

DELIBERA N. 1081

10 Dicembre 2020.

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dal Comune di Ariano Irpino – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione degli impianti di depurazione comunali ubicati in località CARDITO (località Viggiano); MARTIRI (località Cannelle); CERRETO; CARPINIELLO (Tartaruga S.C.A.R.L.); CAMPOREALE (Zona Area Industriale – P.I.P.); IMPIANTI DI SOLLEVAMENTO (Località: Piano di Zona – Cannelle – Valle – n. 2 Concoline) – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro € 191.341,42 oltre oneri di sicurezza pari ad € 2.735,30 – S.A.: Comune di Ariano Irpino

PREC 231/2020/S-PB

Riferimenti normativi

Articolo 95 del d.lgs. n. 50/2016

Articolo 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Offerta tecnica – sottoscrizione tecnico abilitato – mancata sottoscrizione – offerta da considerare tamquam non esset – conseguente non attribuzione del punteggio

Offerta tecnica – soccorso istruttorio – non esperibilità – salvo ipotesi di "soccorso procedimentale"

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 10 dicembre 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 82088 del 1 settembre 2020, presentata dal Comune di Ariano Irpino relativa alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

CONSIDERATO che la stazione appaltante istante rappresentava che la commissione di gara, nel corso della seduta di gara n. 1 del 15 ottobre 2020, prendeva atto che le offerte tecniche presentate dalle imprese partecipanti SICA S.r.l., MEC s.r.l. e SIT S.r.l., risultavano carenti della sottoscrizione degli elaborati della offerta tecnica da parte del tecnico abilitato e riteneva che tale carenza comportasse l'impossibilità di valutare gli elaborati inerenti l'offerta tecnica stessa e la conseguente attribuzione del punteggio zero per i relativi elementi dell'offerta, ritenendo non applicabile l'istituto del soccorso istruttorio. L'amministrazione inoltre evidenziava che tale decisione veniva contestata dalle ditte partecipanti SICA S.r.l. e MEC s.r.l. che ritenevano invece applicabile il soccorso istruttorio e inconferente il richiamo effettuata dall'amministrazione alla delibera ANAC n. 707 del 23 luglio 2019, in quanto relativa ad un appalto di lavori;

VISTA la documentazione di gara e, nello specifico, il disciplinare di gara che al punto 18.2, relativo all'offerta tecnica, prevedeva tra l'altro la presentazione di proposte migliorative, specificando che «le relazioni e tutti gli elaborati relativi all'offerta devono essere sottoscritti dal legale rappresentante del concorrente o da suo Procuratore e, in tal caso, deve essere allegata, la relativa procura. [...] La predetta documentazione, deve essere altresì sottoscritta, a pena di esclusione, da tutti i Tecnici (architetti, ingegneri ed altri) regolarmente iscritti nei rispettivi albi professionali, che hanno, eventualmente, collaborato alla stesura delle proposte migliorative e/o integrative»;

CONSIDERATO altresì che la medesima disciplina di gara prevedeva l'attribuzione alla componente dell'offerta tecnica di un punteggio massimo di 80 punti su 100 distribuiti sulla base dei seguenti elementi: «a1 - proposta tecnica migliorativa del processo depurativo inerenti l'utilizzo di accorgimenti atti ad aumentare l'efficienza depurativa degli impianti e la riduzione dei costi di gestione (energia, reagenti, smaltimenti dei rifiuti prodotti dall'impianto): 30 punti; a2: proposta migliorativa con riferimento all'attività tecnico-amministrativa da espletare per l'implementazione delle tipologie di reflui da trattare, al fine di ampliare i servizi offerti all'utenza: 15 punti; a3: proposta migliorativa per l'attuazione di un sistema di controllo e verifica da parte dell'ente della presenza del personale addetto alla gestione sugli impianti: 15 punti; a4: descrizione delle attività del servizio con indicazione delle modalità operative specificando le proposte per il miglioramento della gestione delle attrezzature meccaniche (individuazione e rintracciabilità) e della sicurezza degli operatori addetti alla gestione degli impianti: 20 punti»;

RILEVATO che dalla documentazione di gara pubblicata sul portale dall'amministrazione si evince che la platea dei concorrenti partecipanti alla procedura si esaurisce esclusivamente nei tre operatori economici la cui offerta tecnica è priva della sottoscrizione del tecnico abilitato;

VISTE le contestazioni sollevate dalle ditte partecipanti, allegate alla istanza in questione;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 11 novembre 2020, con nota prot. n. 85009;

CONSIDERATO il mancato deposito di ulteriori memorie, oltre a quelle prodotte in sede di partecipazione dalla stazione appaltante;

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

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità concerne la legittimità della mancata attribuzione del punteggio ad un'offerta tecnica per mancata sottoscrizione della stessa da parte di un tecnico abilitato, senza fare ricorso al soccorso istruttorio;

VISTO che l'articolo 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016 fissa il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara, cominando la nullità di tutte quelle previsioni della *lex specialis* che stabiliscono cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate e che tale disposizione codifica l'orientamento sostanzialista già invalso nella più recente giurisprudenza amministrativa, per cui le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica (cfr. ANAC, delibera n. 707 del 23 luglio 2019);

CONSIDERATO altresì che, in via generale, in un contratto pubblico, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'offerta tecnica, intesa come complesso di prestazioni offerte in favore della stazione appaltante, è atto riferibile e di esclusiva spettanza dell'impresa concorrente alla gara, cui grava, pertanto, l'onere della sottoscrizione; è solo con riferimento a tale carenza che la stazione appaltante può nutrire fondati dubbi sulla volontà dell'operatore economico di contrarre e di instaurare un rapporto giuridico (ANAC, delibera n. 707 del 23 luglio 2019);

CONSIDERATO inoltre il costante orientamento giurisprudenziale, da ultimo sostenuto dal Consiglio di Stato, sez. V, 12 maggio 2020 n. 2969, secondo cui «le proposte migliorative consistono pertanto in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste» (cfr. anche Consiglio di Stato, sez. V, 8 ottobre 2019, n. 6793; 17 gennaio 2018, n. 269e 270; sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2969; CGA, 30 aprile 2018, n. 251). Dunque, una peculiare modalità esecutiva dell'opera o del servizio che non alteri struttura, funzione e tipologia del progetto costituisce una proposta migliorativa;

CONSIDERATO altresì che sulla scia di quanto sostenuto dall'Autorità nella delibera n. 707/2019 non si rinviene nel nostro ordinamento alcuna disposizione che fissi, sia per gli appalti di lavori che per i servizi, l'obbligo di sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte di un professionista abilitato; viceversa, appare condivisibile e coerente con la disciplina di settore la richiesta di sottoscrizione, da parte di un tecnico abilitato, dei singoli elaborati progettuali contenuti nell'offerta tecnica e recanti varianti maggiorative al progetto esecutivo posto a base di gara, fungendo la sottoscrizione quale assunzione di responsabilità delle soluzioni proposte (cfr. Parere n. 220 del 16 Dicembre 2015);

CONSIDERATO pertanto che, nel caso in cui l'offerta tecnica rechi la sottoscrizione della sola impresa concorrente alla gara e non anche quella del tecnico abilitato, l'amministrazione non possa ricorrere all'esclusione dell'operatore economico senza porre in essere un atto illegittimo e *contra ius*; diversamente, nel caso di presentazione di un'offerta tecnica, contenente varianti maggiorative non

sottoscritte da un professionista abilitato, la stazione appaltante è tenuta a considerare quei documenti *tamquam non essente* dunque a non attribuire alcun punteggio (ANAC, delibera n. 707 del 23 luglio 2019);

CONSIDERATO altresì il costante orientamento in tema di soccorso istruttorio dell'offerta che, facendo riferimento all'articolo 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/ 2016, ritiene possibile l'esperimento del soccorso istruttorio per le carenze formali con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica ed all'offerta tecnica, salvo si tratti di rettificare semplici errori materiali o di refusi, inesattezze documentali frutto di meri errori ovvero di imprecisioni imputabili alla formulazione degli atti di gara. (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 27 marzo 2020 n. 2146; ANAC, delibera n. 334 del 10 aprile 2019, sulla distinzione tra soccorso istruttorio e soccorso procedimentale; delibera n. 707 del 23 luglio 2019);

CONSIDERATO pertanto che, nel caso di specie, per come definita la modalità di attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica, che conferiva come sopra indicato un massimo di 80 punti sulla base di quattro elementi, per la maggior parte ascrivibili a proposte migliorative aventi anche carattere tecnico - inerenti il processo depurativo relativo all'utilizzo di accorgimenti atti ad aumentare l'efficienza depurativa degli impianti e la riduzione dei costi di gestione, l'attività tecnico-amministrativa da espletare per l'implementazione delle tipologie di reflui da trattare, al fine di ampliare i servizi offerti all'utenza, l'attuazione di un sistema di controllo e verifica da parte dell'ente della presenza del personale addetto alla gestione sugli impianti e miglioramento della gestione delle attrezzature meccaniche (individuazione e rintracciabilità) e della sicurezza degli operatori addetti alla gestione degli impianti - può apparire plausibile la richiesta di sottoscrizione dell'offerta tecnica, da parte di un tecnico, posta a tutela della concreta fattibilità e della corretta esecuzione contrattuale delle prestazioni di gestione e manutenzione degli impianti di manutenzione;

RILEVATO che, nel caso di specie, tale mancata sottoscrizione da parte di un tecnico abilitato, non potendo costituire causa di esclusione sulla base delle argomentazioni giuridiche sopra riportate, ha legittimamente comportato la considerazione *tamquam non esset* delle componenti dell'offerta, con conseguente mancata attribuzione del relativo punteggio;

RILEVATO inoltre che, stante la peculiare circostanza di cui alla gara in questione per cui tutti i concorrenti partecipanti non hanno corredata l'offerta tecnica di sottoscrizione del tecnico abilitato e la condizione per la quale la mancata sottoscrizione non appare, per sua natura, sanabile attraverso il procedimento del soccorso istruttorio in ragione del sopra richiamato divieto di integrazione dell'offerta tecnica ex articolo 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, non sia nella gara *de qua* applicabile il soccorso istruttorio, salvo che non sia possibile rinvenire, da parte della stazione appaltante, nella documentazione depositata dai concorrenti un qualche riferimento ad un tecnico abilitato, cui sia in qualche modo riconducibile la "validazione" dell'offerta tecnica presentata;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, l'operato della stazione appaltante conforme ai principi generali e alla normativa di settore, ferma restando la necessaria verifica, nella documentazione di partecipazione degli operatori economici, che costituiscono

l'intera platea dei concorrenti partecipanti, di elementi idonei al possibile esperimento del soccorso istruttorio nei limiti previsti dall'ordinamento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 dicembre 2020

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente