

DELIBERA N. 611

8 settembre 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Agenzia Locale di Sviluppo dei Comuni dell'Area Nolana S.C.P.A. – Procedura telematica aperta con oepv per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani sul territorio comunale di San Paolo Belsito (NA) per la durata di anni 3 (tre) - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: € 798.395,88 - S.A.: Agenzia Locale di Sviluppo dei Comuni dell'Area Nolana S.C.P.A.

PREC 170/2021/S

Riferimenti normativi

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

Parole chiave

Offerta tecnica – Soccorso istruttorio

Massima

Offerta tecnica – Servizi pregressi – Criterio valutazione offerta tecnica – Mancata produzione certificazione – Soccorso istruttorio – Ammissibilità

Nel caso di servizi pregressi rientranti tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, in presenza di dichiarazione recante la loro descrizione e il relativo possesso, la mancata produzione, in sede di offerta, della relativa certificazione non incide sul contenuto dell'offerta tecnica e può essere sanata tramite soccorso istruttorio.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza dell'8 settembre 2021

Vista l'istanza della CUC Agenzia Locale di Sviluppo dei Comuni dell'Area Nolana, acquisita al prot. n. 55270 del 14 luglio 2021, volta a conoscere il parere dell'Autorità in ordine al provvedimento con il quale, annullata la proposta di aggiudicazione a favore dell'operatore economico CZETA S.p.A., la Commissione ha invitato i partecipanti alla gara a trasmettere le attestazioni rilasciate dai Comuni a comprova di uno dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica – il criterio "D – Esperienze qualificanti" - fermo restando quanto dichiarato in sede di offerta. Il criterio "D", cui è connessa l'attribuzione di massimo 15 punti (su 70), consiste nello

"Svolgimento del Servizio di raccolta differenziata con il sistema porta a porta con differenziazione secco-umido a monte in un Comune di pari categoria (Meno di 5.000) abitanti o superiore con risultati di percentuale di raccolta superiore al 70%"; in relazione a tale criterio il disciplinare specificava che "La durata del servizio eseguito dovrà essere comprovata da attestazioni rilasciate dagli stessi Comuni nei quali il servizio è stato reso con l'attestazione della percentuale di raccolta differenziata raggiunta nel periodo per cui se ne chiede la valutazione". L'invito alla produzione dei certificati è stata rivolta a tutti i partecipanti, in accoglimento della richiesta di annullamento/ritiro del verbale recante la valutazione dell'offerta tecnica presentata dalla Cooperativa Sociale Multyservices a r.l., a cui era stato attribuito, per detto criterio, un punteggio pari a zero, non avendo prodotto la certificazione del Comune attestante le dichiarate esperienze pregresse. A fronte della contestazione da parte di CZETA S.p.A. del ricorso all'istituto del soccorso istruttorio per l'integrazione dell'offerta tecnica, la CUC ha chiesto che sia chiarito se la richiesta di integrazione formulata dalla Commissione di gara sia inquadrabile come un'ipotesi, vietata ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, di soccorso istruttorio e successiva integrazione della documentazione tecnica presentata in fase di gara, o, al contrario, integri l'istituto consentito del soccorso procedimentale;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 22 luglio 2021 con nota prot. n. 57275;

Visto quanto argomentato da CZETA S.p.A., con memoria acquisita al prot. n. 58174 del 27 luglio 2021, circa l'impossibilità di attivare il soccorso istruttorio per modificare un'offerta tecnica, in corso di gara, atteso che l'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 prevede espressamente che le carenze formali possono essere sanate attraverso la procedura del c.d. soccorso istruttorio *"con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica ed all'offerta tecnica"* e che eventuali carenze formali delle offerte possono essere tutt'al più sanate nella fase precedente all'esame dell'offerta tecnica ed economica, poiché nella fase della valutazione di dette offerte il principio della *par condicio* impone all'amministrazione di non ammettere integrazioni onde scongiurare che il concorrente completi l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando;

Visto quanto ribattuto dalla Cooperativa Sociale Multyservices a r.l., la quale, con memoria acquisita al prot. n. 58257 del 27 luglio 2021, ha evidenziato come nel caso in esame il soccorso istruttorio non sia stato attivato per sanare una carenza sostanziale, dal momento che non è in discussione la sussistenza delle esperienze qualificanti della Cooperativa, così come dichiarate in sede di offerta e certificate dall'attestazione del Comune di San Paolo Bel Sito prodotta in sede di soccorso istruttorio, con l'effetto che non può ritenersi in alcun modo violata la *par condicio* dei partecipanti;

Vista la documentazione acquisita agli atti;

Considerato che il comma 9 dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, consente il ricorso al soccorso istruttorio per sanare la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità delle dichiarazioni riguardanti le condizioni di partecipazione ma non quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica. La ratio della preclusione è quella di evitare che l'operatore economico sia messo nella condizione di modificare l'offerta tecnica per renderla rispondente ai requisiti minimi stabiliti dalla stazione appaltante dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, in violazione del principio di parità di trattamento (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, V, n. 3029/2017 e pareri di precontenzioso n. 488 del 3 maggio 2017; n. 792 del 19 luglio 2017; n. 900 del 6 settembre 2017; n. 23 del 27 gennaio 2019). Più precisamente, la richiamata prescrizione costituisce il precipitato logico dei principi di par condicio, imparzialità e segretezza dell'offerta, che informano le procedure ad evidenza pubblica, nonché della natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura, e trova corrispondenza, dal lato dell'operatore economico, nel principio di autoresponsabilità del concorrente, in forza del quale l'operatore economico partecipante alla gara sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione (cfr. Cons. Stato, Adunanza Plenaria, n. 9/2014). Quanto descritto non osta a che siano soddisfatte, nell'interesse sia dell'operatore economico che della stazione appaltante (che può così formarsi un

convincimento informato), le esigenze di flessibilità procedimentale che hanno condotto il Consiglio di Stato a raccomandare «*di conservare un "soccorso procedimentale", nettamente distinto dal soccorso istruttorio, in virtù del quale la stazione appaltante possa richiedere, in caso di dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta, chiarimenti e giustificazioni al concorrente*» (Pareri resi dall'Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, parere n. 855 e dall'Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017, parere n. 782, rispettivamente, sullo schema del d.lgs. 50/2016 e sullo schema del correttivo). Nel solco tracciato dal Consiglio di Stato, la giurisprudenza ritiene attivabile il soccorso procedimentale «*per risolvere dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità*» (Cons. Stato, V, n. 680/2020; Cons. Stato, III, n. 1225/2021).

Parallelamente si è andato consolidando un orientamento giurisprudenziale che, ribadito il principio pacifico per cui il soccorso istruttorio non è ammesso quando finalizzato a colmare una iniziale e sostanziale inadeguatezza dell'offerta, ritiene che non sia inibito alla stazione appaltante richiedere, né al concorrente provare, anche con integrazioni documentali, che la propria offerta fosse, sin dal principio, effettivamente conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis*, purché le integrazioni e le correzioni, consentite a mezzo di soccorso istruttorio, non conducano a modifiche sostanziali dell'offerta iniziale, tali da tradursi in una nuova offerta (Cfr. Cons. Stato, V, n. 1854/2018, «*Pertanto, le integrazioni sono ammissibili, purché non riguardino elementi essenziali dell'offerta*»). In altri termini, è stato ritenuto attivabile il soccorso istruttorio anche nei confronti dell'offerta tecnica quando non sia contestata la mancanza del requisito richiesto dalla *lex specialis*, ma si siano riscontrate omissioni che attengono a profili formali dell'offerta tecnica, al «mezzo descrittivo» del requisito tecnico per come richiesto dalla legge di gara (TAR Marche Ancona, n. 565/2021). In applicazione di questi principi, in un caso simile a quello in esame, è stata ritenuta legittima l'attivazione del soccorso istruttorio per consentire la produzione di un certificato di regolare esecuzione di lavori precedentemente realizzati, da valutare quale esperienza professionale pregressa ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, avendo ritenuto che la mancata allegazione non abbia inciso sul contenuto dell'offerta (TAR Piemonte Torino, n. 578/2021);

Considerato che, alla stregua di quanto sopra, incontestato il principio secondo cui l'offerta (tecnica ed economica) non è modificabile e neppure integrabile nel suo contenuto sostanziale, secondo la giurisprudenza i margini di intervento della stazione appaltante sono limitati alla possibilità di chiedere chiarimenti, anche su elementi essenziali dell'offerta, ma solo per consentirne l'esatta interpretazione e per ricercare l'effettiva volontà del partecipante - facoltà che il Consiglio di Stato ha da principio qualificato come «soccorso procedimentale» - e nella possibilità di chiedere integrazioni in presenza di omissioni che attengono a profili formali, e non sostanziali, dell'offerta tecnica purché, appunto, ciò non si traduca in una modifica del contenuto dell'offerta - facoltà che la giurisprudenza tende a ricondurre nell'alveo del soccorso istruttorio e a qualificare come tale;

Considerato che, nel caso in esame, la certificazione risultata mancante in capo alla Multysservices consiste nell'attestazione rilasciata dal Comune per il quale, nel 2019 e nel 2020, ha reso il servizio dichiarato nella Relazione tecnica ai fini della sua valutazione quale esperienza pregressa. Si tratta di documentazione a comprova di un requisito che attiene ad aspetti soggettivi di qualificazione, ma che incide sulla qualità della prestazione in modo oggettivo. Con il superamento giurisprudenziale della netta dicotomia tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi di valutazione dell'offerta si è infatti definitivamente ammesso che, come previsto dall'art. 95, comma 6, d.lgs. n. 50/2016 nell'ambito della valutazione delle offerte, possano essere considerati anche aspetti di carattere soggettivo dell'operatore economico, concernenti «*l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto*» (Cfr., in tal senso, anche le Linee Guida Anac n. 2);

Considerato che, nel caso in esame, l'esperienza pregressa è stata debitamente dichiarata dall'operatore economico nella Relazione tecnica, con indicazione di tutte le informazioni richieste dalla *lex specialis* ai fini dell'attribuzione del punteggio (tipologia di servizio, Comune presso cui il servizio è stato reso, annualità e percentuale di raccolta differenziata raggiunta in ciascuna annualità);

Considerato che la certificazione a comprova non è annoverata tra la documentazione che deve costituire a pena di esclusione il contenuto della Busta B- Offerta tecnica (Par.16 del Disciplinare), ma è richiamata nella Tabella dei criteri di valutazione quale documentazione a comprova della durata del servizio e della percentuale di raccolta differenziata raggiunta nel periodo per cui se ne chiede la valutazione;

Considerato che, a differenza dell'esecuzione dei lavori - che non è solo documentata dal certificato di esecuzione dei lavori (CEL), atto ritenuto rientrante nella categoria dei c.d. accertamenti costitutivi, perché l'effetto dell'accertamento è quello di costituire il requisito in capo all'impresa che richiede il certificato - nel caso, come quello in esame, di prestazione di servizi, la documentazione attestante il servizio non ha effetto costitutivo ai fini del possesso del requisito (Cons. Stato, V, n. 1320/2020);

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che la mancata produzione, in sede di offerta, del certificato del Comune non incide sul contenuto dell'offerta tecnica, in quanto non necessario ai fini costitutivi dell'esperienza pregressa, la quale è stata comunque dichiarata con tutti gli elementi necessari ai fini della valutazione, ma rileva solo sul piano probatorio;

Considerato che le precedente conclusione trova, nel caso di specie, particolare conforto nella circostanza che il Comune di Belsito, per il quale la Multyservices ha svolto il servizio pregresso è lo stesso Comune per il quale la CUC ha bandito la procedura in esame, per cui sarebbe stata anche possibile l'acquisizione d'ufficio della certificazione ai sensi dell'art. 18, comma 2, l. n. 241/1990, secondo la giurisprudenza applicabile anche nei procedimenti di gara senza per questo violare la *par condicio* (Cons. Stato, V, n. 3698/2017), con la conseguenza che l'attestazione del "buon esito" dei servizi svolti non è necessaria allorquando questi sono stati prestati nei confronti della stessa stazione appaltante che ha bandito la gara;

Ritenuto, alla stregua di quanto sopra, che l'invito alla produzione della certificazione a comprova delle dichiarate esperienze pregresse sia legittimo e sia inquadrabile in quella tipologia di soccorso istruttorio, sopra menzionata, ritenuta ammissibile dalla giurisprudenza anche nei confronti dell'offerta tecnica;

Il Consiglio

ritiene, sulla base della documentazione acquisita agli atti e nei limiti delle motivazioni che precedono,

- l'operato della stazione appaltante conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 settembre 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente