

# DELIBERA N. 392

19 maggio 2021

## Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, d.lgs. 50/2016 e s.m.i. presentata da Intercantieri s.r.l. - Procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di messa a norma ed adeguamento dei campetti sportivi comunali "Caludio Simili" – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: euro 478.439,09 - S.A.: Comune di Alimena (PA)

**PREC 85/2021/L - PB**

## Riferimenti normativi

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

## Parole chiave

Mancata sottoscrizione domanda di partecipazione – soccorso istruttorio

## Massima

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, mediante soccorso istruttorio, esclusivamente nell'ipotesi in cui sia accertata la riconducibilità dell'offerta al concorrente in modo da escludere l'incertezza assoluta sulla provenienza.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 maggio 2021

## DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 21783 del 15 marzo 2021, presentata da Intercantieri s.r.l. relativa alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante contestava il provvedimento di esclusione, comunicato in data 6 marzo 2021, che l'amministrazione aveva adottato per mancata sottoscrizione della documentazione di gara



trasmessa dall'operatore economico, evidenziando l'illegittimità del mancato esperimento del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, nonostante la domanda di partecipazione presentasse un contenuto sovrapponibile a quello della domanda di ammissione alla fase di prequalifica, ritualmente sottoscritta;

VISTI il provvedimento di esclusione del 6 marzo 2021 e il verbale n. 5 del 5 marzo 2021, dai quali risultava che l'operatore economico avesse trasmesso la documentazione di gara, nello specifico la domanda di partecipazione e le relative dichiarazioni allegate, non firmata digitalmente, in violazione di quanto previsto dalla lettera di invito al punto 6);

VISTA la documentazione di gara e, in particolare, l'avviso pubblico di manifestazione di interesse, al punto 6 nel quale veniva descritta la procedura come articolata in due fasi: «FASE 1A - svolgimento di indagini di mercato o consultazione di elenchi per la selezione di operatori economici da invitare al confronto competitivo: Avviso Pubblico; Mod. 1A - Domanda di partecipazione; FASE 2A: confronto competitivo tra gli operatori economici selezionati e invitati e scelta dell'affidatario (sorteggio di n. 15 operatori economici a seguito di indagini di mercato); Schema della lettera di invito; Mod. 1 - Domanda di partecipazione; Mod. 2 Dichiarazioni soggettive ex art.80; Mod. 3 Dichiarazione sostitutiva del Casellario Giudiziale e dei carichi Pendenti; Mod. 4 Dichiarazioni cessati dalla carica; Mod. 5 Dichiarazione sostitutiva sui cessati (azioni di dissociazione dell'impresa); Mod. 6 Dichiarazione sostitutiva certificato fallimentare; Mod. 7 Dichiarazione su regolarità contributiva; Mod. 8 Dichiarazione sostitutiva del CCIAA; Mod. 9 Dichiarazione sostitutiva SOA; Mod. 10 DGUE; Mod. 11 Dichiarazione Abilitazione per impianti ex D.M. 37/2008; Mod. 12 Protocollo di legalità; Mod. 13 Dichiarazione ai fini della certificazione di assolvimento dell'imposta di bollo; Mod. 14 Dichiarazione impegno ATI»;

VISTA altresì la lettera di invito che al punto 6, nel definire le modalità di presentazione dell'offerta, comprensiva di domanda di partecipazione e della modulistica sopra indicata con riferimento alla fase 2A, precisava che «A pena di esclusione, la documentazione di gara di cui al precedente punto [6], deve essere sottoscritta digitalmente dal legale rappresentante dell'impresa concorrente»;

VISTI i "Chiarimenti modalità di partecipazione" relativi alla fase 2A, in cui veniva esplicitato, con specifico riferimento alla domanda di partecipazione, che la stessa «dovrà, a pena di esclusione, essere sottoscritta digitalmente dal titolare o dal legale rappresentante o da un procuratore generale o speciale dell'operatore economico concorrente (in tale ultimo caso va prodotta copia della relativa procura) ed essere corredata da tutte le dichiarazioni sostitutive necessarie, rese ai sensi degli artt. 38, 46 e 47 del D. P.R. 445/2000 e ss.mm.ii.»;

VISTO il punto 9 della lettera d'invito – Procedure di aggiudicazione, che chiariva: «La presente procedura è gestita integralmente con modalità telematica e, pertanto, verranno ammesse solo le proposte presentate attraverso la piattaforma telematica, meglio indicata di seguito. Non saranno ritenute valide proposte presentate in forma cartacea o a mezzo PEC o qualsivoglia altra modalità di presentazione. Per partecipare alla procedura, i soggetti interessati dovranno: collegarsi all'indirizzo <https://portaleappalti.ponmetropalermo.it/PortaleAppalti> selezionando la procedura, registrarsi al Portale Appalti, attivando la funzione "Registrati" presente nella sezione Bandi di gara e contratti - "Accesso Operatori Economici"; accedere alla sezione "Accesso Operatori Economici" con le credenziali ottenute in fase di registrazione al Portale di cui al punto precedente; prendere visione delle istruzioni per partecipare alla gara telematica fornite nel manuale operativo per la partecipazione alle gare telematiche disponibile sulla piattaforma web; disporre di firma digitale valida del soggetto che sottoscrive l'istanza di partecipazione e l'offerta o presentare firma autenticata»;



VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

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

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 30 marzo 2021, con nota prot. n. 26759;

VISTA la memoria difensiva depositata dall'amministrazione, con la quale la stessa confermava la legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei confronti dell'operatore economico, in quanto la documentazione di partecipazione prodotta era priva di sottoscrizione digitale, come richiesto dalla documentazione di gara, evidenziando altresì la funzione della firma digitale nel garantire la provenienza e l'integrità della documentazione e nel vincolare il proponente al suo contenuto assicurando serietà e affidabilità e l'insufficienza a fornire tali garanzie dell'avvenuto utilizzo della firma digitale nella sola fase di accreditamento al portale telematico;

VISTA la documentazione presentata dall'istante in sede di partecipazione, richiesta con nota prot. n. 38553 del 12 maggio 2021 e riscontrata dalle parti con note prot. n. 39165 del 14 maggio 2021 e prot. 39617 del 17 maggio 2021;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità concerne la legittimità di un provvedimento di esclusione adottato per mancata sottoscrizione della documentazione di partecipazione;

CONSIDERATO, preliminarmente, il consolidato orientamento interpretativo secondo cui l'esigenza di imputare gli effetti dell'atto al soggetto giuridico che se ne assume la paternità è essenziale sia per le domande di partecipazione che per le offerte e che la firma digitale garantisce l'identificabilità di tale soggetto e che, conseguentemente, un difetto di sottoscrizione equivale all'inesistenza dell'atto stesso che non può essere considerato completo ed è pertanto incapace di produrre effetti giuridici, quindi nullo per mancanza dell'elemento essenziale della forma, determinando l'inammissibilità delle offerte prive di sottoscrizione e la conseguente esclusione dei candidati che non abbiano sottoscritto l'offerta (cfr. da ultimo ANAC, delibera n. 487 del 10 giugno 2020);

CONSIDERATO altresì che il contenuto dispositivo dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 prevede: «Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica [...] Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa»;

CONSIDERATO che l'articolo 83, comma 9, rende dunque doverosa l'attivazione del procedimento di soccorso in caso di i) carenza di qualsiasi elemento formale della domanda, ii) mancanza, incompletezza e/o altre irregolarità essenziali degli elementi e del documento di gara unico europeo. In particolare, il meccanismo del soccorso istruttorio può essere utilizzato per sanare le incompletezze della documentazione di gara (ad esclusione di quelle afferenti l'offerta tecnica ed economica), nonché per colmare le omissioni nelle dichiarazioni e/o documentazione richieste dalla legge di gara, con il limite dell'ineludibile possesso dei requisiti di partecipazione alla data di presentazione dell'offerta. Costituisce, infatti, un dato ormai pacifico la necessità di dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (la completezza delle dichiarazioni e della documentazione presentate



dai concorrenti), con la conseguenza che l'esclusione dalla gara può essere disposta non in presenza di una dichiarazione incompleta oppure omessa, ma esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante ovvero non possieda, effettivamente, il requisito richiesto dalla *lex specialis* (cfr. Determinazione ANAC n. 1 del 8 gennaio 2015, nonché Bando Tipo ANAC n. 1, approvato con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 1228 del 22 novembre 2017, il quale anche se relativo all'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, detta principi di carattere generale; da ultimo, *ex multis*, ANAC delibera n. 841 del 21 ottobre 2020);

CONSIDERATO che il fine perseguito dal legislatore con la disposizione in esame è quello di evitare l'esclusione dalla gara per mere carenze documentali (ivi compresa la mancanza assoluta delle dichiarazioni), imponendo a tal fine un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, prima della valutazione dell'ammissibilità dell'offerta o della domanda (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 30 luglio 2014, n. 16; da ultimo, *ex multis*, ANAC delibera n. 841 del 21 ottobre 2020);

RILEVATO che il meccanismo del soccorso istruttorio opera anche nel caso di totale omissione di una dichiarazione richiesta dalla *lex specialis* "a pena di esclusione" dalla gara. Come chiarito dall'Autorità nella citata Determinazione n. 1/2015, il procedimento di soccorso istruttorio ha operato un'inversione radicale di principio rispetto alla disciplina contenuta nell'articolo 46 del d.lgs. 163/2006 (prima della modifica apportata dall'art. 39 del d.l. n. 90/2014), in base alla quale è divenuta generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara (cfr. da ultimo, *ex multis*, ANAC delibera n. 841 del 21 ottobre 2020);

RITENUTO, pertanto, definitivamente superata la risalente distinzione di matrice giurisprudenziale tra regolarizzazione (ammessa) e integrazione (non ammessa) documentale, in base alla quale il soccorso istruttorio avrebbe consentito di completare solo le dichiarazioni o i documenti già presentati, ma non avrebbe permesso in alcun modo di supplire a carenze documentali dell'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando (cfr. ANAC delibera n. 763 del 4 settembre 2019 e n. 841 del 21 ottobre 2020);

CONSIDERATO dunque che il meccanismo del soccorso istruttorio opera uno spostamento dell'operatività delle cause di esclusione "a valle" dell'attivazione del procedimento di regolarizzazione documentale o dichiarativa. Infatti, laddove vi sia una omissione, incompletezza o irregolarità della domanda di partecipazione alla gara, del DGUE o di un suo elemento essenziale (ai fini della partecipazione alla gara), la stazione appaltante non può più procedere direttamente alla esclusione del concorrente, ma deve avviare il procedimento di soccorso istruttorio per consentire all'operatore di integrare la documentazione o la documentazione carente (cfr. ANAC delibera n. 578 del 1 luglio 2020);

CONSIDERATO che, in relazione alla carenza della sottoscrizione, 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 sostenuto 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 (cfr. 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 (cfr. ANAC, delibere n. 98 del 3 febbraio 2021, 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*, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 giugno 2020 n. 3973; 9 marzo 2020 n. 1655; 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, sulla base delle sopraindicate argomentazioni, che al fine di ritenere esperibile il soccorso istruttorio nell'ipotesi in cui la documentazione di partecipazione prodotta sia priva di sottoscrizione occorre che la domanda di partecipazione e la relativa documentazione allegata siano in qualche modo riconducibili al concorrente e che quindi la mancata sottoscrizione non precluda la riconoscibilità della provenienza della documentazione di partecipazione e non comporti un'incertezza assoluta sulla stessa;

RILEVATO che, nel caso di specie, le modalità di partecipazione alla gara siano di per sé caratterizzate da elementi idonei a far desumere la riconducibilità della domanda di partecipazione presentata all'odierno istante: infatti, ciascun concorrente per poter partecipare alla procedura necessitava di una registrazione al portale e un successivo accesso con le credenziali ottenute in fase di registrazione, idonee a consentire il caricamento della documentazione di partecipazione. Circostanza questa che, unitamente ai dati del concorrente in possesso dell'amministrazione, appare idonea a superare l'incertezza sulla provenienza dell'atto e che, conseguentemente, nonostante la mancanza della firma digitale della domanda di partecipazione, la stessa possa essere imputata al concorrente istante;

RITENUTO pertanto che sulla base di tali considerazioni inerenti la possibile riconducibilità della domanda di partecipazione al concorrente istante, l'amministrazione avrebbe dovuto procedere, prima di escludere il concorrente, all'attivazione del soccorso istruttorio per l'integrazione della sottoscrizione mancante;

RITENUTE, conseguentemente, fondate le doglianze sollevate dall'odierno istante;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante non conforme ai principi generali e alla normativa in materia di soccorso istruttorio.



Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco