



DELIBERA N. 45

2 febbraio 2022.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Ligotti Gregorio – Realizzazione dei lavori di “Efficientamento energetico degli edifici: a) Sede Comunale, Via Risorgimento, 35; b) Palazzo del Brigante Giosafatte, Via di Mezzo, snc; c) Museo del Pane-Forno comunale, Via di Mezzo, 29; d) RSA San Carlo Borromeo, Via Risorgimento; e) RSA ex Asilo adibito a Centro Salute Mentale, Via Jugale, snc” – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 664.062,94 – S.A.: Comune di Panettieri (CS).

PREC 3/2022/L

Riferimenti normativi

Artt. 48, 83, comma 9 e 93 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

RTI costituendo – Garanzia provvisoria – Soccorso istruttorio – Modalità di comunicazione della richiesta.

Massima

RTI costituendo – Assenza garanzia provvisoria della mandante – Soccorso istruttorio – Modalità di comunicazione – Area comunicazioni MePA – PEC se la *lex specialis* di gara non prevede nulla – Necessità di comunicare la richiesta di soccorso istruttorio anche alla mandataria – Modalità di comunicazione da valutare in ragione della natura e del regime giuridico proprio dell’istituto.

In base ai principi di trasparenza e correttezza amministrativa e ai fini della tutela del *favor participationis* la comunicazione dell’attivazione del soccorso istruttorio che riguardi la società mandante deve essere inoltrata anche alla mandataria del RTI costituendo in ragione della sua potenzialità lesiva per l’intero raggruppamento, in quanto la mancata o tardiva produzione o regolarizzazione della documentazione richiesta incide immediatamente sulla stessa mandataria, essendo prevista l’applicazione della sanzione



espulsiva per tutto il raggruppamento (costituito o costituendo) e non per la sola mandante inottemperante.

In assenza di una previsione della *lex specialis* che riconduca espressamente la richiesta introduttiva del soccorso istruttorio tra le comunicazioni effettuabili mediante la piattaforma informatica, la soluzione da preferire è quella per cui detta richiesta debba essere effettuata via PEC, perché tale è il sistema di invio di comunicazioni con valore legale e l'unico idoneo a garantire la conoscenza delle comunicazioni a valenza individuale, con carattere necessariamente recettizio.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 2 febbraio 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0094148 del 30.12.2021, con la quale la ditta Ligotti Gregorio, in qualità di mandataria del RTI da costituire tra le imprese LIGOTTI GREGORIO e CONSORZIO STABILE INFRASTRUTTURE MERIDIONALI (mandante), chiede parere in ordine alla legittimità dell'esclusione del RTI medesimo disposta dalla Stazione appaltante in ragione del mancato riscontro, nei termini perentori previsti, alla nota con la quale era stato attivato il soccorso istruttorio;

CONSIDERATO, più specificamente, che l'istante contesta il fatto che la comunicazione del soccorso istruttorio, attivato a causa della rilevata assenza, tra la documentazione amministrativa dell'offerta, della cauzione provvisoria del 2% della mandante, sia stata inoltrata esclusivamente a quest'ultima, con la conseguenza che la richiesta non è stata riscontrata in tempo utile in quanto la mandante avrebbe contato sul fatto che ogni comunicazione da parte della Stazione appaltante sarebbe stata inviata all'intero raggruppamento, che avrebbe poi provveduto ad ottemperare;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante sostiene, nelle proprie memorie difensive, di aver operato correttamente in quanto:

- la comunicazione relativa all'attivazione del soccorso istruttorio e quella di esclusione dalla gara sono state inviate *«alle parti interessate, tramite piattaforma Mepa e anche direttamente»;*
- *«indipendentemente dalle formalità della comunicazione, essendo emerso, dall'esame della piattaforma Mepa, che il raggruppamento Ligotti-Consortio Stabile Infrastrutture Meridionali, anche in presenza di eventuale irritalità della comunicazione relativa al soccorso istruttorio, ha comunque avuto piena conoscenza della contestazione di mancata produzione della cauzione, avrebbe potuto e dovuto, ma non lo ha fatto, produrre la polizza fideiussoria mancante anche nelle fasi successive, compresa l'istanza ANAC»;*
- *«il raggiungimento dello scopo e della piena conoscenza ha indiscutibilmente un effetto sanante della eventuale irritalità che certo non ha determinato una lesione del diritto alla difesa»;*
- né il Codice appalti, né la *lex specialis* di gara, né la giurisprudenza in materia stabiliscono una specifica forma telematica di comunicazione della richiesta di soccorso istruttorio (quale ad esempio la PEC);

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 13.1.2022;



VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che l'art. 93 del Codice dei Contratti prevede in via generale, al primo comma, che *«In caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, la garanzia fideiussoria deve riguardare tutte le imprese del raggruppamento medesimo»*;

CONSIDERATO che già con il Comunicato del Presidente del 25.3.2015 ("Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163") l'Autorità aveva precisato che *«se la cauzione è presentata in forma di fideiussione, quest'ultima dovrà essere intestata, e, quindi, sottoscritta da ogni membro del costituendo raggruppamento, in qualità di contraente, in tal modo la stessa verrà a garantire la stazione appaltante per l'eventuale inadempimento posto in essere da uno qualsiasi dei contraenti (cfr. ANAC, Schema di disciplinare di gara, Bando tipo n. 2 del 2 settembre 2014, punto 11.3.7). Ne deriva allora che nell'ipotesi in cui la stazione appaltante disponga l'integrazione o la regolarizzazione delle dichiarazioni necessarie per la partecipazione alla gara, il singolo membro del raggruppamento dovrà procedere alla predetta integrazione o regolarizzazione "per quanto di competenza" ed il pagamento della sanzione pecuniaria potrà avvenire o tramite corresponsione diretta della sanzione o tramite escussione parziale della cauzione, che dovrà, però, essere reintegrata tempestivamente, pena l'esclusione dell'intero RTI costituendo»* e che *«in caso di mancata regolarizzazione la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla gara e, quindi, di tutto il costituendo RTI, che rappresenta un unico concorrente, indipendentemente dal fatto che l'inadempimento sia imputabile alla mandataria o ad una delle mandanti, non essendo consentito alla stazione appaltante ammettere al prosieguo della gara la sola mandataria nella veste di nuovo soggetto partecipante singolarmente o in raggruppamento con diverso operatore economico»*;

RITENUTO che le dette indicazioni dell'ANAC e i sottostanti principi giurisprudenziali siano tuttora validi anche alla luce della disciplina dettata dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici in merito alla cauzione provvisoria (oggi denominata "garanzia provvisoria" dall'art. 93 del nuovo Codice) ed ai Raggruppamenti temporanei di operatori economici (art. 48), che per quanto qui di interesse ha confermato la normativa previgente, nonché codificato i limiti inerenti alla modifica soggettiva in senso riduttivo dei raggruppamenti temporanei;

PRECISATO che ciò che distingue un RTI già costituito al momento della presentazione dell'offerta da uno costituendo (com'è quello odierno istante) è l'avvenuto conferimento, nel primo caso, di un mandato collettivo speciale con rappresentanza in capo alla c.d. mandataria (o capogruppo), in virtù del quale quest'ultima agisce in nome e per conto di tutte le mandanti, mentre nel secondo caso sussiste solo l'obbligo di presentare, in fase di offerta, la dichiarazione attestante l'impegno a conferire, in caso di aggiudicazione, tale mandato al soggetto designato quale mandatario;

RILEVATO, conseguentemente, che nel RTI costituendo i soggetti partecipanti non solo mantengono la propria rispettiva autonomia organizzativa, gestionale e fiscale, anche in relazione agli oneri sociali (come avviene nel RTI costituito), ma sono anche obbligati a sottoscrivere individualmente l'offerta di gara, l'impegno a costituirsi in associazione in caso di aggiudicazione, nonché a sottoscrivere la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria (nel RTI costituito occorre soltanto che la garanzia sia espressamente rilasciata in favore di tutte le componenti, a nulla rilevando che la polizza sia sottoscritta solo dalla mandataria, che sottoscrive, peraltro, in virtù dei poteri conferiti col contratto di mandato – Tar Sicilia, Catania, sez. I, 6 aprile 2018, n. 712);



RITENUTO, dunque, che bene ha fatto la Stazione appaltante ad attivare, in data 24.11.2021, il soccorso istruttorio e a richiedere direttamente alla (costituenda) mandante Consorzio Stabile Infrastrutture Meridionali la prestazione della cauzione provvisoria prevista dalla *lex specialis* di gara entro il termine perentorio del 29.11.2021 (ore 13.00);

CONSIDERATO che se per un verso non c'è dubbio che la garanzia fideiussoria debba essere costituita e prodotta in gara (e, naturalmente, nell'eventuale soccorso istruttorio) direttamente dalla mandante e quindi la comunicazione relativa alla necessità di una sua regolarizzazione debba essere inoltrata anche a quest'ultima, per altro verso è parimenti indubbio che la mancata o tardiva produzione o regolarizzazione di tale documentazione incide immediatamente sulla stessa mandataria, essendo prevista l'applicazione della sanzione espulsiva per tutto il raggruppamento (costituito o costituendo) e non per la sola mandante inottemperante;

RITENUTO, quindi, che proprio in base ai principi di trasparenza e correttezza amministrativa, pur rivendicati dalla Stazione appaltante, e ai fini della tutela del *favor participationis* la comunicazione dell'attivazione del soccorso istruttorio avrebbe dovuto essere inoltrata anche alla società istante, in qualità di costituenda mandataria, in ragione della sua potenzialità lesiva per l'intero raggruppamento e, nel caso specifico, proprio per evitare che un equivoco interpretativo potesse – come in effetti è accaduto – portare all'esclusione anche della mandataria;

RILEVATO che dalla documentazione prodotta dalla Stazione appaltante non emerge in alcun modo la dichiarata «comunicazione diretta a tutte le parti interessate» inerente all'attivazione del soccorso istruttorio e che, al contrario, risulta che l'unico destinatario della comunicazione in questione – come sostenuto dall'istante – sia stato il Consorzio Stabile Infrastrutture Meridionali, mentre l'unica comunicazione effettivamente inoltrata tanto alla mandante quanto alla mandataria è quella relativa all'esclusione dalla gara;

CONSIDERATO che una prova solida, ancorché indiretta, della mancata comunicazione dell'avvio del soccorso istruttorio alla mandataria si ricava dalle stesse argomentazioni difensive della Stazione appaltante, la quale di fatto ammette la possibilità che la stessa venga giudicata "irrituale" (irritualità che non sarebbe in discussione laddove l'Amministrazione avesse comunicato il soccorso istruttorio effettivamente "a tutte le parti interessate");

RITENUTO, proprio in ordine allo sviluppo di tale argomentazione difensiva, che l'invocato "effetto sanante" della contestata irritualità, derivante dal raggiungimento dello scopo dell'effettiva conoscenza da parte della mandataria istante dell'avvio del soccorso istruttorio, che per la Stazione appaltante sembrerebbe essere dimostrata dalla stessa presentazione dell'istanza di precontenzioso in oggetto, non ha alcun fondamento né logico né giuridico, atteso che ai sensi dell'art. 83, comma 9 del Codice il termine entro cui riscontrare il soccorso istruttorio è perentorio, con la ineludibile conseguenza che «*In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara*», essendo quindi tassativamente esclusa la possibilità di ottemperare alla richiesta «*anche nelle fasi successive, compresa l'istanza Anac*» (come invece prospettato dall'Amministrazione nella propria memoria);

RITENUTO, infine, che, anche a prescindere dalla mancata comunicazione del soccorso istruttorio alla mandataria, la stessa modalità di notifica utilizzata dalla Stazione appaltante per inoltrare la richiesta alla mandante, ovvero tramite l'Area Comunicazioni dedicata della piattaforma MePA, non sembra potersi considerare uno strumento adeguato al raggiungimento dello scopo, ovvero tale da garantire con



ragionevole certezza che la comunicazione sia giunta presso il domicilio elettronico del destinatario in modo da poter desumere che questi possa averne avuto contezza, salvo fornire idonea prova contraria; ciò essenzialmente perché *«la richiesta di soccorso istruttorio ha natura di atto unilaterale recettizio a destinatario determinato, con la conseguenza che produce effetto nel momento in cui perviene al medesimo. L'assenza di certezza in ordine al recepimento della richiesta di soccorso istruttorio (mediante inserimento nella "Area Comunicazioni" e successiva email ordinaria) vizia la comunicazione in ragione delle conseguenze che discendono dalla natura e dal regime giuridico proprio dell'istituto»* (così Tar Lazio, Roma, sez. II, 16 ottobre 2020, n. 10550);

CONSIDERATO che tale orientamento interpretativo è stato di recente confermato da una perspicua sentenza del Consiglio di Stato, il quale, nel rendere conto del fatto che la giurisprudenza sul tema si è schierata su due filoni contrapposti, evidenziando da un lato la necessità di comunicare via p.e.c. la richiesta di soccorso istruttorio e dall'altro lato ritenendo, specie nelle gare gestite mediante sistema informatico, tale forma di comunicazione non necessaria, ha comunque sancito *«che la soluzione preferibile, in assenza di una previsione della lex specialis che riconduca espressamente la richiesta introduttiva del soccorso istruttorio tra le comunicazioni effettuabili mediante la piattaforma informatica, sia quella per cui detta richiesta debba essere effettuata via pec, perché tale è il sistema di invio di comunicazioni con valore legale (ex art. 1, lett. v-bis, del d.lgs. n. 82 del 2005 la posta elettronica certificata è il "sistema di comunicazione in grado di attestare l'invio e l'avvenuta consegna di un messaggio di posta elettronica e di fornire ricevute opponibili a terzi") e l'unico idoneo a garantire la conoscenza delle comunicazioni a valenza individuale, con carattere necessariamente recettizio (che cioè, ai sensi dell'art. 1335 Cod. civ., si presumono conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario), cui sono connessi non già "effetti ordinatori", ma effetti potenzialmente espulsivi (si desume dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 che "in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara")»* (CdS, V, 31 agosto 2021, n. 6132);

RILEVATO che, parimenti alla fattispecie esaminata dalla citata giurisprudenza, anche per il caso in esame nella *lex specialis* non si rinviene alcuna indicazione circa una specifica forma telematica di comunicazione della richiesta di soccorso istruttorio; difatti, sebbene l'art. 12 del Disciplinare di gara ("Disposizioni finali") stabilisce che *"Le risposte alle richieste di chiarimenti e/o eventuali ulteriori informazioni sostanziali in merito alla presente procedura, saranno comunicate ai concorrenti tramite l'Area di Comunicazione del Sistema messo a disposizione da Consip"*, non può ritenersi che tra le "richieste di chiarimenti" e le "ulteriori informazioni sostanziali" ivi contemplate rientri anche quella relativa al soccorso istruttorio disciplinata dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016; ciò perché *«A tale conclusione vi si oppone la peculiare natura intrusiva e sfavorevole dell'atto, nonché lo speciale regime giuridico per esso previsto»* (così Tar Lazio cit.);

RITENUTO, dunque, per le motivazioni dianzi esplicitate, di aderire all'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che:



- l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alle disposizioni in materia di partecipazione alle gare da parte dei raggruppamenti temporanei e di soccorso istruttorio nella parte in cui ha disposto l'esclusione del costituendo RTI istante senza effettuare la comunicazione dell'attivazione del soccorso istruttorio anche alla impresa mandataria Ligotti Gregorio;
- nel caso di specie, neppure la modalità con cui è stata comunicata la richiesta di soccorso istruttorio alla mandante Consorzio Stabile Infrastrutture Meridionali possa considerarsi adeguata a garantire con ragionevole certezza la sua conoscibilità alla parte direttamente interessata;
- il RTI costituendo debba essere rimesso in termini al fine di consentire al Consorzio Stabile Infrastrutture Meridionali la dimostrazione dell'avvenuta costituzione, in data anteriore al termine di scadenza per la presentazione delle offerte, della garanzia provvisoria secondo le previsioni della *lex specialis* di gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 febbraio 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente l'8 febbraio 2022