



DELIBERA N. 990

18 novembre 2020

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da _____OMISSIS_____ S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di trattamento, escluso trasporto, finalizzato esclusivamente a recupero per i rifiuti urbani da R.D. identificati con codici CER 20.03.07 (rifiuti ingombranti compresi materassi), CER 20.03.03 (residui della pulizia e dello spazzamento stradale) e per l'affidamento del servizio di trattamento, escluso trasporto, finalizzato prevalentemente a recupero, per i rifiuti identificati con codice CER 16.01.03 (pneumatici fuori uso) - Importo a base di gara: Euro 367.276,80 -S.A.: Comune di Afragola.

PREC 219/2020/S

Riferimenti normativi

Art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Anomalia, giustificazioni, errore materiale.

Massima

Verifica di anomalia delle offerte – Errore nell'invio di un documento diverso dai giustificativi – Esclusione automatica – Illegittimità.

È illegittima l'esclusione automatica di un concorrente, nel caso in cui appaia palese che quest'ultimo ha commesso un errore materiale, presentando altro documento in luogo delle giustificazioni a sostegno della congruità dell'offerta ed il RUP sia impossibilitato ad effettuare il giudizio. In tal senso depongono il principio di leale collaborazione, finalizzato all'istaurazione di un contraddittorio pieno ed effettivo con i concorrenti, la natura non perentoria del termine per la presentazione dei giustificativi, nonché la considerazione secondo la quale l'esclusione dalla gara di un'offerta sospetta di anomalia non può prescindere dall'effettuazione di un giudizio tecnico sulla congruità e serietà dell'offerta stessa.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 18 novembre 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere, acquisita al prot. n. 79329 del 26 ottobre 2020, con la quale la società _____OMISSIS_____ S.r.l. ha contestato la Determinazione dirigenziale n. 1392 del 1.10.2020 di esclusione dalla procedura di gara in epigrafe per mancata giustificazione dell'offerta sospetta di anomalia nei termini concessi dal RUP. L'istante espone di avere riscontrato la richiesta della SA entro il termine assegnato (12.08.2020), ma di avere allegato, per mero errore materiale, in luogo dei giustificativi, altra documentazione relativa ai requisiti di capacità tecnica e professionale. La SA, pertanto, anziché procedere all'automatica esclusione dell'operatore, avrebbe dovuto rimmetterlo nei termini, considerando che quest'ultimo ha immediatamente consegnato i giustificativi (predisposti e sottoscritti digitalmente il 12.08.2020), non appena avuto conoscenza del provvedimento di esclusione dalla gara;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato con nota prot. n. 81217 del 30 ottobre 2020;

VISTA la documentazione in atti e la memoria presentata dalla società istante, mentre la stazione appaltante non ha formulato alcuna osservazione;

RILEVATO che la questione sottoposta in esame riguarda la legittimità dell'esclusione del concorrente che, entro il termine fissato dalla stazione appaltante, ha erroneamente presentato altro documento in luogo delle giustificazioni a sostegno della congruità dell'offerta;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 97, comma 5, del Codice *"la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa"*. Tale disposizione impone alla stazione appaltante di effettuare un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta di un operatore, consentendo di procedere alla sua esclusione solo in caso di esito negativo di tale giudizio; giudizio che deve essere necessariamente effettuato;

CONSIDERATO che la *ratio* del sub procedimento di verifica dell'anomalia è quella di accertare la serietà, la sostenibilità e la sostanziale affidabilità della proposta contrattuale, al fine di evitare che l'appalto sia aggiudicato a prezzi eccessivamente bassi, tali da non garantire la qualità e la regolarità dell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento e che, per tale ragione, in linea di principio il procedimento di verifica di anomalia è avulso da ogni formalismo, essendo improntato alla massima collaborazione tra l'amministrazione appaltante e l'offerente, quale mezzo indispensabile per l'effettiva instaurazione del contraddittorio ed il concreto apprezzamento dell'adeguatezza dell'offerta (cfr. TAR Lazio, sez. I-ter, 30 dicembre 2016, n. 9182; Delibera Anac n. 197 del 13 marzo 2019 e giurisprudenza ivi citata);

CONSIDERATO che, come ricordato nella Delibera Anac n. 710 del 24 luglio 2018, *"la funzione essenziale del sub procedimento di verifica di congruità delle offerte è quella di apprezzare l'idoneità e l'adeguatezza*



dell'offerta sospettata di anomalia ai fini della corretta esecuzione dell'appalto, funzione che può realizzarsi solo con il pieno contraddittorio, unico presupposto la cui violazione può inficiare la successiva valutazione dell'offerta da parte dell'amministrazione appaltante (Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2014, n. 2982). Per tale ragione il procedimento di verifica della congruità dell'offerta deve essere improntato alla massima collaborazione tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'offerente, quale strumento per l'effettiva instaurazione del contraddittorio e per il concreto apprezzamento dell'adeguatezza dell'offerta: in tale contesto di fondo, ciò che prima di tutto rileva è il dato sostanziale dell'anomalia o meno dell'offerta, per cui deve escludersi che la mancata - ovvero tardiva - produzione delle giustificazioni possa comportare automatica esclusione del concorrente interessato, essendo la stazione appaltante, comunque, tenuta a valutare la sostanza dell'offerta, sulla scorta della documentazione in atti (cfr. in questi termini, Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6231; TAR Catania, Sez. III, 20 maggio 2014, n. 1389)";

CONSIDERATO, altresì, che i termini assegnati dal RUP per la presentazione delle giustificazioni di cui all'art. 97 non hanno natura perentoria, sicché la loro tardiva produzione non determina l'esclusione automatica dell'offerta, che può avvenire solo all'esito del giudizio complessivo di inaffidabilità dell'offerta da parte del RUP (cfr. Delibera Anac n. 710 del 24 luglio 2018; Cons. Stato, sez. V, 24 settembre 2018, n. 5499). In particolare secondo il Consiglio di Stato "la mancata o anche la sola tardiva produzione delle giustificazioni dell'offerta e degli eventuali chiarimenti non possono comportare l'automatica esclusione dell'offerta sospettata di anomalia, essendo in ogni caso l'amministrazione appaltante obbligata alla valutazione della stessa, ovviamente sulla sola scorta della documentazione posseduta, per accertarne l'idoneità e l'adeguatezza ai fini della corretta esecuzione dell'appalto, giacché i termini indicati nell' art. 88, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (rispettivamente di quindici giorni per la presentazione delle giustificazioni e di cinque giorni per fornire le precisazioni o i chiarimenti richiesti) non sono perentori, ma sollecitatori, avendo lo scopo di contemperare gli interessi del concorrente a giustificare l'offerta e quelli dell'amministrazione alla rapida conclusione del procedimento di gara" (Cons. di Stato, 22.12.2014, n. 6231; cfr. altresì TAR Sardegna, 26 giugno 2017, n. 431; TAR Lazio, Roma, 19 maggio 2017, n. 5979, TAR Piemonte, 6 maggio 2016, n. 625);

TENUTO CONTO che, in applicazione dei richiamati principi, l'Autorità ha sancito che è illegittima l'esclusione nel caso in cui il RUP sia nell'impossibilità di pervenire ad un giudizio di congruità o meno dell'offerta sulla base delle spiegazioni fornite dal concorrente (Delibera n. 338 del 28 marzo 2018) ovvero nel caso in cui non effettui un'analisi sostanziale dell'offerta per l'asserita intempestiva presentazione dei giustificativi (Delibera n. 710 del 24 luglio 2018);

RITENUTO che i suddetti principi conducono a ritenere illegittima anche l'esclusione automatica di un concorrente – disposta cioè senza alcuna analisi sostanziale sulla congruità o meno dell'offerta– nel caso in cui appaia palese che quest'ultimo ha commesso un errore materiale, presentando altro documento in luogo delle giustificazioni a sostegno della congruità dell'offerta ed il RUP sia impossibilitato ad effettuare un giudizio;

RILEVATO peraltro che, nel caso di specie, dalla documentazione in atti risulta chiaramente che il legale rappresentante della società istante (Sig. _____OMISSIS_____) ha firmato digitalmente i giustificativi in data 12.08.2020 alle ore 09:28:36, cioè entro il termine di 15 giorni assegnato dal RUP con nota n. 44571 del 29.07.2020. Risulta, inoltre, anche dagli atti allegati alla Determinazione dirigenziale n. 1392/2020 (reperita sull'Albo pretorio del Comune di Afragola), che la _____OMISSIS_____ S.r.l. ha trasmesso, alle ore 11:35 del 12.08.2020, una pec avente come oggetto "giustificazioni ai sensi dell'art. 97 D.Lgs. n. 50/2016", alla quale era stata erroneamente allegata



l'autocertificazione relativa al possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 13.4 del Disciplinare di gara (servizi analoghi);

RITENUTO, pertanto, che, nel caso di specie, la stazione appaltante non avrebbe dovuto procedere all'esclusione automatica della società odierna istante, ma il RUP avrebbe dovuto segnalare all'operatore l'errore in cui era incorso, richiedendo di fornire i giustificativi corretti. Ciò in base al principio di leale collaborazione, finalizzato all'istaurazione di un contraddittorio pieno ed effettivo con i concorrenti, nonché in ragione della natura non perentoria del termine per la presentazione dei giustificativi (che comunque era stato rispettato) e sulla base della considerazione che, in ogni caso, l'esclusione dalla gara di un'offerta sospetta di anomalia non può prescindere dall'effettuazione di un giudizio tecnico sulla congruità e serietà dell'offerta medesima.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che è illegittima l'esclusione automatica di un concorrente (disposta senza alcuna analisi sostanziale sulla congruità o meno dell'offerta interessata), nel caso in cui appaia palese che quest'ultimo ha commesso un errore materiale, presentando altro documento in luogo dei giustificativi a sostegno della congruità dell'offerta.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 novembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

(*firmato digitalmente*)