



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.69 del 14/10/2014

PREC 210/14/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dall’Agenzia Industrie Difesa – Stabilimento Militare “Propellenti” – “Ristrutturazione e messa in sicurezza di n. 6 riserve” – Importo a base di gara euro 342.475,98 - S.A.: Agenzia Industrie Difesa – Stabilimento Militare “Propellenti”

1. Modalità di presentazione dell’offerta – separazione della busta A, inerente la documentazione amministrativa, dalla busta B, relativa all’offerta economica – prescrizione del disciplinare di gara sul contenuto dell’offerta a pena di esclusione – inserimento nella busta A, relativa alla documentazione amministrativa, anziché nella busta B, relativa all’offerta economica, del CD contenente la lista delle lavorazioni – violazione del principio di segretezza delle offerte e del principio di *par condicio* – esclusione - legittimità

2. Offerta economica – obbligo di allegare all’offerta, a pena di inammissibilità, ai sensi dell’articolo 118, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010, la dichiarazione di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell’offerta - mancata allegazione della dichiarazione, prevista a pena di esclusione anche dalla *lex specialis* – esclusione – legittimità – soccorso istruttorio – inammissibilità

1. È legittima l’esclusione di un concorrente che, in violazione di una prescrizione della *lex specialis*, prevista a pena di esclusione, in relazione al contenuto delle buste della documentazione amministrativa e dell’offerta economica, inserisce nella busta della documentazione amministrativa, anziché in quella dell’offerta, il CD contenente la lista delle lavorazioni, in quanto ciò costituisce violazione del principio di segretezza delle offerte e del principio di *par condicio* dei concorrenti.

2. È legittima l’esclusione di un concorrente che, in violazione di una prescrizione della *lex specialis*, prevista a pena di esclusione, nonché del contenuto dispositivo di cui all’articolo 118, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010, non allega all’offerta la dichiarazione di aver tenuto conto delle eventuali

discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell'offerta. L'esclusione disposta, infatti, non viola in alcun modo il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'articolo 46, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006, stante il contenuto precettivo dell'articolo 118, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010, né in una tale ipotesi può considerarsi ammissibile il soccorso istruttorio, con conseguente regolarizzazione successiva della documentazione presentata al momento della partecipazione alla gara.

Articolo 74 – articolo 46, comma 1-bis – articolo 2 del d.lgs. n. 163/2006

Articolo 118, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010 - articolo 46, comma 1 bis del d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 23 giugno 2014 è pervenuta l'istanza in epigrafe con la quale l'Agenzia Industrie Difesa – Stabilimento Militare “Propellenti”, con riferimento alla procedura di gara per l'affidamento del contratto di “*Ristrutturazione e messa in sicurezza di n. 6 riserve*”, ha chiesto parere in merito alla legittimità dei provvedimenti adottati nei confronti della società DEA Costruzioni S.r.l.

In particolare, l'istante ha rappresentato che, la società concorrente DEA Costruzioni S.r.l. in questione aveva presentato un'offerta difforme da quanto prescritto dall'articolo 11 del disciplinare di gara: aveva infatti inserito il CD relativo alla lista delle categorie di lavorazioni, parte integrante dell'offerta, nella busta A, inerente la documentazione amministrativa, anziché nella busta B, concernente la documentazione economica.

Nella seduta di gara dell'8 maggio 2014, a fronte dell'irregolarità rilevata, la commissione aveva interpellato la Direzione Generale dell'Agenzia, che, al riguardo, si era espressa nel senso di ammettere il concorrente non essendo stata violata la segretezza dell'offerta economica e non ritenendo sussistente la previsione espressa di una tale causa di esclusione nel disciplinare di gara.

I concorrenti presenti nella seduta avevano dichiarato a verbale di non opporsi all'eventuale ammissione della società DEA Costruzioni, dal momento che il CD non era immediatamente leggibile come documento contenente gli elementi giustificativi dell'offerta economica.

Tuttavia, uno dei concorrenti non presenti alla prima seduta, la società F.lli Proia S.r.l., ha contestato l'intervenuta ammissione della società DEA Costruzioni ed ha chiesto l'annullamento in autotutela del relativo provvedimento, in ragione del fatto che il CD contenente la lista delle lavorazioni è parte dell'offerta economica e che quindi il suo inserimento nella busta della documentazione amministrativa costituirebbe una violazione delle disposizioni di gara.

Inoltre, sempre con riferimento alla partecipazione della DEA Costruzioni S.r.l., l'Agenzia Industrie Difesa intende conoscere la legittimità del provvedimento di esclusione disposto nei suoi confronti, per

non aver allegato all'offerta ed inserito nella busta B, così come prescritto nel disciplinare di gara, la dichiarazione ex articolo 118, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010.

La società DEA Costruzioni ha contestato il provvedimento di esclusione, argomentando che la prescrizione in questione della *lex specialis* non rientrerebbe tra le cause tassative di esclusione previste dal Codice dei contratti pubblici e ritenendo in ogni caso la propria offerta completa.

L'Agenzia Industrie Difesa e le società concorrenti, F.lli Proia S.r.l. e DEA Costruzioni S.r.l., sono state formalmente avvisate dell'istruttoria con nota di questa Autorità dell'8 settembre 2014.

Ritenuto in diritto

Nel caso in esame la stazione appaltante chiede se possa ritenersi legittima l'esclusione di un concorrente che abbia inserito nella busta della documentazione amministrativa, e non in quella dell'offerta economica, come previsto a pena di esclusione nel disciplinare di gara, il CD contenente la liste delle categorie di lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione contrattuale; e, ancora, se sia legittima l'esclusione del medesimo concorrente per non avere inserito nella busta dell'offerta economica la dichiarazione di cui all'articolo 118, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010, anch'essa prevista a pena di esclusione dalla disciplina di gara.

Per la risoluzione di entrambi i profili occorre analizzare preliminarmente il contenuto delle prescrizioni della *lex specialis*.

Con specifico riferimento al primo profilo, il punto 11 del disciplinare di gara, inerente il contenuto della busta "B-Offerta economica" prevede: "*Nella busta B – "Offerte Economica" devono essere contenuti a pena di esclusione dalla gara i seguenti documenti: [...] 3) prospetto di offerta economica e lista delle categorie di lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dei lavori messa a disposizione dei concorrenti dalla stazione appaltante in formato cartaceo ed in file, [...]; le liste devono essere redatte dal concorrente in formato cartaceo e in CD/file per PEC.*"

La previsione appare chiara nella sua formulazione di imporre l'inserimento della lista lavorazioni in formato digitale all'interno della busta contenente l'offerta economica, ciò manifestamente in linea con i principi fondamentali in materia di contratti pubblici ed in particolare con il principio di segretezza delle offerte, che mira proprio a garantire che, al momento dell'apertura della documentazione amministrativa, la stazione appaltante non possa conoscere in alcun modo elementi contenenti le offerte.

Nel caso di specie, la stazione appaltante ha in un primo momento scelto di ammettere la società DEA Costruzioni S.r.l., nonostante l'intervenuto inserimento del CD contenente la lista delle lavorazioni nella busta A della documentazione amministrativa, anziché nella busta B dell'offerta economica come prescritto nella *lex specialis*, in ragione del fatto che il CD, in quanto supporto informatico, non era immediatamente leggibile e quindi non risultava violata la segretezza delle offerte.

Successivamente, in considerazione della contestazione della società F.lli Proia, ha valutato la possibilità di escludere il concorrente rimettendo la questione all'Autorità.

Pur riconoscendo che la scelta iniziale della stazione appaltante sia stata volta a garantire la massima partecipazione alla gara, si ritiene tuttavia più conforme alla disciplina di gara, cui la stessa amministrazione si è autovincolata, nonché al principio di segretezza delle offerte e di *par condicio* tra i concorrenti, l'esclusione della DEA Costruzioni S.r.l.

Infatti, non solo non risulta rispettato quanto prescritto dalla *lex specialis*, nonostante la chiara e inequivoca prescrizione al riguardo, che invece ha trovato corretta attuazione da parte di tutti gli altri concorrenti alla procedura, ma l'operato dell'impresa ha anche esposto la stazione appaltante ad un rischio di possibile riconoscibilità dell'offerta presentata, attraverso un elemento appositamente previsto per tutti i concorrenti: l'inserimento, appunto, del CD con la lista delle lavorazioni nella busta della documentazione amministrativa, soggetta ad immediata apertura.

Ciò anche in considerazione del fatto che la stazione appaltante, magari ipotizzando che nel supporto informatico potessero essere inseriti elementi inerenti la documentazione amministrativa e non essendo riconoscibile, eventualmente attraverso etichette identificative, il contenuto del CD – aspetto questo che nel caso di specie non è possibile accertare dalla documentazione in atti - avrebbe potuto essere indotta in un errore, leggere il contenuto del CD e venire a conoscenza di elementi inerenti l'offerta economica.

In tal senso depone il principio secondo cui il divieto di inserimento di documentazione di carattere economico nella busta contenente la documentazione amministrativa si fonda nella tutela della *par condicio*, dell'imparzialità e del conseguente principio di segretezza dell'offerta, tesa ad evitare condizionamenti della commissione di gara nella fase di valutazione di ammissibilità delle offerte. È legittima l'esclusione dell'operatore economico per aver introdotto nella busta A, destinata a contenere la documentazione amministrativa di ammissibilità, documentazione avente carattere economico costituita da un listino prezzi (*cf. AVCP, parere n. 57 del 19 marzo 2014*).

Costante è, al riguardo, l'orientamento che riconosce la segretezza dell'offerta economica quale principio posto a presidio dell'attuazione dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, *sub specie* della trasparenza e della *par condicio* dei concorrenti, intendendosi così garantire il corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale-volitivo che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica ed in particolare con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest'ultima viene valutata. (*Cfr. AVCP, parere n. 115 del 19 luglio 2012 e Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2734 dell'11 maggio 2012*).

Tuttavia, anche a voler ritenere plausibile la scelta della stazione appaltante di considerare l'operato della DEA Costruzioni S.r.l. quale mera irregolarità non sanzionabile con l'esclusione, al fine di garantire la partecipazione di un maggior numero di operatori economici alla procedura, la partecipazione della società in questione sembra in ogni caso compromessa dal secondo profilo oggetto di contestazione,

ovvero dalla mancata allegazione della dichiarazione di cui all'articolo 118, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010.

Al riguardo, infatti, la *lex specialis* prevedeva espressamente, nell'elenco del contenuto obbligatorio dell'offerta e a pena di esclusione, al punto 11 del disciplinare, n. 2) “*la dichiarazione ai sensi dell'articolo 118, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010, di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell'offerta.*”

Tale prescrizione costituisce pedissequa riproduzione del contenuto normativo della disposizione di cui all'articolo 118, comma 2, che prevede che l'offerta sia corredata della “*dichiarazione di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell'offerta, che riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a gara, resta comunque fissa e variabile.*”

Dunque, la mancata allegazione della dichiarazione *de qua* non solo costituisce violazione di una specifica prescrizione della *lex specialis*, ma anche di una disposizione normativa, che appositamente prevede l'inammissibilità dell'offerta.

Ne deriva che il concorrente che non abbia rispettato tale prescrizione non può essere ammesso alle successive fasi della procedura: tale esclusione non viola in alcun modo il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'articolo 46, comma 1-*bis* del d.lgs. n. 163/2006, stante il contenuto precettivo dell'articolo 118, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010.

Né in una tale ipotesi può considerarsi ammissibile il c.d. soccorso istruttorio, con conseguente regolarizzazione della documentazione prodotta dal concorrente ai fini della partecipazione alla gara, in un momento successivo a quello di scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Ciò in ragione dell'ormai consolidato principio secondo cui, in presenza di clausole che contemplano prescrizioni a pena di esclusione, non è ammissibile il soccorso istruttorio in quanto l'invito alla regolarizzazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*, con la conseguenza che verrebbe definitivamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la (auto)regolamentazione del soccorso istruttorio, atteso che la scelta discrezionale dell'amministrazione – di inserire nel bando la previsione che un determinato adempimento formale o documentale è richiesto a pena di esclusione – consente all'amministrazione di prescindere dall'onere di una preventiva interlocuzione e di escludere pertanto il concorrente sulla base della riscontrata carenza documentale, a prescindere anche da ogni verifica sulla valenza "sostanziale" della forma documentale omessa o mancante (cfr., in tal senso, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 4262 del 12 settembre 2014; AVCP, parere n. 147 del 20 giugno 2014).

In base a quanto sopra rappresentato

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 ottobre 2014
Il Segretario Maria Esposito