



DELIBERA N. 360

17 luglio 2024

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da Vivai Antonio Marrone S.r.l. – Procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio di manutenzione delle aree a verde di pertinenza del sistema acquedottistico di captazione, adduzione ed accumulo di ABC Napoli – Lotto 1 CIG 9908826DE1 – Lotto 2 CIG 99088555D2 – Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: Euro 2.427.680,12 – S.A.: ABC Acqua Bene Comune Napoli.

UPREC - PREC 163-2024-S

Riferimenti normativi

Artt. 83, comma 9 e 95 del d.lgs. n. 50/2016;

Art. 101 del d.lgs. n. 36/2023.

Parole chiave

Offerta tecnica, mezzi di prova, Libro unico del lavoro, soccorso istruttorio.

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Procedura – Gara – Fasi – Soccorso istruttorio – Offerta tecnica – Mezzi di prova – Non ammissibile.

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Procedura – Gara – Fasi – Soccorso istruttorio – Soccorso istruttorio correttivo – Offerta Tecnica - Nuovo Codice – Limiti.

Non è ammissibile il soccorso istruttorio per presentare documenti richiesti dalla lex specialis ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, soprattutto se l'elemento o il documento mancante riguarda l'assegnazione di un punteggio tecnico determinante ai fini della graduatoria.

Il cd. soccorso istruttorio correttivo, disciplinato nel comma 4 dell'art. 101 del nuovo Codice, è applicabile solo alle gare regolate dal D.lgs. n. 36/2023 e non può avere portata retroattiva, trattandosi



di un istituto innovativo rispetto al D.lgs. n. 50/2016. Esso, inoltre, presuppone un errore materiale in cui è incorso l'operatore nella elaborazione dell'offerta e di cui quest'ultimo si avvede spontaneamente prima dell'apertura dell'offerta da parte della Commissione. Tale facoltà non può essere utilizzata strumentalmente per produrre, oltre i termini delle offerte, documenti o allegati dell'offerta tecnica che avrebbero dovuto essere esaminati dalla Commissione giudicatrice ai fini dell'attribuzione del punteggio di qualità.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17 luglio 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 62937 del 4 giugno 2024, con la quale la Società Vivai Antonio Marrone S.r.l. ha contestato la valutazione (pari a zero) della propria offerta tecnica effettuata dalla Commissione giudicatrice in relazione al criterio A.1 (Disponibilità di organico formato in ambito sicurezza) motivato sul rilievo della *"mancanza del seguente mezzo di prova previsto ai fini premiali (cfr. punto 3 di pag. 5 del Prospetto OEPV): copia conforme del libro Unico del Lavoro o altro documento equivalente, dal quale si evince la presenza delle predette risorse nell'organico del soggetto partecipante, in data antecedente a quella di presentazione dell'offerta"*;

RILEVATO che l'istante ha esposto di avere interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'operato della S.A. in vista di una rivalutazione del punteggio, tenuto conto che per effetto dell'attribuzione dei 25 punti non conferiti si collocherebbe al terzo posto in graduatoria per il lotto 1 e al quarto posto per il lotto 2. Ha, dunque, chiesto all'Autorità di accertare l'illegittimità della mancata attivazione del soccorso istruttorio da parte della Commissione, trattandosi – a suo dire – di una omissione afferente a profili formali dell'offerta tecnica, nonché di accertare l'illegittimità dell'art. 14 del disciplinare e del Prospetto dei criteri di valutazione OEPV, ove intesi nel senso di non consentire il soccorso istruttorio per l'acquisizione dei mezzi di prova;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento di cui alla nota prot. 67799 del 17 giugno 2024;

VISTA la documentazione in atti e la memoria della Stazione appaltante, acquisita al prot. n. 70763 del 21 giugno 2024;

CONSIDERATO che la presente procedura ha ad oggetto l'affidamento del servizio di manutenzione delle aree a verde di pertinenza del sistema acquedottistico aziendale descritto nel c.s.a., da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con previsione di 80 punti per l'offerta tecnica e 20 punti per l'offerta economica. L'art. 18.1 del Disciplinare (Criteri di valutazione dell'offerta tecnica) dispone che *"il punteggio dell'Offerta Tecnica è determinato sulla base degli elementi e dei criteri di valutazione elencati nell'apposito Prospetto criteri di valutazione OEPV allegato al presente Disciplinare, riportante la ripartizione dei punteggi massimi attribuibili e l'indicazione dei criteri applicati per la determinazione del singolo punteggio da assegnare ad ogni elemento proposto da ciascun partecipante ammesso"*;



VISTO il richiamato Prospetto dei Criteri di Valutazione OEPV, il quale, per quanto di interesse ai fini del presente parere, nell'ambito della valutazione dell'organizzazione d'impresa e della gestione della fase operativa, declina il Criterio A.1 - "*Disponibilità di organico formato in ambito sicurezza*" prevedendo l'attribuzione di 25 punti massimi. A pag. 2 del suddetto Prospetto viene precisato che: "*è cura e interesse dei partecipanti fornire correttamente ed in maniera univoca la condizione proposta per ciascun elemento di valutazione di cui al presente Prospetto, utilizzando per la formulazione della propria Offerta Tecnica e di quella Economica i modelli all'uso predisposti (...). Si precisa al riguardo che i partecipanti avranno l'obbligo di allegare alla propria Offerta Tecnica, a pena di valutazione nulla (punteggio pari a zero), i rispettivi mezzi di prova, ove richiesti, consistenti in copia conforme di certificazioni, dichiarazioni, documenti e atti, come di seguito precisato. In riferimento a ciascuna offerta formulata dai partecipanti, la Commissione giudicatrice di gara all'uso nominata: - farà riferimento soltanto ai dati certi forniti; (...) - attribuirà la valutazione nulla (punteggio pari zero) di uno o più elementi, in caso di omissione di dati o mancanza di proposta riferita a tale/i elemento/i o nel caso in cui non vengano forniti i previsti mezzi di prova, così come dettagliatamente richiesti nel prosieguo, ovvero nel caso in cui tali mezzi di prova vengano forniti in maniera parziale o incompleta o contraddittoria". Con specifico riferimento al Criterio di valutazione A.1 viene previsto che "*L'elemento di valutazione A.1 è di tipo QUANTITATIVO ed il relativo criterio premia il partecipante che in coerenza con la propria forma di partecipazione, dispone, nel complesso, di un sistema integrato e consolidato di formazione nell'ambito delle misure di salvaguardia della salute e sicurezza dei lavoratori e dei luoghi di lavoro, ciò in applicazione della normativa vigente in materia ed in rispondenza alla natura e alle caratteristiche delle prestazioni in appalto*". Vengono poi previsti, nella tabella a pag. 4 del Prospetto, i coefficienti di valutazione per il personale operativo aggiuntivo di cui dispone il concorrente che comporrà le squadre d'intervento per l'appalto, precisando l'abilitazione richiesta per ciascuna figura professionale (addetto emergenza primo soccorso, addetto emergenza antincendio, preposto alla sicurezza, addetto alla conduzione di macchine operatrici e di movimento terra, addetto all'uso di motoseghe, decespugliatori e tagliasiepi, addetto all'uso di piattaforme mobili elevabili e carrelli elevatori, avente abilitazione all'esecuzione di lavori in quota). Per tale elemento di valutazione viene espressamente previsto che: "*i partecipanti sono tenuti, a pena di valutazione nulla dello stesso elemento A.1 (punteggio pari a zero), ad allegare alla propria Offerta Tecnica:**

1. *Copia conforme di relativo attestato di abilitazione, patentino o altro mezzo di prova equivalente per ciascuno dei suddetti ambiti formativi, riferito ad ogni risorsa (preposto/operaio) aggiuntiva, già presente nell'organico del soggetto partecipante in data antecedente a quella di presentazione dell'offerta e che si intende impiegare nell'esecuzione dell'appalto, in caso di aggiudicazione del singolo lotto;*
2. *Elenco sintetico riportante per ciascuna delle suddette risorse, i dati anagrafici identificativi, il corrispondente ambito formativo ed i riferimenti alla relativa abilitazione di cui dispone;*
3. *Copia conforme del Libro Unico del Lavoro o altro documento equivalente, dal quale si evinca la presenza delle predette risorse nell'organico del soggetto partecipante, in data antecedente a quella di presentazione dell'offerta.*

A riguardo si precisa, altresì, che:

- *La mancanza anche per uno solo dei suddetti punti, dei mezzi di prova ivi previsti, comporterà la valutazione nulla dell'elemento A.1 (punteggio pari a zero);*
- *La mancanza o l'incompletezza dell'insieme dei suddetti mezzi di prova riferiti alla singola risorsa aggiuntiva proposta, comporterà la valutazione nulla del relativo coefficiente. In tal caso, saranno valutati positivamente solo gli ambiti formativi di abilitazione del personale aggiuntivo proposto, correttamente comprovati dall'insieme dei mezzi di prova di cui sopra e sempreché la singola risorsa*



aggiuntiva proposta sia presente nell'organico del soggetto partecipante in data antecedente alla presentazione dell'offerta (...);

RILEVATO che, dalla documentazione in atti e da quanto riconosciuto dallo stesso istante, è circostanza pacifica che la Società Vivai Antonio Marrone S.r.l. ha presentato il modello di Offerta Tecnica (MOT) con mezzi di prova incompleti, privo della copia conforme del Libro Unico del Lavoro, richiesto ai fini premiali, nel punto 3 (a pag. 5 del Prospetto OEPV) sopra riportato. Ciò ha comportato l'attribuzione del punteggio pari a zero per il Criterio A-1, come da verbale della Commissione di gara in atti;

RITENUTO che, contrariamente a quanto affermato dall'istante, nel caso di specie, la mancata produzione del Libro Unico del Lavoro non può essere sanata mediante l'attivazione del soccorso istruttorio, per diverse ragioni;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 95, comma 1, i criteri di aggiudicazione sono accompagnati da specifiche che consentono "l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte", essendo inoltre rimessa alle stazioni appaltanti la verifica della "accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti". Nel caso di specie, il Prospetto allegato al disciplinare indicava chiaramente la tipologia di documentazione che gli operatori economici avrebbero dovuto produrre a comprova della disponibilità delle unità di personale aggiuntive offerte e specificava che l'allegazione dei documenti richiesti e del Libro Unico del Lavoro era necessaria al fine dell'attribuzione del punteggio (cfr. pag. 2 del Prospetto OEV, con riferimento alla documentazione richiesta per l'attribuzione del punteggio relativa a tutti i Criteri valutativi, nonché pag. 5 del Prospetto, con specifico riferimento al Criterio A.1). I concorrenti erano, dunque, avvertiti che sarebbe stata ritenuta prova adeguata esclusivamente la predetta documentazione, e non altra, per verificare le informazioni rilevanti ai fini dell'attribuzione del punteggio;

CONSIDERATO che in un caso analogo al presente, in cui la mancata presentazione del Libro Unico del Lavoro aveva comportato l'attribuzione di un punteggio pari a zero per il relativo criterio valutativo, il Consiglio di Stato ha statuito che la mancanza di tale mezzo di prova (anche in quel caso richiesto dalla legge ai fini premiali) non poteva essere sanata mediante l'attivazione del soccorso istruttorio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2021, n. 7335). In tale pronuncia, il Consiglio di Stato ha sottolineato che "il l.u.l. è un documento obbligatorio, il cui contenuto è fissato per legge e quindi uguale per tutti gli operatori economici obbligati alla sua tenuta, secondo quanto prescritto dall'art. 39 (Adempimenti di natura formale nella gestione dei rapporti di lavoro) del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria) convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 (...)". Pertanto, la sua mancata produzione in sede di gara, quale mezzo di comprova delle dichiarazioni riportate nell'offerta tecnica, è stata ritenuta non surrogabile con altre auto-dichiarazioni contenute nell'Offerta e non integrabile in sede di soccorso istruttorio, sottolineando che "Si sarebbe venuto con ciò a determinare un aggravio dell'operato della commissione di gara, non nella fase delle verifiche amministrative (cui è riferito il disposto dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016), bensì nella fase di valutazione delle offerte tecniche e di attribuzione del relativo punteggio, con inevitabili e palesi ripercussioni sulla efficacia, tempestività e correttezza della procedura di gara (arg. ex art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016), nonché sulla certezza e parità di trattamento nel compimento delle operazioni della commissione giudicatrice, che la stazione appaltante aveva inteso salvaguardare dettando la contestata disposizione della legge di gara". Sottolinea altresì il Consiglio di Stato che "la scelta, chiaramente effettuata dalla stazione appaltante, di collegare l'attribuzione del punteggio non ad una auto-dichiarazione del concorrente bensì ad un documento da tenersi obbligatoriamente da parte degli operatori del settore è



funzionale proprio ad evitare le situazioni di incertezza (ivi comprese eventuali contestazioni proprio ai sensi degli artt. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 e 77 bis del d.P.R. n. 445 del 2000, citati dall'appellante) e di disparità di trattamento che sarebbero potute derivare da un giudizio della commissione basato su auto-dichiarazioni';

CONSIDERATO che anche recentemente, sia la giurisprudenza che l'Autorità, hanno escluso la possibilità di attivare il soccorso istruttorio per supplire la produzione di mezzi di prova relativi all'offerta tecnica, richiesti dalla *lex specialis* a fini premiali (cfr. *ex multis* Delibera ANAC n. 370 del 26 luglio 2023; TAR Lazio, Roma, sez. IV, 26 settembre 2023, n. 14255, che richiama Cons. Stato, 21 agosto 2023, n. 7870). La richiamata giurisprudenza ha sottolineato che quando la *lex specialis* richiede l'allegazione di determinati documenti ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, la necessaria tutela della *par condicio* tra i concorrenti, impone di non ammettere il soccorso istruttorio, soprattutto se l'elemento o il documento mancante riguarda l'assegnazione di un punteggio tecnico determinante ai fini della graduatoria e non, semplicemente, una previsione relativa alla partecipazione alla gara;

RITENUTO che, nel caso di carenza di un documento di comprova dell'offerta tecnica, il soccorso istruttorio non sia ammissibile né ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis* alla presente procedura), che espressamente esclude dal suo perimetro applicativo le omissioni e incompletezze afferenti all'offerta tecnica, né ai sensi dell'art. 101 del D.lgs. n. 36/2023. Anche quest'ultima disposizione, infatti, esclude l'offerta tecnica sia dal perimetro del cd. soccorso integrativo o completo (volto a colmare carenze della documentazione necessaria, di cui alla lett. a) del primo comma dell'art. 101) sia del cd. soccorso sanante (volto a rimediare a omissione, inesattezze o irregolarità della documentazione, di cui alla lett. b) del primo comma dell'art. 101). È ammesso, invece, il soccorso cd. procedimentale sull'offerta tecnica (consistente nella richiesta di chiarimenti rispetto a documenti o contenuti dell'offerta già completa, ai sensi del terzo comma dell'art. 101, invero già ritenuto ammissibile dalla giurisprudenza e dall'Autorità sotto la vigenza del precedente Codice), nonché il cd. soccorso correttivo (funzionale a rettificare un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica, ai sensi del comma 4 dell'art. 101). Rispetto a quest'ultimo aspetto, va evidenziato che (diversamente da quanto asserito l'istante, che parla di "errore materiale" nel caricamento degli allegati dell'offerta tecnica) non vi sono i presupposti per applicare il cd. soccorso istruttorio correttivo sull'offerta tecnica, per diversi motivi. Innanzitutto, perché tale forma di soccorso istruttorio rappresenta una novità del nuovo Codice (come sottolineato anche nella relazione illustrativa del Consiglio di Stato), applicabile solo alle gare regolate dal D.lgs. n. 36/2023 e che non può avere portata retroattiva con riferimento alle procedure indette ex D.lgs. n. 50/2016 (come quella *de qua*). Inoltre, il soccorso istruttorio "correttivo" presuppone un errore materiale in cui è incorso l'operatore nella elaborazione dell'offerta (ad esempio, una incongruenza tra dati contenuti nella medesima offerta), di cui l'operatore si avvede spontaneamente prima dell'apertura dell'offerta da parte della Commissione, tant'è che il Consiglio di Stato nella relazione illustrativa sottolinea che "la rettifica va chiesta in busta chiusa, con indicazione riportata sulla stessa che si tratta di rettifica, e va aperta insieme all'offerta". Tale facoltà concessa all'operatore non può, invece, essere utilizzata strumentalmente per produrre, oltre i termini delle offerte, documenti o allegati dell'offerta tecnica che avrebbero dovuto essere esaminati dalla Commissione giudicatrice ai fini dell'attribuzione del punteggio di qualità;

RITENUTO, inoltre, che nel caso in esame, l'attribuzione del punteggio riferito al Criterio A.1 non costituisce un mero automatismo frutto di un'operazione matematica, ma è stato oggetto di valutazione da parte della Commissione, la quale ha esaminato il numero delle unità proposte evincibili dal Modello di Offerta Tecnica, la comprovata formazione per ciascuna unità degli ambiti di sicurezza previsti (come



evincibile dagli attestati di formazione/abilitazione nominali forniti in copia conforme), l'inquadramento di ciascuna unità nell'organico del concorrente in data antecedente a quella di presentazione dell'offerta (come evincibile dal Libro Unico del Lavoro o da altro documento equivalente che andava allegato all'Offerta in copia conforme). Di conseguenza, contrariamente a quanto asserito dall'istante, i mezzi di prova richiesti nel Prospetto OEV, ai fini dell'attribuzione del punteggio, non rappresentano semplici allegati documentali, ma costituiscono elementi essenziali dell'Offerta Tecnica, sottratti al soccorso istruttorio. Come condivisibilmente sottolineato dalla S.A. nella propria memoria, *"la semplice indicazione nel modello di OT del numero di risorse che s'intende impiegare nell'appalto per i singoli ambiti di sicurezza non contiene dati identificativi di tali risorse, né tantomeno comprova il fatto che le stesse siano già inquadrate nell'organico della società in data antecedente all'offerta"*. Inoltre, gli attestati di formazione e abilitazione (richiesti nel punto 1 del Prospetto) riportano solo l'ente formatore che li ha rilasciati, ma non documentano l'inquadramento della figura professionale nell'organico della Società entro la data di presentazione dell'offerta, come espressamente richiesto nella *lex specialis* ai fini dell'attribuzione del punteggio;

RILEVATO, infine, che il principio di autoresponsabilità, in virtù del quale ciascun concorrente sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione, nonché l'obbligo di correttezza e buona fede imposto anche a carico degli operatori economici (ora positivizzato nell'art. 5 del nuovo Codice), impongono ai concorrenti di adempiere alle prescrizioni della disciplina di gara, prestando attenzione nel caricamento della documentazione afferente all'offerta. In assenza di un malfunzionamento della piattaforma telematica – che nel caso di specie non è stato neppure allegato, tanto che la Società istante è riuscita a caricare la restante documentazione – è addebitabile esclusivamente alla responsabilità dell'operatore (e quest'ultimo ne sopporta le conseguenze) la mancata presentazione del documento richiesto per l'attribuzione del punteggio.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore, in quanto non è ammissibile il soccorso istruttorio per presentare documenti richiesti dalla *lex specialis* ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente