



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

Parere n.109 del 17/12/2014

PREC 183-14-S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dal RTP con capogruppo ing. Andrea Santini – “*Servizi di ingegneria per lo studio della vulnerabilità sismica, la progettazione preliminare, la direzione dei lavori e per il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione per i lavori di realizzazione della casa della Salute presso ex Ospedale di Chiaravalle Centrale (CZ)*” – Importo a base di gara euro 509.650,28 oltre Cnipa e IVA - S.A.: Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro

Modalità di presentazione dell’offerta – sottoscrizione dell’offerta tecnica – clausola della *lex specialis* che impone la sottoscrizione di tutta la documentazione che compone l’offerta tecnica – mancata apposizione della sottoscrizione sui progetti volti a dimostrare la capacità progettuale acquisita – esclusione – illegittimità – interpretazione della clausola teleologicamente orientata – principio del raggiungimento dello scopo

*È illegittimo il provvedimento di esclusione adottato sulla base di un’interpretazione strettamente rigorosa e formalistica della clausola della *lex specialis* che impone la sottoscrizione di tutta la documentazione componente l’offerta tecnica, comprese le schede progettuali ad essa allegate, in quanto, viste le modalità di formulazione dell’offerta da parte del concorrente, le specifiche finalità delle diverse componenti dell’offerta tecnica, nonché l’apposizione della sottoscrizione sulla relazione tecnica metodologica da parte di tutti i componenti del raggruppamento di professionisti, può ritenersi soddisfatta la garanzia della provenienza, serietà ed affidabilità dell’offerta cui la sottoscrizione dell’offerta è deputata.*

Articolo 74 del d.lgs. n. 163/2006

Articolo 46, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 3 giugno 2014 è pervenuta l’istanza in epigrafe con la quale il raggruppamento temporaneo di professionisti con capogruppo l’ing. Santini, con riferimento alla procedura di gara per l’affidamento del contratto di “*Servizi di ingegneria per lo studio della vulnerabilità sismica, la progettazione preliminare, la direzione dei lavori e per il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione per i lavori di realizzazione della casa della Salute presso ex Ospedale di Chiaravalle Centrale (CZ)*”, indetta dall’Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, ha chiesto parere in merito alla legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara del raggruppamento medesimo a causa della mancanza totale della firma, prevista a

pena di esclusione dal disciplinare di gara, sulla documentazione relativa all'offerta tecnica ed, in particolare, sui progetti svolti, ritenuti dal concorrente esplicativi della capacità progettuale acquisita.

Più dettagliatamente, nel disciplinare di gara, tra le modalità di presentazione dell'offerta, era previsto che la busta B, relativa all'offerta tecnica, contenesse “a) *documentazione relativa a non più di tre progetti di livello almeno preliminare ultimati, redatti dal concorrente e ritenuti da esso esplicativi della propria capacità progettuale, scelti tra interventi qualificabili affini a quello oggetto dell'affidamento[...]; b) una relazione metodologica tecnica descrittiva dell'esperienza maturata dal concorrente nello svolgimento di servizi simili, l'organizzazione del concorrente, le attrezzature e la strumentazione di cui dispone, le procedure finalizzate a garantire la qualità dei servizi forniti e la modalità di svolgimento delle prestazioni di cui al presente bando [...]. Pena l'esclusione tutta la documentazione dovrà essere in lingua italiana, o corredata di traduzione, a firma del titolare dello Studio Professionale, dei titolari dello Studio Associato e del rappresentante legale per le società di professionisti. In caso di associazione temporanea già costituita, la suddetta documentazione dovrà essere firmata dal rappresentante legale della Capogruppo. In caso di associazione temporanea da costituire dovrà essere firmata da tutti i componenti dell'associazione”.*

La stazione appaltante, nella seduta di gara del 19 maggio 2014, disponeva l'esclusione del raggruppamento per “*mancaza totale della firma sulla documentazione relativa ai progetti svolti per come previsto, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara inerente i contenuti della busta B*”.

L'odierna istante contestava il provvedimento di esclusione sostenendone l'illegittimità ai sensi dell'articolo 46, comma 1-*bis* del d.lgs. n. 163/2006 e richiedeva alla stazione appaltante la riammissione alla gara. Tuttavia, l'Azienda Ospedaliera rigettava l'istanza, ritenendo invece corretta l'interpretazione della clausola del disciplinare effettuata dalla Commissione di gara, anche alla luce del menzionato articolo 46.

Il raggruppamento istante e la stazione appaltante sono stati formalmente avvisati dell'istruttoria con nota di questa Autorità del 23 giugno 2014.

Al procedimento ha formalmente partecipato solo l'istante che ha ribadito le argomentazioni a sostegno dell'illegittimità del provvedimento adottato, rilevando in particolare che nell'offerta tecnica, composta dalla relazione metodologica e da nove elaborati relativi a tre lavori pregressi, la sottoscrizione in calce alla relazione metodologica, inserita all'interno della stessa busta e facente parte dell'offerta tecnica, assolve già alla funzione di assicurare la provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e che gli elaborati relativi a lavori pregressi, la cui titolarità era chiaramente riportata, non potevano essere firmati da tutti i componenti del costituendo raggruppamento temporaneo perché riferibili ai singoli progettisti che lo compongono.

Ritenuto in diritto

La questione in esame, relativa alla legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara di un raggruppamento di professionisti che ha prodotto un'offerta tecnica, la cui componente relativa ai progetti pregressi, non è stata sottoscritta da tutti i componenti del costituendo raggruppamento di professionisti, presuppone preliminarmente un'analisi delle clausole della *lex specialis* relative alle modalità di presentazione dell'offerta.

In particolare, come rappresentato in fatto, il disciplinare di gara distingueva l'offerta tecnica in due diverse componenti: l'una contenente la documentazione relativa a tre progetti ultimati, redatti dal concorrente e ritenuti esplicativi della sua capacità progettuale, l'altra consistente in una relazione metodologica tecnica, che descriva l'esperienza maturata dal concorrente nello svolgimento di servizi simili, l'organizzazione del concorrente, le attrezzature e la strumentazione di cui dispone, le procedure finalizzate a garantire la qualità dei servizi forniti e la modalità di svolgimento delle prestazioni di cui al bando. Veniva, altresì, precisato che, a pena di esclusione, tutta la documentazione di cui all'offerta tecnica doveva essere sottoscritta.

Dalla lettura della formulazione della *lex specialis*, dunque, delle due componenti dell'offerta tecnica, la seconda appare volta a descrivere la metodologia mediante la quale il concorrente intende formulare il progetto di cui alla gara, con indicazione della relativa organizzazione e gestione delle risorse umane e delle attrezzature, mentre la prima sembra finalizzata a dimostrare quale sia la capacità progettuale acquisita dal concorrente mediante la produzione di progetti ultimati.

Tali prescrizioni appaiono, peraltro, conformi alle disposizioni di cui all'articolo 266 del d.p.r. n. 207/2010, alla stregua del quale, l'offerta tecnica è costituita: “1) dalla documentazione, predisposta secondo quanto previsto dall'articolo 264, comma 3, lettera a), di un numero massimo di tre servizi relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico, scelti fra interventi qualificabili affini a quelli oggetto dell'affidamento, secondo i criteri desumibili dalle tariffe professionali; 2) da una relazione tecnica illustrativa, predisposta secondo quanto previsto dall'articolo 264, comma 3, lettera b), delle modalità con cui saranno svolte le prestazioni oggetto dell'incarico con riferimento, a titolo esemplificativo, ai profili di carattere organizzativo-funzionale, morfologico, strutturale e impiantistico, nonché a quelli relativi alla sicurezza e alla cantierabilità dei lavori”.

Tanto premesso in ordine alle prescrizioni relative alle modalità di presentazione dell'offerta tecnica e precisate le finalità delle diverse componenti dell'offerta medesima, occorre verificare la funzione che in essa assolve la sottoscrizione da parte del concorrente.

Al riguardo, come noto, le offerte devono essere debitamente sottoscritte dal titolare dell'impresa o del legale rappresentante dell'impresa o, comunque, da parte di altro soggetto munito di poteri idonei ad impegnare la volontà del concorrente, ai sensi dell'articolo 74 del d.lgs. n. 163/2006. Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa e dell'Autorità, la sottoscrizione dell'offerta è, infatti, lo strumento mediante il quale l'autore fa proprie le dichiarazioni rese, serve a renderne nota la paternità, nonché a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esse contenuta. Detta sottoscrizione costituisce, pertanto, un elemento essenziale, perché ha la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa. Pertanto, la mancanza della sottoscrizione inficia la validità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta, determinandone l'inammissibilità. (*cf. AVCP, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 “Bando-tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis del Codice dei contratti pubblici”*).

Così ricostruito il ruolo della sottoscrizione dell'offerta tecnica occorre verificare se, come nel caso di specie, la mancata sottoscrizione di tutta la documentazione che la compone, ovvero in particolare dei progetti scelti per dimostrare la capacità acquisita, possa ritenersi legittima causa di esclusione ai sensi dell'articolo 46, comma 1- *bis* del d.lgs. n. 163/2006.

Tale disposizione ha, infatti, introdotto nel codice dei contratti pubblici il principio di tassatività delle cause di esclusione sancendo la possibilità per la stazione appaltante di escludere i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. Essa ha altresì sancito che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione e che, qualora tali prescrizioni ulteriori dovessero essere previste, esse sono comunque nulle. Tre sono, dunque, le diverse ipotesi di cause tassative previste: la sussistenza di un adempimento doveroso in capo al concorrente, anche senza necessariamente prevedere la sanzione dell'esclusione in caso di inottemperanza, sancito dal Codice, dal Regolamento o dalle leggi vigenti; l'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta

per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali; nonché, la presenza di un plico contenente l'offerta non integro o di altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Il legislatore ha così inteso effettuare direttamente il bilanciamento tra l'interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell'azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall'altro, mettendo l'accento sui primi a scapito dei secondi ma salvaguardando una serie predefinita di interessi, selezionati *ex ante*, perché ritenuti meritevoli di una maggior protezione rispetto ad altri, in guisa da sottrarli alla discrezionalità abrogatrice della stazione appaltante. L'obiettivo di tipizzare tassativamente le cause di esclusione dalle gare e di ridurre il potere discrezionale della stazione appaltante è poi rafforzato dalla previsione della nullità della clausole di gara che prevedono adempimenti, sanzionandoli con l'esclusione, fuori dai casi tipici previsti dal legislatore (cfr. sul punto Consiglio di Stato, *Adunanza Plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014, AVCP, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 "Bando-tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis del Codice dei contratti pubblici"*, ANAC, *parere n. 78 del 28 ottobre 2014*).

Nel caso di specie, delle menzionate tipologie di cause di esclusione rileva quella concernente l'incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta per mancanza di sottoscrizione, in quanto occorre accertare se la modalità con cui il RTP ha sottoscritto l'offerta tecnica sia sufficiente a fornire alla stazione appaltante la garanzia della provenienza, serietà e affidabilità dell'offerta, nonché a conferire validità alla manifestazione di volontà contenuta nell'offerta medesima.

Il RTP, come risulta dalla documentazione in atti, ha presentato un'offerta tecnica composta, secondo le indicazioni del disciplinare, da una relazione tecnica descrittiva sull'approccio metodologico, sottoscritta da tutti i professionisti componenti il raggruppamento temporaneo costituendo e contenente l'esplicitazione delle modalità organizzative delle risorse umane e strumentali, le modalità di svolgimento dell'approccio progettuale, delle verifiche tecniche per la vulnerabilità sismica e della gestione della direzione lavori e del coordinamento della sicurezza, nonché dalle tavole descrittive di progetti ultimati, esplicativi della capacità progettuale e scelti tra interventi qualificabili affini a quello oggetto di affidamento. Dall'analisi di tali tavole progettuali e dalla relativa indicazione del progettista incaricato del progetto e della percentuale di partecipazione al progetto medesimo, si evince inoltre che i progetti selezionati per dimostrare la capacità progettuale sono, come sostenuto dall'odierno istante, ascrivibili solo ad alcuni dei componenti del raggruppamento che ha chiesto di partecipare.

I componenti del raggruppamento concorrente hanno, dunque, sottoscritto la relazione tecnica metodologica, ovvero la parte dell'offerta tecnica volta ad individuare come effettivamente il concorrente intende realizzare la prestazione contrattuale, mentre - secondo la stazione appaltante - non sarebbe stata apposta la sottoscrizione sui progetti svolti, che formano invece la parte dell'offerta tecnica inerente la capacità progettuale pregressa, finalizzata, proprio per la specificità dei servizi oggetto del contratto, a riconoscere il merito tecnico dell'offerta da valutarsi nella fase di affidamento, facendo riferimento alle caratteristiche qualitative del progettista desunte dai progetti in precedenza redatti e presentati, che l'offerente ritiene rappresentativi della propria capacità progettuale ed affini all'opera da progettare per tipologia ed importo (cfr. determinazione AVCP n. 5/2010).

Dunque, considerata la diversa finalità delle due componenti dell'offerta e tenuto conto che è nella relazione metodologica che il raggruppamento ha illustrato le modalità con cui intende procedere all'esecuzione contrattuale e che esprime la propria manifestazione di volontà, appare eccessivamente rigorosa l'interpretazione fornita dalla stazione appaltante della clausola della *lex specialis* che richiede la sottoscrizione di tutta la documentazione dell'offerta tecnica.

Tale clausola, infatti, seppure in linea con l'orientamento consolidato in materia di cause di esclusione, in quanto volta a garantire la stazione appaltante della provenienza, serietà e affidabilità dell'offerta, deve tuttavia essere interpretata teleologicamente in un'ottica sostanzialistica di raggiungimento dello

scopo, che non consente di ritenere non soddisfatte le indicate garanzie qualora sia possibile ricondurre la manifestazione di volontà, di cui all'offerta, al suo autore.

Ciò, *a fortiori*, nell'ipotesi in cui, come nel caso di specie, sussiste uno stretto legame tra le due componenti dell'offerta tecnica: infatti, nella parte della relazione tecnica descrittiva relativa alla descrizione delle modalità organizzative delle risorse umane, l'offerente ha menzionato l'elenco dei componenti del costituendo raggruppamento, con indicazione del ruolo e delle referenze pregresse, richiamando, in quella sede, proprio i progetti di cui alle schede allegate, ciascuna delle quali con l'indicazione del progettista incaricato e con la relativa percentuale di partecipazione.

Pertanto, ritenere non ammissibile l'offerta tecnica così formulata, in quanto le schede progettuali allegate risultano non firmate appare un'interpretazione eccessivamente rigorosa e formalistica della clausola della *lex specialis*, relativa all'obbligo di sottoscrizione della documentazione, potendo ritenersi salvaguardata la garanzia della provenienza dell'offerta dalla sottoscrizione della relazione metodologica e tecnica da parte di tutti i componenti del raggruppamento costituendo. Ne deriva, conseguentemente, la non conformità all'ordinamento, per i profili indicati, del provvedimento di esclusione adottato.

In base a quanto sopra rappresentato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la scelta dell'amministrazione di interpretare rigorosamente la clausola della *lex specialis* relativa alla sottoscrizione dell'offerta tecnica, imponendo la necessaria sottoscrizione anche delle schede progettuali ad essa allegate, sia non corretta, in quanto, per le modalità di formulazione dell'offerta da parte del concorrente, per le diverse finalità delle componenti dell'offerta tecnica e per la sottoscrizione della relazione tecnica metodologica da parte di tutti i componenti del raggruppamento di professionisti, può ritenersi soddisfatta la garanzia della provenienza, serietà ed affidabilità dell'offerta e conseguentemente, ritiene che il provvedimento di esclusione adottato sia, per i profili indicati, non conforme all'ordinamento ed ai principi generali in materia di contratti pubblici.

Raffaele Cantone

Depositato in Segreteria in data 16 gennaio 2015

Il Segretario Rosetta Greco