delle aree di recapito fornito dal Fornitore contraente in sede di Offerta Tecnica, senza ricorso al FSU». Di contro, nel modello di Dichiarazione di Offerta tecnica predisposto dalla stazione appaltante, nell'art. 2.3.1, le modalità della "copertura geografica diretta" e del ricorso al FSU sono presentate come alternative, e non eventualmente concorrenti, e la formulazione del paragrafo sembra suggerire che, solo nel caso in cui si ricorra alla copertura geografica diretta (barrando SI) per tutti i CAP del territorio nazionale, tali CAP vadano elencati con eventuale specificazione di quelli coperti tramite subappalto. Avendo barrato NO, l'operatore economico ha elencato solo quelli coperti tramite RSU.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Così facendo, tuttavia, Uniposte ha reso una dichiarazione che, alla luce delle Condizioni particolari di contratto, esclude il “ricorso alla copertura geografica diretta” e, conseguentemente, non garantisce la copertura dell’intero territorio nazionale e, dunque, non soddisfa un requisito essenziale del servizio richiesto dalla stazione appaltante.

La formulazione del D.O.T. è oggettivamente ambigua e si ritiene possa avere contribuito all’errore in cui è incorso Uniposte. D’altra parte, non può neppure trascurarsi che l’operatore economico, pur avendone la possibilità, a fronte di un testo equivoco, non ha chiesto alla stazione appaltante di chiarire le modalità di dichiarazione della volontà negoziale.

Ciò che tuttavia, in definitiva, rileva è che l’offerta tecnica formulata dall’istante è carente del requisito essenziale della copertura dell’intero territorio nazionale (*cf.* art. 2 - Oggetto del servizio - Condizioni particolari di contratto) e non è suscettibile di essere resa conforme alla richiesta della stazione appaltante se non attraverso una integrazione degli elementi essenziali dell’offerta stessa, giacché la volontà negoziale dell’operatore economico non è inequivocabilmente ricostruibile attraverso una mera attività interpretativa.

L’integrazione degli elementi essenziali dell’offerta tecnica, come visto, non è ammissibile e si ritiene che tale principio non possa recedere neanche a fronte di eventuali ambiguità del testo della *lex specialis*, pena la violazione del principio di parità di trattamento dei concorrenti, che è principio portante che governa i meccanismi di selezione concorsuale dei contraenti della pubblica amministrazione.

Non si può tuttavia fare a meno di auspicare in questa sede, *pro futuro*, nell’interesse dei concorrenti e della stessa stazione appaltante, che la formulazione del D.O.T. sia resa più facilmente comprensibile alla platea dei potenziali partecipanti.

Resta assorbito l’esame della seconda doglianza.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- conforme alla normativa di settore l’esclusione della gara di Uniposte S.p.A.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 aprile 2019

Il segretario Maria Esposito