



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 298

DEL 1 aprile 2020

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata congiuntamente da Iembo Michele S.r.l., mandatario del costituendo RTI con Micheli Primo S.r.l. e Provincia di Modena – Procedura aperta per l’aggiudicazione dei lavori di completamento della variante cosiddetta Pedemontana alle SP 467 e SP 569 nel tratto Fiorano – Spilamberto, 4° stralcio: dalla località S. Eusebio al Ponte sul Torrente Tiepido – lotti 2 e 3 A: SP 17 – via S. Eusebio – S.A.: Provincia di Modena – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: 4.678.149,93 euro.

PREC 44/20/L

Il Consiglio

VISTA l’istanza acquisita al prot. n. 14841 del 21 febbraio 2020, con la quale le parti rappresentavano che il costituendo RTI Iembo Michele S.r.l. e Micheli Primo S.r.l., concorrente nella procedura di gara in epigrafe, veniva escluso per mancato raggiungimento della soglia di sbarramento, in quanto la stazione appaltante, ritenendo non conforme alla disciplina di gara la documentazione prodotta, aveva attribuito a due dei tre criteri dell’offerta tecnica punteggio pari a zero;

CONSIDERATO, in particolare, che il costituendo RTI, odierno istante, contestava il provvedimento di esclusione e con esso l’attribuzione del punteggio pari a zero ai criteri B e C dell’offerta tecnica, in quanto pur avendo prodotto la documentazione richiesta dalla *lex specialis*, nello specifico l’impegno di un’impresa assicurativa o bancaria a garanzia dell’anticipazione dei tempi rispetto al cronoprogramma (criterio B) e ai servizi di manutenzione offerti (criterio C), la stazione appaltante l’aveva ritenuta inidonea a soddisfare le prescrizioni della disciplina di gara, in quanto riportante la dicitura “copia conforme all’originale” priva della necessaria attestazione di conformità da parte del soggetto autorizzato e debitamente sottoscritta;

VISTA la documentazione di gara e, in particolare, la previsione secondo cui «le offerte saranno valutate in base ai seguenti elementi e punteggi: 1. Valore delle integrazioni migliorative: punti 75; 2. Prezzo: punti 25» ed altresì la disposizione di gara in cui era previsto che saranno ammesse alla fase di apertura delle offerte economiche solo le offerte che avranno ottenuto almeno 25 punti sulla valutazione complessiva dell’offerta tecnica;

VISTE le disposizioni di gara relative all’offerta tecnica, nello specifico: criterio «B) *riduzione del tempo contrattuale – criterio quantitativo – max punti 20*: è facoltà del concorrente proporre una riduzione del tempo contrattuale quantificando il numero G di giorni naturali consecutivi di riduzione proposti e impegnandosi a fornire, a garanzia di tale offerta, una cauzione C di importo pari a: $C = G \times 2000 \text{ €/di}$ sulla quale la stazione appaltante si rivarrà trattenendo € 2000,00 per ogni giorno di eventuale mancato rispetto di tale riduzione, in aggiunta alla penale stabilita nel capitolato speciale d’appalto. L’offerta dovrà



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

obbligatoriamente essere composta dai seguenti documenti: impegno scritto da parte di una impresa assicuratrice o bancaria che risponda ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi sulle rispettive attività, relativo al rilascio di apposita garanzia in relazione all'anticipazione dei tempi rispetto al cronoprogramma che evidenzia espressamente i seguenti dati: il numero di giorni naturali e consecutivi che il concorrente si impegna a portare in detrazione del tempo contrattuale previsto a base d'appalto; l'entità della cauzione offerta a garanzia della riduzione del tempo contrattuale di cui sopra; che l'impegno è relativo al rilascio di garanzia con espressa rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957 secondo comma del Codice Civile, operatività della garanzia a semplice richiesta entro 15 giorni [...];

VISTE altresì le disposizioni di gara relative all'offerta tecnica, nello specifico: criterio «C) *Servizi manutenzione ordinaria post-appalto – Criterio quantitativo – max 40 punti*: è facoltà del concorrente proporre l'effettuazione di servizi di manutenzione ordinaria periodica dell'infrastruttura oggetto dell'appalto nel quantitativo massimo sotto indicato. [...] L'offerta dovrà obbligatoriamente essere composta dai seguenti documenti: dichiarazione nella quale sono indicati i servizi e il relativo quantitativo che il concorrente intende offrire; impegno scritto da parte di una impresa assicuratrice o bancaria che risponda ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi sulle rispettive attività, relativo al rilascio di apposita garanzia in relazione ai servizi di manutenzione offerti che evidenzia espressamente i seguenti dati: i servizi con relativa quantità che il concorrente si impegna ad effettuare con la periodicità sopra indicata; l'entità della cauzione offerta a garanzia dei servizi di cui sopra; che l'impegno è relativo al rilascio di garanzia con espressa rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957 secondo comma del Codice Civile, operatività della garanzia a semplice richiesta entro 15 giorni»;

VISTO il provvedimento di esclusione, comunicato in data 24 gennaio 2020, nel quale veniva precisato che al concorrente, relativamente ai criteri A, B e C venivano assegnati rispettivamente i punteggi 6,090 su 15; 0 su 40 e 0 su 40, specificando che «per quanto riguarda le valutazioni relative ai criteri B e C, la commissione giudicatrice ha rilevato che per entrambi i criteri, la documentazione richiesta, consistente nell'impegno scritto al rilascio delle relative garanzie, non è stata ritenuta valida in quanto risulta essere apposta la dicitura “copia conforme all'originale” priva della necessaria attestazione di conformità da parte del soggetto autorizzato e debitamente sottoscritta. Conseguentemente, la commissione ha ritenuto non valutabile il criterio B e C, assegnando il punteggio 0, poiché non vi è certezza in ordine degli impegni assunti in relazione a: riduzione dei tempi contrattuali ed esecuzione servizi aggiuntivi. Preso atto che la *lex specialis* prevedeva il superamento della soglia minima di punti 25 relativamente all'offerta tecnica, il concorrente non è stato ammesso alla fase successiva di apertura dell'offerta economica»;

VISTA la memoria depositata contestualmente all'istanza dal RTI concorrente in cui si sosteneva l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante e del provvedimento di esclusione per mancato raggiungimento della soglia di sbarramento, effetto della scelta della Provincia di Modena di non attribuire i punteggi ai criteri B e C, in ragione del fatto che, per il criterio B, era stata prodotta la dichiarazione di impegno richiesta dalla *lex specialis* «sottoscritta (a mano) dalla compagnia Reale Mutua e corredata del



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

documento di identità del firmatario. Il tutto previa indicazione da parte del RTI della conformità della copia all'originale in suo possesso, è stato sottoscritto digitalmente dai componenti del RTI, con produzione di documenti di identità dei sottoscrittori» e, relativamente al criterio C, era stata prodotta «la dichiarazione di impegno richiesta dalla *lex specialis*, sottoscritta (a mano) dalla compagnia Reale Mutua e corredata del documento di identità del firmatario, previa indicazione da parte del RTI della conformità della copia all'originale in suo possesso, è stato sottoscritto digitalmente dai componenti del RTI, con produzione di documenti di identità dei sottoscrittori», inserendo altresì i documenti in questione nella busta telematica concernente l'offerta tecnica, sottoscritta digitalmente dai membri del RTI. L'odierno istante, in particolare, evidenziava l'illegittimità della scelta della stazione appaltante in ragione del fatto che «le dichiarazioni di impegno sono sottoscritte in originale da soggetto della compagnia Reale Mutua a ciò autorizzato e corredate di documento di identità, che risulta anche il soggetto che ha sottoscritto la cauzione provvisoria, comprensiva di procura attestante i relativi poteri e firmata digitalmente». L'istante rappresentava altresì che i documenti riportano la dicitura “conforme all'originale” apposta dal RTI ed è sottoscritta digitalmente dai componenti del RTI, non essendo peraltro previsto dalla disciplina di gara che l'offerta tecnica fosse sottoscritta digitalmente da soggetti terzi. Il RTI concorrente inoltre sottolineava che laddove pure la documentazione prodotta non fosse sufficiente a soddisfare quanto richiesto dalla *lex specialis*, la stazione appaltante avrebbe dovuto richiedere al RTI di esibire le dichiarazioni di impegno in originale, anziché escludere il concorrente, in ragione del fatto che l'integrazione documentale non avrebbe costituito una modifica dell'offerta economica o tecnica, bensì avrebbe consentito l'esibizione di originali di dichiarazioni di impegno già prodotti unitamente all'offerta; VISTA la memoria della stazione appaltante, anch'essa corredata all'istanza, in cui veniva sostenuta la legittimità del proprio operato in considerazione del fatto che la documentazione prodotta dal concorrente RTI «non poteva considerarsi regolare e valida al fine di poter procedere all'attribuzione del punteggio relativo ai rispettivi criteri tecnici» a cui è stato conferito punteggio pari a 0 e, non conseguendo la soglia di sbarramento prevista di 25 punti all'offerta tecnica, il concorrente non veniva ammesso alla successiva fase di apertura dell'offerta economica ed esclusa dalla procedura. La stazione appaltante precisava altresì che la documentazione prodotta successivamente dalla concorrente non potesse essere considerata ammissibile e quindi valutabile, in quanto ciò avrebbe costituito un completamento postumo dell'offerta tecnica in violazione del principio di *par condicio*. Nello specifico, la stazione appaltante evidenziava come la documentazione prodotta dal concorrente fosse caratterizzata da «assoluta inattendibilità e incertezza» in quanto non consisteva «in una dichiarazione di impegno scritto di una impresa garante, bensì in una copia “non” conforme al documento analogico rappresentato. In assenza di una sottoscrizione del soggetto dichiarante, o di una attestazione di conformità ai sensi della normativa vigente, la commissione tecnica ha legittimamente considerato inutilizzabile tale produzione». Il concorrente nello specifico «presentava una copia per immagine di una dichiarazione di impegno originariamente resa in formato analogico da un soggetto garante», una copia scansionata su cui è stata apposta la dicitura “copia conforme all'originale”, che non può ritenersi valida «in quanto priva o della



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

sottoscrizione digitale da parte del soggetto dichiarante o dell'attestazione di conformità da parte del soggetto titolato»;

VISTI i due documenti rilasciati dalla Reale Mutua in data 19 dicembre 2019 ed allegati all'offerta tecnica, relativamente sia al criterio B sia al criterio C, in cui si «dà atto che qualora il RTI obbligato risulti aggiudicatario dell'appalto, la Reale Mutua Ass.ni si impegna a rilasciare la garanzia aggiuntiva con espressa rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1857, secondo comma, codice civile, operatività della garanzia a semplice richiesta entro 15 giorni». Entrambi i documenti sono sottoscritti con firma autografa e ad essi è allegato il documento di identità dell'agente procuratore e la dicitura “copia conforme all'originale”;

VISTA altresì la dichiarazione della Reale Mutua del 19 dicembre 2019 inerente la polizza fideiussoria provvisoria, sottoscritta dall'agente procuratore con firma digitale, in cui tra l'altro, si dichiara di avere il potere di impegnare la società fideiussore nei confronti della stazione appaltante per il rilascio della garanzia per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente dovesse risultare aggiudicatario, allegando mandato agenziale e copia del documento di identità;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 3 marzo 2020, con nota prot. n. 17739, con successiva integrazione di contraddittorio del 4 marzo 2020, con nota prot. n. 18516;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti, tra cui la memoria del controinteressato Consorzio Imprese Romagna C.O.I.R., che sostiene la legittimità dell'operato della stazione appaltante;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

CONSIDERATO che la questione su cui si controverte attiene alla legittimità del provvedimento di esclusione disposto nei confronti del costituendo RTI Iembo Michele – Micheli Primo, in ragione del fatto che era stato prodotto un impegno a garanzia dell'offerta migliorativa presentata che, in quanto copia fotostatica non autenticata, è stato ritenuto non idoneo a soddisfare le richieste della *lex specialis*;

RILEVATO quanto indicato nella disciplina di gara con specifico riferimento alla previsione, ai criteri B e C, della necessità che il concorrente allegasse all'offerta migliorativa l'impegno a rilasciare apposita garanzia da parte di un'impresa assicurativa o bancaria, rispetto al quale non è prevista tuttavia alcuna indicazione specifica in ordine alla modalità di presentazione;

RISCONTRATO che la *lex specialis* nella parte relativa alla garanzia a corredo dell'offerta, invece, specifica che «la garanzia fideiussoria e la dichiarazione possono essere prodotte in una delle seguenti forme: - in originale sotto forma di documento informatico, ai sensi del d.lgs. n. 82/2005 sottoscritto con firma digitale dal soggetto in possesso dei poteri necessari per impegnare il garante corredato da i) autodichiarazione sottoscritta con firma digitale resa, ai sensi degli articoli 46 e 76 del D.P.R. n. 445/2000 con la quale il sottoscrittore dichiara di essere in possesso dei poteri di impegnare il garante; ii) ovvero da autentica notarile sotto forma di documento informatico, sottoscritto con firma digitale ai sensi del su



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

richiamato decreto; - sotto forma di copia informatica di documento cartaceo (scansione digitale) secondo le modalità previste dall'articolo 22, commi 1 e 2, del d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82. In tali casi la conformità all'originale dovrà essere attestata da pubblico ufficiale mediante apposizione di firma digitale, nell'ipotesi in cui all'articolo 22, comma 1, del d.lgs. n. 82/2005, ovvero da apposita dichiarazione di autenticità sottoscritta con firma digitale dal notaio o dal pubblico ufficiale. Il documento dovrà essere costituito: i) dalla cauzione sottoscritta dal soggetto in possesso dei poteri necessari per impegnare il garante; ii) da autenticazione resa, ai sensi degli articoli 46 e 76 del D.P.R. n. 445/2000 con la quale il sottoscrittore dichiara di essere in possesso dei poteri di impegnare il garante; iii) ovvero, in luogo dell'autodichiarazione, da autentica notarile»;

RILEVATO che, stante la mancata produzione del documento secondo le prescrizioni della *lex specialis* ed, in particolare, la mancata dichiarazione di autenticità dell'attestazione allegata all'offerta tecnica, secondo quanto rilevato dalla stazione appaltante, la questione controversa impone la necessità di accertare l'eventuale esperibilità del soccorso istruttorio per sanare la produzione dell'impegno a stipulare garanzia da parte di impresa assicurativa o bancaria a corredo dell'offerta tecnica, come richiesto per i criteri B e C sopra richiamati;

CONSIDERATO preliminarmente che, con specifico riferimento alla cauzione provvisoria e alla possibilità di prevedere che la stessa sia corredata da una dichiarazione sostitutiva di atto notorio del fideiussore che attesti il potere di impegnare con la sottoscrizione la società fideiussore nei confronti della stazione appaltante, l'Autorità ha avuto modo di precisare, nel "Bando tipo n. 2/2018" approvato con delibera n. 2 del 10 gennaio 2018, che tale prescrizione, al pari della richiesta dell'autenticazione della firma del fideiussore, ha lo scopo di garantire alla stazione appaltante la serietà della garanzia. Il bando tipo (al punto 10, pag. 24) indica altresì che la garanzia fideiussoria e la dichiarazione di impegno devono essere sottoscritte da un soggetto in possesso dei poteri necessari per impegnare il garante ed essere prodotte in una delle seguenti forme: 1) in originale o in copia autentica ai sensi dell'articolo 18 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445; 2) documento informatico, ai sensi dell'articolo 1, lettera p) del d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 sottoscritto con firma digitale dal soggetto in possesso dei poteri necessari per impegnare il garante; 3) copia informatica di documento analogico (scansione di documento cartaceo) secondo le modalità previste dall'articolo 22, commi 1 e 2, del d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82. In tali ultimi casi la conformità del documento all'originale dovrà essere attestata dal pubblico ufficiale mediante apposizione di firma digitale (articolo 22, comma 1, del d.lgs. n. 82/2005) ovvero da apposita dichiarazione di autenticità sottoscritta con firma digitale dal notaio o dal pubblico ufficiale, ai sensi dell'articolo 22, comma 2 del d.lgs. n. 82/2005 (cfr. al riguardo anche ANAC, delibera n. 372 del 17 aprile 2019);

CONSIDERATO che l'articolo 83, al comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 dispone 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



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

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»;

RISCONTRATO che è orientamento ormai consolidato quello che evidenzia la portata oggettiva e sistematica della disciplina del soccorso istruttorio, la quale, attuando nell'ordinamento nazionale un istituto del diritto europeo dei contratti pubblici a recepimento facoltativo, ha enfatizzato l'impostazione sostanzialistica delle procedure di affidamento. Nello specifico, la giurisprudenza amministrativa ha al riguardo chiarito che «La disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario. In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili» (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2017 n. 975);

RILEVATO che il consolidato orientamento dell'Autorità in merito alle questioni inerenti la cauzione a corredo dell'offerta e alla relativa esperibilità del soccorso istruttorio per sanare le carenze della cauzione è nel senso di applicare l'istituto ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, purché la cauzione prodotta sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data, onde scongiurare la violazione del principio di *par condicio* (cfr. ANAC, delibera n. 372 del 17 aprile 2019 e delibera n. 339 del 28 marzo 2018);

RISCONTRATO, altresì, che anche la giurisprudenza amministrativa sull'esperibilità del soccorso istruttorio per la garanzia a corredo dell'offerta ha chiarito come occorra distinguere la fattispecie della mancata costituzione della garanzia da quella della sua invalidità o irregolarità, in quanto solo la prima ipotesi costituisce *ex se* espressione della scarsa serietà dell'offerta, mentre nella seconda ipotesi si ha una condizione di invalidità sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio, che è attivabile in quanto le ragioni di invalidità della cauzione provvisoria, nonché della dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva, costituiscono altrettante ipotesi di “carenze di elementi formali della domanda” ovvero ipotesi di “mancanza, incompletezza” o di “irregolarità essenziale” della documentazione allegata alla domanda di partecipazione e, dunque, non dell'offerta economica o tecnica. Tale orientamento precisa ulteriormente che l'operatore economico è legittimato a rimanere in gara nel solo caso in cui la cauzione provvisoria presentata in sanatoria o la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva siano riferibili a data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione. Diversamente opinando, infatti, sarebbe violata la *par condicio* tra tutti i concorrenti, consentendo ad uno



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

di essi la presentazione di una cauzione provvisoria o di una dichiarazione di impegno al rilascio di garanzia definitiva formatasi in data successiva alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2020 n. 399 e 4 dicembre 2019 n. 8296);

RILEVATO altresì che la giurisprudenza amministrativa ha chiarito come l'istituto del soccorso istruttorio possa avvenire anche una volta intervenuta l'aggiudicazione, dal momento che diversamente opinando si giungerebbe ad una sostanziale disapplicazione della disciplina sostanzialistica introdotta dal legislatore. Conseguentemente, qualora il concorrente possieda i requisiti richiesti dalla disciplina di gara, consentire il ricorso al soccorso istruttorio anche dopo l'aggiudicazione non costituisce violazione della *par condicio* tra i partecipanti alla gara (Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975);

RITENUTO che, nel caso di specie la stazione appaltante, a fronte di un documento di impegno al rilascio delle garanzie con apposta la dicitura "copia conforme all'originale" priva della necessaria attestazione di conformità da parte di soggetto autorizzato e debitamente sottoscritta, prima di procedere alla mancata attribuzione del punteggio ai criteri B e C e, conseguentemente, all'esclusione del concorrente, in linea con l'orientamento interpretativo sopra richiamato, avrebbe potuto attivare il procedimento di soccorso istruttorio al fine di accertare il possesso della dichiarazione di impegno a prestare la garanzia in data antecedente al termine di presentazione delle offerte, salvaguardando così la *par condicio* tra i concorrenti;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che la Provincia di Modena, prima di procedere alla mancata attribuzione del punteggio ai criteri B e C e conseguentemente all'esclusione del concorrente, avrebbe dovuto attivare il procedimento di soccorso istruttorio ai sensi dell'articolo 83, comma 9 del d. lgs. n. 50/2016.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 aprile 2020
Per il Segretario Rosetta Greco
Il Segretario Generale Angela Lorella Di Gioia