



DELIBERA N. 685

13 ottobre 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Tratos Cavi S.p.A. e Prysmian Cavi e Sistemi Italia S.r.l. – Procedura ristretta n. DAC.0085.2021 per l'affidamento della fornitura di cavi ES 410 A, ai sensi degli artt. 61 e 131 del d.lgs. 50/2016 per la parte applicabile a RFI S.p.A. quale ente aggiudicatore operante nei c.d. settori speciali - Importo a base di gara: Lotto 1 € 3.358.980,00; Lotto 2 € 3.358.980,00 - S.A.: RFI S.p.A.

PREC 192/2021/F

Riferimenti normativi

Articolo 48, comma 8, d.lgs. n. 50/2016

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

Parole chiave

Sottoscrizione offerta economica – RTI - soccorso istruttorio

Massima

Sottoscrizione offerta economica – carenza - RTI - soccorso istruttorio - sanabile

La carenza della sottoscrizione dell'offerta economica da parte di uno dei componenti del raggruppamento è sanabile tramite soccorso istruttorio qualora, in concreto, tutti gli elementi a disposizione della stazione appaltante possono fare ritenere che l'offerta economica è nel suo complesso certamente riconducibile al costituendo raggruppamento, anche in presenza di clausola della *lex specialis* che richiede a pena di esclusione la sottoscrizione dell'offerta economica da parte di tutte le imprese del costituendo RTI.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 ottobre 2021

Vista l'istanza, acquisita al prot. n. 62581 del 23 agosto 2021, nella quale il costituendo RTI Tratos Cavi S.p.A. e Prysmian Cavi e Sistemi Italia S.r.l. ha contestato la legittimità dell'esclusione da entrambi i lotti della gara in oggetto, disposta dalla stazione appaltante per mancata sottoscrizione dell'offerta economica da parte dell'impresa mandante Prysmian Cavi e Sistemi Italia S.r.l.;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 17 settembre 2021 con nota prot. n. 67647;



Vista la documentazione acquisita agli atti;

Vista la motivazione dell'esclusione della gara, consistente nella circostanza che «i pdf autogenerati contenenti le offerte economiche presentate per detti lotti risultano sottoscritti digitalmente dal solo legale rappresentante dell'impresa mandataria, contrariamente a quanto espressamente disposto al punto H) del disciplinare di gara che dove è scritto che "...in caso di raggruppamenti temporanei o consorzi di concorrenti non ancora costituiti, l'offerta dovrà a pena di esclusione essere firmata digitalmente dai legali rappresentanti (o altri soggetti muniti dei necessari poteri) di tutte le imprese che costituiranno il raggruppamento o consorzio ordinario...», come risultante dalla comunicazione ex art. 76, comma 5, lett.b), d.lgs. n. 50/2016;

Considerato che, come evidenziato dall'istante, solo una parte dell'offerta/busta economica – ovvero il documento denominato "Price summary" – risulta mancante della firma digitale congiunta di mandante e mandatario, mentre sono stati firmati digitalmente da entrambi i componenti del costituendo RTI l'Allegato 1 "Modello di dichiarazione a corredo dell'offerta", l'Allegato 8 "Dichiarazione segreti tecnico- commerciali e l'Allegato 7 "Giustificativi";

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'Autorità ha ritenuto quindi illegittima l'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. 98 del 3 febbraio 2021; n. 46 del 22 gennaio 2020; n. 265 del 17 marzo 2020; n. 584 dell'8 luglio 2020; n. 420 del 15 maggio 2019; 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 Toscana, Firenze, sez. I, 6 marzo 2020, n. 288; 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 che, nel caso in esame, le conclusioni sopra illustrate non sono invalidate o superate dalla clausola del disciplinare che richiede a pena di esclusione la sottoscrizione dell'offerta economica da parte di tutte le imprese che costituiranno il raggruppamento (*contra* Tar Lazio, sentenza n. 5172/2021) poiché essa va applicata circoscrivendone la portata immediatamente escludente alle sole ipotesi di vizi radicali (difetto totale di sottoscrizione dell'offerta o incertezza della sua provenienza), per i quali non può essere invocato il soccorso istruttorio, mentre a fronte di vizi meramente formali che non precludono la riconoscibilità della provenienza dell'offerta il meccanismo del soccorso istruttorio opera uno spostamento dell'operatività della causa di esclusione a valle dell'attivazione del procedimento di regolarizzazione. Va infatti considerato che il



soccorso istruttorio si applica anche nel caso di omissione di un adempimento richiesto dalla *lex specialis* “a pena di esclusione”, con il limite intrinseco dell’inalterabilità del contenuto dell’offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa e della inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara, essendo propriamente finalizzato a posporre l’esclusione all’(inutile) esperimento della regolarizzazione. Ciò in ossequio ai principi del *favor participationis* – in quanto evita l’applicazione di misure espulsive nei confronti delle imprese fondate su vizi e omissioni di carattere formale – e del buon andamento dell’amministrazione, dato che l’ampliamento della platea delle offerte è funzionale all’elevazione dei livelli qualitativi e all’incremento dei risparmi di spesa (Cfr. Parere di precontenzioso reso con delibera n. 830 del 18 settembre 2019; Determinazione n. 1/2015);

Ritenuto che, nel caso di specie, l’offerta economica sia nel suo complesso certamente riconducibile al costituendo raggruppamento, poiché entrambi i componenti del costituendo RTI hanno sottoscritto la dichiarazione a corredo dell’offerta recante, tra le altre, dichiarazioni riguardanti l’offerta economica presentata (di ritenerla remunerativa, di averla formulata tenendo conto di eventuali maggiorazioni per lievitazione dei prezzi durante l’esecuzione, delle condizioni contrattuali nonché degli obblighi e degli oneri relativi alle disposizioni in materia di sicurezza, di assicurazione, di condizioni di lavoro e di previdenza e assistenza in vigore nei luoghi di esecuzione delle prestazioni), la dichiarazione di non avere fornito segreti tecnici o commerciali e soprattutto la scheda recante il dettaglio dei costi alla base dell’offerta economica al fine di dimostrarne la congruità alla stazione appaltante,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- non conforme alla normativa di settore l’esclusione dalla gara del costituendo RTI Tratos Cavi S.p.A. e Prysmian Cavi e Sistemi Italia S.r.l., disposta senza il previo esperimento del soccorso istruttorio.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 ottobre 2021

Per Il Segretario Valentina Angelucci

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente