



DELIBERA N. 664

28 settembre 2021.

Oggetto

Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 presentate da T. & A. Srl, in qualità di mandataria del RTP con Ferretti Progettazioni Srl e Geol. Massimo Schinelli – 1) Procedura aperta per l'affidamento dell'incarico di progettazione definitiva ed esecutiva consolidamento argine del torrente impero in loc. Barcheto e consolidamento del ponte sul suddetto torrente in loc. Borgo d'Oneglia - posizione 5574 CUP D53D20000030001 - CIG 8712422613 - CIG 8261060A5D - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: 199.460,10 euro - S.A.: Comune di Imperia 2) Procedura aperta per l'affidamento dell'incarico di progettazione definitiva ed esecutiva – coordinamento sicurezza in fase di progettazione-messa in sicurezza del ponte stradale carrabile in loc. Piani con adeguamento per gli scopi idrogeologici ed idraulici. Posizione 5575, CUP D53D20000040001 - CIG 8712442694 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: 179.962,80 euro - S.A.: Comune di Imperia

PREC 179/2021/S

Riferimenti normativi

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

Parole chiave

Soccorso istruttorio – comunicazioni telematiche

Massima

Nell'ipotesi in cui la disciplina di gara non preveda una modalità esplicita di comunicazione per il procedimento di soccorso istruttorio, in ragione della lettura interpretativa fornita dalla più recente giurisprudenza (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 6132 del 31 agosto 2021) che ritiene necessaria la comunicazione di soccorso istruttorio da parte dell'amministrazione mediante PEC, al fine di garantirne la avvenuta certezza di ricezione, qualora il riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio da parte dell'operatore economico avvenga mediante PEC, anziché tramite piattaforma informatica, tale circostanza non può di per sé rappresentare motivo di esclusione del concorrente, ritenendo la comunicazione non avvenuta e la richiesta non riscontrata entro il termine assegnato: una tale interpretazione infatti, in considerazione delle letture ermeneutiche dell'istituto e della *ratio legis* sottesa all'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, non solo striderebbe con il valore legale attribuito alla posta elettronica certificata, ma porterebbe anche al paradossale effetto della prevalenza della visione formalistica su quella sostanzialistica, che proprio l'istituto del soccorso istruttorio mira a scongiurare.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del

2021



DELIBERA

VISTE le istanze di parere prot. n. 54126 e n. 54164 del 12 luglio 2021, presentate T. & A. Srl, in qualità di mandataria del RTP con Ferretti Progettazioni Srl e Geol. Massimo Schinelli, relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante, relativamente alla procedura sub 1) contestava il provvedimento di esclusione adottato dall'amministrazione, con determina n. 806 del 22 giugno 2021, per mancato riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio formulata in data 25 maggio 2021 entro il termine assegnato del 27 maggio 2021 e relativamente alla procedura sub 2) contestava il provvedimento di esclusione adottato dall'amministrazione, con determina n. 805 del 22 giugno 2021, per mancato riscontro alle richieste di soccorso istruttorio formulate in data 24 maggio 2021 entro il termine di riscontro per il 26 maggio 2021 e in data 26 maggio 2021 con termine assegnato del 3 giugno 2021. In particolare, il concorrente istante rappresentava di aver ricevuto la richiesta di soccorso istruttorio «*direttamente sulla PEC della mandataria (T. & A. Srl) senza alcun riferimento al portale*» e di aver dato riscontro alla stessa, per entrambe le procedure, all'indirizzo PEC della stazione appaltante, anziché tramite portale, risultante regolarmente consegnata;

VISTO, con riferimento alla procedura sub 1), il verbale n. 5 del 6 luglio 2021 nel quale l'amministrazione, confermando l'esclusione disposta, dichiarava che «*sulla piattaforma telematica appalti&contratti non risultava – e non risulta a tutt'oggi pervenuta alcuna risposta e pertanto nella seduta del 15 giugno 2021*» veniva escluso il concorrente raggruppamento; richiamava la comunicazione del concorrente escluso del 23 giugno 2021 con il quale venivano allegate «*come da comunicazioni telefoniche intercorse con l'ufficio contratti, le notifiche di consegna e accettazione delle PEC inviate alla stazione appaltante in risposta alle richieste di soccorso istruttorio*» allegando altresì tutti i documenti richiesti; evidenziava di aver richiesto al Gestore della Piattaforma sia le ragioni per le quali non risultavano in piattaforma i soccorsi istruttori della T & A S.r.l., sia il mezzo utilizzato dall'operatore economico per dare riscontro alla richiesta, al fine di accertare se avesse risposto al soccorso istruttorio o avesse utilizzato l'indirizzo PEC fuori dalla piattaforma; rappresentava di aver ricevuto in riscontro a tale richiesta le seguenti informazioni: «*le risposte sono state effettuate direttamente via PEC e non tramite Portale e che le comunicazioni per essere visibili nella piattaforma devono avvenire attraverso quest'ultima come indicato nel disciplinare di gara*» e rilevava infine che, stante la regolarità delle comunicazioni avvenute da parte degli altri concorrenti, non risultava alcun malfunzionamento del mezzo elettronico;

VISTO, con riferimento alla procedura sub 2), il verbale n. 5 del 6 luglio 2021, nel quale l'amministrazione riportava le medesime argomentazioni sopra richiamate;

CONSIDERATA l'identità soggettiva ed oggettiva delle due istanze, le stesse sono state riunite e trattate in un unico procedimento;

VISTA la disciplina di gara e la relativa documentazione;

VISTO in particolare l'articolo 2.3 – *Comunicazioni*, secondo cui «*Ai sensi dell'articolo 76, comma 6, del D. Lgs.50/2016, i concorrenti sono tenuti ad indicare in sede di registrazione al portale l'indirizzo di PEC da utilizzare ai fini delle comunicazioni, di cui all'articolo 76, comma 5, del Codice dei Contratti pubblici, da parte della stazione appaltante. Tutte le comunicazioni tra stazione appaltante e operatori economici*



si intendono validamente ed efficacemente effettuate qualora rese attraverso il portale informatico all'indirizzo PEC segnalato»;

VISTO altresì l'articolo 14 – *Soccorso istruttorio*, che dopo aver stabilito le ipotesi in cui è ammesso il soccorso istruttorio, precisava: «*Ai fini della sanatoria la stazione appaltante assegna al concorrente un congruo termine – non superiore a dieci giorni – perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicando il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Ove il concorrente produca dichiarazioni o documenti non perfettamente coerenti con la richiesta, la stazione appaltante può chiedere ulteriori precisazioni o chiarimenti, fissando un termine perentorio a pena di esclusione. In caso di inutile decorso del termine, la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla procedura. Al di fuori delle ipotesi di cui all'articolo 83, comma 9, del Codice e facoltà della stazione appaltante invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati»;*

VISTE le richieste di soccorso istruttorio formulate dall'amministrazione al concorrente per entrambe le procedure ed allegate agli atti risultanti pervenute all'indirizzo PEC dell'operatore economico dall'indirizzo PEC dell'amministrazione e le corrispondenti risposte al soccorso istruttorio, anch'esse depositate in atti dal concorrente istante e risultanti inviate a mezzo PEC alla stazione appaltante;

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

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 5 agosto 2021, con nota prot. n. 60569;

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

VISTA, in particolare, la memoria dell'amministrazione, pervenuta in data 17 settembre 2021, con nota prot. n. 67601, con la quale la stessa ha confermato il provvedimento adottato, sostenendone la legittimità per mancato riscontro al soccorso istruttorio entro i termini previsti e mancato utilizzo della piattaforma informatica delle procedure;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità del provvedimento di esclusione disposto per mancato riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio, in quanto avvenuta tramite PEC anziché tramite piattaforma elettronica del portale;

CONSIDERATO il contenuto dispositivo dell'articolo 83 del d.lgs. n. 50/2016 e, più specificamente, 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 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, sentenza 2 marzo 2017, n. 975; ANAC, *ex multis*, da ultimo delibera 589 del 28 luglio 2021 e delibera n. 298 del 1 aprile 2020);

CONSIDERATO che la finalità sottesa alla procedura di soccorso istruttorio è quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara dai concorrenti, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, il procedimento di soccorso istruttorio non può consentire al concorrente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte: diversamente, infatti, si violerebbero i principi di immodificabilità e segretezza dell'offerta, imparzialità e par condicio delle imprese concorrenti (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 26 gennaio 2021, n. 804; Consiglio di Stato, sez. III, 26 giugno 2020 n. 4103; Consiglio di Stato, sez. V, 9 marzo 2020 n. 1671; ANAC, delibera 589 del 28 luglio 2021);

CONSIDERATO che, con specifico riferimento alla questione della modalità di comunicazione utilizzata dall'amministrazione per chiedere integrazioni di soccorso istruttorio, la giurisprudenza amministrativa abbia espresso un principio di carattere generale in merito alle comunicazioni telematiche ritenendo che, laddove l'ordinamento non preveda una specifica forma telematica di comunicazione, spetta alla stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa, scegliere la forma telematica più idonea di comunicazione, in relazione alla tipologia o al contenuto del provvedimento da comunicare, nel rispetto pur sempre dei principi imperativi posti dall'ordinamento a tutela del destinatario che si pongono quali limiti esterni all'esercizio della stessa discrezionalità. È stato in particolare richiamato il fatto che il legislatore ha previsto un mezzo di comunicazione rafforzata di alcuni atti rispetto ad altri, in quanto atti idonei a concludere in senso positivo (aggiudicazione, avvenuta stipula del contratto) o negativo (esclusione o decisione di non aggiudicare) la procedura ed aventi capacità lesiva immediata rispetto al concorrente e ai terzi partecipanti alla gara. Una capacità lesiva che, invece, non si può riconoscere alla richiesta di soccorso istruttorio se non in via ipotetica e meramente potenziale, non essendo dato sapere al momento della sua comunicazione se la stessa verrà o meno ottemperata (cfr. da ultimo, TAR Lazio, sentenza n.10550 del 16 ottobre 2020; ANAC delibera n. 544 del 13 luglio 2021);

TENUTO CONTO che tale orientamento è stato confermato, in sede di appello avverso la sopra richiamata sentenza TAR Lazio, n.10550 del 16 ottobre 2020, da parte del Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 6132 del 31 agosto 2021, nella quale è stato chiarito che tra i diversi orientamenti espressi al riguardo «la soluzione preferibile, in assenza di una previsione della *lex specialis* che riconduca espressamente la richiesta introduttiva del soccorso istruttorio tra le comunicazioni effettuabili mediante la piattaforma informatica, sia quella per cui detta richiesta debba essere effettuata via PEC, perché tale è il sistema di invio di comunicazioni con valore legale (ex articolo 1, lettera v-bis, del d.lgs. n. 82/2005: la posta elettronica certificata è il "sistema di comunicazione in grado di attestare l'invio e l'avvenuta consegna di un messaggio di posta elettronica e di fornire ricevute opponibili a terzi") e l'unico idoneo a garantire la conoscenza delle comunicazioni a valenza individuale, con carattere necessariamente recettizio (che cioè, ai sensi dell'articolo 1335 c.c., si presumono conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del



destinatario), cui sono connessi non già effetti ordinatori, ma effetti potenzialmente espulsivi»: circostanza questa desumibile dall'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 6132 del 31 agosto 2021);

TENUTO CONTO del fatto che lo stesso Consiglio di Stato ha altresì precisato come il soccorso istruttorio sia un istituto di carattere generale, attuativo dell'articolo 97 Cost., volto all'emanazione di un giusto provvedimento, idoneo a contemperare nel migliore modo tutti gli interessi, pubblici e privati, in gioco (cfr. anche Consiglio di Stato, sez. II, 28 aprile 2021, n. 3432) e che, sebbene la richiesta di soccorso istruttorio non sia atto di per sé lesivo, rileva il fatto che «se il soccorso istruttorio di per sé è finalizzato ad evitare l'esclusione dalla gara di un operatore economico per la produzione di documentazione incompleta od irregolare sotto il profilo formale, e dunque istituto effettivamente ispirato al *favor participationis*, è altrettanto vero che in caso di mancata regolarizzazione nel termine (non superiore a dieci giorni) assegnato, il concorrente è escluso. Pertanto, il rispetto del termine per l'integrazione documentale presuppone anzitutto l'intervenuta conoscenza o quanto meno la conoscibilità per presunzione legale della richiesta. Conseguentemente, ove non diversamente disposto in modo esplicito ed accompagnato da cautele dalla *lex specialis*, è indubitabile che lo strumento di comunicazione proporzionato e coerente con i principi della collaborazione e della buona fede (articolo 1, comma 2-bis, della legge n. 241/1990), per la richiesta di soccorso istruttorio sia proprio la PEC» (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 6132 del 31 agosto 2021);

RITENUTO che, nella specifica ipotesi in cui la disciplina di gara non preveda una modalità esplicita di comunicazione per il procedimento di soccorso istruttorio, sulla base delle argomentazioni giuridiche sopra richiamate se la comunicazione di soccorso istruttorio da parte dell'amministrazione necessiti di essere effettuata mediante PEC, al fine di garantirne la avvenuta certezza di ricezione, allo stesso modo, qualora il riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio avvenga da parte dell'operatore economico mediante PEC, anziché tramite piattaforma informatica, tale circostanza non possa di per sé rappresentare motivo di esclusione, ritenendo la comunicazione non avvenuta e la richiesta non riscontrata entro il termine assegnato;

RILEVATO pertanto che, nel caso di specie, l'amministrazione abbia scelto in via generale la forma della comunicazione telematica tramite portale per le comunicazioni inerenti entrambe procedure oggetto di controversia, senza fare tuttavia distinzioni specifiche in ragione della tipologia di comunicazioni;

RILEVATO altresì che, con particolare riferimento al procedimento del soccorso istruttorio, la disciplina di gara in questione non prevedeva alcuna modalità di comunicazione specifica né in merito all'attivazione del soccorso istruttorio, né con riferimento alle modalità di riscontro ad esso da parte del concorrente;

RITENUTO che, in ragione di ciò e alla luce delle argomentazioni giuridiche sopra richiamate, il fatto che nelle procedure oggetto di contestazione il concorrente abbia dato riscontro al soccorso istruttorio mediante PEC anziché tramite la piattaforma informatica dedicata non possa considerarsi di per sé motivo di esclusione, ritenendo la comunicazione come non avvenuta e dunque non riscontrante il soccorso istruttorio entro il termine assegnato: una tale interpretazione infatti, in considerazione delle letture ermeneutiche dell'istituto e della *ratio legis* sottesa all'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, non solo striderebbe con il valore legale attribuito alla posta elettronica certificata, ma porterebbe anche al paradossale effetto della prevalenza della visione formalistica su quella sostanzialistica, che proprio l'istituto del soccorso istruttorio mira a scongiurare;

Il Consiglio



ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che il provvedimento di esclusione adottato dall'amministrazione nei confronti del concorrente per entrambe le procedure in controversia non sia conforme alla disciplina e alle relative interpretazioni dell'istituto del soccorso istruttorio di cui all'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 ottobre 2021

Per il Segretario Valentina Angelucci

Rosetta Greco

(atto firmato digitalmente)