

APPALTI: Gara - Aggiudicazione - Raggruppamento temporaneo di imprese - Offerta sottoscritta solo dall'impresa mandataria ma non anche dalla mandante - Nel caso in cui sia certa la riconducibilità dell'offerta stessa a un determinato operatore economico – Legittimità.

Tar Veneto - Venezia, Sez. I, 24 gennaio 2022, n. 159

“[...] l’offerta priva di sottoscrizione sarebbe comunque ammissibile quando, in base alle circostanze concrete, la stessa risulti con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico [...].

[...] questo [...] orientamento [...]

– appare maggiormente conforme al principio del raggiungimento dello scopo e della strumentalità delle forme di cui agli artt. 156, commi 2 e 3, cod. proc. civ. e 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990;

– appare maggiormente conforme ai principi e ai 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;

– risulta maggiormente coerente con i principi cardine di buon andamento e di concorrenza, intesa come massima partecipazione alle gare, consentendo, da un lato, alla stazione appaltante di beneficiare di ulteriori offerte competitive e, dall’altro lato, alle imprese di evitare di essere escluse dalle procedure per meri errori materiali riconoscibili [...].”

FATTO

1. La Città metropolitana di Venezia indiceva per conto del Comune di Dolo la procedura aperta – telematica – per l’affidamento della concessione mediante finanza di progetto di cui all’art. 183 del d.lgs. n. 50 del 2016, della gestione degli impianti di pubblica illuminazione di Dolo (VE), compresa la fornitura di energia elettrica, l’adeguamento normativo e l’efficientamento energetico, nonché gestione/forniture circa la mobilità elettrica, per la durata di 20 anni, per l’importo stimato di Euro 6.413.920,00, con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. Alla procedura partecipavano vari operatori economici tra cui Ranzato s.r.l. (in seguito, Ranzato e il costituendo RTI SG Dynamic E s.r.l./ ASMP Energia s.r.l. (in seguito, RTI SG), quale soggetto promotore.

In particolare, quanto all'offerta dell'RTI SG, la documentazione della busta tecnica veniva sottoscritta dalla mandataria SG e non anche dalla mandante ASPM; la documentazione amministrativa e l'offerta economica venivano invece sottoscritte da entrambe.

1.2. Avvedutasi di tali mancate sottoscrizioni la Commissione ammetteva comunque l'RTI alla procedura sulla base del parere del R.U.P. secondo cui: *“in base alla più recente giurisprudenza nonché agli orientamenti dell'ANAC formati in ordine al difetto di sottoscrizione in una gara telematica e tenuto conto che il difetto di firma non genera incertezza circa la provenienza dell'offerta, si ritiene che la mancanza dell'ulteriore firma della mandante non sia causa di esclusione”* (cfr. verbale di gara n. 5 del 5 febbraio 2021).

1.3. All'esito delle operazioni di gara risultava aggiudicataria Ranzato con il punteggio totale di 93,6577/100 a fronte del ribasso del 5% sul canone annuo di euro 317.489,04 e della variazione del 2% della quota fissa del canone.

1.2. In data 29 giugno 2021 l'RTI SG esercitava tuttavia il diritto di prelazione e con determinazione n. 1487/2021 la stazione appaltante approvava il subentro nell'aggiudicazione in favore della controinteressata.

2. Con ricorso notificato in data 29 luglio 2021 e depositato in data 4 agosto 2021, Ranzato ha impugnato gli atti della procedura sulla base del seguente unico motivo.

I – Violazione e falsa applicazione della lex specialis, degli artt. 48 e 83 del d.Lgs. n. 50/2016; dell'art. 97 della Costituzione nonché dei principi di imparzialità, di correttezza, di parità di trattamento e di buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per sviamento.

Secondo la ricorrente l'offerta presentata dall'RTI avrebbe dovuto essere esclusa in quanto:

– tutta l'offerta tecnica non era stata sottoscritta dalla mandante ASPM, ma solo dalla mandataria SG; – nell'offerta dello stesso RTI vi erano delle cartelle compresse, firmate, ma contenenti *“allegati”* non firmati.

Ciò contrasterebbe sia con le disposizioni del disciplinare di gara (artt. 1, 13, 13.1, 14, 15.1 e 16) e in particolare con l'art. 1 secondo cui: *“Non è consentito, a pena di esclusione, firmare digitalmente un file compresso contenente più documenti privi di firma digitale”*, sia con l'art. 48, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, che in caso di raggruppamento costituendo richiede che l'offerta sia *“sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei”*.

Né l'Amministrazione poteva disporre il soccorso istruttorio in quanto l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 preclude l'utilizzo di tale istituto per sanare irregolarità *“afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica”*.

