AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA N. 151

23 aprile 2023

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie, ex articolo 211, comma 1, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, presentata da Pirene s.r.l. – Gara europea a procedura telematica aperta per l'appalto per l'affidamento dei servizi tecnici in occasione degli eventi "Festival dell'Economia", "Festival dello sport" e "Trentodoc Festival" - Lotto 1 - servizi audio video luci - Codice CIG: 962622000C - Lotto 2 - servizi di riprese e gestione video per streaming - Codice CIG: 9626562A43» - Importo a base di gara: Lotto 1 € 420.904,00 - Lotto 2 € 207.578,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Trentino Sviluppo S.p.A.

UPREC/PRE/511/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016

Art. 93, d.lgs. 50/2016

Art. 1, comma 67, l. 266/2005

Parole chiave

Appalto pubblico - Servizi sopra soglia - Garanzia provvisoria - Contributo di gara - Soccorso istruttorio – Esclusione dalla procedura

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Procedura – Gara - Contributo di gara – Ricevuta di pagamento – Omessa allegazione - Garanzia provvisoria – Importo diverso lex specialis – Soccorso istruttorio – Ammissibilità

Appalto pubblico – Servizi - Soccorso istruttorio - Contributo di gara – Avviso di pagamento – Omessa allegazione ricevuta di pagamento – Esclusione – Lex specialis - Disciplina di settore –Conforme

Non sana le carenze documentali rilevate dalla SA, l'offerente che, a seguito dell'esperimento del soccorso istruttorio, produce nei termini assegnati il documento attestante l'avviso anziché la ricevuta di pagamento del contributo di gara dovuto ad Anac. È conforme alla normativa di settore, oltre che agli atti di gara, l'esclusione dalla procedura di gara dell'offerta che, all'esito del soccorso istruttorio, risulti definitivamente carente della documentazione attestante l'avvenuto pagamento del contributo di gara ad ANAC;

Appalto pubblico – Servizi - Soccorso istruttorio - Cauzione provvisoria – Allegazione appendice polizza fideiussoria - Data successiva termine presentazione offerte - Esclusione - Lex specialis - Disciplina di settore – Non conforme

Sana le carenze documentali rilevate dalla SA, l'offerente che a seguito dell'esperimento del soccorso istruttorio produce, nei termini assegnati, l'appendice alla polizza fideiussoria con l'importo esatto, rilasciata in data successiva al termine di presentazione dell'offerta. Non è conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla procedura di gara dell'offerta che, all'esito del soccorso istruttorio, risulti provvista della fideiussione provvisoria con l'importo esatto indicato nella lex specialis;

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 aprile 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza in oggetto, acquisita al prot. gen. ANAC n. 21168 del 15/03/2023;

CONSIDERATA la censura dell'istante che contesta, per invalidità dei motivi addotti, la propria esclusione dalla procedura di gara disposta dalla SA per entrambi i lotti con provvedimento del 10/03/2023, oltre che il provvedimento di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione del 15/03/2023, poiché ritiene di aver correttamente assolto alle richieste d'integrazione documentale della SA del 28/02/2023, con invio della documentazione richiesta del 02/03/2023;

CONSIDERATO che l'istante ha formulato il seguente quesito: «Si pronunci l'Autorità sulla legittimità del provvedimento di esclusione dalla procedura emesso dalla Stazione Appaltante a seguito del soccorso istruttorio, motivato dalla mancata presentazione delle preesistenti, comprovabili con elementi di data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta, fideiussioni di importo corretto rispetto a quanto indicato nel disciplinare di gara, anche tenuto conto delle riduzioni previste per legge e dalla trasmissione del pagamento del contributo ANAC»;

VISTA la memoria dell'istante in cui si rappresenta che l'esclusione è stata disposta dalla SA con provvedimento del 10/03/2023, all'esito dell'esperimento della procedura di soccorso istruttorio avviata il 28/02/2023, con richiesta d'integrazione documentale della SA, poiché la documentazione amministrativa presentata dall'istante è risultata non conforme a quanto richiesto negli atti di gara; in particolare, che nel corso della prima seduta di gara del 27/02/2023, la SA ha accertato: a) l'incompletezza delle fideiussioni provvisorie presentate da Pirene per entrambi i lotti poiché di importo inferiore (Euro 4.155 e Euro 2.030) rispetto a quelli previsti per la partecipazione, tenendo conto delle riduzioni previste dalla legge (rispettivamente di Euro 4.209,04 e 2.075,78); b) la non corretta allegazione della ricevuta di pagamento del contributo ANAC relativamente al Lotto 1 di Euro 80;

RILEVATO, altresì, che l'istante rappresenta di aver inviato la documentazione richiesta dalla SA ma di essere stato escluso con le seguenti motivazioni: «per entrambi i lotti, mancata presentazione delle preesistenti, comprovabili con elementi di data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta, fideiussioni di importo corretto rispetto a quanto indicato nel disciplinare di gara, anche tenuto conto delle riduzioni previste per legge; per il lotto 1, mancata presentazione della ricevuta dell'avvenuto pagamento del contributo ANAC»;

VERIFICATA l'ammissibilità e procedibilità dell'istanza singola ai sensi dell'art. 7, commi 1 e 3, Regolamento in materia di pareri di precontenzioso (approvato dal Consiglio con la Delibera n. 10/2019 e modificato con Delibera n. 654/2021 e Delibera n. 528/2022);

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 23 marzo 2023 (prot. gen. ANAC n. 23552);

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti, acquisite al prot. gen. ANAC n. 24911 del 28/03/2023 e n. 25430 del 30/03/2023;

VISTA, in particolare, la memoria dell'istante con cui, nel confermare quanto illustrato nell'istanza, la integra rappresentando che «le irregolarità concernenti la cauzione provvisoria comunque prestata nei termini previsti dalla lex specialis sono sanabili mediante il potere di soccorso istruttorio» e che «la mancata allegazione all'offerta della cauzione provvisoria» non è causa di esclusione poiché la SA è «tenuta ad attivare il soccorso istruttorio» previsto dall'art. 83, co. 9, d.lgs. 50/2016, per le ipotesi di "carenze di elementi formali della domanda" o di "mancanza, incompletezza" o "irregolarità essenziale" della documentazione allegata alla domanda di partecipazione, in conformità alla giurisprudenza amministrativa ivi richiamata, in particolare alla sentenza del Consiglio di Stato del 16/01/2020 n. 399, affermando la validità del «principio giurisprudenziale per il quale la mancanza ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente, incompleto o deficitario rispetto a quello richiesto dalla lex specialis non costituisce causa di esclusione ed è sanabile mediante soccorso istruttorio, ritenendo che la fattispecie in esame costituisca «un'irregolarità involontaria, derivante da un errore nel calcolo della somma da versare nella procedura informatica dell'istituto di credito utilizzata dall'odierna istante, non imputabile alla volontà del concorrente», insistendo per il rilascio del parere;

VISTA, in particolare, la memoria della SA che ha comunicato di aver provveduto alla sospensione della procedura di gara, trasmettendo la documentazione utile per il rilascio del parere, evidenziando che il Disciplinare di gara al punto 9 prevede che «è sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata presentazione della garanzia provvisoria e/o dell'impegno a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva solo a condizione che siano stati già costituiti nella loro integrità prima della presentazione dell'offerta»;

VISTO il vigente Regolamento di precontenzioso;

CONSIDERATO che viene chiesto all'Autorità di verificare se è legittimo il provvedimento di esclusione dell'istante, adottato a seguito del soccorso istruttorio e motivato dalla mancata presentazione: a) delle preesistenti fideiussioni di importo corretto rispetto a quanto indicato nel disciplinare di gara (anche tenuto conto delle riduzioni previste per legge), comprovabili con elementi di data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta; b) della ricevuta del pagamento del contributo dovuto ad ANAC;

RILEVATO che il Disciplinare di gara prevede:

- al punto 9, che «L'offerta per ciascun lotto è corredata da: a) una garanzia provvisoria pari al 2% del prezzo base dell'appalto e precisamente: ▪ per il lotto 1 di importo pari ad € 8.418,08 ▪ per il lotto 2 di importo pari ad € 4.151,56. Si applicano le riduzioni di cui all'articolo 93, comma 7 del Codice. […] b) una dichiarazione di impegno […]. Per fruire delle riduzioni di cui all'articolo 93, comma 7 del Codice, il concorrente dichiara nella domanda di partecipazione il possesso dei relativi requisiti. […] È sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata presentazione della garanzia provvisoria e/o dell'impegno a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva solo a condizione che siano stati già costituiti nella loro integrità prima della presentazione dell'offerta […]»;
- al punto 10, che «I concorrenti effettuano, a pena di esclusione, il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione […]. La stazione appaltante accerta il pagamento del contributo mediante consultazione del sistema BDNCP. Qualora il pagamento non

risulti registrato nel sistema BDNCP, la stazione appaltante richiede, ai sensi dell'articolo 83, comma 9 del Codice, la presentazione della ricevuta di avvenuto pagamento»;

- al punto 12, che «Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, e in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti al contenuto sostanziale dell'offerta economica e dell'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'articolo 83, comma 9 del Codice. L'irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata. La successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta. Nello specifico valgono le seguenti regole: […] la mancata presentazione di elementi a corredo dell'offerta (per esempio garanzia provvisoria e impegno del fideiussore) […] aventi rilevanza in fase di gara, sono sanabili, solo se preesistenti e comprovabili con elementi di data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta»;

CONSIDERATO che l'art. 83, comma 9, d.lgs., 50/2016 (Codice) stabilisce che «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, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa» e che l'art. 93, Codice, disciplina termini e condizioni di ammissibilità delle garanzie provvisorie per la partecipazione alle procedure di gara;

CONSIDERATO che l'art. 1, comma 67, l. 266/2005, prevede «l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche», da applicarsi secondo l'interpretazione data dall'Autorità con la deliberazione n. 1337 del 21/12/2016 (art. 3, co. 2), in base alla quale i concorrenti «sono tenuti a dimostrare, al momento della presentazione dell'offerta, di avere versato la somma dovuta a titolo di contribuzione. La mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento di tale somma è causa di esclusione dalla procedura di scelta del contraente ai sensi dell'art. 1, comma 67 della legge n. 266/2005», confermata anche dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Delibera Anac n. 212/2022);

RILEVATO che le questioni sottoposte all'esame dell'Autorità riguardano l'esperibilità del soccorso istruttorio, sia in relazione alle garanzie (cauzioni/fideiussioni) provvisorie presentate a corredo dell'offerta in caso d'invalidità o irregolarità delle stesse, sia in relazione al contributo di gara dovuto all'Autorità in caso di omessa allegazione della ricevuta di pagamento dello stesso;

RILEVATO che l'Autorità si è ripetutamente pronunciata sulle questioni sottoposte al suo esame, da ultimo, con i pareri di precontenzioso resi con delibere del Consiglio n. 212 del 27/04/2022 , n. 43 del 02/02/2022, n. 765 del 24/11/2021, n. 589 del 28/07/2021;

RILEVATO che in merito al contributo di gara l'Autorità ha affermato che «È sanabile la mancata allegazione alla domanda di partecipazione alla gara della ricevuta di pagamento del contributo di gara purché il versamento sia stato disposto in data anteriore alla scadenza del termine di presentazione

dell'offerta» (delibera n. 212/2022) e che «Gli operatori economici che intendono partecipare alle procedure di gara sono tenuti al pagamento del contributo all'ANAC quale condizione di ammissibilità alle procedure medesime. Il mancato versamento del contributo entro il termine stabilito per la presentazione dell'offerta determina l'esclusione dalla procedura di scelta del contraente» (delibera n. 765/2021);

RILEVATO che, in merito alla garanzia provvisoria, la delibera n. 43/2022, l'Autorità ha da ultimo affermato che «La polizza fideiussoria stipulata anteriormente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte e prodotta unitamente alla documentazione amministrativa, recante un importo insufficiente può essere sanata tramite il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, la quale deve consentire all'operatore economico di integrarne l'ammontare», precisando che «La stessa giurisprudenza amministrativa ha sostenuto [Consiglio di Stato, sez. V, n. 399/2020] che il principio [...] per il quale il soccorso istruttorio va a buon fine con conseguente permanenza in gara dell'operatore solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria sia di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione, va limitato alla sola ipotesi di mancanza della cauzione provvisoria, quando questa sia richiesta dalla legge di gara come elemento essenziale della domanda a pena di esclusione [...] e che «la mera irregolarità della fidejussione tempestivamente costituita, determinata dall'ammontare rivelatosi insufficiente, può essere sanata tramite il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, che dovrebbe consentire all'operatore economico di integrarne l'importo»; in precedenza, con la delibera n. 765/2021, ha affermato che «Le carenze in ordine alle referenze bancarie sono suscettibili di soccorso istruttorio da parte della Stazione appaltante, ma quest'ultimo può concludersi con esito positivo – e l'operatore può restare in gara – solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria è stata emessa in data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione; in caso contrario risulterebbe violata la par condicio tra i concorrenti, in quanto l'offerente, in questi casi, si gioverebbe di un termine più lungo per acquisire la documentazione necessaria per la partecipazione alla gara»; con la delibera 589/2021, ha affermato che «si ha una condizione di invalidità sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio, che è attivabile in quanto le ragioni d'invalidità della cauzione provvisoria [...] costituiscono altrettante ipotesi di "carenze di elementi formali della domanda" ovvero ipotesi di "mancanza, incompletezza" o di "irregolarità essenziale" della documentazione allegata alla domanda di partecipazione e, dunque, non dell'offerta economica o tecnica. L'operatore economico è legittimato a rimanere in gara nel solo caso in cui la cauzione provvisoria presentata in sanatoria [...] siano riferibili a data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione. Diversamente opinando, infatti, sarebbe violata la par condicio tra tutti i concorrenti, consentendo ad uno di essi la presentazione di una cauzione provvisoria [...] formatasi in data successiva alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione»;

RILEVATO che la giurisprudenza più recente conferma l'orientamento giurisprudenziale prevalente circa l'esperibilità del soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83, co. 9, Codice, in ogni caso di carenze/irregolarità della cauzione provvisoria, incluso il caso di mancanza, d'erronea modalità di presentazione e d'importo insufficiente (cfr. per tutte, da ultimo, T.A.R. Campania Napoli, Sez. III, 03/04/2023, n. 2075; Consiglio di Stato, Sez. V, 22/11/2022, n.10274; id., 03.08.2021, n. 5710; id., 19/04/2021, n. 3166; contra, Consiglio di Stato, Sez. V, 28/06/2022, n. 5347);

RILEVATO che le questioni appaiono di pacifica risoluzione, tenuto conto del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento e dei citati precedenti dell'Autorità sull'argomento;

CONSIDERATO che l'appalto riguarda una procedura aperta per l'affidamento di servizi tecnici (audio video luci e di riprese e gestione video per streaming), suddivisa in 2 lotti, indetta da Trentino Sviluppo

S.p.A. (giusta delibera a contrarre n. 7 del 27/01/2023), interamente svolta tramite sistema informatico per procedure telematiche di acquisto SAP-SRM, con inversione procedurale, soggetta a verifiche dei requisiti generali e speciali tramite BDNCP (gestita da ANAC, ex art. 81, co. 4, Codice e delibera ANAC n. 464/2022) e FVOE, con disciplinare di gara pubblicato il 03/02/2023 e termine per presentazione delle offerte del 27/02/2023, con facoltà di rinnovo per 12 mesi, di importo sopra soglia (valore globale stimato dell'appalto € 1.256.964,00, Iva e altre imposte e contributi esclusi, di cui € 841.808,00 per lotto 1, € 415.156,00 per lotto 2), con criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

RILEVATO che nel caso in esame la SA ha avviato la procedura di soccorso istruttorio con richiesta «di provvedere a trasmettere la ricevuta dell'avvenuto pagamento del contributo ANAC nonché di fornire le polizze per l'importo corretto, conformemente a quanto previsto al punto 12 del disciplinare di gara», evidenziando «che "la mancata presentazione di elementi a corredo dell'offerta (per esempio garanzia provvisoria e impegno del fideiussore) [...] aventi rilevanza in fase di gara, sono sanabili, solo se preesistenti e comprovabili con elementi di data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta"»;

RILEVATO, altresì, che all'esito di tale procedura, la SA ha rilevato, in relazione all'importo della cauzione/garanzia provvisoria, che «se è pur vero che per entrambi i lotti, venivano prodotte due fideiussioni di importo corretto rispetto a quanto indicato nel disciplinare di gara, esse presentavano data posteriore al termine di scadenza di presentazione delle offerte, e precisamente il 01.03.2023, contravvenendo a quanto previsto nella *lex specialis* di gara» mentre in relazione al pagamento del contributo di gara per il lotto 1, che «con riferimento alla ricevuta del pagamento del contributo ANAC [...] veniva prodotto, sia al momento della presentazione offerte sia in attivazione del soccorso istruttorio, il mero "avviso di pagamento" del contributo, non la prova del suo effettivo versamento. Infatti, non emerge chiaramente dalla documentazione prodotta l'esito della transazione, impedendo alla Stazione Appaltante di accettarne quindi la sua esecuzione (si sottolinea, altresì, che per il Lotto 2 la Pirene srl allegava correttamente la ricevuta a comprova del pagamento)» (comunicazione di rigetto dell'istanza di annullamento del 10/03/2023);

RILEVATO che quanto rappresentato dalla SA risulta comprovato dai documenti di gara e dalla corrispondenza intercorsa tra le parti, in atti, ossia i documenti presentati dall'istante con l'offerta del 27/02/2023; i verbali delle operazioni di gara del 27/02/2023 e del 09/03/2023; richiesta di integrazione documentale della SA del 28/02/2023; documenti integrativi presentati dall'istante il 02/03/2023; provvedimento di esclusione dell'istante del 10/03/2023; comunicazione della SA di rigetto dell'istanza di annullamento del 15/03/2023;

RILEVATO che nel caso in esame l'istante ha presentato un'offerta contenente un'incompleta documentazione amministrativa, richiesta a pena di esclusione dagli atti di gara, e che l'incompletezza è stata in parte sanata mediante soccorso istruttorio poiché l'offerta dell'istante è risultata definitivamente carente della documentazione attestante il pagamento del contributo di gara all'ANAC per il lotto 1 mentre è risultata in possesso delle fideiussioni provvisorie, per entrambi i lotti, dell'importo esatto richiesto negli atti di gara, avendo l'istante prodotto nei termini assegnati: a) lo stesso documento attestante l'avviso di pagamento del contributo di gara per il lotto 1, già allegato all'offerta, anziché la ricevuta dell'avvenuto pagamento dello stesso in data anteriore al termine di presentazione delle offerte; b) le integrazioni alle due fideiussioni provvisorie presentate nell'offerta, rilasciate il 01/03/2022, ossia in data successiva al termine di presentazione delle offerte;

RILEVATO, dunque, che la SA nel caso in esame ha proceduto ad escludere l'istante dalla procedura di gara, per entrambi i lotti, in difformità alla richiamata normativa di settore;

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante, che ha escluso dalla procedura di gara l'offerta dell'istante, risulta essere:

- conforme alla lex specialis di gara e alla normativa di settore per il solo lotto 1 poiché l'offerta è priva della documentazione comprovante il pagamento del contributo di gara ad Anac;
- difforme dalla normativa di settore per quanto riguarda il solo lotto 2, poiché l'offerta è corredata da garanzia provvisoria dell'importo esatto richiesto dalla lex specialis di gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 aprile 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente