

## Ancora sulla sottoscrizione delle offerte telematiche.

di Roberto Damonte

Data di pubblicazione: 16-1-2020

1. La mancata sottoscrizione del documento contenente l'offerta economica non è sanabile mediante il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio che non può essere utilizzato per sanare le carenze degli elementi sostanziali dell'offerta economica, tra i quali rientra a pieno titolo la sottoscrizione, senza che sia necessaria un'espressa previsione nella *lex specialis* (1).

2. La sottoscrizione dell'offerta economica è volta non solo ad accertarne la provenienza e a garantire l'integrità del documento informatico, ma anche a vincolare l'autore al contenuto del documento per assicurare la serietà, l'affidabilità e l'insostituibilità dell'offerta.

3. Ammettere la regolarizzazione della mancata sottoscrizione e di qualsiasi altro elemento dell'offerta considerato essenziale dalla *lex specialis* significherebbe rimettere in termini un operatore economico che non ha trasmesso la propria offerta entro il termine perentorio fissato per la valida trasmissione.

(1) Conformi: Cons. Stato, IV, 19 marzo 2015, n. 1425; TAR Roma, III quater, 2 luglio 2019, n. 8605 e III ter, 22 dicembre 2015, n. 14451; TAR Napoli, 6 novembre 2018, n. 6447; TAR Bari, 5 novembre 2018, n. 1420.

Contrari: Cons. Stato, V, 21 novembre 2016, n. 4881; TAR Sardegna, 1° luglio 2019, n. 953; TAR Catanzaro, II, 29 giugno 2018, n. 1291; ANAC del. 432 del 27 aprile 2017, n. 1179 del 15 novembre 2017, n. 1 del 8 gennaio 2015; CGARS, 8 maggio 2019, n. 387.

### Guida alla lettura

La vicenda in esame ripropone il tema, di una certa attualità, delle conseguenze derivanti dalla manca apposizione della firma digitale sull'offerta spedita in via telematica alla Stazione appaltante.

Nel caso di specie la ricorrente ha omesso di inserire nella busta telematica dell'offerta economica (ossia nel "contenitore" dell'offerta, pure digitalmente sottoscritto), la vera e propria offerta sottoscritta, con annessa dichiarazione di irrevocabilità.

La Stazione appaltante ha escluso l'Impresa e il TAR Piemonte, nella decisione in commento, ha confermato la correttezza di tale determinazione, aderendo all'orientamento maggioritario per cui la mancata sottoscrizione dell'offerta non è sanabile mediante soccorso istruttorio che, in virtù dell'art. 83, c. 9, del d.lgs n. 50/2016, non può essere utilizzato per sanare carenze di

elementi sostanziali dell'offerta economica – tra cui la sottoscrizione –, senza che sia necessaria un'espressa previsione della *lex specialis*.

Tale orientamento è, ad avviso dell'adito Giudice, quello che meglio realizza il principio di certezza e parità di trattamento tra concorrenti.

Duplici è infatti la funzione della sottoscrizione: da un lato, accertare la provenienza dell'offerta e garantire l'integrità del documento informatico e, dall'altro lato, vincolare l'autore al contenuto del documento per assicurarne serietà, affidabilità e insostituibilità.

In una simile fattispecie ammettere il soccorso istruttorio significherebbe violare la *par condicio* rimettendo in termini un concorrente che non ha osservato la scadenza fissata dalla legge di gara per la valida trasmissione dell'offerta.

È consolidata, in effetti, la giurisprudenza secondo cui nell'ambito di una gara pubblica la disciplina del soccorso istruttorio non può essere applicata all'offerta tecnica e all'offerta economica atteso che ciò provocherebbe una lesione della *par condicio* dei concorrenti per effetto della possibilità concessa ad alcuni di **sanare una carenza essenziale** attinente alla volontà negoziale, che può essere manifestata nell'ambito della procedura nelle sole tassative modalità predeterminate nell'avviso pubblico (Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2018, n. 5751, 13 febbraio 2017, n. 596, 27 novembre 2012, n. 5971; in termini anche TAR Roma, III quater, 17 settembre 2019, n. 11022 e TAR Milano, I, 9 gennaio 2019, n. 40).

Non privo di argomentazioni l'opposto orientamento che viceversa, consente l'applicazione del soccorso istruttorio nelle ipotesi in cui la mancanza di sottoscrizione non precluda la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporti un'incertezza assoluta sulla stessa.

In breve se il difetto di firma **non genera incertezza** circa la provenienza dell'offerta non si può dar luogo all'esclusione (T.A.R. Napoli, II, 25 giugno 2019, n. 3506).

Va detto che la giurisprudenza aperta al soccorso istruttorio anche per i difetti di sottoscrizione, si è per lo più consolidata in relazione ad ipotesi di **incompletezza della sottoscrizione**, che integrano mere irregolarità sanabili, come nel caso di mancata sottoscrizione di tutte le pagine (T.A.R. Liguria, I, 19 luglio 2019, n. 655; T.A.R. Napoli, II, 25 giugno 2019, n. 3506; T.A.R. Sardegna, I, 22 gennaio 2019, n. 34; Cons. Stato, III, 24 maggio 2017, n. 2452; T.A.R. Salerno, I, 6 aprile 2017, n. 664; vd. anche: T.A.R. Trento, 8 agosto 2017, n. 252 e T.A.R. Marche, 24 luglio 2015, n. 602).

Tale secondo indirizzo, a ben vedere, fa proprio un approccio interpretativo "sostanzialistico" della rilevanza delle irregolarità formali non avallando eccessi di formalismo in contrasto con il divieto di aggravamento degli oneri procedurali e con l'esigenza, nella prospettiva di tutelare la concorrenza, di ridurre il peso degli oneri formali gravanti sugli operatori economici, riconoscendo giuridico rilievo all'inosservanza di regole procedurali o formali solo in quanto questa impedisca il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta (così TAR Liguria, sent. n. 655/2019 cit.).

Quanto sopra fatto salvo il generale principio per cui in caso di gara in forma telematica **il rischio inerente alle modalità di trasmissione**(della domanda di partecipazione alla gara) non può far carico che alla parte che unilateralmente sceglie il relativo sistema e ne impone l'utilizzo ai partecipanti; e se rimane impossibile stabilire se vi sia stato un errore da parte del trasmittente, o piuttosto la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che bandisce, organizza e gestisce la gara (TAR Lecce, 10 giugno 2019, n. 977 eTAR Roma, III quater, 17 settembre 2019, n. 11022).

Pressoché unanime è invece la posizione della giurisprudenza più recente in tema di mancata sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti i componenti di un raggruppamento temporaneo costituendo.

“In caso di offerta presentata da un raggruppamento temporaneo non ancora costituito la sottoscrizione dell'offerta di gara si configura come lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento (e) serve a rendere nota la paternità e a vincolare l'autore della dichiarazione in esso contenuta. Essa assolve la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti dell'offerta come dichiarazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico. La sua mancanza inficia quindi la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta, senza (addirittura) che sia necessaria ai fini dell'esclusione una espressa previsione della legge di gara" (così T.A.R. Roma, II bis, 7 giugno 2019, n. 7470; T.A.R. Pescara I, 11 novembre 2019, n. 267; T.A.R. Veneto, III, 1° ottobre 2019, n. 1031; TAR Lombardia, Brescia, 8.08.2013 n.717; Cons. St. Sez. V, 15.06.2015 n. 2954).

Di talché l'omissione della firma dei partecipanti alla gara in un RTP costituendo su un elemento dell'offerta tecnica, proprio in quanto incidente sulla certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso, non può essere considerata mera irregolarità formale sanabile con il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 comma 9 del D.Lgs. n. 50 del 2016 (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 9.11.2016 n. 11092).

## **Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte**

### **(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 374 del 2019, proposto da:

società cooperativa “La Cometa - Società Cooperativa Sociale”, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pablo De Luca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via delle Baleniere, n. 98;

### ***contro***

Casa di riposo Città di Asti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Dagna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### ***nei confronti***

Medihospes cooperativa sociale o.n.l.u.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Perrone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Cooperativa Stella società cooperativa sociale, Medical Service Assistance s.r.l., Coopera società cooperativa sociale o.n.l.u.s., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituite in giudizio;

### ***per l'annullamento***

- del provvedimento della Casa di riposo Città di Asti, protocollo n. 1153, emesso e notificato in data 21 marzo 2019, recante l'esclusione della società ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento dei servizi infermieristici diurni e notturni in favore degli utenti della Casa di riposo Città di Asti, c.i.g. n. 773580081;

- della decisione di esclusione proposta dalla Commissione giudicatrice comunicata via PEC in data 21 marzo 2019;

- della deliberazione del Commissario straordinario n. 27/COMM. dell'1 aprile 2019, comunicata il 2 aprile 2019, protocollo generale n. 1273, recante la comunicazione d'ufficio dell'aggiudicazione ex art. 76, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016 alla società Medihospes cooperativa sociale o.n.l.u.s. della procedura aperta per l'affidamento dei servizi infermieristici diurni e notturni in favore degli utenti della Casa di riposo Città di Asti;

- di ogni altro atto presupposto, susseguente e consequenziale ai provvedimenti impugnati, ivi compresi: il provvedimento di estremo e data non conosciuti con cui è stata ammessa l'offerta di tutti i controinteressati; il verbale di gara n. 5/2019 del 5 marzo 2019 nonché tutti i verbali di gara della Commissione giudicatrice, tra cui quelli di ammissione dell'offerta della società Medihospes cooperativa sociale o.n.l.u.s. e di proclamazione della stessa quale aggiudicataria; il provvedimento, di estremo e data non conosciuti, di approvazione delle classifiche provvisoria e definitiva; il provvedimento di aggiudicazione ai concorrenti controinteressati e i contratti eventualmente stipulati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e le memorie della Casa di riposo Città di Asti e della cooperativa sociale Medihospes o.n.l.u.s.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2019 la dott.ssa Rosanna Perilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO e DIRITTO**

1. Con il presente ricorso la società cooperativa sociale La Cometa ha impugnato il provvedimento con il quale il responsabile unico del procedimento della Casa di riposo Città di Asti l'ha esclusa dalla procedura aperta telematica per l'affidamento dei servizi infermieristici diurni e notturni, in quanto nel file generato dal sistema della centrale di committenza non risultavano indicati tutti i requisiti richiesti, a pena di esclusione, dal punto 14.C del disciplinare di gara.

La società ricorrente, avendo conseguito il miglior punteggio tecnico tra tutti i partecipanti ed avendo presentato un'offerta economica che, a suo dire, le avrebbe consentito di aggiudicarsi la gara ove non fosse stata esclusa, ha altresì impugnato il provvedimento di aggiudicazione dei servizi infermieristici alla società cooperativa sociale Medihospes o.n.l.u.s..

La società ricorrente ha domandato l'annullamento dei provvedimenti impugnati per i seguenti motivi:

- con il primo motivo di ricorso ha allegato di non aver omesso, come ritenuto dalla stazione appaltante, di indicare tutti i contenuti relativi al punto 14.C del disciplinare di gara ma di aver correttamente riportato i dati identificativi dell'offerente e del sottoscrittore e di aver altresì sottoscritto l'offerta economica con firma digitale, in modo da garantirsi la inequivoca riconducibilità; la società ricorrente ha inoltre allegato di aver esattamente indicato nell'offerta economica l'importo orario col relativo ribasso percentuale nonché i costi orari della manodopera e aziendale e che l'eventuale incompletezza di alcuni elementi avrebbe dovuto essere sanata mediante ricorso all'istituto del soccorso istruttorio;

- con il secondo motivo di ricorso ha eccepito l'insussistenza della violazione del principio della par condicio dei concorrenti in quanto l'esperimento del doveroso soccorso istruttorio le avrebbe consentito di provare il possesso dei requisiti ritenuti carenti; la società ricorrente ha altresì eccepito che la mancata indicazione della vincolatività dell'offerta per 180 giorni dalla sua formulazione non sarebbe idonea ad inficiare la serietà della stessa, dal momento l'effetto vincolante discenderebbe direttamente dalla legge;

- con il terzo motivo di ricorso ha riproposto le medesime censure in relazione all'invalidità

derivata dell'aggiudicazione del servizio alla società controinteressata.

1.1. Hanno resistito al ricorso la Casa di riposo Città di Asti e la società aggiudicataria del servizio.

La cooperativa sociale Medihospes o.n.l.u.s. ha preliminarmente eccepito la mancanza di interesse della Casa di riposo della Città di Asti ad ottenere la propria riammissione alla gara in quanto la stessa non potrebbe mai aggiudicarsi il servizio per non aver dichiarato, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, una precedente risoluzione contrattuale e per non aver superato la prova di resistenza rispetto all'offerta presentata dall'attuale aggiudicataria.

1.2. Con ordinanza del 13 settembre 2019, n. 334, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare proposta dalla società ricorrente ed ha fissato l'udienza di trattazione nel merito, in vista della quale nessuna attività difensiva è stata svolta dalle parti.

1.3. Alla pubblica udienza dell'11 dicembre 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il collegio ritiene di dover prescindere dalla trattazione dei profili di inammissibilità del ricorso sollevati dalla società controinteressata, stante la evidente infondatezza dello stesso.

2.1. Il punto 14.C del disciplinare di gara richiede che la busta telematica C relativa all'offerta economica debba contenere, a pena di esclusione, l'offerta economica predisposta preferibilmente secondo il modello allegato 10 del disciplinare di gara e formulata secondo determinati contenuti specificamente elencati.

Ove l'offerta economica sia sottoscritta da persona diversa da quella che ha presentato la domanda di partecipazione, nella busta telematica C deve essere inserita copia della documentazione attestante i poteri di firma, se non presente nella busta telematica A.

Dalla predetta disposizione del disciplinare di gara si ricava:

- a) la distinzione tra firma del contenitore dell'offerta economica (busta C) e firma del documento in essa contenuto;
- b) l'identificazione del contenuto della busta C, costituente la vera e propria offerta economica, con il Modello 10 allegato al disciplinare, debitamente compilato e sottoscritto, o con altro documento dal contenuto conforme a quanto elencato al punto 14.C del disciplinare e sottoscritto;
- c) la necessità della sottoscrizione del contenuto della busta C, ossia della offerta economica, da parte del medesimo soggetto che ha sottoscritto la domanda di partecipazione o da parte di soggetto diverso, con specificazione dei suoi dati identificativi.

Come spiegato dalla stazione appaltante, il legale rappresentante della società ricorrente ha sottoscritto con firma digitale, apposta su ogni singola busta telematica, al fine di consentirne

l'apertura da parte del sistema, la domanda di partecipazione e le tre buste relative alla documentazione amministrativa (busta A), all'offerta tecnica (busta B) e all'offerta economica (busta C).

La società ricorrente ha allegato alla busta telematica C il file generato dalla piattaforma della centrale di committenza Asmepal s.r.l., dal quale risulta la presentazione dell'offerta economica incondizionata con l'indicazione del prezzo orario medio e del ribasso, dei costi di sicurezza aziendale interni e del costo della manodopera.

Nel verbale della seduta pubblica del 5 marzo 2019 la Commissione giudicatrice ha correttamente ritenuto che tale file non corrisponde all'offerta economica sottoscritta da un soggetto munito dei poteri rappresentativi e che pertanto l'offerta economica non è stata presentata nelle forme e con i contenuti richiesti a pena di esclusione dal punto 14.C del disciplinare di gara.

D'altro canto il file riassuntivo della presentazione dell'offerta economica, generato dal sistema telematico con la firma digitale apposta sulla busta contenente l'offerta economica, non contiene i medesimi dati richiesti dal disciplinare di gara per l'offerta economica.

La stazione appaltante ha pertanto correttamente ritenuto che la mancata allegazione nella busta C del modello 10 o di altro documento sottoscritto rende l'offerta economica della ricorrente priva di alcuni contenuti essenziali richiesti, quali la dichiarazione di irrevocabilità, la sottoscrizione in calce da parte del legale rappresentante e i dati identificativi del sottoscrittore, per cui ha disposto l'esclusione della stessa dalla gara.

2.2. Il collegio è consapevole che sulla questione della sanabilità della mancata sottoscrizione dell'offerta nelle gare telematiche si registrano due contrapposti orientamenti giurisprudenziali.

Secondo l'orientamento maggioritario la mancata sottoscrizione del documento contenente l'offerta economica non è sanabile mediante il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio il quale, in virtù dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, non può essere utilizzato per sanare le carenze degli elementi sostanziali dell'offerta economica, tra i quali rientra a pieno titolo, per le funzioni essenziali che essa spiega, la sottoscrizione, senza che sia necessaria un'espressa previsione nella *lex specialis* (Consiglio di Stato, sezione IV, 19 marzo 2015, n. 1425; T.a.r. Lazio, sede di Roma, sezione III quater, 2 luglio 2019, n. 8605; sezione III ter 22 dicembre 2015, n. 14451).

Secondo un altro orientamento la mancata sottoscrizione con firma digitale del documento contenente l'offerta economica è invece sanabile con il ricorso al soccorso istruttorio in quanto trattasi di sottoscrizione incompleta che non preclude la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporta un'incertezza assoluta sulla stessa (T.a.r. Sardegna, sezione I, 1 luglio 2019, n. 593; 22 gennaio 2019, n. 34).

Il collegio intende aderire all'orientamento maggioritario che è quello che meglio realizza il principio di certezza e di parità di trattamento tra concorrenti.



La sottoscrizione dell'offerta economica è infatti rivolta non solo ad accertarne la provenienza e a garantire l'integrità del documento informatico ma anche a vincolare l'autore al contenuto del documento per assicurare la serietà, l'affidabilità e l'insostituibilità dell'offerta.

Ammettere la regolarizzazione della mancata sottoscrizione e di qualsiasi altro elemento dell'offerta considerato essenziale dalla lex specialis significherebbe pertanto rimettere in termini un operatore economico che non ha trasmesso la propria offerta entro il termine perentorio fissato per la valida trasmissione.

L'articolo 3.17 e il punto 14.C del Disciplinare di gara hanno d'altro canto espressamente imposto ai partecipanti l'onere della sottoscrizione dell'offerta economica ai fini dell'assunzione del relativo impegno per cui, in applicazione dei principi di autoresponsabilità e di parità di trattamento dei concorrenti, l'esclusione dalla gara della società ricorrente è stata correttamente adottata dalla stazione appaltante.

Il primo motivo di ricorso deve essere pertanto rigettato.

3. Anche il secondo motivo di ricorso è infondato.

La società ricorrente sostiene che la mancata indicazione dell'impegno a mantenere ferma l'offerta economica per 180 giorni non potrebbe essere previsto a pena di esclusione poiché l'effetto vincolante deriva direttamente dalla legge.

La censura deve essere disattesa: essa potrebbe assumere una qualche valenza ove la società ricorrente fosse stata esclusa solo per non aver dichiarato di vincolare la propria offerta economica per il periodo di 180 giorni ma, per le ragioni spiegate al paragrafo che precede, risulta evidente che la stessa è stata esclusa per non aver presentato l'offerta economica.

Il secondo motivo di ricorso deve essere pertanto respinto.

4. Anche il terzo motivo di ricorso è infondato in quanto riproduce le medesime censure formulate con il primo e con il secondo motivo.

5. In conclusione il ricorso deve essere rigettato.

6. La peculiarità delle questioni trattate e il riscontrato contrasto di orientamenti giurisprudenziali giustificano la compensazione delle spese del giudizio tra le parti in deroga alla regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.



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