

APPALTI: Gara – Esclusione – Raggruppamento temporaneo di imprese – Offerta sottoscritta digitalmente solo dall’impresa mandataria ma non anche dalla mandante – Illegittimità.

Tar Liguria - Genova, Sez. I, 6 dicembre 2021, n. 1051

[...] i vizi della sottoscrizione dell’offerta rilevano solo se e in quanto determinano un’incertezza assoluta sul suo contenuto o la sua provenienza, mentre in caso contrario un’eventuale esclusione sarebbe illegittima [...].

[...] la tesi “sostanzialistica” appare più rispettosa dei tradizionali principi del raggiungimento dello scopo e della strumentalità delle forme che caratterizzano il procedimento amministrativo [...].

Lo scopo perseguito mediante la previsione che l’offerta sia sottoscritta da parte di tutti i componenti del costituendo RTI, nel caso in cui la partecipazione avvenga con questa modalità (art. 48, co. 8, del d.lgs. n. 50 del 2016), è infatti assicurare la riconducibilità del documento ai suoi autori, garantendone la provenienza – mentre, a ben vedere, l’assunzione di responsabilità deriva, più che dalla firma in sé, dalla presentazione dell’offerta in gara, cui conseguono una serie di obblighi (tra cui il vincolo per un periodo minimo, il divieto di presentarne altre, l’irrevocabilità della proposta in caso di aggiudicazione).

Pertanto, nel momento in cui l’offerta sia univocamente riconducibile a determinati soggetti, l’obiettivo perseguito dalla norma può dirsi raggiunto e un’eventuale esclusione delle imprese per difetto di sottoscrizione rappresenterebbe una conseguenza sproporzionata, in violazione del principio di cui all’art. 30, co. 1, secondo periodo, del codice dei contratti pubblici.

[...] l’interpretazione “sostanzialistica” appare maggiormente conforme ai principi e criteri direttivi determinati dalla legge delega n. 11 del 2016, sulla cui base è stato emanato il d.lgs. n. 50 del 2016, e in particolare del divieto di “gold plating” di cui alla lett. a), del principio di semplificazione delle procedure di cui alla lett. i), e del criterio di riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti di cui alla lett. z), i quali tutti esprimono una preferenza del legislatore per la riduzione degli “oneri non necessari” a carico delle imprese – ossia degli adempimenti che non siano giustificati dal perseguimento di obiettivi di carattere generale.

Infine, questa tesi [...] risulta in armonia con i principi di economicità e di libera concorrenza di cui all’art. 30, co. 1, primo periodo, del codice dei contratti pubblici, in quanto evita che – per quella che, in pratica, è una mera svista, un errore riconoscibile dalla stazione appaltante – sia preclusa la partecipazione di imprese che potrebbero essere dotate dei requisiti per svolgere

l'appalto e presentare una proposta competitiva, con danno per l'interesse pubblico, oltre che per quello privato [...]".

FATTO e DIRITTO

1. Le società ricorrenti hanno partecipato, in qualità di mandataria (Giuggia Costruzioni srl) e di mandante (Rebecchi Matteo e c. snc), quale raggruppamento temporaneo d'impres-RTI alla gara indetta dalla Città metropolitana di Genova per la conclusione di un accordo quadro per l'affidamento degli interventi di manutenzione a tratti saltuari di ripristino della sovrastruttura stradale delle strade provinciali di proprietà della Città metropolitana di Genova e delle strade di proprietà dei Comuni ricompresi nel suo territorio, suddiviso in sei lotti, da svolgersi mediante il sistema telematico SINTEL (in particolare, hanno presentato offerta per i lotti n. 1, 2 e 3).
2. Con atto dirigenziale n. 1839 del 30.08.2021, adottato dopo l'apertura della busta telematica contenente la documentazione amministrativa, il costituendo RTI delle ricorrenti è stato ammesso alla gara.
3. In seguito, con nota del 13.09.2021, la stazione appaltante ha comunicato l'avvio del procedimento di esclusione del costituendo RTI dalla gara, adducendo il fatto che le offerte tecniche fossero state sottoscritte digitalmente solo dal legale rappresentante della mandataria e non anche da quello della mandante (doc. 3 di parte attrice).
4. Le ricorrenti hanno presentato le proprie controdeduzioni (doc. 4 di parte attrice).
5. Con nota del 12.10.2021, la stazione appaltante ha disposto l'esclusione del costituendo RTI dalla gara.
6. Le società hanno impugnato il provvedimento dinanzi a questo TAR, chiedendo altresì la concessione della tutela cautelare e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno, anche in forma specifica.
7. Si è costituita in giudizio la Città metropolitana, resistendo all'impugnativa.
8. All'esito della camera di consiglio del 01.12.2021 la causa può essere decisa con sentenza in forma semplificata, sussistendone i presupposti di legge.
9. Con unico motivo di ricorso, si deduce: violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost., delle direttive eurounitarie in materia di affidamento dei contratti pubblici, del d.lgs. n. 50 del 2016, della *lex specialis*; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, difetto di motivazione, erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità, perplessità, irragionevolezza, ingiustizia grave e manifesta; violazione dei principi di adeguatezza dei termini, libera concorrenza, non

discriminazione e parità di trattamento, correttezza, economicità, efficacia, proporzionalità, tempestività, trasparenza e pubblicità.

In sostanza, pur senza negare che i due *file* di cui si compone l'offerta tecnica non siano stati firmati da entrambe, le ricorrenti sostengono che non avrebbero potuto essere escluse, perché l'offerta sarebbe stata comunque univocamente riconducibile a loro, essendo stata presentata mediante il sistema telematico SINTEL, previa registrazione; sotto altro profilo, invocano l'applicazione del "soccorso istruttorio"; infine, obiettano che il disciplinare non prevedeva un'espressa comminatoria di esclusione per il difetto di sottoscrizione.

10. Il Collegio è consapevole che, rispetto al difetto di sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti i componenti del costituendo RTI, in giurisprudenza vi sono posizioni differenti.

Secondo un primo orientamento, cui si è conformata la Città metropolitana, esso non può che condurre all'esclusione dalla gara, perché la sottoscrizione dell'offerta si configura come lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento e si vincola a essa, pertanto la sua mancanza ne inficia validità e ricevibilità e non è sanabile mediante soccorso istruttorio, che non può essere utilizzato per rimediare alle carenze dell'offerta tecnica o economica (tra le tante, si v. Cons. St., sez. III, sent. n. 6530 del 2020 e TAR Lazio, Roma, sez. II, sentt. n. 7470 del 2019 e n. 11598 del 2020).

Per un secondo orientamento, invece, i vizi della sottoscrizione dell'offerta rilevano solo se e in quanto determinano un'incertezza assoluta sul suo contenuto o la sua provenienza, mentre in caso contrario un'eventuale esclusione sarebbe illegittima (Cons. St., sez. V, sent. n. 3973 del 2020, e sez. III, sent. n. 1963 del 2020, nonché TAR Toscana, sent. n. 288 del 2020 e TAR Calabria, Catanzaro, n. 836 del 2020; si v. altresì il parere di precontenzioso approvato dall'ANAC con deliberazione n. 420 del 15.05.2019).

11. Tra le due posizioni, il Collegio intende aderire a quest'ultima, che ritiene preferibile per una serie di ragioni.

12. In primo luogo, la tesi "sostanzialistica" appare più rispettosa dei tradizionali principi del raggiungimento dello scopo e della strumentalità delle forme che caratterizzano il procedimento amministrativo (sul punto si v., tra le tante susseguitesi nel tempo: Cons. St., sez. V, sent. n. 16 del 1987; sez. VI, sentt. n. 1670 del 2009 e n. 2482 del 2011; sez. VI, sent. n. 5284 del 2015).

Lo scopo perseguito mediante la previsione che l'offerta sia sottoscritta da parte di tutti i componenti del costituendo RTI, nel caso in cui la partecipazione avvenga con questa modalità (art. 48, co. 8, del d.lgs. n. 50 del 2016), è infatti assicurare la riconducibilità del documento ai suoi autori, garantendone la provenienza – mentre, a ben vedere, l'assunzione di responsabilità deriva,

più che dalla firma in sé, dalla presentazione dell'offerta in gara, cui conseguono una serie di obblighi (tra cui il vincolo per un periodo minimo, il divieto di presentarne altre, l'irrevocabilità della proposta in caso di aggiudicazione).

Pertanto, nel momento in cui l'offerta sia univocamente riconducibile a determinati soggetti, l'obiettivo perseguito dalla norma può dirsi raggiunto e un'eventuale esclusione delle imprese per difetto di sottoscrizione rappresenterebbe una conseguenza sproporzionata, in violazione del principio di cui all'art. 30, co. 1, secondo periodo, del codice dei contratti pubblici.

13. In secondo luogo, l'interpretazione "sostanzialistica" appare maggiormente conforme ai principi e criteri direttivi determinati dalla legge delega n. 11 del 2016, sulla cui base è stato emanato il d.lgs. n. 50 del 2016, e in particolare del divieto di "gold plating" di cui alla lett. a), del principio di semplificazione delle procedure di cui alla lett. i), e del criterio di riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti di cui alla lett. z), i quali tutti esprimono una preferenza del legislatore per la riduzione degli "oneri non necessari" a carico delle imprese – ossia degli adempimenti che non siano giustificati dal perseguimento di obiettivi di carattere generale.

14. Infine, questa tesi, più dell'altra, risulta in armonia con i principi di economicità e di libera concorrenza di cui all'art. 30, co. 1, primo periodo, del codice dei contratti pubblici, in quanto evita che – per quella che, in pratica, è una mera svista, un errore riconoscibile dalla stazione appaltante – sia preclusa la partecipazione di imprese che potrebbero essere dotate dei requisiti per svolgere l'appalto e presentare una proposta competitiva, con danno per l'interesse pubblico, oltre che per quello privato.

15. Né, sotto altro profilo, si può paventare una lesione del principio di "par condicio", in quanto, nel ravvisare la riconducibilità dell'offerta a una o più imprese, la stazione appaltante non dà adito ad alcuna modifica della stessa, ma semplicemente interpreta e qualifica le dichiarazioni contenute nei vari documenti.

16. Sotto altro profilo ancora, accedere a questa tesi comporta anche – sotto il profilo dell'assunzione di responsabilità – che le imprese non potranno sottrarsi ai vincoli che derivano dall'aver presentato l'offerta invocando un formale difetto di sottoscrizione, circostanza che risulta anche aderente al principio di buona fede, che permea sia la disciplina civilistica sulla trattativa precontrattuale (art. 1337 cod. civ.) sia quella pubblicistica sui rapporti tra privato e Amministrazione (art. 1, co. 2-bis, della legge n. 241 del 1990).

17. Se dunque si accoglie la prospettiva "sostanzialistica", si pone il problema di verificare di volta in volta se una data offerta sia univocamente riconducibile alle imprese che l'hanno predisposta e presentata.

18. La risposta a tale quesito dipenderà inevitabilmente dalle circostanze del caso concreto e, in particolare, dal difetto di sottoscrizione riscontrato e dalle modalità di presentazione dell'offerta.

19. Nel caso di specie, entrambi questi elementi inducono a ritenere che l'offerta presentata dal costituendo RTI composto dalle ricorrenti fosse loro riconducibile in maniera inequivoca.

20. Dal primo punto di vista, occorre muovere dalla considerazione che l'offerta, benché composta da diverse parti (nella specie, domanda di partecipazione, DGUE e documentazione richiesta, offerta tecnica, offerta matematica ove prevista, offerta economica, come specificate nel pt. 8 del disciplinare, doc. 2 della resistente), costituisce una dichiarazione negoziale sostanzialmente unitaria, perché è nel suo insieme che esprime la volontà dei proponenti di vincolarsi a determinate condizioni.

Nel verificarne la riconducibilità a una o più imprese, è pertanto necessario darne una lettura e un'interpretazione complessiva, con la conseguenza che, laddove alcune sue parti siano state sottoscritte e altre non lo siano state, è comunque possibile presumere che l'offerta sia nel suo complesso riferibile ai sottoscrittori.

Nella specie, dunque, la sottoscrizione della documentazione amministrativa, compresa la domanda di partecipazione, da parte di entrambe le imprese ricorrenti – non contestata e verificata in sede di ammissione (doc. 2 di parte attrice – consente di presumere che anche l'offerta tecnica con essa presentata, benché non specificamente sottoscritta, fosse comunque riconducibile loro.

21. Dal secondo punto di vista, nel caso di specie non si possono trascurare le peculiarità del procedimento per la presentazione dell'offerta, che richiedeva l'uso della piattaforma SINTEL, previa registrazione al relativo portale, e si articolava nei seguenti passaggi: step 1 – busta amministrativa; step 2 – busta tecnica; step 3 – busta economica; step 4 – firma digitale dell'offerta; step 5 – riepilogo e invio dell'offerta (pt. 8 del disciplinare, doc. 2 della resistente); nei primi tre “step”, le imprese erano chiamate a predisporre l'offerta, mediante *upload* dei *file*, nel quarto veniva firmato il documento d'offerta (con cui «*l'operatore economico assume la paternità dell'offerta inserita in Sintel e si assume la responsabilità sulla verifica dell'integrità e leggibilità di tutti gli elementi della stessa*», come precisato al pt. 9.1 delle Modalità tecniche di utilizzo, doc. 7 della resistente), nel quinto si procedeva al vero e proprio invio della proposta.

Le descritte modalità della presentazione dell'offerta tramite SINTEL rafforzano anche sul piano formale il carattere unitario dell'offerta, in quanto le sue diverse componenti vengono trasmesse contestualmente, con un unico invio, previa sottoscrizione del documento d'offerta che ne garantisce l'integrità.

22. Per questo, nel caso di specie, si poteva e doveva presumere che – nonostante il difetto di sottoscrizione dei due *file* di cui si compone l’offerta tecnica – nel suo complesso l’offerta fosse riconducibile alle ricorrenti.

23. L’esclusione si rivela dunque illegittima e meritevole di annullamento; per l’effetto, la stazione appaltante dovrà riammettere alla gara il costituendo RTI composto dalle ricorrenti e valutarne l’offerta.

24. Considerato che, come ha riferito la Città metropolitana, la commissione deve ancora procedere all’apertura e all’esame della documentazione relativa agli elementi dell’offerta tecnica soggetti a valutazione matematica (p. 11 della memoria depositata per la camera di consiglio), oltre che naturalmente dell’offerta economica, non vi è danno da risarcire alle ricorrenti – le quali peraltro non hanno allegato e provato alcun pregiudizio.

25. La sussistenza di diversi orientamenti giurisprudenziali sulla questione sottesa alla controversia giustifica la compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, annulla il provvedimento impugnato; compensa tra le parti le spese di lite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2021 con l’intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Angelo Vitali, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Referendario, Estensore