3. Si sono costituite in giudizio la Città Metropolitana di Venezia, il Comune di Dolo e SG, in proprio e quale mandataria dell'RTI SG, rilevando in particolare:

– che il disciplinare di gara all'art. 1 espressamente stabiliva che *“Non è consentito, a pena di esclusione, firmare digitalmente un file compresso contenente più documenti privi di firma digitale”*, ma aggiungeva la specificazione *“(laddove richiesta)”*. E la legge di gara non richiedeva la sottoscrizione di tutti gli allegati dell'offerta;

– che la riconoscibilità della provenienza dell'offerta nel caso di specie era garantita dalle specifiche modalità di svolgimento della procedura integralmente in via telematica, con la preventiva registrazione al sistema di tutti gli operatori economici interessati, ivi comprese le mandanti del costituendo raggruppamento;

– che la mandante ASMP aveva sottoscritto anche la documentazione amministrativa tra cui le *“Dichiarazioni integrative domanda di partecipazione e a corredo del DGUE”* (documento n. 7 della Città Metropolitana) in cui *“dichiara che manterrà valida l'offerta per 180 giorni consecutivi dalla data di scadenza per la presentazione delle offerte e che si impegna a mantenerla valida anche per un termine superiore, strettamente necessario alla conclusione della procedura, in caso di richiesta da parte della Stazione Appaltante”*.

4. Con ricorso incidentale notificato in data 27 settembre 2021 e depositato in data 1 ottobre 2021 SG, in proprio e quale mandataria del RTI SG, ha impugnato gli atti della procedura, dichiaratamente in via cautelativa e subordinata, sulla base del seguente motivo:

I – Violazione o falsa applicazione di legge (in particolare art. 83, comma 9, nonché comma 8). Violazione o falsa applicazione dell'art. 97 Cost. Violazione dei principi di buon andamento, di ragionevolezza, di proporzionalità, di concorrenza, di massima partecipazione, di par condicio, di economicità, efficienza ed efficacia. Eccesso di potere sotto i profili della erroneità del presupposto, della irragionevolezza e della ingiustizia manifeste.

Secondo la ricorrente incidentale, la legge di gara, qualora interpretata nel senso di imporre l'esclusione dell'RTI SG, sarebbe nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 in quanto comprimerebbe la partecipazione alla procedura senza alcuna effettiva ragione, essendo perfettamente individuabile l'autore dell'offerta. Inoltre si porrebbe in contrasto con l'art. 83, comma 9, che consente il

soccorso istruttorio nelle ipotesi in cui è possibile l'individuazione sicura del soggetto responsabile dell'offerta.

Sotto altro profilo la procedura sarebbe illegittima nella parte in cui l'Amministrazione ha ommesso di disporre il soccorso istruttorio o procedimentale per sanare la mancata sottoscrizione della documentazione relativa all'offerta tecnica da parte della mandante.

5. In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie e repliche in cui hanno richiamato puntuali – ma opposti – precedenti giurisprudenziali.

In risposta al ricorso incidentale, Ranzato ha in particolare rimarcato che l'obbligo della sottoscrizione della firma è espressamente imposto dall'art. 48, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 e pertanto non potrebbe operare il principio di tassatività delle cause di esclusione che impedisce alle stazioni appaltanti di introdurre cause di esclusione non previste dal Codice dei contratti.

6. All'udienza del 12 gennaio 2022, dopo ampia discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La questione oggetto della controversia all'esame concerne il difetto di sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti i componenti del costituendo RTI, tema su cui la giurisprudenza si è pronunciata in modo non univoco.

Secondo un primo orientamento, la mancata sottoscrizione dell'offerta determina necessariamente l'esclusione dalla procedura (da ultimo: T.A.R. Lazio, Sez. III, 27 ottobre 2021, nn. 10995 e 10996; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 28 gennaio 2021, n. 91; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 23 novembre 2020, n. 12406). Ciò in quanto: *“nelle gare pubbliche la sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti i soggetti, che con essa pretendono di impegnarsi nei confronti dell'amministrazione appaltante, risponde a imprescindibili esigenze di ordine generale di certezza della riconducibilità dell'offerta ai medesimi operatori e coercibilità dei relativi impegni nella successiva fase esecutiva, esigenze che non possono ritenersi adeguatamente soddisfatte mediante il mandato con rappresentanza conferito all'impresa capogruppo, trattandosi – quest'ultimo – di un atto che non assicura che il mandatario adempia correttamente agli obblighi gestori e di rappresentanza verso i terzi assunti nei confronti delle mandanti, con il conseguente rischio che possano insorgere contestazioni interne ai componenti del raggruppamento incidenti negativamente sulla fase di esecuzione del contratto; è stato sul punto anche sottolineato che alla mancanza di sottoscrizione dell'offerta non è possibile supplire mediante il soccorso istruttorio della P.A., ciò provocando una lesione della par condicio dei concorrenti per effetto della possibilità concessa ad alcuni di sanare una carenza essenziale attinente alla volontà negoziale da manifestare in seno alla procedura nelle sole tassative modalità predeterminate nell'avviso pubblico (cfr. Cons. St., sez. V, 20 agosto 2019,*

n.5751; sez. III, 8 maggio 2017, n. 2093; sez. V, 13 febbraio 2017, n. 596; sez., IV, 19 marzo 2015, n. 1425; sez. V, 27 novembre 2012, n. 5971; T.A.R. Venezia, (Veneto) sez. III, 01/10/2019, n.1031, Tar Lazio – Roma sez. II bis – sentenza 7 giugno 2019, n. 7470; T.a.r. Lazio, sede di Roma, sezione III quater, 2 luglio 2019, n. 8605; sezione III ter 22 dicembre 2015, n. 14451)” (Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530).

In base ad un secondo orientamento, sviluppatosi in particolare in relazione alle procedure di gara telematiche, l’offerta priva di sottoscrizione sarebbe comunque ammissibile quando, in base alle circostanze concrete, la stessa risulti con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico (Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2016, n. 4881. In questo senso: Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8435; Cons. Stato, Sez. V, 22 giugno 2020, n. 3973; Cons. Stato, Sez. III, 19 marzo 2020, n. 1963; Cons. Stato, 9 marzo 2020, n. 1655; T.A.R. Liguria, Sez. I, 6 dicembre 2021, n. 1051; T.A.R. Toscana, Sez. I, 6 marzo 2020, n. 288; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 7 maggio 2020, n. 836; ANAC, deliberazione 15 maggio 2019, n. 420).

Il Collegio intende aderire a questo secondo orientamento (in seguito, per mere ragioni di ragioni di sintesi, tesi sostanzialistica) per le medesime ragioni già efficacemente espresse dal Tribunale amministrativo per la Liguria nella sentenza n. 1051 del 6 dicembre 2021 e segnatamente in quanto detto orientamento:

- appare maggiormente conforme al principio del raggiungimento dello scopo e della strumentalità delle forme di cui agli artt. 156, commi 2 e 3, cod. proc. civ. e 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990;
- appare maggiormente conforme ai principi e ai 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;
- risulta maggiormente coerente con i principi cardine di buon andamento e di concorrenza, intesa come massima partecipazione alle gare, consentendo, da un lato, alla stazione appaltante di beneficiare di ulteriori offerte competitive e, dall’altro lato, alle imprese di evitare di essere escluse dalle procedure per meri errori materiali riconoscibili.

Da ultimo, peraltro, tale interpretazione sostanzialistica pare avere trovato conferma nel Bando tipo n. 1 del 2021 per le procedure telematiche approvato dall'ANAC in data 24 novembre 2021.

Nella relativa nota illustrativa viene infatti espressamente affermato che: *“Trattandosi di gare informatiche dove il particolare meccanismo di accesso alla piattaforma di gestione della gara attraverso specifiche e personali credenziali consente di imputare al concorrente accreditato tutta la documentazione caricata e/o compilata sul proprio profilo e trasmessa alla stazione appaltante, si ritiene sanabile anche il difetto di sottoscrizione della domanda di partecipazione, del DGUE, delle dichiarazioni richieste e dell'offerta”* (pag. 6).

2. Per ritenere ammissibile un'offerta priva di una valida sottoscrizione occorre tuttavia verificare in concreto in relazione alle specificità del caso:

a) che sia stato effettivamente raggiunto in modo certo il duplice “scopo” della sottoscrizione, ossia quello di assicurare sia la riferibilità soggettiva – la paternità – della dichiarazione a tutte le imprese del costituendo raggruppamento, sia l'assunzione da parte delle stesse imprese dell'impegno negoziale all'esecuzione della prestazione;

b) che non sia stato leso, anche in via meramente potenziale, un interesse sostanziale dell'Amministrazione e in particolare che dalla omessa sottoscrizione non possa derivare il *“rischio che possano insorgere contestazioni interne ai componenti del raggruppamento incidenti negativamente sulla fase di esecuzione del contratto”*;

c) che non sia stata posta in essere una violazione della necessaria *par condicio* dei concorrenti, con l'attribuzione di un indebito vantaggio competitivo o con il riconoscimento della *“facoltà di sanare una carenza essenziale attinente alla volontà negoziale”*.

2.1. Nella fattispecie in esame tali necessarie condizioni risultano soddisfatte.

In primo luogo si ritiene sia stato raggiunto il richiamato duplice “scopo” della sottoscrizione.

La riferibilità soggettiva dell'offerta tecnica alla mandante ASPM risulta, infatti, garantita dalle particolari modalità di svolgimento della procedura in forma telematica che richiedeva una preventiva registrazione di tutte le imprese del raggruppamento e realizzava una associazione ai fini della partecipazione alla procedura di gara tra la mandataria e mandante assicurando in tal modo con certezza la provenienza dell'offerta.

L'impegno negoziale – giudizialmente coercibile – della mandante è, invece, assicurato dalla sottoscrizione delle *“Dichiarazioni integrative domanda di partecipazione e a corredo del DGUE”* (documento n. 7 della Città Metropolitana) in cui ASPM si è espressamente impegnata a mantenere valida l'offerta per il tempo occorrente alla conclusione della procedura.

Per i generali principi di buona fede, diligenza e correttezza, la sottoscrizione di una dichiarazione di tale tenore implicava l'obbligo di verificare l'effettivo contenuto dell'offerta presentata e comunque l'assunzione, da parte di ASPM nei confronti della Stazione appaltante, del rischio dell'eventuale esecuzione infedele, da parte della capogruppo, del mandato a presentare l'offerta.

L'assunzione dell'impegno negoziale – giudizialmente coercibile – da parte della mandante ASPM trova d'altra parte ulteriore conferma sia nell'iscrizione al sistema telematico, sia nella sottoscrizione del mandato alla capogruppo, della documentazione amministrativa e dell'offerta economica.

Resta comunque fermo – va altresì aggiunto – il diritto della stazione appaltante all'escussione della c.d. garanzia provvisoria in caso di mancata sottoscrizione del contratto da parte di ASPM.

2.2. Quanto all'insussistenza nella fattispecie in esame della lesione di un interesse sostanziale dell'Amministrazione, è sufficiente osservare che con nota del 29 giugno 2021 sia la mandataria sia la mandante dell'RTI SG, quali soggetti promotori, hanno dato seguito alla nota del 16 giugno 2021 della Stazione appaltante e hanno esercitato il diritto di prelazione, impegnandosi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte da Ranzato.

Non può quindi ritenersi che la mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte della mandante abbia comportato la lesione di un interesse sostanziale dell'Amministrazione o abbia determinato il *“rischio che possano insorgere contestazioni interne ai componenti del raggruppamento incidenti negativamente sulla fase di esecuzione del contratto”*.

Peraltro anche anteriormente all'esercizio della prelazione, un tale rischio non sussisteva.

Infatti, per i generali principi di buona fede, diligenza e correttezza, la sottoscrizione dell'impegno a mantenere ferma l'offerta per tutto il tempo occorrente alla conclusione della procedura (documento n. 7 della Città Metropolitana) implicava l'obbligo di verificare l'effettivo contenuto dell'offerta presentata e comunque l'assunzione, da parte di ASPM nei confronti della Stazione appaltante, del rischio dell'eventuale esecuzione infedele del mandato a presentare l'offerta da parte della capogruppo.

2.3. Né si è realizzata alcuna lesione della *par condicio* degli operatori economici.

La Stazione appaltante nella fattispecie ha consentito all'RTI SG non di sanare *“una carenza essenziale attinente alla volontà negoziale*, bensì di correggere un errore materiale riconoscibile.

Come si è detto, l'impegno negoziale – giudizialmente coercibile – era già sorto con la sottoscrizione *“delle “Dichiarazioni integrative domanda di partecipazione e a corredo del DGUE”* (documento n. 7 della Città Metropolitana).

D'altra parte, dagli atti non emerge che la controinteressata abbia conseguito alcun vantaggio competitivo dalla mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte della mandante. Né la ricorrente ha dedotto sul punto.

3. Per le medesime ragioni non può essere condivisa la censura concernente la mancata sottoscrizione di alcuni allegati contenuti in cartelle compresse, regolarmente sottoscritte dalla mandataria.

Da un lato, come precisato dalla stazione appaltante, il disciplinare di gara – che, come già anticipato, all'art. 1 espressamente richiedeva, “*a pena di esclusione*” la firma digitale del *file* compresso contenente più documenti – specificava come tale previsione si riferisse alla firma digitale “*laddove richiesta*”.

E dall'esame delle disposizioni del disciplinare di gara non emerge una richiesta espressa, a pena di esclusione, di sottoscrivere tutti gli allegati dell'offerta tecnica.

Dall'altro lato, in ogni caso una tale prescrizione della legge di gara, laddove implicante l'esclusione anche a fronte della sicura riferibilità soggettiva all'offerente dell'allegato – come nella fattispecie in esame – sarebbe nulla e quindi priva di effetti per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, come rilevato dalla controinteressata.

4. Le censure dedotte sono pertanto infondate.

Il ricorso principale va quindi respinto e il ricorso incidentale, proposto in via cautelativa dalla controinteressata, va dichiarato improcedibile per carenza di interesse.

5. 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 il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto lo respinge e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Nicola Bardino, Referendario

Filippo Dallari, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO