

DELIBERA N. 427 del 26 maggio 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 Appalti e Costruzioni Civili S.r.l. - Procedura negoziata ex art. 128 co. 2 per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori relativi all'intervento "opere di collegamento della fognatura dinamica interna del Consorzio Monticelli (Ostuni) al collettore Pilone" - Importo a base di gara euro 1.630.970,01 - Criterio di aggiudicazione: OEPV - S.A.: Acquedotto Pugliese S.p.A.

PREC 71/2021/L

Riferimenti normativi

Art. 59 co. 1-bis d. lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Offerta tecnica – sottoscrizione – progettista incaricato

MASSIMA

In una procedura per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori non può essere richiesta la firma del progettista incaricato ai sensi dell'art. 59, co. 1-bis del d. lgs. 50/2016 sull'offerta tecnica *in toto* poiché questa, intesa come complesso delle prestazioni offerte in favore della stazione appaltante, è atto riferibile al e di esclusiva spettanza del concorrente. La sottoscrizione del progettista incaricato può essere richiesta dalla stazione appaltante su singoli elaborati progettuali contenuti nell'offerta tecnica e recanti varianti migliorative, fungendo tale sottoscrizione quale assunzione di responsabilità delle soluzioni proposte.

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

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 15530 del 22 febbraio 2021 con la quale la Appalti e Costruzioni Civili S.r.l. chiede un parere in merito alla legittimità della propria esclusione. L'istante rappresenta di aver partecipato alla gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori indicati in oggetto in forma singola indicando la società di ingegneria Etacons S.r.l. per la parte relativa alla progettazione esecutiva, conformemente alle disposizioni dell'art. 59, co. 1-bis. L'operatore economico chiede se, in tale quadro, sia legittima l'esclusione disposta per la mancata sottoscrizione, da parte della suddetta società di omgegneria che riveste il ruolo di progettista incaricato e non di concorrente, delle migliorie immaginate dall'offerente e non ancora trasfuse nel progetto;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. 21491 del 12 marzo 2021;

VISTE la memoria trasmessa con nota prot. 22399 del 16 marzo 2021, con la quale la Stazione appaltante ha ribadito la correttezza dell'esclusione posto che il disciplinare di gara, inequivocabilmente, richiedeva, a pena di esclusione, la firma dell'offerta tecnica da parte del concorrente e del progettista abilitato;

CONSIDERATO che, per dirimere la controversia, è necessario riepilogare la vicenda in modo più dettagliato analizzando, al contempo, le disposizioni contenute nella lettera di invito;

CONSIDERATO che la lettera di invito richiedeva, ai fini della qualificazione, oltre all'attestazione SOA anche specifici requisiti per la parte relativa alla progettazione esecutiva, precisando - in conformità alle disposizioni dell'art. 59 co. 1-bis del d. lgs. 50/2016 - che i concorrenti che ne fossero stati sprovvisti avrebbero potuto, tra le varie opzioni, anche conferire a progettisti esterni *«l'incarico di progettazione senza dar luogo ad un raggruppamento temporaneo con gli stessi»* ed aggiungendo che *«il progettista/i incaricato/i della progettazione esecutiva»* avrebbero dovuto attestare il possesso dei requisiti generali e speciali richiesti mediante il modello 4.2 (allegato alla lettera di invito);

CONSIDERATO che la lettera di invito precisava che l'offerta tecnica doveva *«essere sottoscritta digitalmente, a pena di esclusione, dal legale rappresentante del concorrente o da un suo procuratore e dal progettista abilitato»* e che *«la mancata sottoscrizione dell'intera offerta tecnica è equiparata alla mancata presentazione della stessa, senza possibilità di sanatoria ex art. 83, comma 9 del d. lgs. 50/2016»*;

CONSIDERATO che la Appalti e Costruzioni Civili S.r.l. ha partecipato in qualità di concorrente singolo e, essendo priva dei requisiti richiesti per la progettazione esecutiva, ha conferito il relativo incarico alla società di ingegneria ETACONS S.r.l. la quale ha compilato il citato modello 4.2 ai fini della qualificazione del suddetto concorrente singolo;

CONSIDERATO che l'offerta tecnica che la Appalti e Costruzioni Civili S.r.l. ha presentato in gara è stata firmata digitalmente dal legale rappresentante della medesima nonché da soggetti (ing. Lopez ed altri) che risultano essere progettisti interni al concorrente ma non anche dal progettista incaricato della progettazione esecutiva, ossia la ETACONS S.r.l.;

CONSIDERATO che la commissione giudicatrice ha ritenuto che il difetto di sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte del progettista incaricato *«si configuri come una irregolarità "essenziale" in quanto attinente ad un elemento costitutivo dell'offerta»* e, quindi ha escluso l'istante ritenendo l'irregolarità non sanabile mediante soccorso istruttorio. La Stazione appaltante, nella lettera di esclusione, ha precisato che la *«sottoscrizione dell'offerta tecnica rappresenta lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento, risultando finalizzata a renderne nota la paternità e a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esso contenuta. La mancata sottoscrizione, quindi, inficia irrimediabilmente la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta...»*;

CONSIDERATO che, secondo la normativa di settore, non è tenuto alla firma dell'offerta tecnica il progettista incaricato che non risulti anche concorrente. L'offerta tecnica, infatti, *«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'O.E. di contrarre e di instaurare un rapporto giuridico»* (v. delibera di precontenzioso ANAC n. 707 del 23 luglio 2019);



RITENUTO pertanto che l'offerta presentata in gara dall'istante non possa essere qualificata come carente dell'elemento indefettibile per l'esistenza o l'ammissibilità della medesima (carenza peraltro ritenuta, dalla più recente giurisprudenza e da questa stessa Autorità, addirittura sanabile a fronte di determinate condizioni) e conseguentemente esclusa per tale motivazione;

CONSIDERATO tuttavia che, se da un lato non è corretto richiedere la firma di un progettista non concorrente sul complesso dell'offerta tecnica, dall'altro è condivisibile e coerente con la disciplina di settore la richiesta di sottoscrizione, da parte di un tecnico abilitato, di singoli elaborati progettuali contenuti nell'offerta tecnica e recanti varianti migliorative, fungendo la sottoscrizione quale assunzione di responsabilità della fattibilità e correttezza delle soluzioni proposte (v. parere di precontenzioso ANAC n. 220 del 16 dicembre 2015).

CONSIDERATO che, a maggior ragione la suddetta firma può essere richiesta nel caso in cui il concorrente non risulti sufficientemente qualificato per tale prestazione e abbia fatto ricorso - in assenza di un formale contratto di avalimento, come legittimamente consentito dal citato art. 59, co. 1-*bis* - ad un soggetto terzo per la dimostrazione dei requisiti e l'esecuzione della prestazione;

CONSIDERATO che l'assenza della firma del progettista incaricato non potrebbe comportare l'esclusione dell'offerta ma dovrebbe imporre alla Stazione appaltante di considerare le varianti migliorative proposte da quest'ultimo «*tamquam non esset e dunque non attribuire alcun punteggio*» ad esse nell'ambito della valutazione dell'offerta (v. delibera di precontenzioso ANAC n. 707 del 23 luglio 2019);

CONSIDERATO tuttavia, che nel caso di specie non è totalmente assente la firma di un progettista abilitato sull'offerta tecnica: infatti l'offerta dell'istante reca la firma dei progettisti interni al concorrente. Ciò significa che la mancata apposizione della firma del progettista incaricato della progettazione esecutiva non è imputabile ad una dimenticanza da parte dell'istante ma, più probabilmente, ad una mancanza di chiarezza in ordine alla necessità di dover apporre tale ulteriore firma;

CONSIDERATO che tale errore può essere ricondotto ad una non chiara formulazione della lettera di invito la quale, da un lato, ha utilizzato la locuzione "progettista incaricato" nella parte relativa alla qualificazione, dove ha richiesto una specifica dichiarazione al soggetto terzo rispetto al concorrente, mentre ha utilizzato la locuzione più generica di "progettista abilitato" nella parte relativa all'offerta tecnica, dove ha richiesto la firma di quest'ultimo non su singole parti contenenti le varianti (che per quanto rappresentassero la maggior parte dell'offerta tecnica non ne costituivano la totalità), bensì sulla totalità dell'offerta tecnica, firma che, come detto e come è noto, deve competere solo al concorrente;

RITENUTO pertanto, che l'istante, considerate nell'insieme le suddette clausole contenute nella lettera di invito, possa aver reputato necessario di dover apporre sul complesso dell'offerta tecnica, oltre alla propria firma quale concorrente, anche quella dei progettisti interni in quanto riconducibili al concorrente medesimo (anche se non sufficientemente qualificati ad eseguire la progettazione esecutiva) e non anche quella del progettista incaricato che è un soggetto terzo, estraneo al concorrente;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che l'esclusione disposta nei confronti della Appalti e Costruzioni Civili S.r.l. non sia conforme alla normativa di settore e che il difetto di sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte del progettista incaricato della progettazione esecutiva possa essere sanato, mediante soccorso istruttorio, facendo apporre la firma della società di ingegneria incaricata della progettazione e che ha consentito la qualificazione del concorrente in gara, sulle parti dell'offerta tecnica recanti le varianti migliorative.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio In data 4 giugno 2021
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente