



DELIBERA N. 364

27 luglio 2022.

Oggetto

Istanza presentata dalla GE.DE. Impianti s.r.l.s. - Procedura di acquisto negoziata di cui all'art. 36 d.lgs. 50/2016 mediante RDO MEPA per la realizzazione di rete ed apparati tecnologici di cui al Progetto 13.1.1A-FESRPN-PU-2021-159 "Cablaggio strutturato e sicuro all'interno degli edifici scolastici". Importo a base di gara euro: 35.170,00. Criterio di aggiudicazione: minor prezzo. S.A.: Direzione Didattica I Circolo Didattico Nicola Fornelli - Bitonto.

PREC 96/2022/L

Riferimenti normativi

Articolo 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Appalto pubblico – in genere – scelta del contraente - requisiti – gara – soccorso istruttorio – sottoscrizione firma digitale – sussiste

Massima

Appalto pubblico – in genere – scelta del contraente - requisiti – gara – soccorso istruttorio sottoscrizione firma digitale – sussiste

Affinché si possa ritenere esperibile il soccorso istruttorio nell'ipotesi in cui la documentazione di partecipazione prodotta sia priva di sottoscrizione occorre che la domanda di partecipazione e la relativa documentazione allegata siano in qualche modo riconducibili al concorrente e che quindi la mancata sottoscrizione non precluda la riconoscibilità della provenienza della documentazione di partecipazione e non comporti un'incertezza assoluta sulla stessa.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 27 luglio 2022



DELIBERA

VISTA l'istanza pervenuta in data 19 giugno 2022 prot. n. 48073, dalla Ge.De. Impianti s.r.l. con cui ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso relativamente alla legittimità della esclusione dalla gara per carenza della documentazione amministrativa ritenuta obbligatoria;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 51816 del 24.6.2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene in particolare alla esclusione della concorrente per avere provveduto all'incompleto caricamento sulla piattaforma MEPA del verbale di sopralluogo che tuttavia risultava avvenuto con un "errore nella verifica della firma digitale";

PRESO ATTO che dalla lex specialis detto documento, doveva essere obbligatoriamente inviato e contestualmente firmato digitalmente, la stazione appaltante aveva escluso, con provvedimento n. 2767 del 15.6.2022, l'istante dalla gara, precisando ulteriormente, nella memoria difensiva trasmessa all'Autorità, che tutti i partecipanti hanno sottoscritto un "documento di assunzione in proprio di responsabilità per eventuali problemi della piattaforma MEPA, che non sarebbero ricaduti sulla stazione appaltante la quale avrebbe proceduto con l'eventuale assegnazione considerando l'imminente scadenza dell'avviso FESR" e che nel caso della GE.DE, l'inoltro della documentazione sarebbe avvenuto "con errori di invio e/o firma digitale";

RILEVATO che nella c.d. "busta amministrativa" caricata sulla piattaforma MEPA (e trasmessa come allegato dalla stazione appaltante alla già citata memoria difensiva) risulta che la GE.DE. avrebbe proceduto ad inviare la documentazione di riferimento richiesta ad eccezione del documento "verbale sopralluogo Bitonto Scuola" il cui caricamento risulta "effettuato con errori – errore nella verifica della firma digitale";

PRESO ATTO che con istanza del 15.6.2022, l'o.e. aveva formulato richiesta di attivazione di soccorso istruttorio ex art. 83, co. 9 del d.lgs. 50/2016, rimasta tuttavia inevasa;

CONSIDERATO che il contenuto dispositivo dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 prevede: «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 [...] Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa»;

PRESO ATTO che l'articolo 83, comma 9, rende dunque doverosa l'attivazione del procedimento di soccorso in caso di i) carenza di qualsiasi elemento formale della domanda, ii) mancanza, incompletezza e/o altre irregolarità essenziali degli elementi e del documento di gara unico europeo. In particolare, il meccanismo del soccorso istruttorio può essere utilizzato per sanare le incompletezze della documentazione di gara (ad esclusione di quelle afferenti l'offerta tecnica ed economica), nonché per colmare le omissioni nelle dichiarazioni e/o documentazione richieste dalla legge di gara, con il limite dell'ineludibile possesso dei requisiti di partecipazione alla data di presentazione dell'offerta. Costituisce,



infatti, un dato ormai pacifico la necessità di dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (la completezza delle dichiarazioni e della documentazione presentate dai concorrenti), con la conseguenza che l'esclusione dalla gara può essere disposta non in presenza di una dichiarazione incompleta oppure omessa, ma esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante ovvero non possieda, effettivamente, il requisito richiesto dalla *lex specialis* (cfr. Determinazione ANAC n. 1 del 8 gennaio 2015, nonché Bando Tipo ANAC n. 1, approvato con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 1228 del 22 novembre 2017, il quale anche se relativo all'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, detta principi di carattere generale; da ultimo, *ex multis*, ANAC delibera n. 841 del 21 ottobre 2020);

CONSIDERATO che il fine perseguito dal legislatore con la disposizione in esame è quello di evitare l'esclusione dalla gara per mere carenze documentali (ivi compresa la mancanza assoluta delle dichiarazioni), imponendo a tal fine un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, prima della valutazione dell'ammissibilità dell'offerta o della domanda (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 30 luglio 2014, n. 16; da ultimo, *ex multis*, ANAC delibera n. 841 del 21 ottobre 2020);

RILEVATO che il meccanismo del soccorso istruttorio opera anche nel caso di totale omissione di una dichiarazione richiesta dalla *lex specialis* "a pena di esclusione" dalla gara. Come chiarito dall'Autorità nella citata Determinazione n. 1/2015, il procedimento di soccorso istruttorio ha operato un'inversione radicale di principio rispetto alla disciplina contenuta nell'articolo 46 del d.lgs. 163/2006 (prima della modifica apportata dall'art. 39 del d.l. n. 90/2014), in base alla quale è divenuta generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara (cfr. da ultimo, *ex multis*, ANAC delibera n. 841 del 21 ottobre 2020);

CONSIDERATO che, in relazione alla carenza della sottoscrizione, l'Autorità ha da tempo aderito all'orientamento sostanzialistico affermato anche dalla giurisprudenza, e ha quindi in molteplici occasioni affermato il principio per cui sebbene la sottoscrizione della documentazione costituisca un suo elemento essenziale, la sua eventuale carenza si ritiene sanabile, ferma restando la riconducibilità del documento medesimo al concorrente e che sia esclusa l'incertezza assoluta sulla provenienza. La carenza strutturale dell'atto viene in tal caso superata in considerazione del superiore interesse dell'amministrazione nella procedura di gara a non escludere un concorrente che è identificabile con assoluta certezza sulla base di altri elementi acquisiti *aliunde*, nell'ambito della documentazione prodotta. Ciò sulla base del fatto che nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione della documentazione, tra cui addirittura l'offerta, è quella di renderla riferibile al presentatore, vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulti in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara. E pertanto, qualora la mancanza della sottoscrizione non precluda la riconoscibilità della provenienza del documento e non comporti un'incertezza assoluta sullo stesso, il vizio è da ritenere sanabile mediante soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva (cfr. ANAC, delibere n. 98 del 3 febbraio 2021, n. 46 del 22 gennaio 2020; n. 685 del 18 luglio 2018; n. 1358 del 20 dicembre 2017; n. 432 del 27 aprile 2017; n. 1298 del 12 dicembre 2017; n. 953 del 7 settembre 2016; n. 10 del 4 febbraio 2015; determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015; in giurisprudenza, cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 giugno 2020 n. 3973; 9 marzo 2020 n. 1655;



21 novembre 2016 n. 4881; TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 3 dicembre 2019 n. 13812 e Sez. I, 16 giugno 2016 n. 6923; TAR Toscana, 31 marzo 2017 n. 496);

RITENUTO, pertanto, sulla base delle sopraindicate argomentazioni, che al fine di ritenere esperibile il soccorso istruttorio nell'ipotesi in cui la documentazione di partecipazione prodotta sia priva di sottoscrizione occorre che la domanda di partecipazione e la relativa documentazione allegata siano in qualche modo riconducibili al concorrente e che quindi la mancata sottoscrizione non precluda la riconoscibilità della provenienza della documentazione di partecipazione e non comporti un'incertezza assoluta sulla stessa;

CONSIDERATO che il documento di cui si controverte è il "verbale di avvenuto sopralluogo" con cui il titolare della GE.DE. ha reso in data 9.6.2022 una serie di dichiarazioni in merito alle caratteristiche tecnico – economiche della procedura e che tale documento risulta in particolare confermato in pari data dalla stessa stazione appaltante che ha apposto il timbro di avvenuto sopralluogo;

PRESO ATTO inoltre che dall'esame della documentazione trasmessa dall'istante risulta che detto verbale di sopralluogo, trasmesso come allegato dall'o.e. in apposito formato elettronico, risulta comunque firmato digitalmente in data 13.6.2022 ore 14.23 e detta firma risulta integra, attendibile e con validità legale secondo l'applicativo "Aruba Sign";

RITENUTO, pertanto, che sulla scorta dell'esame della documentazione prodotta e di quanto previamente evidenziato, le scelte così operate dall'Amministrazione aggiudicatrice, ivi compresa la rilevanza e la applicabilità al caso di specie della clausola apposta al Modello di dichiarazione di partecipazione firmata dai partecipanti e previamente richiamata, appaiono in contrasto con la disciplina di riferimento che nel caso di specie avrebbe invece comportato l'ammissione al soccorso istruttorio ex art. 83, co. 9 del D.lgs. 50/2016, come peraltro richiesto dallo stesso operatore economico.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione e nei limiti delle censure dedotte, che l'operato della stazione appaltante non risulti conforme alla normativa di settore tenuto conto della esperibilità nel caso di specie dell'istituto del soccorso istruttorio ex art. 83, co. 9 del D.lgs. 50/2016.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente