



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N.897 DEL 17 ottobre 2018

OGGETTO: Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Effe Costruzioni Srl e Comune di Santa Teresa di Riva – Intervento di riqualificazione del campo di calcio e dell'annesso campo da tennis esistente nel quartiere Bucalo e concessione del servizio di gestione dell'impianto per anni 1 (uno) – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 1.006.646,87; S.A.: Comune di Santa Teresa di Riva (ME).

PREC 195/18/L

Il Consiglio

VISTA l'istanza congiunta acquisita al prot. ANAC n. 0073517 del 5.9.2018, con la quale il Comune di Santa Teresa di Riva, in qualità di Stazione appaltante, e la società Effe Costruzioni Srl, come partecipante alla gara *de qua*, chiedono all'Autorità di esprimersi in relazione alla legittimità dell'operato della Stazione appaltante medesima con riferimento all'esclusione della citata concorrente disposta dalla Commissione di gara, nella seduta pubblica del 22.08.2018, per la seguente motivazione: *«Dall'analisi dell'offerta economica-temporale presentata dall'operatore economico Effe Costruzioni S.r.l. la commissione rileva che l'offerta è carente della dichiarazione richiesta alla lettera d) del punto E della lettera di invito e segnatamente: "di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico del progetto esecutivo nella formulazione dell'offerta, che, riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara resta comunque fissa e invariabile". La Commissione ritenuto che tale omissione costituisce elemento essenziale dell'offerta e che un'eventuale integrazione postuma altererebbe la par condicio tra i concorrenti in gara; preso atto, inoltre, di quanto disposto dall'art. 83, comma 9 del D.Lgs. 50/2016 ss.mm.ii, che esclude la possibilità di attivare la procedura di soccorso istruttorio alle irregolarità e/o omissione afferenti all'offerta economica, per tali ragioni procede all'esclusione del concorrente Effe Costruzioni»;*

CONSIDERATO che la società istante contesta il diniego della Stazione appaltante alla richiesta di accedere all'istituto del soccorso istruttorio in quanto sostiene che *«la dichiarazione mancante a corredo dell'offerta economica, non essendo una dichiarazione comportante l'alterazione del contenuto dell'offerta economica, ben può essere integrata a mezzo di soccorso istruttorio»;*

CONSIDERATO altresì che, l'impresa istante ritiene di aver reso, in sede di presentazione della documentazione amministrativa, una dichiarazione, richiesta dalla lettera di invito alla lettera C) punto b2), *«di contenuto assolutamente analogo e sovrapponibile a quella richiesta ed omessa in sede di presentazione dell'offerta economica»;*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 21.9.2018;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti e in particolare quella dell'altro (e unico) concorrente, il costituendo RTI Consorzio Italiano Costruzioni Manutenzione e Servizi Soc. Coop./SSD Fair Play Società Dilettantistica a r.l., secondo cui l'esclusione è corretta sia perché la fattispecie non è riconducibile all'ipotesi di irregolarità sanabili attraverso successive integrazioni documentali atteso che *«nel caso in esame la carenza riguarda un elemento che attiene all'offerta economica»* e sia perché la dichiarazione resa dalla società istante ai sensi della lettera C) punto b2) della lettera di invito è cosa ben diversa da quella che doveva essere resa ai sensi della lettera E) punto d), *«rappresentando la sintesi documentale di due distinti procedimenti cognitivi, il primo [...] diretto a certificare la conoscenza della complessiva realizzabilità dell'opera al prezzo offerto mentre il secondo [...] diretta a realizzare da un lato la garanzia dell'affidabilità dell'offerta e, dall'altro, soprattutto, l'esclusione di possibili contestazioni delle voci e quantità in sede di esecuzione del contratto»*;

CONSIDERATO che l'art. 83, comma 9, stabilisce in via generale 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, 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»*;

RILEVATO che la dichiarazione oggetto di omissione da parte dell'impresa istante, contemplata ai sensi dell'art. 118 del d.P.R. n. 207/2010 (recante il "Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"), era esclusivamente volta, negli appalti di lavori a corpo, a garantire la precisa conoscenza, da parte degli aspiranti contraenti, delle obbligazioni da adempiere con la somma offerta a corpo, in modo da porre al riparo l'Amministrazione da riserve e contestazioni in fase di esecuzione dell'appalto, e che attualmente tale disposizione è tra quelle da intendersi abrogate dall'entrata in vigore del nuovo Codice appalti;

CONSIDERATO che il fine perseguito dal legislatore con l'esclusione della possibilità di sanare mancanze o incompletezze o irregolarità afferenti all'offerta economica (e tecnica) è chiaramente quello di non consentire alcuna modificazione dell'offerta dopo che sia decorso il termine per la presentazione di essa poiché ciò finirebbe per consentire la violazione della *par condicio competitorum* e che pertanto, qualora ciò non possa verificarsi poiché la sanatoria dell'irregolarità lascia intatte le condizioni dell'offerta, risulta prevalente il rispetto del principio del *favor participationis*, ossia la preminenza dell'interesse pubblico a non ridurre la platea dei concorrenti quando le motivazioni di una possibile esclusione siano di natura meramente formale;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO che la dichiarazione resa dall'impresa istante ai sensi della lettera C) punto b2) (ovvero quella «di accettare, senza condizioni o riserva alcuna, tutte le norme e le disposizioni contenute nel Bando di gara, nella presente lettera di Invito e suoi allegati, e di aver verificato ogni elaborato - tecnico, economico, finanziario e contabile - afferente il presente appalto e di aver tenuto conto, nel formulare la propria offerta, della suindicata documentazione, dando atto che l'opera/appalto può essere realizzata con l'offerta economica formulata»), benché di contenuto apparentemente diverso da quella omessa, di fatto la ricomprende nel momento in cui si dichiara di accettare senza condizioni o riserve tutte le disposizioni contenute nel bando, nella lettera di invito e nei suoi allegati, compresa – evidentemente – quella in discussione;

RITENUTO che l'acquisizione della dichiarazione di cui alla lettera E) punto d) in un momento successivo alla scadenza del termine di presentazione, considerato anche l'impegno già assunto con la dichiarazione di cui al punto sopra indicato, non determina un mutamento dell'offerta economica, che rimane del tutto inalterata e dunque non genera alcuna alterazione o violazione della *par condicio* tra i concorrenti;

CONSIDERATO anche quanto sostenuto dalla più recente giurisprudenza in merito alla mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali nell'offerta economica, che non consente l'esclusione automatica di quest'ultima, senza il previo soccorso istruttorio, tutte le volte in cui non sussista incertezza sulla congruità dell'offerta stessa (v. in tal senso Ad. Plen. Cons. Stato n. 19/2016) e che la *ratio* sottesa in tale orientamento interpretativo è la medesima rinvenibile nel caso oggetto del presente parere laddove anche per l'omessa dichiarazione in questione può parlarsi di irregolarità non essenziale, atteso che non introduce alcun elemento di incertezza sostanziale dell'offerta;

RITENUTO, pertanto, che si determinerebbe, per il tramite della sanzione dell'esclusione, una conseguenza manifestamente sproporzionata rispetto alla *ratio* di tutela della previsione in esame (peraltro non più imposta per legge), siccome volta alla introduzione di meri formalismi nel procedimento di gara, del tutto inidonei ad assicurare la verifica della sussistenza di effettive ricadute concrete sulla *par condicio* dei concorrenti, nonché sull'effettività e regolarità del giudizio circa la migliore offerta cui aggiudicare la gara,

Il Consiglio

ritiene, anche in considerazione di un principio di *favor participationis*, ammissibile l'espletamento della procedura di soccorso istruttorio al fine di acquisire la dichiarazione di cui si tratta, non risultando presenti, per le ragioni più sopra esposte, preminenti ragioni ostative attinenti al rispetto della *par condicio*.

Raffaele Cantone



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 ottobre 2018

Il Segretario Maria Esposito