

APPALTI: Gara - Esclusione - Mancata sottoscrizione digitale degli elaborati computo metrico - Ove tale sottoscrizione sia ritenuta essenziale - Legittimità - Ragioni.

Tar Abruzzo - Pescara, Sez. I, 21 gennaio 2022, n. 23

“[...] Il difetto di sottoscrizione rileva quale carenza di un elemento essenziale dell’offerta, poiché, secondo l’opinione prevalente, la firma serve innanzitutto a documentare la legittima provenienza di un documento ed a riferirne con certezza il contenuto ad un determinato soggetto, in modo da poter escludere che la genuinità dello stesso possa essere messa in discussione. Nella contrattualistica pubblica la sottoscrizione assume altresì la valenza di vincolare l’offerente all’assunzione dell’impegno negoziale ed alle conseguenti responsabilità.

Nella specie l’amministrazione ha fatto corretta applicazione della lex specialis nel disporre l’esclusione della ricorrente, avendo correttamente rilevato l’omessa sottoscrizione con firma digitale degli elaborati tecnico estimativi contenuti nell’offerta economica da parte del tecnico abilitato. A nulla vale la circostanza che la sottoscrizione della offerta economica da parte del legale rappresentante non potesse far sorgere dubbi sulla riferibilità della medesima all’operatore concorrente, dal momento che, nel richiedere anche la sottoscrizione del tecnico abilitato, la lex specialis intendeva assicurarsi che la redazione degli atti tecnici di gara fosse stata predisposta da professionista dotato delle necessarie competenze. In fattispecie analoga, con riferimento alla figura del progettista, la giurisprudenza ha affermato che la sottoscrizione da parte del progettista incaricato dell’offerta tecnica non rappresenta un inutile formalismo, ma al contrario, un’imprescindibile garanzia a tutela della serietà e sostenibilità delle soluzioni tecniche proposte, ritenute determinanti ai fini dell’aggiudicazione, e della successiva realizzazione degli interventi, essendo conseguentemente del tutto legittime le predette clausole della lex specialis [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso iscritto al n.r.g. 299/2021 l’Alma C.I.S. s.r.l. impugnava, chiedendone l’annullamento, la determinazione n.138 dell’11.06.2021 con cui il Comune di Casoli disponeva la sua esclusione dalla gara indetta per un intervento di recupero, conservazione integrata e miglioramento sismico del castello ducale di Casoli, finalizzato alla valorizzazione ed alla fruibilità della struttura medioevole da parte del pubblico, il verbale di gara, e la determinazione n. 152 del 23.06.2021 di aggiudicazione in favore della controinteressata, instando altresì per l’inefficacia del contratto nonché per il risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente.

A sostegno del ricorso deduceva i seguenti motivi di diritto:

1)Violazione e falsa applicazione dell'art.83 comma 8 d.lgs. n.50/2016, violazione della lex specialis di gara in relazione agli artt. 14 e 15 del disciplinare, eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti e della motivazione, difetto di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifesta;

Il provvedimento di esclusione impugnato è illegittimo per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016.

Nella specie la sottoscrizione dell'offerta economica e dei relativi allegati da parte del legale rappresentante dell'impresa ha la funzione di attestare la provenienza dell'offerta e di garantire l'assunzione della responsabilità e degli oneri connessi alla domanda di partecipazione. La sottoscrizione della medesima offerta da parte di un tecnico non ha alcun supporto normativo e non risponde ad alcuna esigenza di procedura. Nella specie il computo metrico estimativo presente nell'offerta economica è il medesimo computo metrico presente nell'offerta tecnica, al quale sono stati aggiunti, per singola voce di lavorazione, i relativi prezzi. La domanda deve ritenersi correttamente presentata poiché è stata sottoscritta ai sensi dell'art. 15 dal legale rappresentante dell'impresa, e la mancata sottoscrizione da parte del tecnico ex art. 14.2 non era sanzionata a pena di esclusione.

2)Violazione e falsa applicazione dell'art.83 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, violazione della lex specialis di gara in relazione agli artt. 14 e 15 del disciplinare, eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti e della motivazione, difetto di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifesta;

La stazione appaltante ha agito in violazione all'art.83 comma 9 del codice per non aver attivato la procedura di soccorso istruttorio per la sottoscrizione mancante, in presenza di un elemento che non modifica l'offerta tecnica presentata in gara, e che non si risolve in una carenza documentale. Ciò in quanto il computo metrico, privo di prezzi, era già presente e sottoscritto nella offerta tecnica con la duplice modalità richiesta dal disciplinare di gara, ossia con la sottoscrizione del tecnico e del legale rappresentante dell'impresa, per cui non si comprende quale violazione della par condicio avrebbe comportato l'aggiunta della firma mancante.

Sulla base di tali motivi concludeva per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese di giudizio. Con memoria dell'8.09.2021 si costituiva il Comune di Casoli eccependo l'irricevibilità del ricorso per mancata impugnazione della nota del 23.06.2021 con cui il R.u.p. respingeva l'istanza di annullamento in autotutela, nonché per assenza di prova di resistenza in mancanza di prova fornita circa la possibilità di collocarsi al primo posto. Deduceva l'infondatezza nel merito del ricorso poiché l'assenza di sottoscrizione di un documento tecnico dell'offerta costituisce vizio insanabile in virtù delle specifiche previsioni normative di cui all'art. 83 del d.lgs. n.50/2016 la cui mancanza è sanzionata con l'esclusione della gara, come stabilito dagli artt. 14 e 15 del disciplinare di gara.

Opponeva che l'art. 16 della lettera di invito – non impugnata – precludeva l'esperimento del soccorso istruttorio in relazione alle carenze di ogni elemento o incompletezza o irregolarità dell'offerta economica, posto che i computi metrici estimativi costituiscono parte integrante dell'offerta economica.

Concludeva per il rigetto del ricorso con vittoria di spese e competenze di giudizio.

Con ordinanza cautelare n.215 del 15.09.2021 veniva accolta l'istanza di sospensione cautelare, e la decisione veniva riformata in appello per difetto di fumus con ordinanza n.5877 del 29.10.2021.

Con memoria del 28.12.2021 si costituiva la società controinteressata esponendo che nelle more del giudizio il Comune aveva manifestato l'intenzione di procedere con la consegna dei lavori e con la sottoscrizione del contratto di appalto come da produzione del Comune del 13.12.2021, e nel merito concludeva per l'infondatezza del ricorso chiedendone il rigetto.

Alla pubblica udienza di discussione del 14.01.2022 il ricorso veniva discusso ed introitato per la decisione.

2. Preliminarmente va respinta l'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevata dall'amministrazione intimata per l'omesso gravame della nota del 23 giugno 2021 con cui il Comune riscontrava motivatamente in senso ostativo la richiesta di riesame del provvedimento di esclusione impugnato con il ricorso principale.

Come sancito dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2020 il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29, d.lgs. n. 50 del 2016; la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29, d.lgs. n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione.

Premesso che con il ricorso risultano impugnati il provvedimento di esclusione dalla procedura della ricorrente adottato con determina n.138 dell'11.06.2021, e la determina n.152 del 23 giugno 2021 di aggiudicazione della gara alla controinteressata, nella specie il ricorso risulta tempestivamente notificato alle parti intimiate tramite p.e.c. in data 12.07.2021 entro il termine dimidiato di trenta giorni di cui agli artt. 119 comma 2 e 29 c.p.a. computato a decorrere dalla comunicazione di aggiudicazione del 23 giugno 2021 inoltrata all'istante ai sensi dell'art. 76 comma 5 lettera a) del d.lgs. n. 50/2016.

A nulla vale la circostanza che nella epigrafe del ricorso non sia esplicitamente menzionato l'atto di diniego di autotutela adottato dal Comune in data 23 giugno 2021 dal momento che il ricorso è stato proposto avverso ogni altro atto consequenziale e/o successivo, tra cui deve intendersi inclusa la

menzionata nota di riesame la cui motivazione risulta oggetto di contestazione nel ricorso principale, e che non introduce elementi nuovi rispetto a quelli già deliberati in sede di esclusione.

2.1 Del pari va esclusa la fondatezza dell'eccezione di carenza di interesse sollevata dal Comune intimato, risultando ammissibile il ricorso in quanto volto a tutelare l'interesse strumentale della ricorrente ad essere riammessa in gara ed a vedere valutata nel merito la propria offerta, non potendo al riguardo esigersi indubbiamente esigersi una prova c.d. di resistenza sull'esito favorevole alla ricorrente della gara, in presenza di poteri amministrativi nemmeno esercitati.

2.1 Nel merito, melius re perpensa rispetto alla fase cautelare, il ricorso è infondato e va respinto per le argomentazioni di seguito esposte.

Come anticipato in fatto, la motivazione della esclusione della ricorrente dalla gara risiede nel riscontro in sede di esame dell'offerta economica della mancata sottoscrizione digitale da parte del tecnico incaricato come richiesto dal punto 15 lettera B ultimo comma del disciplinare di gara, degli elaborati computo metrico estimativo delle migliorie, computo metrico estimativo dei costi della sicurezza e elenco delle lavorazioni. La determina n. 138/2021 impugnata risulta quindi motivata per relationem con riferimento al verbale di gara n. 3 dell'11.06.2021 in riferimento alla sanzione espulsiva prescritta dal paragrafo 14.2 del disciplinare di gara per il caso di mancata sottoscrizione da parte di uno o più tecnici abilitati degli elaborati dell'offerta tecnica, parimenti applicabile ai sensi del punto 15 all'offerta economica in riferimento ai computi metrici estimativi. Ivi in presenza di irregolarità dell'offerta tecnica veniva altresì esclusa l'azionabilità del soccorso istruttorio.

2.3 Ciò posto, va innanzitutto premesso che l'operato della Commissione risulta del tutto aderente alle prescrizioni del disciplinare di gara che al punto 14.2 lettera b) per la parte relativa agli elaborati allegati a corredo dell'offerta tecnica, stabiliva che essi "a pena di esclusione" dovevano essere sottoscritti digitalmente, oltre che dal rappresentante legale del concorrente o da un suo procuratore, "da uno o più tecnici abilitato/i alla progettazione ed alla coordinamento della sicurezza. A sua volta per la offerta economica, il punto 15 del disciplinare alla lettera B) relativa al computo metrico estimativo, stabiliva che esso doveva essere sottoscritto digitalmente con le medesime modalità stabilite per la sottoscrizione del computo metrico non estimativo previsto nella redazione dell'offerta tecnica.

2.4 Va innanzitutto escluso quanto dedotto dal Comune circa la sussistenza di un onere di specifica impugnazione gravante a carico della ricorrente per la impugnazione delle clausole del bando la cui applicazione ne ha determinato l'esclusione.

Parte ricorrente ha impugnato la sua esclusione lamentando la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione che ove fondato, determinerebbe, ai sensi dell'art. 83 comma 8, la nullità delle prescrizioni contrarie dei bandi e delle lettere di invito contestati.

Riguardo alle fattispecie di "nullità" delle clausole escludenti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nel richiamare la decisione n. 9/2014 emessa sotto il regime previgente, ha chiarito che la nullità di cui all'art. 83 comma 8 non può essere posta sullo stesso piano dell'annullabilità poiché ciò si porrebbe in contrasto con la scelta del legislatore di qualificare come nulla la clausola escludente ritenuta *contra legem*. Pertanto, al cospetto di una clausola sospetta di nullità, è da escludere la configurabilità a carico della parte ricorrente di un onere di impugnazione, poiché tale clausola ove riconosciuta in contrasto con norme imperative, deve intendersi inefficace ed improduttiva di effetti e pertanto come non apposta a tutti gli effetti di legge, e può essere disapplicata sia dall'amministrazione, sia dal giudice. Di qui consegue che non vi è alcun onere a carico delle imprese partecipanti di impugnare la clausola nulla e quindi inefficace *ex lege*, essendo esse tenuti ad impugnare negli ordinari termini di rito di cui all'art. 120 c.p.a. gli atti del procedimento ivi inclusi quelli di esclusione che siano stati adottati per aver fatto l'amministrazione illegittima applicazione della clausola nulla. (Cons. St. A.P. 16.10.2020 n.22).

3. Riconosciuta l'ammissibilità del motivo per come formulato va escluso l'asserito contrasto del disciplinare di gara con il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione esige che le offerte debbano essere escluse qualora siano carenti degli elementi essenziali. Ed infatti, come affermato dalla giurisprudenza, la carenza di uno degli elementi dell'offerta ritenuti essenziali dalla *lex specialis* può legittimare l'esclusione dell'offerta difettosa, senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di tassatività delle cause d'esclusione di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, V, 25 febbraio 2019, n. 1247; 30 aprile 2018, n. 2587; 14 aprile 2016, n. 1494).

Il difetto di sottoscrizione rileva quale carenza di un elemento essenziale dell'offerta, poiché, secondo l'opinione prevalente, la firma serve innanzitutto a documentare la legittima provenienza di un documento ed a riferirne con certezza il contenuto ad un determinato soggetto, in modo da poter escludere che la genuinità dello stesso possa essere messa in discussione. Nella contrattualistica pubblica la sottoscrizione assume altresì la valenza di vincolare l'offerente all'assunzione dell'impegno negoziale ed alle conseguenti responsabilità.

3.1 Nella specie l'amministrazione ha fatto corretta applicazione della *lex specialis* nel disporre l'esclusione della ricorrente, avendo correttamente rilevato l'omessa sottoscrizione con firma digitale degli elaborati tecnico estimativi contenuti nell'offerta economica da parte del tecnico

abilitato. A nulla vale la circostanza che la sottoscrizione della offerta economica da parte del legale rappresentante non potesse far sorgere dubbi sulla riferibilità della medesima all'operatore concorrente, dal momento che, nel richiedere anche la sottoscrizione del tecnico abilitato, la *lex specialis* intendeva assicurarsi che la redazione degli atti tecnici di gara fosse stata predisposta da professionista dotato delle necessarie competenze. In fattispecie analoga, con riferimento alla figura del progettista, la giurisprudenza ha affermato che la sottoscrizione da parte del progettista incaricato dell'offerta tecnica non rappresenta un inutile formalismo, ma al contrario, un'imprescindibile garanzia a tutela della serietà e sostenibilità delle soluzioni tecniche proposte, ritenute determinanti ai fini dell'aggiudicazione, e della successiva realizzazione degli interventi, essendo conseguentemente del tutto legittime le predette clausole della *lex specialis*. (cfr Tar Lombardia, sez. I, sentenza 12 giugno 2020, n. 1054.).

3.2 Pertanto, ove la disciplina di gara intenda assicurare, con la relativa sottoscrizione, la riferibilità degli elaborati tecnici alla competente figura professionale, tale adempimento, non può essere diversamente supplito con la firma del legale rappresentante dell'operatore, ed ove esso sia sancito a pena di esclusione, la sua omissione non è sanabile "ex post", perché ciò comporterebbe una palese violazione della "par condicio", trattandosi nella specie di una prescrizione di natura sostanziale che garantisce la paternità e affidabilità della componente tecnico economica dell'offerta e dell'impegno che l'operatore assume in caso di aggiudicazione e sottoscrizione del contratto. In sostanza, l'inosservanza di tale formalità riferita all'offerta economica, concretizza un vizio nella partecipazione alla gara del concorrente, attesa la mancanza di una manifestazione impegnativa di volontà negoziale nella sua componente patrimoniale validamente imputabile al soggetto interessato. Consentire di supplire alla mancanza di sottoscrizione dell'offerta da parte del tecnico abilitato mediante il soccorso istruttorio, determinerebbe 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 dalla *lex specialis*. In sostanza si è in presenza di un vizio che non costituisce una mera irregolarità, sanabile in via postuma mediante il soccorso istruttorio, posto che tale possibilità nella specie era esclusa dal disciplinare di gara, conformemente al dettato di cui all'articolo 83, comma 9, del d.lgs.50 del 2016 che espressamente esclude dal soccorso istruttorio le carenze afferenti l'offerta economica e l'offerta tecnica; e tale limite all'operatività del soccorso istruttorio costituisce applicazione diretta del principio di tutela della par condicio, il cui corollario è individuabile nel principio di immodificabilità dell'offerta. Come noto, con riferimento alla parte tecnica ed economica dell'offerta, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che attraverso il

soccorso istruttorio non può essere riconosciuta al concorrente la facoltà di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di semplici errori materiali o di refusi, impedendo così l'applicazione dell'istituto per colmare carenze dell'offerta tecnica al pari di quella economica". (Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2019, n.1030). Il soccorso istruttorio può infatti essere consentito solo per integrare la documentazione già prodotta in gara, che, sotto il profilo formale, sia ritenuta incompleta o irregolare dalla stazione appaltante, ma non anche per consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte, in violazione del principio di immodificabilità e segretezza dell'offerta, imparzialità e par condicio delle imprese concorrenti, sicché possono considerarsi ammissibili solo quelle integrazioni documentali che non riguardino elementi essenziali dell'offerta. Le carenze dell'offerta tecnica o economica sanabili devono poter essere qualificabili come "meri errori" o "imprecisioni", imputabili alla formulazione degli atti di gara, nonché al fine della corretta interpretazione o rettifica di un errore manifesto dell'offerta (T.a.r. Campania, Napoli, Sez. IV, 2 agosto 2021, n. 5399; Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2020, n. 2146).

3.3 Nella specie per quanto sopra ribadito la carenza di una delle sottoscrizioni richieste dal disciplinare essenziale ai fini della imputabilità dell'offerta al professionista che la aveva redatta non poteva essere supplita in sede di soccorso istruttorio trattandosi di carenza essenziale. Né il vizio riscontrato può ritenersi non essenziale per effetto della sottoscrizione della medesima offerta tecnica da parte dello stesso tecnico abilitato, trattandosi di documenti diversi, dal momento che l'offerta economica ha ad oggetto la componente patrimoniale destinata a confluire nel contratto, la cui conformità alle regole tecniche serietà ed affidabilità doveva essere garantita dal professionista abilitato secondo la volontà espressa dalla stazione appaltante con la disciplina di gara.

In definitiva, alla luce di quanto sopra esposto, il ricorso va respinto e quanto alle spese di giudizio ricorrono giusti motivi per disporre la integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore

Massimiliano Balloriani, Consigliere

IL SEGRETARIO