

La funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta, è di renderla riferibile al presentatore dell'offerta, quando la finalità risulta in concreto conseguita.

di Gianluca Angelini

Data di pubblicazione: 30-11-2016

nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta è di renderla riferibile al presentatore dell'offerta vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulta in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni formali delle prescrizioni di gara.[\[1\]](#)

Ai sensi dell'15 d.P.R. n. 207 del 2010, non vi può essere l'esclusione dell'offerta in caso di mancata sottoscrizione da parte del progettista indicato ex art.53 co.3 D.lgs. 163/2006, tanto in ragione della natura di collaboratore esterno che quest'ultimo assume.[\[2\]](#)

Peraltro, esclusione vi può essere solo in presenza di una "causa normativa", e non già di una "causa amministrativa".

[\[1\]](#) Cons. Stato, VI, 15 dicembre 2010, n. 8933; V, 27 aprile 2015, n. 2063

[\[2\]](#) Cons. Stato, V, 17 febbraio 2016, n. 636, VI, 2 febbraio 2015, n. 461, Ad. plen., 6 giugno 2012, n. 21, Cons. Stato, VI, ordinanza 17 maggio 2013, n. 2681

Guida alla lettura

La sentenza in parola ripropone la *vessata questio* della sottoscrizione degli atti a corredo dell'offerta in gara, specie con riguardo alla firma del progettista, quando è richiesta la progettazione, secondo il disposto dell'art.53 co.3 del D.Lgs. n.163/2006, oggi sostituito ed in parte integralmente rivisto dall'art.31 del D.Lgs.50/2016, con l'art.46 co.1 bis del previgente codice, oggi sostituito ed anch'esso diversamente disciplinato dall'art.83 del D.Lgs.50/2016.

In primis risulta attuale, ribadito e condiviso l'orientamento giurisprudenziale del massimo Consesso amministrativo per cui nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta è quella di renderla riferibile al presentatore dell'offerta vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulta in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara.

Pertanto il requisito della sottoscrizione dei documenti che costituiscono parte integrante dell'offerta può essere soddisfatto anche da forme equipollenti, quali l'apposizione della sola sigla, o del timbro professionale o come nel caso in specie, mediante l'apposizione di una sottoscrizione in xerocopia, e non già firma autentica.

Peraltro, il disciplinare di gara non prevede – e non può prevedere- l'obbligo del progettista indicato dal concorrente costruttore di sottoscrivere l'offerta a pena di esclusione e, ciò, in ragione del fatto che il progettista indicato ex art.53 co.3 del Codice previgente è configurabile alla stregua di un collaboratore esterno e, in quanto tale, non assimilabile alla fattispecie di concorrente.

Il percorso ermeneutico di tale assunto risiede nel fatto che se il progettista indicato non è legato da un vincolo negoziale con la stazione appaltante, a maggior ragione non è legato il suo ausiliario che è soggetto terzo che non può offrire alcuna garanzia all'Amministrazione: solo il concorrente assume infatti obblighi contrattuali con la pubblica amministrazione appaltante.

La giustizia di tale percorso argomentativo risulta corroborata anche dal fatto che, nel caso specifico, non ricorreva alcuna una violazione del disciplinare di gara sanzionata a pena di esclusione, né una violazione di quanto prescritto dall'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, poiché non si sarebbe determinata un'incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione.

Sul punto è richiamato altrettanto consolidato principio giurisprudenziale per cui L'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, aggiunto dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, prevede, nella versione qui vigente *ratione temporis*: «la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in

caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle».

La disposizione, introducendo nel sistema dei contratti pubblici il principio di tassatività della causa di esclusione, autorizza l'esclusione dalle procedura di gara soltanto in presenza: i) di una "causa normativa", contemplata dalle singole disposizioni del decreto stesso mediante la previsione espressa della esclusione o la loro formulazione in termine di divieto o di imposizione di adempimenti doverosi (Cons. Stato, Ad. plen., 6 giugno 2012, n. 21); ii) di una "causa amministrativa", che rientri nell'ambito della fattispecie generali tassativamente indicate dallo stesso art. 46.

La ragione del principio di tassatività è di impedire, tra l'altro, l'adozione di atti basati su eccessi di formalismo in contrasto con il divieto di aggravamento degli oneri burocratici e con l'esigenza, nella prospettiva di tutelare la concorrenza, «di ridurre il peso degli oneri formali gravanti sui cittadini e sulle imprese», riconoscendo giuridico rilievo «all'inosservanza di regole procedurali o formali solo in quanto questa impedisce il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta, atteso che la gara deve guardare alla qualità della dichiarazione piuttosto che all'esclusiva correttezza della sua esternazione.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3222 del 2016, proposto da:
Sceap s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Nardelli, con domicilio eletto presso Ernesto Mocci in Roma, via Germanico, 146;

contro

Provincia di Barletta-Andria-Trani, in persona del Presidente in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Aldo Loiodice, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ombrone, 12/B;

nei confronti di

Consorzio Stabile Mare di Levante in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo Rti, Rti- Gecos s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Felice Ingravalle, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI, SEZIONE I, n. 249/2016, resa tra le parti, concernente affidamento lavori ammodernamento piano viabile e realizzazione rotatoria - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Barletta-Andria-Trani e di Consorzio Stabile Mare di Levante in proprio e quale Capogruppo Mandataria del Costituendo Rti e di Rti-Gecos s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2016 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Nardelli, Ingravalle e Isabella Loiodice (su delega di Aldo Loiodice);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo per la Puglia l'odierna appellante invocava l'annullamento della determina dirigenziale n. 3385 del 31 dicembre 2014, V Settore - Edilizia Scolastica - Viabilità - Trasporti ed Espropriazioni - Lavori Pubblici (Provincia BAT) con la quale era stata approvata l'aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI costituita tra il Consorzio Stabile Mare di Levante e Gecos s.r.l. dell'appalto avente ad oggetto "Strada

Provinciale n. 5 delle Saline Margherita di Savoia / Zapponeta. Lavori di ammodernamento, allargamento del piano viabile del lotto dal Km 29+590 e realizzazione di rotatoria presso l'inserzione con la S.P. n. 13"; nonché di tutti gli altri atti di gara meglio specificati nella pronuncia di prime cure. Con lo stesso ricorso Sceap s.r.l. chiedeva l'accertamento del diritto di Sceap s.r.l. al risarcimento di tutti i danni, derivanti dall'illegittima adozione degli atti impugnati, anche in forma specifica e con l'eventuale subentro nel contratto di appalto dei lavori.

2. Il primo giudice respingeva il ricorso principale, rilevando che: a) l'omessa sottoscrizione di alcuni elaborati tecnici con firma autentica da parte di uno dei progettisti (ing. Fulvio Catalano) incaricati dall'ATI controinteressata configura una mera irregolarità, comunque sanabile, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 46 e 38 d.lgs. n. 163 del 2006, tenuto altresì conto della presenza di una sottoscrizione del suddetto ing. Catalano con firma in xerocopia; b) sarebbe operante un criterio generale di sanabilità delle mere irregolarità, anche se *ratione temporis* non applicabile l'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006; c) la conformità della proposta dell'ATI Consorzio Stabile Mare di Levante - Gecos s.r.l. alle prescrizioni della *lex specialis* di gara e l'assenza di vizi macroscopici in capo alle valutazioni tecniche effettuate sul punto dalla stazione appaltante. Mentre, avrebbe dovuto al più rilevarsi una possibile contrarietà rispetto alla legge di gara del progetto della ricorrente principale; d) per quanto concerne la doglianza relativa alla presunta erroneità dei punteggi attribuiti, mediante il mezzo del confronto a coppie, all'offerta tecnica dell'ATI controinteressata, ne evidenziava la genericità e l'assenza di qualsivoglia principio di prova. Conseguentemente, dichiarava improcedibile il ricorso incidentale proposto dall'originaria controinteressata.

3. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe propone appello l'originaria ricorrente, lamentando che: a) gli artt. 73 e 74 d.lgs. n. 163 del 2006 prevedrebbero che le domande di partecipazione e l'offerta siano sottoscritte con firma manuale o digitale, allo stesso tempo l'art. 15 del regolamento prescriverebbe che gli elaborati siano sottoscritti dal progettista, anche l'art. 3 del disciplinare imporrebbe analogo precetto in relazione all'offerta tecnica ed alla progettazione definitiva. Nella fattispecie l'ing. Fulvio Catalano, mandatario progettista, non avrebbe sottoscritto, se non in xerocopia, l'offerta tecnica e gli elaborati progettuali, ma la sua sottoscrizione si configurerebbe quale requisito essenziale; b) l'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, non sarebbe applicabile nella fattispecie *ratione temporis*, né potrebbe l'istituto in questione trovare applicazione prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 90 del 2014, come affermato anche dalla sentenza della Corte di Giustizia UE, 6 novembre 2014, C-42/13. A maggior ragione il soccorso istruttorio non sarebbe utilizzabile quando la gara è arrivata alla fase di valutazione delle offerte. In ogni caso non vi sarebbe stata alcuna regolarizzazione; c) il primo giudice avrebbe omesso di pronunciarsi sulla circostanza che le firme apposte sulle dichiarazioni di gara non sarebbero dell'ing. Fulvio Catalano; d) la soluzione progettuale dell'appellante non comporterebbe alcuna variazione plano-altimetrico del tracciato; e) la soluzione progettuale dell'appellata non sarebbe conforme alle prescrizioni normative, violando l'art. 45, comma 3, del d.P.R. n. 495 del 1992 ed il punto 4.4.5. del Piano paesaggistico territoriale della Regione Puglia approvato con d.g.r. n. 2022/2013 e a quelle progettuali predisposte dalla stazione appaltante, non prevedendo l'adeguamento alle caratteristiche della Sezione C1 del d.m. n. 6752/2001. Al contrario, il progetto proposto dall'appellante rappresenterebbe una soluzione migliorativa; f) l'odierna appellante avrebbe

fornito prova adeguata del fatto che la propria offerta avrebbe meritato un punteggio maggiore di quello assegnato all'offerta dell'aggiudicataria; g) il mancato rispetto delle prescrizioni di legge e del progetto preliminare avrebbe consentito all'aggiudicataria di conseguire risparmi di spesa che le hanno permesso di offrire un maggior ribasso.

4. Costituitasi in giudizio l'amministrazione provinciale chiede la reiezione dell'appello, evidenziando tra l'altro l'inammissibilità per l'assenza di puntuali critiche alla pronuncia gravata, nonché l'infondatezza in quanto il progettista non potrebbe essere qualificato come concorrente.

5. L'originaria controinteressata si costituisce in giudizio, evidenziando anche nelle successive difese l'infondatezza dell'appello.

6. Preliminarmente deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità proposta dall'amministrazione provinciale, dal momento che l'appello è strutturato secondo critiche puntuali e non generiche, né meramente reiterative dei motivi di primo grado, rispetto a tutti i capi della sentenza impugnata.

7. L'appello è infondato e non può essere accolto.

7.1. Quanto alla prima doglianza deve rilevarsi come già la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, prima della novella dell'art. 46 comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, aveva precisato che nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta è di renderla riferibile al presentatore dell'offerta vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulta in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni formali delle prescrizioni di gara (Cons. Stato, VI, 15 dicembre 2010, n. 8933; V, 27 aprile 2015, n. 2063). Questa premessa vale al fine di interpretare il disciplinare di gara che, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, non prevede l'obbligo del progettista indicato dal concorrente costruttore di sottoscrivere l'offerta a pena di esclusione.

La lettera della *lex specialis* va interpretata anche alla luce del testo di cui al punto 3 del disciplinare di gara, che stabilisce che l'offerta tecnica deve contenere a pena di esclusione i documenti ivi indicati, tra i quali l'offerta tecnica, sottoscritti dal legale rappresentante del soggetto partecipante, nonché dal progettista che ha redatto la progettazione definitiva. Ma non che l'esclusione discenda dalla mancata sottoscrizione del progettista.

Inoltre, nella fattispecie non v'è dubbio che una sottoscrizione del suddetto ing. Catalano con firma in xerocopia vi fosse, dal che discende che sarebbe sproporzionata, né imposta dall'art. 15 d.P.R. n. 207 del 2010, un'interpretazione della *lex specialis* che prevedesse l'esclusione dell'offerta in caso di mancata sottoscrizione da parte del progettista. Tanto in ragione della natura di collaboratore esterno che quest'ultimo assume. In questo senso del resto è anche la giurisprudenza amministrativa, che ha escluso la natura di concorrente del progettista indicato ex art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 (*ex plurimis*, Cons. Stato, V, 17 febbraio 2016, n. 636).

Pertanto, non si rinviene nella fattispecie in esame né una violazione del disciplinare di gara sanzionata a pena di esclusione, né una violazione di quanto prescritto dall'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, poiché non si sarebbe determinata un'incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione.

Ovvero, come rammentato anche da Cons. Stato, VI, 2 febbraio 2015, n. 461, non si è in presenza: i) di una "causa normativa", contemplata dalle singole disposizioni del decreto stesso mediante la previsione espressa della esclusione o la loro formulazione in termine di divieto o di imposizione di adempimenti doverosi (Cons. Stato, Ad. plen., 6 giugno 2012, n. 21); ii) di una "causa amministrativa", che rientri nell'ambito della fattispecie generali tassativamente indicate dallo stesso art. 46.

7.2. Tanto premesso la seconda doglianza contenuta nell'odierno gravame relativa all'utilizzabilità o meno del soccorso istruttorio non può che essere respinta, non solo per quanto sopra indicato, ma anche in ragione del fatto che la contestazione in questione non può essere riferita ad alcun atto dell'amministrazione, che non si evince abbia fatto ricorso allo strumento *de quo*.

7.3. Circa la riconducibilità o meno delle firme apposte sulle dichiarazioni di gara all'ing. Fulvio Catalano, ossia la paventata falsità della firma deve rammentarsi che nel ricorso di prime cure che delimita anche in questa sede il *thema decidendi* l'odierno appellante si limitava ad affermare che la firma dell'ing. Fulvio Catalano "pare non essere vera", insistendo sull'utilizzo della forma in xerocopia. Si tratta di una doglianza per come formulata che non appare sufficientemente specifica, essendo accompagnata dalla richiesta di un'indagine a tutto campo su ogni documento di gara per verificare l'eventuale non appartenenza delle firme ivi apposte in capo all'ing. Fulvio Catalano. Da ciò deriva che correttamente il primo giudice l'ha valutata come infondata.

7.4. La quarta doglianza può non essere esaminata, dal momento che si incentra su un *obiter dictum* della pronuncia di primo grado ossia un passaggio motivazionale meramente rafforzativo di quanto oggetto dell'argomento della successiva quinta doglianza dell'odierno gravame.

7.5. Venendo a quest'ultima deve rilevarsi che la soluzione progettuale dell'aggiudicataria risulta conforme alla disciplina di gara e non risulta contrastare con il dettato di cui all'art. 45, comma 3, del d.P.R. n. 495 del 1992, dal momento che l'eventuale autorizzazione o diniego di autorizzazione degli accessi privati, come la supposta contrarietà con il Piano paesaggistico territoriale della Regione Puglia approvato con d.g.r. n. 2022 del 29 ottobre 2013, non possono essere a quest'ultima imputabili, sicché da ciò non potrebbe derivarne una causa di esclusione dalla gara. Né il progetto dell'aggiudicataria contrasterebbe con il fine avuto di mira dalla stazione appaltante che non si evince dagli atti essere quello di aumentare la velocità di percorrenza sul tratto stradale in questione ma semmai di diminuirlo, e di aumentare la larghezza della carreggiata, per renderla più sicura.

Le dette considerazioni consentono di respingere anche la doglianza inerente ai paventati indebiti risparmi di spesa ottenuti dall'aggiudicataria, che, come detto, nella redazione del

progetto risulta essersi attenuta, invece, alla disciplina di gara.

7.6. Quanto infine alla presunta erroneità dei punteggi attribuiti, mediante il mezzo del confronto a coppie, all'offerta tecnica dell'ATI dell'aggiudicataria, non risulta provato che quest'ultima avrebbe proposto una variante peggiorativa, quindi, non può essere condiviso il ricalcolo del punteggio operato dall'odierna appellante.

8. L'appello deve, quindi, essere respinto. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Sceap s.r.l. al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida in euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge in favore di ciascuna delle due altre parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere