

DELIBERA N. 544

13 luglio 2021

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [OMISSIS] s.r.l. – Procedura negoziata, tramite MEPA, per l'affidamento del servizio di ambulanze in stand by occorrente all'ASL Roma 1 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 68.000,00 - S.A.: - ASL Roma 1

PREC 134/2021/S

Riferimenti normativi

Articolo 97 del d.lgs. n. 50/2016

Articoli 40 e 52 del d.lgs. n. 50/2016

Articolo 83, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Offerta anomala – procedimento di verifica della congruità dell'offerta – caratteristiche

Offerta anomala – procedimento di verifica della congruità dell'offerta – comunicazioni telematiche

Requisiti di partecipazione – iscrizione camerale – necessaria corrispondenza con attività oggetto di affidamento

Massima

Offerta anomala – procedimento di verifica della congruità dell'offerta – caratteristiche

La verifica della congruità di un'offerta ha natura globale e sintetica, vertendo sull'attendibilità della medesima nel suo insieme e quindi sulla sua idoneità a fondare un serio affidamento sulla corretta esecuzione dell'appalto, onde il relativo giudizio non ha per oggetto la ricerca di singole inesattezze dell'offerta economica. L'attendibilità dell'offerta va valutata, pertanto, nel suo complesso e non con riferimento a singole voci di prezzo eventualmente ritenute incongrue, avulse dall'incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme. Conseguentemente, il sindacato può riferirsi alle valutazioni svolte dalla stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia, solamente nei limiti della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, oltre che della congruità della relativa istruttoria, ma non può in alcun modo tradursi in una nuova verifica di merito, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità (tecnica) dell'amministrazione. Il comma 5 del citato articolo 97 descrive un procedimento semplificato, "monofasico": la necessità di esperire ulteriori fasi di contraddittorio procedimentale si pone



soltanto laddove la stazione appaltante non sia in condizione di risolvere tutti i dubbi in ordine all'attendibilità dell'offerta soggetta a verifica di anomalia, in particolare, per ritenere insufficienti le giustificazioni presentate dal concorrente in relazione agli elementi di cui al comma 4 o accertare l'inadeguatezza complessiva dell'offerta. Il contraddittorio procedimentale ex articolo 97 del d.lgs. n. 50/2016 non può estendersi *ad libitum* e la stazione appaltante non è obbligata, ricevuti i chiarimenti richiesti, a far precedere l'esclusione per incongruità dell'offerta da un relativo preavviso all'interessato, stante la natura meramente istruttoria del contraddittorio procedimentale nella verifica di anomalia.

Offerta anomala – procedimento di verifica della congruità dell'offerta – comunicazioni telematiche

La giurisprudenza amministrativa ha espresso un principio di carattere generale in merito alle comunicazioni telematiche, ritenendo che laddove l'ordinamento non preveda una specifica forma telematica di comunicazione ciò comporta che spetti 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.

Requisiti di partecipazione – iscrizione camerale – necessaria corrispondenza con attività oggetto di affidamento

L'iscrizione camerale di cui all'articolo 83, comma 1, lettera a) ha natura di requisito di idoneità professionale, la cui utilità sostanziale è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico. Conseguentemente, per garantire un effetto utile a tale *ratio* si è ritenuta necessaria una congruenza e corrispondenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 luglio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 38677 del 12 maggio 2021 presentata dal [OMISSIS] s.r.l. relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante chiedeva all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione che la stazione appaltante aveva adottato nei propri confronti, in data 27 aprile 2021 in esito al procedimento di verifica della congruità dell'offerta, contestando sia la richiesta di specifici giustificativi, nella fattispecie un contratto di noleggio, sia il mancato utilizzo del sistema MEPA per le comunicazioni e sia la asserita mancata corrispondenza dell'attività del concorrente, come risultante dal certificato camerale, all'oggetto dell'affidamento;

CONSIDERATO che l'istante, a seguito dell'apertura delle buste economiche, si collocava prima in graduatoria provvisoria e che, in considerazione del ribasso offerto (18%), l'amministrazione avviava la procedura di valutazione della congruità dell'offerta, ai sensi dell'articolo 97 del d.lgs. n. 50/2016, richiedendo in data 17 marzo 2021 i seguenti giustificativi: « 1) *Spese generali d'azienda, con particolare riferimento all'incidenza di esse sull'oggetto del servizio;* 2) *Costi di ammortamento dei mezzi ed attrezzature inclusi eventuali costi di noleggio o leasing dei mezzi;* 3) *Costi concernenti la logistica e trasporti;* 4) *Costo degli oneri di sicurezza.* 5) *Costo del lavoro: produrre a titolo esemplificativo, elenco*



dei dipendenti impiegati, qualifica con specificazione degli stipendi attribuiti, costo orario e monte orario dedicato per ciascuno di essi all'appalto, attestazione sul rispetto del CCNL e copia del CCNL applicato, nonché estratto dal libro unico del lavoro con personale e livelli retributivi. Qualora venga impiegato personale esterno, specificare la tipologia di contratto applicato e relativo costo. In caso di applicazione tariffe orarie inferiori a quanto stabilito dal CCNL, devono essere fornite opportune giustificazioni a corredo della scelta adottata; 6) Altro (altri elementi di costo relativi all'appalto)». L'impresa rispondeva alle richieste dell'amministrazione in data 17 marzo 2021 e l'amministrazione, con richiesta del 22 marzo 2021 a mezzo PEC, formulava la richiesta di produzione della «*bozza del citato contratto di noleggio con indicazione del contraente. Inoltre, nel rappresentare che, durante i controlli di rito nei confronti di codesta rispettabile società, è emerso che l'ambito delle attività prevalenti riportate nel Certificato camerale non risulta coerente e comprensivo rispetto alle attività oggetto del servizio in parola, si richiedono chiarimenti e/o delucidazioni in merito*»; nella prospettazione dell'odierna istante, da un lato, la richiesta del contratto di noleggio era illegittima in quanto incongrua ed eccessiva, dall'altro, il riferimento alla visura camerale non era attinente ai giustificativi dei costi offerti, dall'altro ancora, la modalità di comunicazione delle richieste, non avvenuta tramite MEPA, era non conforme alla disciplina di gara;

VISTA la documentazione di gara;

VISTA la deliberazione n. 582 del 27 aprile 2021 dalla quale si evince che «*il RUP ha ritenuto opportuno richiedere alla società [OMISSIS] srl i giustificativi in merito alla congruità e affidabilità della proposta economica presentata in sede di gara e che, come da verbale n. 4 del 22 marzo 2021, entro il termine indicato dalla stazione appaltante è pervenuto un primo riscontro dal quale è emerso che l'operatore intende erogare il servizio attraverso n. 2 ambulanze acquisite presso terzi ad un canone mensile noleggio pari a € 3.000,00 cui aggiungeva €900,00 mensili per il noleggio dei kit di attrezzature mendicali; che con nota prot. 46685 del 22 marzo 2021, il RUP ha ritenuto opportuno richiedere ulteriori precisazioni e chiarimenti e in particolare la bozza del contratto di noleggio a comprova delle quotazioni sopra indicate; che l'operatore non ha fornito alcun riscontro alla predetta nota; che il mancato riscontro alla nota del 22 marzo scorso fa ritenere la proposta della società non suscettibile di accettazione da parte della stazione appaltante in relazione alla regolare esecuzione del servizio, non potendo ritenere corrette, soddisfacenti e sufficientemente esaustive l'insieme delle giustificazioni formulate dall'operatore come riportato nel verbale del 31 marzo 2021, disponendo l'esclusione dalla procedura della [OMISSIS] s.r.l.*»;

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 31 maggio 2021, con nota prot. n. 43507;

VISTE le memorie delle parti;

VISTA, in particolare, la memoria della stazione appaltante in cui, sostenendo la legittimità del proprio operato e del provvedimento di esclusione disposto, la stessa chiariva di aver avviato il procedimento di valutazione della congruità dell'offerta in considerazione del ribasso presentato dall'odierna istante, maggiore rispetto alle restanti concorrenti e di aver chiesto la presentazione dei relativi giustificativi, in esito alla cui valutazione aveva ritenuto opportuno richiedere la produzione della bozza di contratto di noleggio, rappresentando la stessa «*una voce di costo rilevante all'interno del prezzo offerto dal concorrente per la prestazione dedotta*». Con specifico riferimento poi alla contestazione del mezzo di comunicazione utilizzato, la stazione appaltante evidenziava che la richiesta «*è avvenuta via PEC all'indirizzo comunicato dall'operatore in sede di iscrizione al MEPA [...] e che analogo mezzo di*



*trasmissione era stato già utilizzato dalla stazione appaltante, con nota prot. 39450 del 10/03/2021, alla quale l'operatore aveva prontamente fornito riscontro in data 17/03/2021» e che conseguentemente il mancato riscontro non poteva «essere addebitato in alcun modo alla forma di comunicazione prescelta dalla stazione appaltante, anche in ragione dell'effettiva ricezione della nota e del valore legale riconosciuto alla PEC». L'amministrazione precisava altresì che la mancata allegazione del contratto aveva determinato una «evidente mancanza di dimostrazione della voce di costo» e che dalle valutazioni effettuate era risultato che «le attività riportate nel Certificato della Camera di Commercio (richiesto quale requisito di idoneità soggettivo al § 7.1 del Disciplinare) sono risultate incongruenti con l'oggetto dell'appalto» in quanto, dal certificato camerale risultava che «i servizi organizzativi che la ditta può rendere verso i privati o enti pubblici, comprese le strutture sanitarie, sono quelli nella stessa elencati: call center, centralino, portineria, prenotazioni, gestione contabile prestazioni effettuate, accoglienza, servizio informazione, deposito bagagli, facchinaggio servizi logistici, fornitura uniformi, servizio di pulizia, gestione bar ristoranti catering, bookshop e punti vendita e gli stessi non sono risultati compatibili e/o direttamente riconducibili con il servizio oggetto di procedura». Né, secondo l'amministrazione, poteva giungersi a conclusioni differenti «con riferimento ai rapporti con altre strutture sanitarie come risultano dal Certificato Camera Commercio che ineriscono attività affatto compatibili con quella oggetto di procedura, avendo riguardo servizi di segreteria e domiciliazione e altri di consulenza (ASL RM 2), organizzazione eventi culturali (ASL FI/1), progettazione software (ASL NA/1), consulenza amministrativa (ASL TO/1) e servizi stampa (ASL TP/1)». In ragione di tali considerazioni la stazione appaltante riteneva, in ogni caso, legittima l'esclusione per mancanza di requisito di idoneità soggettiva richiesta nella *lex specialis*;*

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità concerne la legittimità del provvedimento di esclusione per anomalia dell'offerta adottato dall'amministrazione, per mancato riscontro ad una specifica richiesta di giustificativi, nonché la legittimità del mancato utilizzo quale strumento di comunicazione del procedimento di anomalia della sezione comunicazioni del MEPA e della valutazione di non corrispondenza tra certificato camerale e oggetto dell'affidamento;

CONSIDERATO il contenuto dispositivo dell'articolo 97 del d.lgs. n. 50/2020;

TENUTO CONTO del costante orientamento ermeneutico secondo cui la verifica della congruità di un'offerta ha natura globale e sintetica, vertendo sull'attendibilità della medesima nel suo insieme e quindi sulla sua idoneità a fondare un serio affidamento sulla corretta esecuzione dell'appalto, onde il relativo giudizio non ha per oggetto la ricerca di singole inesattezze dell'offerta economica. L'attendibilità dell'offerta va valutata, pertanto, nel suo complesso e non con riferimento a singole voci di prezzo eventualmente ritenute incongrue, avulse dall'incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme. Conseguentemente, il sindacato può riferirsi alle valutazioni svolte dalla stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia, solamente nei limiti della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, oltre che della congruità della relativa istruttoria, ma non può in alcun modo tradursi in una nuova verifica di merito, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità (tecnica) dell'amministrazione; né potrebbe essere operata autonomamente una verifica delle singole voci dell'offerta, sovrapponendo così l'idea tecnica di chi opera il sindacato al giudizio – non erroneo né illogico – formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, poiché, così facendo, il giudice invaderebbe una sfera propria della PA (da ultimo, *ex multis*, ANAC delibera n. 987 del 18 novembre 2020; delibera n. 354 del 22 aprile 2020; delibera n. 127 del 12 febbraio 2020; Consiglio di Stato, sez. III, del 14 maggio 2021 n. 3817; Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 agosto 2020, n. 4973; Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2019 n. 3502);



CONSIDERATO, infatti, che, secondo il consolidato orientamento dell'Autorità e della giurisprudenza, la *ratio* del sub procedimento di verifica dell'anomalia è quella di accertare la serietà, la sostenibilità e la sostanziale affidabilità della proposta contrattuale in maniera da evitare che l'appalto sia aggiudicato a prezzi eccessivamente bassi, tali da non garantire la qualità e la regolarità dell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento e che, per tale ragione, in linea di principio il procedimento di verifica di anomalia è avulso da ogni formalismo, essendo improntato alla massima collaborazione tra l'amministrazione appaltante e l'offerente, quale mezzo indispensabile per l'effettiva instaurazione del contraddittorio ed il concreto apprezzamento dell'adeguatezza dell'offerta (cfr., più recentemente, *ex multis*, ANAC delibera n. 987 del 18 novembre 2020; n. 127 del 12 febbraio 2020; n. 30 del 20 Gennaio 2020 e n. 197 del 13 marzo 2019; Consiglio di Stato, sez. III, del 14 maggio 2021 n. 3817; Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 agosto 2020, n. 4973; TAR Lazio, sez. I-ter, 30 dicembre 2016 n. 9182);

CONSIDERATO che il giudizio di anomalia dell'offerta è infatti connotato da ampi margini di discrezionalità e costituisce «espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, di esclusiva pertinenza dell'amministrazione, esulando dalla competenza del giudice amministrativo, il cui sindacato è limitato solo al caso in cui le valutazioni della pubblica amministrazione siano inficiate da macroscopiche illegittimità, quali gravi e plateali errori di valutazione o errori di fatto» (Consiglio di Stato, sez. III, del 14 maggio 2021 n. 3817; Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 agosto 2020, n. 4973; Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2020, n. 1772);

RILEVATO, infatti, che la posizione assunta dalla giurisprudenza e dall'Autorità relativamente alle valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti è nel senso che esse, «in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti ovvero, ancora, salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione, non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte». (cfr., *ex multis*, ANAC delibera n. 987 del 18 novembre 2020; delibera n. 354 del 22 aprile 2020, delibere n. 127 del 12 febbraio 2020; n. 687 del 18 luglio 2018; n. 193 del 1° marzo 2018; n. 797 del 19 luglio 2017; n. 210 del 1° marzo 2017; n. 528 del 4 maggio 2016; n. 198 del 25 novembre 2015; n. 37 del 1° aprile 2015; Consiglio di Stato, sez. III, del 14 maggio 2021 n. 3817; Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 agosto 2020, n. 4973; Consiglio di Stato, sez. V, 23 febbraio 2015 n. 882; TAR Venezia, sez. I, 7 giugno 2018 n. 613);

CONSIDERATO che sotto tale profilo il sindacato dell'Autorità non può, dunque, tradursi in una nuova verifica di merito, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, né può comportare una verifica delle singole voci dell'offerta, poiché così facendo si invaderebbe una sfera propria della P.A. (cfr. ANAC delibera n. 987 del 18 novembre 2020 e n. 354 del 22 aprile 2020; Consiglio di Stato, sez. III, del 14 maggio 2021 n. 3817; Consiglio di Stato, sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4680);

RILEVATO che con specifico riferimento al procedimento di valutazione dell'anomalia, l'ormai consolidato orientamento, da ultimo espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 4973 del 7 agosto 2020, è nel senso che «nessuna disposizione normativa impone al responsabile del procedimento, che ha già richiesto spiegazioni, di assegnare un ulteriore termine al concorrente per integrare o chiarire le deduzioni



presentate, né per una eventuale convocazione. Infatti, il comma 5 del citato articolo 97 descrive ormai un procedimento semplificato, "monofasico" in luogo del procedimento "trifasico" (giustificativi, chiarimenti, contraddittorio) di cui al previgente articolo 87 del d.lgs. n. 163/2006. È peraltro evidente che la necessità di esperire ulteriori fasi di contraddittorio procedimentale si pone soltanto laddove la stazione appaltante non sia in condizione di risolvere tutti i dubbi in ordine all'attendibilità dell'offerta soggetta a verifica di anomalia «per non poter, in particolare, o ritenere insufficienti le giustificazioni presentate dal concorrente in relazione agli elementi di cui al comma 4 o accertare l'inadeguatezza complessiva dell'offerta» (cfr. anche Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 690 del 28 gennaio 2019);

RILEVATO inoltre che il recente approdo giurisprudenziale di cui alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, del 14 maggio 2021 n. 3817 ha confermato i sopra richiamati principi cardine del procedimento di verifica della congruità dell'offerta e la natura discrezionale della valutazione dell'amministrazione, precisando altresì che in base all'articolo 97 del d.lgs. n. 50/2016 «l'operatore economico, in sede di verifica di congruità dell'offerta, deve dimostrare alla stazione appaltante che il prezzo offerto è sufficiente a garantire la corretta e puntuale esecuzione del servizio, per cui le relative giustificazioni possono concretizzarsi nell'illustrazione dei motivi economici e/o tecnici che gli hanno consentito di praticare un determinato ribasso, come ad esempio quelli relativi al processo produttivo, le particolari soluzioni tecniche prescelte o le condizioni particolarmente agevolate di cui può godere», al fine di consentire all'amministrazione di accertare l'affidabilità dell'offerta in relazione alla corretta esecuzione dell'affidamento;

RILEVATO infine che con sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 3 maggio 2021, n. 3472, è stato chiarito che «il contraddittorio procedimentale ex articolo 97 del d.lgs. n. 50/2016 non può estendersi *ad libitum* e, soprattutto, come chiarito dalla giurisprudenza, la stazione appaltante non è obbligata, ricevuti i chiarimenti richiesti, a far precedere l'esclusione per incongruità dell'offerta da un relativo preavviso all'interessato: ciò in quanto nella verifica di anomalia il contraddittorio procedimentale ha funzione meramente istruttoria, consentendo alla stazione appaltante di acquisire ogni elemento utile alla miglior valutazione dei dati contenuti nell'offerta al fine di acclarare se questa sia effettivamente sostenibile e, quindi, consenta di realizzare l'interesse pubblico inerente al contratto da aggiudicare, ma non è preordinato a risolvere in via anticipata un contrasto tra differenti posizioni (cfr. in termini Consiglio di Stato, Sez. V, 4 giugno 2020, n. 3508). Nel subprocedimento di verifica dell'anomalia è assicurata così al concorrente la possibilità di illustrare la sostenibilità economica della propria offerta. Pertanto, solo laddove la stazione appaltante non possa sciogliere i dubbi in ordine all'attendibilità dell'offerta soggetta a verifica di anomalia e lo richiedano le circostanze concrete (per incompletezza delle giustificazioni fornite o perché residuano ancora profili controversi o incerti), è necessario esperire ulteriori fasi del contraddittorio procedimentale (cfr. in tal senso anche Consiglio di Stato, sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690). Qualora pertanto l'offerta sia ritenuta anomala sulla base degli elementi acquisiti nel corso del subprocedimento di verifica di congruità ed inidonee le giustificazioni prodotte dalla concorrente a dimostrare la complessiva sostenibilità dell'offerta, la stazione appaltante non è tenuta ad avviare alcuna ulteriore interlocuzione procedimentale per acquisire nuovi chiarimenti, dal momento che spetta all'offerente fornire nell'ambito del contraddittorio procedimentale le prove documentali a supporto della asserita sostenibilità della sua offerta ai sensi dell'articolo 97, comma 5, del D.lgs. 50/2016 che prevede l'esclusione dell'offerta se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti»;

RITENUTO che, in ragione dei sopra richiamati principi giuridici e criteri ermeneutici nel caso di specie, ferma restando l'insindacabilità nel merito della valutazione di congruità posta in essere dall'amministrazione, tanto la scelta della stazione appaltante di richiedere ulteriori elementi giustificativi



al fine di accertare la congruità dell'offerta, nello specifico il contratto di noleggio quale parte essenziale della stessa, ritenuta necessaria per non aver ottenuto dalle precedenti giustificazioni elementi sufficienti a formulare una valutazione di attendibilità e serietà globale dell'offerta, quanto il conseguente provvedimento di esclusione disposto per mancato riscontro alla richiesta formulata siano conformi all'articolo 97 e ai principi interpretativi sopra richiamati inerenti il procedimento di valutazione della congruità dell'offerta;

CONSIDERATO che con specifico riferimento alla questione della modalità di comunicazione utilizzata dall'amministrazione per chiedere i giustificativi, giova preliminarmente evidenziare che ai sensi degli articoli 40 e 52 del d.lgs. n. 50/2016 le comunicazioni e gli scambi di informazioni sono eseguiti utilizzando i mezzi di comunicazione elettronici ai sensi dell'articolo 5-bis del d.lgs. n. 82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale);

CONSIDERATO che, relativamente alla piattaforma MEPA, il documento recante "*Regole del sistema di e-procurement della Pubblica Amministrazione*", all'articolo 22 - Comunicazioni, stabilisce che: « 1. *Ai fini dell'utilizzo del Sistema e per tutte le attività e le operazioni ivi compiute, il Fornitore elegge il proprio domicilio nel Sistema ovvero nell'Area Comunicazioni e nelle altre sezioni del Sistema medesimo tramite le quali vengono fornite informazioni agli utenti, nonché presso gli altri recapiti da questo dichiarati, l'indirizzo di Posta Elettronica Certificata e la sede legale. 3. [...] Laddove il Soggetto Aggiudicatore o Consip lo ritengano necessario (come ad esempio nel caso delle comunicazioni di cui all'art. 76, comma 6 del Codice dei Contratti Pubblici) od opportuno, le comunicazioni di cui al comma 2, potranno essere inviate al Fornitore presso altri recapiti da questo dichiarati, quali l'indirizzo di Posta Elettronica Certificata. Sono fatte salve specifiche prescrizioni eventualmente previste dai Soggetti Aggiudicatori nella documentazione di gara. 4. [...] 5. Il Fornitore si impegna ad accedere, verificare e tenere sotto controllo in maniera continuativa e sollecita, e comunque tutte le volte che si renderà necessario in funzione della propria partecipazione al Sistema, l'Area Comunicazioni e tutte le sezioni informative del proprio Account quale la casella di Posta Elettronica Certificata da questo indicata, così come ogni altra area eventualmente indicata da Consip S.p.A. all'interno del Sito [...]*».

CONSIDERATO che, sebbene con riferimento alla comunicazione 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 ciò comporta che spetti 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, 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);

CONSIDERATO che una tale interpretazione possa ritenersi applicabile anche alla fattispecie del procedimento di verifica della congruità dell'offerta, in ragione dei principi giuridici su cui è essa fondata e della intrinseca capacità lesiva solo ipotetica e potenziale del procedimento stesso, per il quale non è prevista una specifica modalità di comunicazione, salvo la forma scritta indicata dall'articolo 97. Ne



consegue la possibile applicazione del criterio ermeneutico secondo cui 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;

RILEVATO che, nel caso di specie, l'amministrazione, nell'esercizio di tale discrezionalità, abbia ritenuto necessario utilizzare non il sistema di comunicazioni della piattaforma MEPA, bensì la PEC dell'operatore economico, sia in fase di avvio del procedimento di verifica della congruità dell'offerta, sia successivamente, per la richiesta della documentazione ulteriore, e che tale scelta discrezionale di uno strumento di comunicazione rafforzata possa ritenersi in linea con i principi dell'ordinamento giuridico e idonea a garantire maggiormente la certezza della avvenuta ricezione da parte del concorrente;

CONSIDERATO infine che, con riferimento alla asserita non corrispondenza tra l'attività risultante dal certificato camerale dell'impresa e l'attività oggetto dell'affidamento, giova richiamare in via generale l'ormai consolidata posizione interpretativa dell'Autorità e della giurisprudenza che riconosce in capo alla stazione appaltante il potere di verificare il possesso dei requisiti di partecipazione dell'operatore economico, nell'ambito dell'esercizio della sua discrezionalità tecnica sindacabile solo nel caso di manifesta irragionevolezza, illogicità, incongruenza o palese travisamento dei fatti;

RILEVATO, nello specifico, che con riferimento al requisito di idoneità professionale, il costante orientamento ermeneutico riconosce all'iscrizione camerale di cui all'articolo 83, comma 1, lettera a) la natura di requisito di idoneità professionale, la cui utilità sostanziale è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico. Conseguentemente, per garantire un effetto utile a tale *ratio* si è ritenuta necessaria una congruenza e corrispondenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste: l'oggetto sociale viene così inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale. La su indicata corrispondenza contenutistica, sebbene non debba intendersi nel senso di una perfetta e assoluta sovrapposibilità tra tutte le singole componenti dei due termini di riferimento, va accertata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, in virtù di una considerazione non già atomistica, parcellizzata e frazionata, ma globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto. Infatti, l'interesse pubblico tutelato è quello di assicurare l'accesso al mercato, nel contemperamento con i principi della massima partecipazione e concorrenzialità, anche ai concorrenti per i quali è possibile pervenire ad un giudizio di globale affidabilità professionale, garantito mediante l'esame e il confronto tra tutte le risultanze descrittive del certificato camerale e l'oggetto del contratto di appalto (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 18 gennaio 2021 n. 508 e 15 novembre 2019 n. 7846);

RITENUTO che, nel caso di specie, stante la richiesta della *lex specialis* di dimostrare attraverso l'iscrizione camerale il concreto ed effettivo svolgimento da parte della concorrente di un'attività coerente con quella oggetto della gara stessa, la valutazione dell'amministrazione inerente la mancata corrispondenza tra attività attestata dal certificato camerale e attività oggetto di affidamento, con conseguente mancata dimostrazione dell'espletamento in concreto dell'attività oggetto di gara e della



specifica esperienza professionale nel settore, sia conforme ai sopra richiamati principi interpretativi e alla *ratio* della disposizione di cui all'articolo 83, comma 1, lettera a);

RITENUTE pertanto non fondate le contestazioni sollevate;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che il provvedimento di esclusione disposto nei confronti dell'operatore economico sia conforme alle disposizioni codicistiche, ai principi generali in materia di contratti pubblici e agli indirizzi interpretativi al riguardo espressi.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 luglio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente