



DELIBERA N. 402

Del 26 maggio 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [OMISSIS] -- Procedura Ristretta ai sensi dell'art. 61 del D. Lgs. 50/2016 e ss.mm. per la Realizzazione di una Campagna Straordinaria di Comunicazione a favore del Made in Italy - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: 39.000.000,00 € - S.A.: [OMISSIS]-

PREC 108/2021/S

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [OMISSIS]- Procedura Ristretta ai sensi dell'art. 61 del D. Lgs. 50/2016 e ss.mm. per la Realizzazione di una Campagna Straordinaria di Comunicazione a favore del Made in Italy - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: 39.000.000,00 € - S.A.: [OMISSIS]-

PREC 108/2021/S-BIS

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [OMISSIS]- Procedura Ristretta ai sensi dell'art. 61 del D. Lgs. 50/2016 e ss.mm. per la Realizzazione di una Campagna Straordinaria di Comunicazione a favore del Made in Italy - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: 39.000.000,00 € - S.A.: [OMISSIS]-

PREC 108/2021/S-TER

Riferimenti normativi

Articolo 77, comma 1, d.lgs. n. 50/2016
Articolo 83, commi 8 e 9, d.lgs. n. 50/2016
Articolo 97, commi 3 e 6, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Commissione giudicatrice[OMISSIS] - Competenza – Offerta economica – Volontà dell'operatore economico offerente – Offerta tecnica - Superamento limite dimensionale – Esclusione – Tassatività delle cause di esclusione

Massima

Offerta economica – Volontà dell'operatore economico offerente – Ricostruzione – Fonti esterne

I limiti entro i quali la Commissione di gara può svolgere un'attività interpretativa della volontà del dichiarante espressa nell'offerta economica sono circoscritti, per orientamento consolidato della giurisprudenza, ai soli casi nei quali, attraverso tale attività di ricostruzione, sia possibile giungere ad esiti certi circa l'impegno negoziale assunto dal dichiarante. Ciò a condizione che l'interpretazione non faccia ricorso a fonti di conoscenza esterne alla dichiarazione di offerta né a dichiarazioni integrative dell'offerente



Offerta tecnica - Superamento limite dimensionale – Esclusione – Tassatività delle cause di esclusione

La limitazione dimensionale della relazione tecnica rappresenta una mera indicazione e non può costituire causa di esclusione dalla gara. Ad una interpretazione in tal senso osta il principio di tassatività delle cause di esclusione - in virtù del quale l'esclusione può essere disposta solo in applicazione di una specifica causa indicata nel Cod[OMISSIS] dei contratti o di altre disposizioni di leggi vigenti - considerato che nessuna disposizione normativa correla l'esclusione dalla gara o altro tipo di sanzione al fatto che l'offerta sia formulata in un numero di pagine superiore a quello stabilito dalla *lex specialis*.

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 32884 del 21 aprile 2021, [OMISSIS] - ha chiesto all'Autorità di valutare la legittimità della decisione della Commissione giudicatrice[OMISSIS] di ritenere ammissibile l'offerta economica formulata dal [OMISSIS], nonostante la potenziale contraddittorietà dei valori riportati, avendola giudicata non indeterminata perché ricostruibile con immediata certezza tramite sempl[OMISSIS] calcolo matematico. Nella specie, il [OMISSIS], terzo classificato sui quattro operatori economici ammessi, ha utilizzato il format di "Offerta economica" messo a disposizione dalla stazione appaltante, che prevede un elenco incolonnato di tre dichiarazioni: la prima avente ad oggetto l'offerta del ribasso incondizionato, espresso in termini percentuali, rispetto a 5 milioni di euro, per lo studio, progettazione e produzione di una proposta creativa di *nation branding*, la seconda, la specificazione che "tale ribasso corrisponde al prezzo di € ..." e la terza l'indicazione dei costi della sicurezza aziendale inclusi nell'importo di cui al primo punto. Il [OMISSIS], a differenza degli altri tre concorrenti, ha interpretato la seconda dichiarazione come esplicitazione in termini assoluti dell'ammontare corrispondente al ribasso offerto, già espresso in termini percentuali (40%) nel punto precedente, ovvero 2 milioni (pari al 40% di 5 milioni), e non come prezzo offerto. La Commissione ha giudicato che lo schema di dichiarazione del modello predisposto dalla stazione appaltante, per come formulato, consentisse di indicare nel secondo rigo sia il prezzo del ribasso che il prezzo dell'offerta finale e ha ritenuto che l'offerta finale del [OMISSIS] fosse deducibile tramite una semplice[OMISSIS] sottrazione (5 milioni – 2 milioni= 3 milioni), senza che tale operazione potesse essere considerata una manipolazione dell'offerta.

Con istanza acquisita al prot. n. 34495 del 27 aprile 2021, l'operatore economico [OMISSIS]S.P.A., in qualità di mandataria del RTI quarto classificato [OMISSIS][OMISSIS]S.p.A./[OMISSIS] S.r.l./[OMISSIS]S.r.l./[OMISSIS] S.p.A., ha a sua volta sollecitato l'esercizio della funzione di precontenzioso dell'Autorità censurando le operazioni di gara sotto molteplici profili: *(i)* incompetenza e inadeguatezza della Commissione giudicatr[OMISSIS], ritenuta solo parzialmente, e in via minoritaria, idonea alla valutazione di offerte tecnico-economiche afferenti il settore pubblicitario, in specie con riferimento ad una campagna di comunicazione connotata da una forte componente digitale; *(ii)* mancata esclusione del [OMISSIS] a seguito della presentazione di offerta economica ritenuta irriuale, indeterminata, plurima ed irregolare; *(iii)* mancata attivazione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ex art. 97, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, nei confronti degli operatori primo e terzo classificati [OMISSIS], [OMISSIS], nonché dell'attivazione, ove raggiunti i punteggi a seguito dell'esclusione del primo classificato, del subprocedimento obbligatorio di verifica dell'anomalia ex art. 97 comma 3, d.lgs. n. 50/2016 nei confronti del secondo classificato [OMISSIS]; *(iv)* mancata esclusione del primo classificato [OMISSIS], per violazione dei limiti dimensionali di 40 pagine dell'offerta tecnica presentata, previsti dalla legge di gara a pena di esclusione.

Una terza istanza di precontenzioso (acquisita al prot. n. 36943 del 7 maggio 2021) è stata presentata dall'operatore economico [OMISSIS] al fine di acquisire il parere dell'Autorità su un ulteriore profilo, rappresentato dall'asserito obbligo della stazione appaltante di condurre le opportune verifiche in relazione a specifici profili di incongruenza, inammissibilità e inaffidabilità delle offerte tecniche degli altri concorrenti. Nella specie, [OMISSIS] ha rappresentato che, rispetto ai tre criteri di valutazione dell'offerta tecnica con attribuzione di punteggio tabellare (1) numero complessivo di impressioni; 2) capacità di copertura del target



con mezzi digitali calcolato come CTR; 3) capacità di copertura del target con altri mezzi, espresso come GRP), il numero dei click ottenuti (CTR) è in rapporto di proporzionalità inversa rispetto alle altre due metriche (impression e GRP), così che sarebbe oggettivamente impossibile pianificare la stessa campagna in modo da ottenere simultaneamente il massimo dei target per tutti e tre i criteri tabellari. Pur non conoscendo le offerte dei concorrenti, né i sub punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, sulla base dei punteggi complessivamente attribuiti ai concorrenti primo, secondo e quarto classificato, [OMISSIS] ha espresso il dubbio che la stazione appaltante non abbia adeguatamente verificato la congruenza e l'affidabilità delle offerte prevedenti il simultaneo raggiungimento del massimo delle performance per tutti e tre i criteri e che non sia stata verificata nemmeno la congruenza e affidabilità delle offerte che, con riferimento al parametro CTR, abbiano previsto coperture palesemente superiori ai benchmark internazionali.

I procedimenti delle tre istanze, avviati rispettivamente con comunicazioni trasmesse in data 28 aprile 2021 tramite prot. n. 34728 (PREC 108/2021/S), in data 7 maggio 2021 tramite prot. n. 36770 (PREC 108/2021/S-BIS) e in data 10 maggio 2021 tramite prot. n. 37436 (PREC 108/2021/S-TER), sono stati riuniti per ragioni di connessione oggettiva e soggettiva.

L'operatore economico primo classificato [OMISSIS] è intervenuto nei procedimenti riuniti assumendo posizione rispetto a ciascuna delle questioni sollevate. Con riferimento al quesito posto dalla stazione appaltante, nella memoria acquisita al prot. n. 36090 del 4 maggio 2021, il [OMISSIS] ha sostenuto l'indeterminatezza dell'offerta economica del [OMISSIS], stante la discordanza tra i valori riportati e l'impossibilità di stabilire *ex ante* se l'errore riguardi il primo o il secondo di essi e quindi di ricostruire l'effettiva volontà dell'operatore economico. Con riferimento alle censure sollevate dal [OMISSIS], il [OMISSIS] ha eccepito l'inammissibilità dell'istanza per carenza di interesse dell'operatore economico che, quarto graduato, avrebbe omesso di dedurre censure volte a fare valere l'esclusione di tutti e tre i concorrenti che lo precedono (in quanto l'offerta del [OMISSIS], secondo classificato non è anormalmente bassa ai sensi dell'art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50/2016) e che, comunque, non avrebbe ottenuto l'utilità perseguita come conseguenza diretta dell'accoglimento della censura dipendendo la stessa dall'esito incerto della valutazione dell'anomalia. Nel merito, ha eccepito l'infondatezza di tutte le doglianze: l'asserita incompetenza della Commissione sarebbe smentita dai *curricula* dei componenti, dai quali emergerebbe la competenza complessiva dell'organo collegiale, composto da esperti dello specifico settore oggetto della gara, e, sul presunto superamento del limite dimensionale dell'offerta tecnica, ha evidenziato come la relazione presentata conti 40 pagine, al netto della prima e dell'ultima pagina, ininfluenti ai fini della valutazione dell'offerta, e come la *lex specialis* non preveda alcuna sanzione espulsiva al superamento di tale limite dimensionale (memoria acquisita al prot. n. 38705 del 13 maggio 2021). Infine, il [OMISSIS] ha eccepito l'inammissibilità anche dell'istanza formulata da [OMISSIS] S.r.l., sia per carenza di interesse dell'istante, che non ha fornito la prova di resistenza circa la possibilità di superare il divario tra la prima e la terza graduata, che per genericità della censura, formulata in assenza di riscontri oggettivi e al solo fine di ottenere un riesame globale delle operazioni di attribuzione del punteggio tabellare. Nel merito, ha contestato l'assunto alla base delle considerazioni [OMISSIS] S.r.l., ovvero il rapporto di proporzionalità inversa tra i criteri di attribuzione del punteggio tabellare nonché l'attendibilità scientifica del benchmark (contenuto nel report di una società americana denominata [OMISSIS]) preso a riferimento come valore medio di CRT per canale/formato e ha altresì evidenziato come i valori indicati nell'offerta tecnica dai concorrenti costituiscano un impegno negoziale che dovrà essere verificato dall'amministrazione in sede di esecuzione del contratto e non previamente in sede di valutazione delle offerte (memoria acquisita al prot. n. 39523 del 14 maggio 2021).

La **stazione appaltante**, con nota acquisita al prot. n. 39877 del 17 maggio 2021, ha svolto alcune considerazioni in relazione alle doglianze sollevate dal [OMISSIS], rilevando che i *curricula* dei componenti della Commissione dimostrano l'ampia esperienza di ciascuno nel settore della comunicazione e della comunicazione digitale, con la sola eccezione del Presidente, che presenta una formazione giuridica, e che la Commissione, come evincibile dal verbale della seduta pubblica convocata per l'apertura delle offerte economiche, ha dato atto dell'assenza di offerte anomale ai sensi dell'art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50/2016. Ha quindi evidenziato che il procedimento di gara "si è fermato presso la stazione appaltante", prima di



qualsiasi altra valutazione, per consentire l'acquisizione del parere di precontenzioso sull'offerta economica del [OMISSIS]. Nella stessa memoria, con riferimento alla doglianza sollevata da quest'ultimo, [OMISSIS] ha dichiarato che, come si evince dai verbali delle sedute riservate, i profili di incongruenza, inammissibilità e inaffidabilità delle offerte sono stati già oggetto di valutazione da parte della Commissione giudicatr[OMISSIS].

L'operatore economico [OMISSIS] ha, a sua volta, formulato considerazioni sui vari profili della gara oggetto di discussione. Con una prima memoria acquisita al prot. n. 35641 del 30 aprile 2021, in relazione all'istanza della stazione appaltante, ha sostenuto la legittimità e la rispondenza ai principi consolidati della giurisprudenza dell'operato della Commissione giudicatr[OMISSIS]. L'offerta economica così come formulata sarebbe infatti completa di tutti gli elementi necessari (ribasso percentuale e valore del ribasso) per potere correttamente quantificare l'offerta medesima, tenuto anche conto che la formula matematica per l'attribuzione del punteggio economico prevede l'utilizzo del dato del ribasso percentuale che, nel caso di specie, è stato indicato in modo inequivocabile (40%). Qualora poi si ritenesse che in luogo del valore del ribasso si sarebbe dovuto indicare il prezzo offerto, secondo [OMISSIS] l'effettiva volontà dell'operatore economico sarebbe comunque evincibile in modo palese senza sottoporre l'offerta ad alcuna manipolazione. Con successiva memoria acquisita al prot. n. 37937 dell'11 maggio 2021, [OMISSIS] ha aderito alle considerazioni formulate dal [OMISSIS] circa l'anomalia delle offerte presentate dal primo e dal secondo classificato e, con un'ultima memoria acquisita al prot. n. 40440 del 19 maggio 2021, ha ribadito le argomentazioni alla base della propria istanza di precontenzioso, evidenziando la necessità della verifica preventiva della coerenza e della sostenibilità dei valori promessi dai concorrenti ai fini della garanzia dell'effettivo raggiungimento degli obiettivi della campagna.

Il [OMISSIS] S.P.A. ha replicato, con memoria acquisita al prot. n. 40565 del 19 maggio 2021, alla eccezione di inammissibilità sollevata dal [OMISSIS], anche opponendo la *ratio* dell'istituto del precontenzioso, che si coniugherebbe con l'interesse alla legittimità e regolarità delle procedure ad evidenza pubblica indipendentemente dalle posizioni di classifica dell'operatore economico coinvolto. Ribadite e circostanziate le doglianze formulate nella propria istanza di parere, il RTI ha altresì rimesso alla valutazione dell'Autorità il differimento del diritto di accesso ai sensi dell'art. 53, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 opposto dalla stazione appaltante alle richieste di accesso agli atti di gara.

Ritenuto in diritto

Preliminarmente, pare opportuno precisare che tutte le memorie, anche pervenute oltre il termine assegnato, sono state acquisite agli atti del procedimento. Ciò in quanto il termine di cinque giorni che l'Autorità assegna ai sensi dell'art. 9, comma 2, Regolamento Precontenzioso, per la produzione di memorie e documenti, è un termine ordinatorio (se non diversamente qualificato in modo espresso), fissato dall'Autorità con finalità acceleratorie coerentemente con il termine di 30 giorni previsto dall'art. 211, comma 1. d.lgs. n. 50/2016 per la conclusione del procedimento. Ne consegue che, ferma restando l'inammissibilità di doglianze sollevate avverso provvedimenti non più impugnabili in sede giurisdizionale, l'Autorità ha l'obbligo (cfr. art. 10, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990) di esaminare anche le memorie e la documentazione eventualmente prodotta dopo il termine fissato ai sensi dell'art. 9, comma 2, del Regolamento (se non qualificato come perentorio), sempre che siano fatte pervenire prima della chiusura dell'istruttoria.

In secondo luogo, al fine di perimetrare correttamente l'ambito di operatività della funzione di precontenzioso esercitata nella presente sede dall'Autorità, si rileva che il precontenzioso è un istituto deflattivo del contenzioso, ascrivibile al *genus* delle *alternative dispute resolutions*, azionabile per la soluzione di liti insorte in sede di gara dall'operatore economico titolare di un interesse concreto al conseguimento del parere (art. 7, comma 1, lett. g), Regolamento Precontenzioso), ovvero nella posizione di conseguire un'utilità diretta dall'accoglimento delle censure poste all'attenzione dell'Autorità. In altre parole, tramite la funzione del precontenzioso l'Autorità non esercita un controllo generalizzato della legittimità delle procedure di gara (cfr. art. 7, comma 1, lett. f, Regolamento precontenzioso). Tale forma di controllo è riconducibile alle funzioni di vigilanza di cui all'art. 213, comma 3, lett. a), b) e g) del d.lgs. n. 50/2016, cui l'Autorità attende attraverso



l'esercizio dei poteri disciplinati dal Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, attivabili anche tramite apposita segnalazione.

Venendo alle questioni controverse insorte durante lo svolgimento della gara in oggetto, secondo un ordine logico di priorità si procede alla valutazione della censura sollevata dal [OMISSIS] circa l'asserita incompetenza della Commissione giudicatr[OMISSIS], che, mirando alla rinnovazione almeno parziale degli atti di gara, farebbe venire meno l'interesse alle doglianze riguardanti l'attività valutativa compiuta dall'organo in questione.

Secondo il [OMISSIS] la Commissione giudicatr[OMISSIS] sarebbe solo parzialmente, e in via minoritaria, idonea alla valutazione di offerte tecnico-economiche afferenti al settore pubblicitario, viste le più diversificate competenze dei membri della stessa. L'istante non ha tuttavia rappresentato come l'illegittimità denunciata avrebbe recato una lesione concreta ed attuale ad un suo interesse meritevole di tutela, in modo tale che, ripetendo correttamente la serie procedimentale, il concorrente avrebbe potuto effettivamente conseguire il bene sperato. Secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai costante, l'interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara rimane infatti subordinato al presupposto che vi siano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta e non può pertanto prescindere dalla cd. prova di resistenza (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, n. 2399/2018; TAR Veneto, sez. I, n. 207/2019). Nel caso in esame, il [OMISSIS] non ha dimostrato di aver subito lesioni concrete per effetto dell'assenza di commissari aventi specifica competenza nel settore oggetto della gara, avendo anzi conseguito il punteggio tecnico discrezionale più elevato (47 punti su 55 max) di tutti i concorrenti, né come un'eventuale rivalutazione dell'offerta da parte di una diversa - e competente - Commissione giudicatr[OMISSIS] potrebbe recargli alcuna utilità concreta. Tanto appare sufficiente a far ritenere la doglianza inammissibile ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. g), Regolamento Precontenzioso. La censura, peraltro formulata in modo generico, senza la specificazione delle presunte carenze né dei componenti della Commissione che ne sarebbero affetti, appare in ogni caso, almeno *prima facie*, sulla base degli elementi a disposizione, anche infondata. Come evidenziato dal [OMISSIS], e dalla stazione appaltante, secondo consolidata giurisprudenza, la competenza della Commissione va valutata complessivamente e non è necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della Commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, V, n. 83/2020). Nel caso in esame, dai *curricula* dei componenti della Commissione, emergono competenze in materia di marketing, comunicazione, innovazione digitale, promozione della cultura italiana all'estero e, più specificatamente, definizione delle strategie promozionali del *made in Italy*. L'insieme delle singole professionalità, reciprocamente integrate, non appare invero inidoneo a fondare la competenza della Commissione nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto (realizzazione di una campagna straordinaria di comunicazione in favore del *Made in Italy*).

Passando alla valutazione delle censure riguardanti la posizione dei singoli concorrenti, appare del pari infondata la doglianza del [OMISSIS] relativa al mancato espletamento del sub-procedimento di verifica della congruità delle offerte presentate dai tre concorrenti che lo precedono in graduatoria. Nessuna delle tre offerte è infatti anormalmente bassa secondo i parametri di cui al comma 3 dell'art. 97 d.lgs. n. 50/2016 (punti relativi al prezzo e somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dalla *lex specialis*) e la Commissione ne ha dato atto nel verbale della seduta di apertura delle offerte economiche. Quanto alla valutazione facoltativa della congruità dell'offerta che in base ad elementi specifici appaiano anormalmente basse (art. 97, comma 6), la doglianza appare, per così dire, prematura. E' vero che nel richiamato verbale non viene riferito di alcuna valutazione in questo senso, ma occorre considerare che il sub-procedimento di anomalia è di competenza del Rup, e non della Commissione di gara, le cui incombenze si esauriscono con la "valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico" ex art. 77, d.lgs. n. 50/2016 (Cons. St., sez. V, n. 7805/2019; id. n.



3646/2017; cfr. anche Linee guida n. 3). Nel caso *de quo*, la stazione appaltante, controdeducendo sulle censure in esame, ha rappresentato che, dopo la r[OMISSIS]zione dei verbali da parte della Commissione, il procedimento è stato sospeso e la richiesta di parere all'Anac è stata disposta prima di procedere a "qualsiasi altra valutazione", lasciando intendere che, in questa fase della procedura, la decisione, peraltro ampiamente discrezionale, se procedere o meno alla verifica facoltativa della congruità delle offerte non è ancora stata assunta. Ciò giustifica anche, come espressamente chiarito dalla stazione appaltante, il differimento opposto alla richiesta di accesso agli atti ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50/2016.

Procedendo quindi all'esame del quesito posto dalla stazione appaltante in ordine all'ammissibilità dell'offerta economica del terzo graduato, il [OMISSIS], si rileva quanto segue. Come noto, nella materia degli appalti pubblici vige il principio generale dell'immodificabilità dell'offerta, che è regola posta a tutela dell'imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché ad ineludibile tutela del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale. La sanabilità degli errori presenti nell'offerta e i limiti entro i quali la Commissione di gara può svolgere un'attività interpretativa della volontà del dichiarante sono circoscritti, per orientamento consolidato della giurisprudenza, ai soli casi nei quali, attraverso tale attività di ricostruzione, sia possibile giungere ad esiti certi circa l'impegno negoziale assunto dal dichiarante. L'offerta economica del concorrente può essere modificata, anche *ex officio*, allorché la stessa rechi un mero errore materiale, la cui correzione non alteri l'effettiva volontà dell'offerente, risultante chiaramente dagli altri elementi dell'offerta economica stessa. In particolare, è necessaria la sussistenza di due condizioni: *i)* che sia possibile, attraverso l'attività interpretativa, giungere ad una rettifica degli elementi della dichiarazione che non lasci margini di incertezza; *ii)* che l'interpretazione non faccia ricorso a fonti di conoscenza esterne alla dichiarazione di offerta della quale si tratta, né a dichiarazioni integrative dell'offerente (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, n. 1827/2016; TAR Lazio, Sez. III, n. 1965/2019; deliberazione ANAC n. 600 del 31 maggio 2017).

Nel caso di specie, il modello di offerta economica messo a disposizione dalla stazione appaltante e utilizzato dal concorrente richiede, al punto 1, la dichiarazione di offerta del ribasso incondizionato, espresso in termini percentuali, sull'importo di 5 milioni. A ben vedere, la dichiarazione di offerta ha ad oggetto precipuamente il ribasso offerto: "Il sottoscritto (...) offre per l'appalto in epigrafe il ribasso incondizionato pari al % (...)". La dichiarazione di cui al successivo punto 2 ("tale ribasso corrisponde al prezzo di") non dipende dal predicato verbale "offre" (per l'appalto in epigrafe), è una proposizione (grammaticalmente) autonoma volta ad esplicitare il prezzo corrispondente al ribasso sopra indicato. Ciò a significare che, in ragione del tenore letterale del modulo di offerta, non sembra esservi dubbio che l'offerta economica sia espressa, *in primis*, tramite il ribasso percentuale offerto sull'importo di 5 milioni. Nel caso *de quo* il ribasso percentuale offerto è stato espresso in modo inequivocabile dal [OMISSIS] nel modulo di offerta economica presentato in gara: la formulazione letterale del punto 1 del modulo di dichiarazione di offerta è infatti esente da ambiguità e non si rinvergono elementi che possano fare dubitare della volontà manifestata dal [OMISSIS] in ordine al ribasso percentuale offerto. Non altrettanto chiara è invece la formulazione letterale della dichiarazione di cui al punto 2 del modulo. Tuttavia quanto considerato in ordine alla valenza dell'offerta del ribasso percentuale induce a derubricare la rilevanza del dato (che nell'intenzione della stazione appaltante) avrebbe dovuto essere indicato nel secondo punto della dichiarazione, perché si tratta in ogni caso – sia che lo si interpreti (come il [OMISSIS]) come esplicitazione dell'ammontare corrispondente al ribasso offerto, già espresso in termini percentuali nel punto precedente, o (secondo gli altri concorrenti) come prezzo finale offerto – di un dato ricavabile tramite semplici operazioni matematiche utilizzando l'unico dato veramente imprescindibile ai fini della ricostruzione della volontà dell'offerente, ovvero il ribasso percentuale offerto. D'altra parte, si consideri che è il ribasso percentuale il dato utilizzato nella formula matematica per il calcolo del punteggio da attribuire all'offerta economica.

Appare pertanto conforme alla normativa di settore la decisione assunta dalla Commissione di gara di ritenere ammissibile l'offerta economica del [OMISSIS], in quanto non contraddittoria o indeterminata,



poiché è comunque completa di tutti i dati necessari per calcolare, senza ausili esterni, anche il prezzo finale offerto (qualora fosse ritenuto il dato richiesto al punto 2 della dichiarazione di offerta).

Con riguardo all'ultima doglianza formulata dal [OMISSIS] nei confronti della mancata esclusione del RTI primo classificato [OMISSIS] per superamento del limite dimensionale dell'offerta tecnica, in disparte i dubbi circa la stessa ammissibilità della censura, almeno in questa fase della procedura, per carenza di interesse concreto, stante l'infondatezza delle censure sollevate nei confronti del secondo e del terzo classificato, si ritiene che essa sia comunque infondata. A differenza di quanto rappresentato dall'istante, nella lettera d'invito l'indicazione del numero massimo di 40 pagine non è corredata da una specifica ed esplicita sanzione espulsiva, poiché la previsione dell'esclusione è connessa espressamente alla sola mancata presentazione, nella busta B, della relazione tecnica. Si rammenta al riguardo che, alla stregua del principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016), secondo l'orientamento della più recente giurisprudenza, 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., *ex multis*, Cons. Stato, V, n. 693/2018; Cons. Stato, V, n. 607/2020; TAR Cagliari, I, n. 72/2020). In ogni caso, come chiarito nella Nota illustrativa al bando tipo n. 1/2017, la limitazione dimensionale della relazione tecnica rappresenta una mera indicazione e non può costituire causa di esclusione dalla gara. L'indicazione dei limiti dimensionali della relazione tecnica, non dovrebbe dunque avere (e comunque non dovrebbe essere interpretata come avente) una natura prescrittiva. Ad una interpretazione in tal senso osta il già menzionato principio di tassatività delle cause di esclusione; come chiarito dalla giurisprudenza, in virtù di tale principio, l'esclusione può essere disposta solo in applicazione di una specifica causa indicata nel Cod[OMISSIS] dei contratti o di altre disposizioni di leggi vigenti, ma nessuna disposizione normativa correla l'esclusione dalla gara o altro tipo di sanzione al fatto che l'offerta sia formulata in un numero di pagine superiore a quello stabilito dalla *lex specialis* (cfr., Parere di precontenzioso delibera n. 819 del 26 settembre 2018).

Venendo infine all'istanza di parere di parere del [OMISSIS] in ordine alla asserita mancata verifica della congruenza e dell'affidabilità delle offerte prevedenti il simultaneo raggiungimento del massimo delle performance per tutti e tre i criteri di valutazione di tipo tabellare nonché della congruenza e affidabilità delle offerte che, con riferimento al parametro CTR, abbiano previsto coperture palesemente superiori ai benchmark internazionali, si rileva che la doglianza è stata formulata dall'operatore economico terzo graduato senza avere conoscenza dell'effettivo svolgimento delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche e in assenza di qualsiasi dato oggettivo su cui fondare i rilievi mossi all'operato della stazione appaltante (offerte tecniche dei concorrenti posizionati al primo e secondo posto, sub-punteggi attribuiti, verbali riservati della Commissione dell'attività di valutazione delle offerte tecniche). La mancata conoscenza degli atti ha anche impedito al RTI istante di fornire la necessaria prova di resistenza circa la possibilità di colmare il divario di punteggio che lo separa dal primo classificato, ai fini della dimostrazione dell'interesse concreto al parere. Tanto appare sufficiente a fare ritenere l'istanza inammissibile ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. e) e g), Regolamento precontenzioso. Ciò posto, in questa sede, la scrivente Autorità, in un'ottica collaborativa, tenuto conto dei limiti della funzione esercitata, può solamente svolgere alcune considerazioni di carattere generale ai fini del corretto inquadramento della problematica rappresentata. Al riguardo può quindi rilevarsi che i criteri di valutazione indicati nella *lex specialis* di gara dovrebbero essere stati disegnati dalla stazione appaltante in modo da premiare, con l'attribuzione del punteggio massimo, il concorrente che ha presentato l'offerta tecnica complessivamente migliore, ovvero la più rispondente all'obiettivo che si intende perseguire tramite l'affidamento del servizio, anche tenuto conto della scelta di lasciare ai concorrenti l'individuazione di media mix. Il conseguimento di un punteggio tecnico alto dovrebbe teoricamente testimoniare della fattibilità tecnica dell'offerta presentata, che va certamente accertata, con un giudizio prognostico, in fase di valutazione dell'offerta e non constatata in fase di esecuzione (quando ormai è troppo tardi). La logica alla base della valutazione della congruità dell'offerta sotto il più ampio profilo tecnico-economico è la stessa. Altra cosa, nel contesto di una offerta tecnica robusta e tecnicamente



sostenibile, sono gli obiettivi di performance, oggetto di impegno negoziale, il cui raggiungimento è sottoposto a monitoraggio in fase esecutiva.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione
nell’adunanza del 26 maggio 2021

ritiene, sulla base e nei limiti delle motivazioni che precedono,

- inammissibile, e comunque infondata, la censura riguardante la violazione dell’art. 77, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, con riferimento all’incompetenza della Commissione giudicatr[OMISSIS];
- conforme alla normativa di settore il mancato esperimento del sub-procedimento di verifica dell’anomalia di cui all’art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50/2016;
- conforme alla normativa di settore la mancata esclusione del [OMISSIS] per indeterminatezza dell’offerta economica;
- conforme alla normativa di settore la mancata esclusione del [OMISSIS] per superamento del limite dimensionale della relazione tecnica;
- inammissibile l’istanza formulata da [OMISSIS] S.r.l.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 maggio 2021
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco