

## **L'omessa sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte del legale rappresentante dell'impresa concorrente non può sanarsi con il soccorso istruttorio**

di Aurelia Mammana

Data di pubblicazione: 4-3-2019

**Appalti pubblici – Gara – Offerta tecnica e/o economica – Sottoscrizione – Omissione – Esclusione dell'impresa – Legittimità – Soccorso istruttorio – Inapplicabilità**

L'omessa sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte del legale rappresentante dell'impresa concorrente legittima l'esclusione dalla gara (anche) telematica, trattandosi di vizio insanabile con il soccorso istruttorio, pur in un'assenza di espressa previsione nella *lex specialis*.

Ad avviso del Tar Campania, anche nelle gare telematiche la sottoscrizione (digitale) dell'offerta svolge la duplice funzione di garantirne la genuinità - escludendo la possibilità di manomissioni o alterazioni del contenuto - e la riferibilità del suo contenuto ad un determinato soggetto.

L'assenza di sottoscrizione dell'offerta tecnica o dell'offerta economica comporta l'impossibilità di imputare validamente la volontà negoziale espressa al concorrente, concretizzando un vizio nella partecipazione alla gara del concorrente, che può comportare l'esclusione del concorrente a prescindere dalla presenza o meno di una clausola di esclusione che imponga tale formalità.

La decisione dei giudici partenopei si pone, quindi, in linea con l'orientamento della giurisprudenza secondo la quale la certezza della provenienza dell'offerta è assicurata dalla sottoscrizione (digitale, nel caso di gara telematica) del documento con cui l'impresa partecipante assume il vincolo negoziale costituente adempimento essenziale finalizzato a comprovare l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva dell'offerta al concorrente (cfr. Tar Puglia - Bari, Sez. I, 24/01/2012 n. 1019; Trga, Sez. Bolzano, 26/08/2013 n. 285).

Pertanto, anche per il Tar Napoli, il difetto di sottoscrizione invalida la manifestazione contenuta nell'offerta e legittima l'esclusione dalla gara pur in assenza di espressa previsione della *lex specialis* (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 27/11/2017, n.5552).

Il Giudice Partenopeo ha dichiarato altresì inammissibile il ricorso al rimedio del soccorso istruttorio, trattandosi di strumento che l'art. 83, co. 9, del d. lgs. n. 50 del 2016 espressamente contempla in caso di incompletezze e irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica.

Chiarito quindi che il difetto di sottoscrizione non costituisce una mera irregolarità sanabile mediante soccorso istruttorio, il Tar di Napoli ha ritenuto inconferente, in casi del tipo di quello analizzato, anche il principio del *favor participationis*, che è canone ermeneutico delle clausole di gara equivoche ma che non può essere invocato per risolvere qualsiasi dubbio.

Parimenti, non è rilevante – ad avviso del Giudice campano – lo svolgimento della gara con modalità telematiche.

Pur apprezzando sotto altri profili i vantaggi di tale modalità di affidamento – con particolare riferimento alle maggiori garanzie di immodificabilità delle offerte, alla tracciabilità di ogni operazione compiuta e all'impossibilità di accesso al contenuto prima della seduta della gara – la giurisprudenza è infatti costante nell'affermare che *«la conservazione dell'offerta è affidata [comunque] allo stesso concorrente, garantendo che questa non venga, nelle more, modificata proprio attraverso l'imposizione dell'obbligo di firma e marcatura nel termine fissato per la presentazione delle offerte»* (così Cons. Stato, sez. V, 21/11/2017, n. 5388; *id.*, sez. III, 03/10/2016, n. 4050).

Giova, comunque, evidenziare che la sottoscrizione con firma digitale è imposta a pena di esclusione solo in quanto elemento essenziale dell'offerta e *«al solo fine di consentire di ricondurne il contenuto al dichiarante/sottoscrittore quale manifestazione della sua volontà di impegnarsi nei confronti della stazione appaltante»* (così, Cons. Stato, V, 05/03/2018, n. 1341).

Al di fuori dei casi in cui riguardi l'offerta, il difetto di sottoscrizione è stato ritenuto sanabile (ad esempio con riferimento al caso della mancata firma della busta contenente un'offerta regolarmente firmata), essendo, in tali ipotesi, sufficienti le garanzie di immodificabilità fornite dall'utilizzo di una piattaforma telematica. (così, in ultimo, Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 430 del 17/01/2019).

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 06/11/2018

**N. 06447/2018 REG.PROV.COLL.**

**N. 03851/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 3851 del 2018, proposto da Gestour S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Cimmino, Vincenzo Capuano e Enrico Vellucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, presso gli stessi elettivamente domiciliata in Napoli, alla via A. De Gasperi n. 55;

***contro***

Regione Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Calabrese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Napoli, via S. Lucia 81 presso la sede dell'ente;

***nei confronti***

Lauro.It S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ferdinando Scotto, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Caracciolo n. 15;

***per l'annullamento***

del provvedimento protocollo n. PI002588-18 del 10/09/2018, con il quale si comunica che la Gestour Srl «non è stata ammessa alla apertura dell'offerta economica in quanto l'offerta tecnica presentata è priva della firma del legale rappresentante»; del provvedimento del 12/09/2018 con il quale si propone l'aggiudicazione della gara alla Soc. Lauro.IT; del decreto n. 151 del 14/9/2018 avente ad oggetto l'aggiudicazione del servizio in favore della Lauro; di tutti gli atti presupposti, conseguenti e connessi per quanto lesivi della posizione del ricorrente; con la declaratoria della inefficacia del contratto sottoscritto tra la Regione Campania e la controinteressata; nonché per il subentro della ricorrente in luogo della società Lauro.It Spa nel contratto e nell'erogazione del relativo servizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Campania e di Lauro.It S.p.A;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2018 il dott. Fabio Donadono e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto che il giudizio sia suscettibile di immediata definizione nel merito, con motivazione in forma semplificata, ai sensi degli art. 60, 74 e 120 del codice del processo amministrativo;

Premesso che la società ricorrente - esclusa dalla procedura aperta telematica indetta dalla Regione Campania con decreto dirigenziale n. 151 del 24/7/2018 per l'affidamento dei «Servizi minimi di collegamento marittimo sulla relazione Monte di Procida - Procida e viceversa per il periodo scolastico dal 15.9.2018 al 15.6.2019 e dal 15.9.2019 al 15.6.2020» per difetto di sottoscrizione dell'offerta tecnica - propone l'impugnativa in epigrafe, all'uopo deducendo che:

- il bando non contemplerebbe la sottoscrizione dell'offerta tecnica a pena di esclusione, contrariamente ad altre prescrizioni relative all'offerta tecnica nonché alla previsione della sottoscrizione dell'offerta economica; comunque nell'incertezza circa l'interpretazione di una clausola ambigua, sarebbe prevalente l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti; né il codice dei contratti contemplerebbe tale necessità; sarebbe nulla una clausola escludente in merito prevista dal bando; il DGUE (documento di gara unico europeo) sottoscritto digitalmente, farebbe riferimento all'allegato tecnico, per cui sarebbe indubbia la provenienza e riferibilità dello stesso alla ricorrente; sarebbe mancato il soccorso istruttorio;

- la ricorrente, una volta ammessa, avrebbe titolo ad un punteggio superiore a quello assegnato alla controinteressata, unica concorrente rimasta in gara (il massimo sia per l'offerta tecnica che per quella economica); andrebbe dichiarata l'inefficacia del relativo contratto, se stipulato, con il subentro della ricorrente nel servizio in questione;

Rilevato che l'art. 15 del disciplinare di gara prevede espressamente che "L'offerta tecnica deve essere sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente o da un suo procuratore.";

Considerato che:

- il valore della sottoscrizione consiste non solo nel documentare la legittima provenienza di un documento e, quindi, la possibilità di riferirne il contenuto ad un determinato soggetto, escludendo altresì che la genuinità dello stesso possa essere messa in discussione per effetto di indebite alterazioni o sostituzioni, ma anche, qualora l'atto stesso abbia un valore impegnativo, nella conseguente assunzione di un vincolo negoziale da parte del soggetto a ciò legittimato e delle connesse responsabilità;

- pertanto, anche a prescindere da una espressa clausola di esclusione nella disciplina di gara, a fronte della prescrizione che richiede la sottoscrizione, l'inosservanza di tale formalità riferita all'offerta, sia tecnica che economica, concretizza un vizio nella partecipazione alla gara del concorrente, attesa la mancanza di una manifestazione impegnativa di volontà negoziale validamente imputabile al soggetto interessato;

- né tale vizio costituisce una mera irregolarità sanabile in via postuma mediante il soccorso istruttorio, posto che l'art. 83, co. 9, del d. lgs. n. 50 del 2016 espressamente contempla tale

rimedio in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, "con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica";

- né risulta utilmente invocabile il principio del *favor participationis*, quale canone ermeneutico delle clausole di gara equivoche, non applicabile allorché sia da escludere alcun dubbio interpretativo del quadro normativo di riferimento e quando siano in discussione aspetti che comportino un pregiudizio del principio fondamentale delle procedure concorsuali, consistente nella parità di trattamento dei concorrenti;

- il principio di tassatività delle clausole di esclusione dalle procedure, previsto dall'art. 83, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016, in continuità con l'art. 46, co. 1-bis, del previgente codice degli appalti, si riferisce ai criteri di selezione dei concorrenti e non riguarda le modalità di formulazione delle offerte, ivi comprese quelle tecniche, che sono espressamente sottratte alla sfera di applicazione del soccorso istruttorio (cfr. Cons. St., sez. III, 25/7/2018, n. 4546);

- la sottoscrizione del DGUE non equivale alla sottoscrizione dell'offerta (nella specie tecnica) allegata per la partecipazione alla procedura;

Ritenuto pertanto che la determinazione di esclusione sia immune dai vizi dedotti, per cui risultano inammissibili per carenza di interesse le contestazioni mosse contro il prosieguo della procedura e le valutazioni espresse dalla Commissione di gara;

Ravvisato che le spese di giudizio vanno poste a carico, come di norma, della parte soccombente;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna la Gestour S.r.l. al pagamento, in favore della Regione Campania e della Lauro.It S.p.A, delle spese di lite liquidate nella misura di euro 1.500,00 (millecinquecento) oltre accessori di legge per ciascuna delle parti resistenti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente, Estensore

Francesco Guarracino, Consigliere

Gianmario Palliggiano, Consigliere



**IL PRESIDENTE,  
ESTENSORE  
Fabio Donadono**

IL SEGRETARIO