DELIBERA N. 684

13 ottobre 2021

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Impresa Rossi Luigi S.r.l. - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di realizzazione del rilievo topografico in base assoluta delle linee Cancello-Benevento e S.M. Capua Vetere-Piedimonte Matese - CIG 87173107C7 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: 663.462,66 euro - S.A.: Ente Autonomo Volturno S.r.l.

PREC 183/2021/S-PB

Riferimenti normativi

Articolo 48, comma 4, d.lgs. n. 50/2016

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

Parole chiave

Raggruppamento temporaneo - quote di esecuzione – dichiarazione di impegno - soccorso istruttorio

Massima

La dichiarazione di impegno, resa ai sensi dell'articolo 48, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, con cui le imprese che partecipano alla gara in raggruppamento temporaneo specificano le quote che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti, costituisce un elemento essenziale dell'offerta e, in quanto dichiarazione di impegno vincolante nei confronti della stazione appaltante, non è integrabile né modificabile con il soccorso istruttorio.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 ottobre 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 60013 del 3 agosto 2021, presentata da Impresa Rossi Luigi S.r.l relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante contestava il provvedimento di esclusione comunicato dall'amministrazione in data 29 luglio 2021 ed adottato in quanto la domanda di partecipazione era priva della specifica suddivisione delle parti della prestazione che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti;

CONSIDERATO che l'istante rappresentava di aver partecipato alla procedura di gara come raggruppamento di tipo verticale e che nel modello di partecipazione non fosse prevista la possibilità di

specificare le quote di partecipazione, che dovevano essere dichiarate, secondo quanto riportato nel disciplinare, in sede di offerta e che la documentazione di gara non prevedeva la suddivisione di prestazioni principali e secondarie ed evidenziava il fatto che l'amministrazione avrebbe dovuto procedere al soccorso istruttorio delle carenze rilevate, anziché adottare il provvedimento di esclusione disposto;

VISTA la disciplina di gara e la relativa documentazione;

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

RITENUTO che il parere possa essere reso ai sensi dell'articolo 11, comma 5, del Regolamento di precontenzioso;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 7 settembre 2021, con nota prot. n. 65074;

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

VISTA in particolare la memoria della stazione appaltante che, nel confermare il provvedimento di esclusione adottato, precisava il fatto che «*la documentazione di gara prevede un'unica attività, senza alcuna indicazione di attività secondarie*» e che «*pertanto era necessaria l'indicazione della quota/valore di esecuzione dell'unica attività prevista (quindi solamente raggruppamento orizzontale), così come indicato nell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 22 del 13 giugno 2012*» e chiariva altresì che il disciplinare di gara, nella parte relativa alla documentazione amministrativa – domanda di partecipazione indicava chiaramente che «*l'offerta dovrà inoltre specificare le parti della prestazione che saranno eseguite dai singoli operatorie economici riuniti e consorziati*», evidenziando inoltre che, in sede di gara, «in nessun altro documento amministrativo presentato fosse possibile rilevare le informazioni richieste circa le parti della prestazione che saranno eseguite dai singoli operatorie economici riuniti o consorziati»;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità del provvedimento di esclusione disposto per mancata indicazione delle quote di partecipazione del RTI e alla relativa esperibilità del procedimento di soccorso istruttorio;

VISTO l'articolo 48, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale, nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento orizzontale s'intende quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione e per raggruppamento verticale quello in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici e i mandanti quelle indicate come secondarie. Viene altresì precisato che «le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie»;

VISTO l'articolo 48, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale, nel caso di forniture o servizi, nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti;

VISTO altresì l'articolo 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui: «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.»

TENUTO conto dell'orientamento interpretativo formatosi in ordine all'impegno delle imprese riunite ed associate, secondo cui è necessario che l'impegno delle imprese stesse sia definito sin dal momento di partecipazione alla gara, perché esso è un elemento che attiene all'offerta e non al possesso dei requisiti di partecipazione alla gara. Infatti, attraverso questa dichiarazione le imprese assumono un impegno giuridicamente vincolante nei confronti della stazione appaltante, in vista dell'eventuale esecuzione del contratto. L'impegno deve pertanto essere già definito al momento in cui si partecipa alla gara, perché in questo modo le imprese raggruppate formalizzano nei loro rapporti e nei confronti dell'amministrazione la misura entro la quale si assumeranno l'esecuzione del contratto e la corrispondente misura dei requisiti di qualificazione di cui devono essere in possesso. Ne segue che questo impegno non può essere formalizzato in sede di gara, attraverso il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante. Infatti, in questo modo si consentirebbero eventuali aggiustamenti secondo convenienza in relazione ai requisiti di qualificazione in concreto utilizzabili da ciascuna impresa riunita e comunque si consentirebbe di mutare le condizioni economiche e di futura esecuzione del contratto attraverso una differente ripartizione delle relative quote (cfr., in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, 5 agosto 2020, n. 4927, con richiamo anche all'Adunanza Plenaria 5 luglio 2012, n. 2; nonché Consiglio di Stato, sez. V, 12 gennaio 2021 n. 400; 5 agosto 2020 n. 4927; 21 giugno 2017, n. 3029; ANAC, delibera n. 441 del 9 giugno 2021 e n. 118 del 10 febbraio 2021);

CONSIDERATO altresì che in caso di mancata indicazione nella *lex specialis* della distinzione tra prestazioni principali e secondarie, l'Autorità ha avuto modo di precisare che l'indicazione, qualitativa e quantitativa, delle specifiche parti del servizio che ciascun componente del RTI si propone di eseguire assolve all'onere previsto dall'articolo 48, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 di precisare le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti in raggruppamento e ha come unico effetto quello di operare, sulla base delle rispettive competenze, una ripartizione interna delle quote della prestazione, che conserva il suo carattere unitario sotto il profilo giuridico, e non incide sul regime della responsabilità, che resta in solido in capo a ciascun componente il raggruppamento, secondo lo schema tipico del RTI orizzontale (cfr. ANAC, delibera n. 122 del 10 febbraio 2021);

RITENUTO che, nella gara in controversia, alla luce delle sopra indicate argomentazioni giuridiche, la circostanza della mancata indicazione da parte del raggruppamento concorrente delle parti del servizio in capo ai singoli componenti, costituisce legittimo motivo di esclusione dell'operatore economico, trattandosi di un'indicazione necessaria ai sensi dell'articolo 48, commi 2 e 4 del d.lgs. n. 50/2016 e delle linee interpretative formatesi in ordine alla dichiarazione di tale impegno;

RITENUTO altresì che la mancata attivazione del procedimento di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante sia legittima in considerazione dei richiamati orientamenti ermeneutici che riconoscono all'impegno delle imprese riunite, in quanto dichiarazione di impegno vincolante nei confronti della stazione appaltante, la qualificazione di elemento costitutivo dell'offerta, non suscettibile di integrazione o modificazione mediante soccorso istruttorio ai sensi dell'articolo 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016;

RITENUTE pertanto non fondate le contestazioni sollevate dall'odierno istante;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che il provvedimento di esclusione disposto e la mancata attivazione del procedimento di soccorso istruttorio siano conformi al combinato disposto dell'articolo 48, comma 4 e 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, ai principi generali in materia di contratti pubblici e ai relativi orientamenti interpretativi.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 ottobre 2021

Per Il Segretario Valentina Angelucci

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente