

DELIBERA N. 98

3 febbraio 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Impresig S.r.l. Unipersonale (capogruppo R.T.I.) – Lavori di realizzazione della Variante alla S.R.T. 71 nel tratto compreso tra Subbiano nord e la loc. Calbenzano - Lotto 1 – Importo a base di gara: euro 9.266.483,58 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa S.A.: Regione Toscana - Giunta Regionale – Direzione politiche mobilità infrastrutture e trasporto pubblico locale – Settore progettazione e realizzazione viabilità Arezzo, Siena e Grosseto

PREC 11/2021/L

Riferimenti normativi

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

Parole chiave

Offerta tecnica – carenza – esclusione – sottoscrizione – raggruppamento -sanabile

Massima

Carenza di un elaborato dell'offerta tecnica - esclusione – carenza della sottoscrizione di un componente del raggruppamento – sanabile qualora vi sia certezza della provenienza

Le carenze di elementi dell'offerta tecnica non sono sanabili tramite soccorso istruttorio, in ossequio al disposto dell'art. 83, co. 9 d.lgs. 50/2016, e pertanto l'esclusione è legittimamente disposta qualora fondata sulla carenza di un elaborato consistente in un elemento costitutivo essenziale dell'offerta stessa. La carenza della sottoscrizione di un componente del raggruppamento è sanabile qualora, in concreto, tutti gli elementi a disposizione della S.A. possano far ritenere che l'offerta tecnica sia nel suo complesso certamente riconducibile al costituendo raggruppamento.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 3 febbraio 2021



DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 98045 del 23 dicembre 2020, presentata da Impresig S.r.l. Unipersonale in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Costruzioni Perrone S.r.l. e ICM & Engineering S.r.l., con cui la società istante lamenta l'esclusione dalla gara in oggetto, comunicata il 25 novembre 2020. Il provvedimento di esclusione era dovuto al mancato inserimento, all'interno dell'offerta tecnica, del documento relativo al punto B.1.2 del disciplinare ("Sviluppo in dettaglio della fase di lavoro relativa alla realizzazione del viadotto sul torrente Gravenna") in quanto la Commissione di gara constatava che il file allegato risultava impossibile da aprire. Inoltre, la Commissione rilevava che due files dell'offerta tecnica, fra cui il file non apribile, risultavano firmati solamente dai legali rappresentanti delle mandanti, risultando quindi carenti della firma del legale rappresentante della capogruppo. In riscontro ai suddetti rilievi, la mandataria odierna istante replicava che il file relativo al punto B.1.2 era apribile e recava le firme di tutti i legali rappresentanti. Quanto al secondo file di cui si contestava la carenza di sottoscrizione, relativo al punto B.1.1a ("Sviluppo e svolgimento dei lavori – Organizzazione delle fasi dei lavori"), l'istante riferisce che per mero errore materiale veniva caricata sul Portale la versione recante solo le firme delle mandanti. Tuttavia, la S.A. respingeva la richiesta di soccorso istruttorio, affermando che la carenza della firma sull'offerta tecnica da parte del legale rappresentante di un componente del raggruppamento non fosse sanabile. L'istante chiede quindi parere all'Autorità in merito alla possibilità di sanare la carenza della sottoscrizione ai sensi dell'art. 83, co. 9 del d.lgs. 50/2016, e se sia legittimo richiedere l'accettazione incondizionata dei documenti di gara;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 13 gennaio 2021, con nota prot. n. 2508;

VISTA la memoria della S.A. acquisita al prot. 3855 del 18 gennaio 2021, con cui essa rappresenta che l'esclusione veniva disposta dalla Commissione di gara in ossequio al disciplinare, che era stato accettato incondizionatamente dai concorrenti. A tenore della *lex specialis* costituiva causa di esclusione la carenza anche di uno solo degli elementi di cui ai punti b.1.1), b.1.2), b.1.3) e b.1.4) indicati nel "Contenuto dell'offerta tecnica", nonchè la mancanza della sottoscrizione da parte di tutti i componenti del raggruppamento su tutti gli elementi dell'offerta tecnica. Pertanto, dato che la carenza della sottoscrizione non era sanabile, in ossequio al disposto dell'art. 83, co. 9 d.lgs. 50/2016 e in linea con l'orientamento della giurisprudenza, la S.A. afferma che ogni altra questione era da ritenere assorbita, confermando così la correttezza del proprio operato;

VISTO il punto B) del disciplinare ("Documentazione Tecnica"), e in particolare il punto B.1) recante il "Contenuto obbligatorio dell'offerta tecnica", dal quale si evince che all'interno dell'offerta tecnica dovevano essere inserite, ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio: - una relazione sull'organizzazione delle fasi di lavoro (punto B.1.1 a); - una relazione sullo sviluppo e svolgimento dei lavori – gestione del traffico (B.1.1 b); - la relazione recante lo "Sviluppo in dettaglio della fase di lavoro relativa alla realizzazione del viadotto sul torrente Gravenna", con allegate le schede tecniche e la documentazione grafica esplicativa (B.1.2); - una relazione recante un Piano di comunicazione all'utenza (B.1.3); - una relazione sulle "Migliorie progettuali – miglioramento della sicurezza stradale e arredo rotatoria" (B.1.4). Il punto 5.2 del Disciplinare di gara, recante «Motivi di esclusione non sanabili afferenti all'offerta tecnica [...]» prevede fra le cause di esclusione il fatto che l'offerta tecnica «non sia firmata digitalmente dai titolari o legali rappresentanti o procuratori di ciascuna delle imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo di concorrenti, del consorzio ordinario di concorrenti, non ancora



costituiti», nonché l'ipotesi in cui « manchi anche uno solo degli elementi di cui ai punti b.1.1), b.1.2), b.1.3) e b.1.4) indicati nel "Contenuto dell'offerta tecnica"»;

RITENUTO, con riferimento all'accettazione incondizionata dei documenti di gara, che in linea generale «l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e, 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale» (Cons. Stato, Sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507);

CONSIDERATO che, nel caso di specie, emerge dal verbale di gara, richiamato anche dalla S.A. nelle proprie memorie, che uno dei files dell'offerta tecnica risultava "impossibile da aprire". Si osserva in proposito che le carenze di elementi essenziali dell'offerta tecnica non sono sanabili tramite soccorso istruttorio, in ossequio al disposto dell'art. 83, co. 9 d.lgs. 50/2016. Pertanto, sebbene la questione sia stata considerata "assorbita" dalla S.A. e quindi le affermazioni dell'istante secondo il quale il file era apribile e recava altresì tutte le firme richieste non siano state oggetto di specifiche repliche nel presente procedimento, l'esclusione sarebbe legittimamente disposta qualora fondata sulla carenza di un elaborato consistente in un elemento costitutivo essenziale dell'offerta stessa;

CONSIDERATO che, in relazione alla carenza della sottoscrizione dell'offerta, l'Autorità ha da tempo aderito all'orientamento sostanzialistico affermato anche dalla giurisprudenza, e ha quindi in molteplici occasioni affermato il principio per cui la sottoscrizione della domanda o dell'offerta costituisce un elemento essenziale; tuttavia, non impattando sul contenuto e sulla segretezza dell'offerta, la sua eventuale carenza si ritiene sanabile, ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente che escluda l'incertezza assoluta sulla provenienza. L'ANAC ha ritenuto quindi l'illegittimità dell'esclusione nei casi in cui, in base alle circostanze concrete, l'offerta risultava con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico (V. Parere reso con delibera n. 265 del 17 marzo 2020). La carenza strutturale dell'atto viene in tal caso superata in considerazione del superiore interesse dell'amministrazione nella procedura di gara a non escludere un concorrente che è identificabile con assoluta certezza sulla base di altri elementi acquisiti *aliunde*, nell'ambito della documentazione prodotta. Ciò sulla base del fatto che nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione dell'offerta è quella di renderla riferibile al presentatore, vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulti in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara. E pertanto, qualora la mancanza della sottoscrizione non precluda la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporti un'incertezza assoluta sulla stessa, il vizio è da ritenere sanabile mediante soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva (V. Pareri resi con delibere n. 46 del 22 gennaio 2020; n. 685 del 18 luglio 2018; n. 1358 del 20 dicembre 2017; n. 432 del 27 aprile 2017; n. 1298 del 12 dicembre 2017; n. 953 del 7 settembre 2016; n. 10 del 4 febbraio 2015; determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015; in giurisprudenza, cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 22 giugno 2020, n. 3973; id., 9 marzo 2020, n. 1655; id., 21 novembre 2016, n. 4881; TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 3 dicembre 2019, n. 13812 e Sez. I, 16 giugno 2016, n. 6923; TAR Toscana, 31 marzo 2017, n. 496);

RITENUTO pertanto che le clausole del disciplinare vadano interpretate, in ossequio al principio di tassatività delle cause di esclusione, circoscrivendo la sanzione escludente alle sole ipotesi di vizi radicali (difetto totale di sottoscrizione della relazione tecnica o incertezza della sua provenienza), evitandone



l'applicazione a fronte di vizi meramente formali che non precludono la riconoscibilità della provenienza dell'offerta;

RITENUTO quindi che la carenza della sottoscrizione di un componente del raggruppamento sia sanabile qualora, in concreto, tutti gli elementi a disposizione della S.A., ad esempio il fatto che tutti i restanti elaborati risultassero sottoscritti da tutti i componenti del raggruppamento, possano far ritenere che l'offerta tecnica sia nel suo complesso certamente riconducibile al costituendo raggruppamento;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- L'operato della stazione appaltante sia conforme alla normativa di settori in quanto le carenze di elementi dell'offerta tecnica non sono sanabili tramite soccorso istruttorio, in ossequio al disposto dell'art. 83, co. 9 d.lgs. 50/2016, e pertanto l'esclusione è legittimamente disposta qualora fondata sulla carenza di un elaborato consistente in un elemento costitutivo essenziale dell'offerta tecnica stessa. La carenza della sottoscrizione di un componente del raggruppamento è sanabile qualora, in concreto, tutti gli elementi a disposizione della S.A. possano far ritenere che l'offerta tecnica sia nel suo complesso certamente riconducibile al costituendo raggruppamento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 febbraio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente