



DELIBERA N. 274

20 giugno 2023

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da costituendo RTI Abruzzo Sport-Pretuziana Sport-M.F. S.n.c. di Salvi Fabrizio & C. – Procedura aperta per l'affidamento in concessione, mediante project financing, ai sensi dell'art.183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, con diritto di prelazione da parte del promotore, della progettazione definitiva, della progettazione esecutiva, del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, dell'esecuzione dei lavori di "PNRR - RIQUALIFICAZIONE PISCINE COMUNALI DELL'IMPIANTO SPORTIVO SITO IN VIA ACQUAVIVA" e della gestione delle piscine comunali del complesso sportivo - Importo a base di gara: euro 13.543695,20 - S.A.: Comune di Teramo

UPREC-PRE-619-2023 – L- PREC

Riferimenti normativi

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 183, comma 13.

Parole chiave

Finanza di progetto – Cauzione pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento

Massima

Finanza di progetto – Procedura – Gara - Cauzione pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento – Produzione oltre il termine fissato per la sanatoria - Promotore unico partecipante – Non determina l'inidoneità dell'offerta

Nella procedura di *project financing*, nel caso in cui il promotore sia l'unico partecipante alla gara, la mancata tempestiva produzione in sanatoria della cauzione pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento (volta a garantire la copertura delle spese di partecipazione alla gara che il promotore è tenuto a versare al miglior offerente nel caso di esercizio del diritto di prelazione) non inficia l'idoneità dell'offerta a soddisfare i requisiti richiesti dal bando, in quanto tale condizione di partecipazione, privata della sua ragion d'essere, scade a mero adempimento formale non più preposto alla tutela di alcun interesse sostanziale.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 giugno 2023

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 44215 del 8 giugno 2023, con la quale il costituendo RTI Abruzzo Sport – Pretuziana Sport- M.F. S.n.c. di Salvi Fabrizio & C. e il Comune di Teramo hanno congiuntamente chiesto



all'Autorità di esprimere parere circa la legittimità dell'eventuale annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione disposto nei confronti dell'operatore economico, promotore e unico partecipante alla fase selettiva della procedura per l'affidamento della concessione mediante *project financing* ad iniziativa del privato, ex art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016, avete ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva, il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, l'esecuzione dei lavori di "PNRR- Riqualficazione Piscine Comunali dell'impianto Sportivo sito in via Acquaviva" e la gestione delle piscine comunali del complesso sportivo;

Vista la questione controversa insorta tra le parti, relativa alla portata delle irregolarità che hanno determinato l'esclusione del costituendo RTI. Viene riferito che il promotore, in sede di soccorso istruttorio, non ha sanato tempestivamente alcune delle carenze riscontrate dal Comune procedente. La Commissione di gara, nella seduta svoltasi il giorno stesso della scadenza del termine per la produzione della documentazione in sanatoria, ha infatti rilevato la perdurante mancanza della cauzione pari al 2,5% del valore dell'investimento prevista dall'art. 183, comma 13, d.lgs. n. 50/2016 e la mancata regolarizzazione del PASSoe, ancora recante una denominazione dell'operatore economico mandatario diversa da quella spesa in fase di offerta. La successiva istanza di riesame del provvedimento espulsivo, presentata unitamente alla cauzione di cui all'art. 183, comma 13, d.lgs. n. 50/2016, è stata rigettata dalla stazione appaltante, che non ha ritenuto meritevoli di accoglimento le ragioni del costituendo RTI volte ad evidenziare l'eccessivo rigore formale della Commissione, che, secondo il promotore, avrebbe potuto essere mitigato non solo e non tanto in ragione della presenza di un solo concorrente, ma soprattutto in considerazione della natura delle criticità sollevate, ritenute di portata non sostanziale;

Considerate le motivazioni della Commissione di gara alla base del rigetto dell'istanza di riesame, incentrate sul necessario rispetto del principio di autoresponsabilità degli operatori economici, in virtù del quale gli stessi rispondono degli eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta o nella presentazione della documentazione, nonché del principio della *par condicio*, ritenuto operante anche in caso di unico partecipante in quanto la violazione di una regola di gara potrebbe potenzialmente ledere chiunque non ha partecipato perché non era nelle condizioni di rispettare la medesima prescrizione;

Considerato quanto rilevato dal costituendo RTI circa la peculiarità della fattispecie in esame, riguardante un intervento finanziato nell'ambito del PNRR, con il vincolo dell'aggiudicazione definitiva da deliberarsi entro il 30 giugno 2023 pena la revoca delle provvidenze finanziarie (pari a 1.000.000,00 euro), avente come obiettivo la riqualficazione del vetusto impianto natatorio comunale;

Considerato quanto argomentato dalle parti circa la possibilità che le irregolarità contestate al promotore siano ritenute superabili tenuto conto del caso concreto. Con riguardo alla mancata corrispondenza formale della denominazione dell'impresa mandataria indicata nel PASSoe, considerato che essa è dovuta alla modifica della denominazione dell'impresa intervenuta subito prima della partecipazione alla gara e non ancora recepita dall'Anac, è stato rilevato che sembra porsi al di fuori del limite della responsabilità del partecipante alla gara e che, in ogni caso, non appare costituire un'anomalia sostanziale, sussistendo elementi per ritenere comunque identificabile l'operatore economico, al di là di variazioni nella denominazione, senza interruzione nella continuità nel tempo della relativa attività. Con riguardo alla tardiva produzione della cauzione di cui all'art. 183, comma 13, d.lgs. n. 50/2016, è stato rilevato che va tenuto in considerazione l'avvenuto adempimento, benché tardivo, nonché la circostanza che le esigenze pubbliche da soddisfare attraverso la polizza messa a disposizione della stazione appaltante hanno comunque carattere temporalmente limitato, trattandosi di cauzione provvisoria destinata ad essere sostituita da garanzia di permanente durata. Inoltre, non vi sarebbe stata alcuna lesione della *par condicio*, la quale non sembrerebbe potere essere scrutinata in termini solo astratti o potenziali, per lo meno in un caso, come quello di specie, vertente sulla costituzione di una garanzia a carattere provvisorio, in cui non è messo in discussione il possesso dei requisiti di partecipazione;



Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 13 giugno 2023 con nota prot. n.45149;

Vista la documentazione allegata all'istanza;

Considerato, con riferimento alla mancata regolarizzazione del PASSoe, che il PASSoe è lo strumento rilasciato all'operatore economico dal Servizio FVOE della BDNCP, presso Anac, necessario per procedere alla verifica del possesso dei requisiti di partecipazione da parte della stazione appaltante. Va inserito a cura del partecipante nella busta contenente la documentazione amministrativa. Come previsto nella delibera n. 464/2022, «*Il mancato inserimento del PASSOE nella busta contenente la documentazione amministrativa dà luogo all'attivazione della procedura di soccorso istruttorio di cui all'articolo 83, comma 9 del codice, da parte della stazione appaltante, con conseguente esclusione dalla gara in caso di mancata regolarizzazione nel termine all'uopo assegnato*»;

Considerato che, nel caso in esame, il PASSoe è stato tempestivamente prodotto dal promotore ma esso reca una denominazione dell'impresa mandataria non del tutto coincidente con la denominazione dalla stessa utilizzata nell'offerta;

Considerato che il disallineamento della denominazione è una condizione nota, che si verifica tipicamente, come nel caso in esame, subito dopo la variazione della denominazione presso il Registro imprese, e che può essere risolta con un riallineamento anagrafico ma che richiede comunque la produzione di un nuovo PASSoe;

Considerato che tale fattispecie è affrontata dalla FAQ C.13 pubblicata nel portale ANAC che, alla domanda: «*La stazione appaltante può acquisire il PassOE di un partecipante anche se presenta la denominazione dell'operatore economico non aggiornata o non corretta?*» fornisce la seguente risposta: «*La stazione appaltante può acquisire il PassOE di un partecipante anche se presenta la denominazione dell'operatore economico non aggiornata o non corretta, in quanto ciò che identifica univocamente l'operatore economico è il codice fiscale*»;

Considerato che nel caso in esame l'univoca identificazione dell'impresa mandataria, nonostante la modifica della denominazione, non è messa in discussione perché essa ha mantenuto la medesima soggettività, come dimostrato dalla conservazione del codice fiscale;

Ritenuto, alla stregua di quanto sopra, che l'irregolarità del PASSoe è qualificabile come meramente formale e dunque non è impeditiva della partecipazione;

Considerato, con riferimento alla tardiva produzione della cauzione ex art. 183, comma 13, d.lgs. n. 50/2016, che la valutazione della rilevanza di tale irregolarità va condotta alla luce dei principi che presidono all'espletamento delle procedure ad evidenza pubblica, ponderando gli interessi in gioco con riferimento alla fattispecie concreta in esame;

Considerato che l'interesse pubblico primario sotteso all'indizione di una procedura ad evidenza pubblica è la realizzazione dell'opera o il conseguimento del bene o del servizio alle migliori condizioni di qualità/prezzo. L'obiettivo è tanto più facilmente conseguibile quanto più ampia è la platea degli operatori economici dotati nei necessari requisiti che si contendono l'aggiudicazione nel rispetto delle regole di gara. Come noto la rilevanza riconosciuta dal legislatore, e dalla giurisprudenza, alle regole poste a presidio del corretto espletamento della gara ha subito nel tempo influenze di tipo sostanzialistico, anche in accoglimento di una logica di semplificazione, al fine di evitare, nel rispetto del principio della *par condicio*, che lo svolgimento della procedura di gara sia condizionato da un eccessivo formalismo, che può pregiudicare la qualità dell'offerta e il pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la gara;

Considerato che tale processo è riscontrabile anche nell'evoluzione normativa dell'istituto del soccorso istruttorio, che, nel delicato bilanciamento tra i principi di parità di trattamento e auto-responsabilità dei concorrenti da un lato e il principio di massima partecipazione e concorrenza dall'altro, ha registrato un progressivo spostamento del punto di equilibrio a favore di questi ultimi, nell'intento di ridurre la rilevanza degli



oneri formali di partecipazione e consentire a tutti gli operatori economici effettivamente in possesso dei requisiti di partecipazione di contendersi l'aggiudicazione dell'appalto;

Considerato che anche l'Autorità ha chiarito come costituisca 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); ciò in quanto il fine perseguito dal legislatore 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 (Cons. Stato, Ad. Plen. 30 luglio 2014, n. 16) nell'ottica di garantire il favor participationis ed il buon andamento dell'amministrazione, dato che l'ampliamento della platea delle offerte è funzionale all'elevazione dei livelli qualitativi e all'incremento dei risparmi di spesa (Delibera ANAC n. 830 del 18 settembre 2019);

Considerato che, in una tale logica, come anche evidenziato nella Relazione illustrativa del nuovo Codice dei contratti, l'esclusione che consegue alla mancata tempestiva sanatoria della documentazione carente o incompleta costituisce una sanzione che non è legata all'inadempimento, quanto alla inidoneità dell'offerta presentata;

Considerato che, alla luce di quanto sopra, occorre valutare se l'offerta presentata dal promotore, in quanto priva, anche dopo l'attivazione del soccorso istruttorio, della cauzione ex art. 183, comma 13, d.lgs. n. 50/2016, sia da considerarsi non idonea a soddisfare i requisiti necessari ai fini della partecipazione;

Considerato che la cauzione ex art. 183, comma 13, d.lgs. n.50/2016, costituita in misura pari al 2,5% del valore complessivo dell'investimento come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara, ha la funzione di garantire l'importo complessivo delle spese sostenute per la predisposizione del progetto di fattibilità dal promotore, che l'aggiudicatario è tenuto a riconoscere al promotore stesso nel caso in cui questi non vinca la gara e non eserciti il diritto di prelazione (art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016). La garanzia deve essere prestata anche dal promotore a copertura delle spese di partecipazione alla gara che è tenuto a versare al miglior offerente nel caso di esercizio del diritto di prelazione. In quanto finalizzata a garantire la copertura delle spese sostenute per la predisposizione della proposta o dell'offerta di chi, promotore o migliore offerente, al termine della procedura di selezione, non sia risultato aggiudicatario, si tratta di cauzione posta a tutela di un interesse privato. Essa è distinta e diversa dalla garanzia fideiussoria, come definita dall'art. 93 del d.lgs. n. 50/2016, pari al 2% del valore della concessione, ugualmente richiesta ai partecipanti (cfr. art. 8 del bando di gara), che, in quanto destinata a coprire la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario, è richiesta a tutela dell'interesse della stazione appaltante alla stipula del contratto;

Considerato che, nel caso in esame, la circostanza che il promotore sia l'unico partecipante alla gara rende, di fatto, oggettivamente impossibile il verificarsi dell'ipotesi alla cui copertura sarebbe stata preposta la cauzione prodotta tardivamente, in quanto non è presente il soggetto – il miglior offerente diverso dal promotore – nel cui interesse la prestazione della cauzione è richiesta dalla legge (art. 183, commi 13 e 15) e dal bando;

Considerato che, in ragione di ciò, la cauzione in esame si rivela una condizione di partecipazione che, in quanto privata della sua ragion d'essere, benché prevista dal bando, scade a mero adempimento formale non più preposto alla tutela di alcun interesse sostanziale;



Considerato conseguentemente che, in tali circostanze, la produzione tardiva di tale cauzione (che, nella logica dell'istituto del soccorso istruttorio, equivale alla sua mancata produzione), non può inficiare l'idoneità dell'offerta a soddisfare i requisiti di partecipazione fissati dal bando, la cui verifica spetta in ogni caso all'ente concedente;

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che, nel bilanciamento tra l'interesse alla realizzazione dell'obiettivo cui è finalizzata la procedura e la parità di trattamento, meramente potenziale, degli operatori economici che avrebbero potuto partecipare alla gara, invocata dalla Commissione di gara, quest'ultima risulti recessiva rispetto al primo, che risulterebbe compromesso dall'esclusione del promotore stante la perdita dei finanziamenti PNRR; ciò in piena conformità al principio di proporzionalità, che richiede alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di adottare, nell'esercizio del loro potere discrezionale, la soluzione più congrua che comporti il minor sacrificio possibile di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti;

Considerato anche che, senza volere anticipare l'efficacia delle disposizioni del nuovo codice ma non potendone nemmeno ignorare la significativa portata innovativa, l'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023, recante la disciplina della procedura di affidamento del *project financing*, non richiede più che le offerte siano accompagnate dalla cauzione *de qua*;

Il Consiglio

ritiene, sulla base di quanto considerato e nei limiti delle motivazioni che precedono, che

- l'irregolarità del PASSoe non è impeditiva della partecipazione;
- tenuto conto delle circostanze del caso concreto, la tardiva produzione della cauzione di cui all'art. 183, comma 13, d.lgs. n. 50/2016, non determina l'inidoneità dell'offerta del promotore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 giugno 2023

Il Segretario verbalizzante

Valentina Angelucci

Originale firmato digitalmente