

## **La firma e la forma. Brevissima nota sulle procedure digitalizzate.**

*di Paolo Michiara*

*Data di pubblicazione: 18-9-2020*

1. La necessità della certa riferibilità dell'offerta deve essere coordinata con la vigenza, in materia, del principio di massima partecipazione, che impone il perseguimento del fine di ampliare la platea dei concorrenti alle gare pubbliche per assicurare la massima concorrenzialità e la possibilità di operare una scelta il più possibile vantaggiosa per l'Amministrazione.

2. Non sussistono dubbi circa la riferibilità di un documento componente l'offerta alla mandataria del raggruppamento partecipante, seppur non sottoscritto da quest'ultima, allorquando, in una gara telematica, il deposito del documento sulla piattaforma telematica sia stato effettuato utilizzando la casella di posta certificata della mandataria.

In tal caso infatti alcuno degli interessi cui è preordinato l'adempimento omesso (sottoscrizione) è in concreto pregiudicato (1).

(1) Cfr. in senso conforme TAR Liguria, Sez. I, 1 luglio 2019, n. 593; Delibera ANAC n. 265 del 17 marzo 2020.

### **Guida alla lettura**

Nella vicenda in questione, un concorrente in costituendo R.T.I. è stato escluso poiché un documento componente l'offerta presentata in gara (relazione inerente ai servizi pregressi) era stato sottoscritto dai soli mandanti e non anche dal mandatario.

L'esclusione, come rilevato dal T.A.R., trova fondamento nella disposizione del disciplinare secondo la quale la documentazione amministrativa (compreso il documento in questione), a pena di esclusione appunto, avrebbe dovuto essere caricata sulla piattaforma telematica con sottoscrizione digitale apposta da tutti i componenti del raggruppamento stesso.

Il costituendo R.T.I. ha contestato l'operato della Stazione appaltante in considerazione del fatto che il deposito dell'offerta (comprensiva di tutti i suoi allegati) sulla piattaforma telematica, utilizzando l'indirizzo di posta elettronica certificata del mandatario, garantisce la certa riferibilità della documentazione stessa al R.T.I. concorrente, pur in presenza della sola sottoscrizione delle mandanti.

Il T.A.R., con la sentenza qui esaminata, ha accolto le doglianze di parte ricorrente.

In particolare il Collegio, dopo aver ribadito l'essenzialità della sottoscrizione della documentazione prodotta in gara, ha evidenziato come tale principio debba coordinarsi con quello di massima partecipazione alle gare pubbliche. Conseguenza di ciò è che, secondo il Giudice adito, la Stazione appaltante, prima dell'adozione di misure espulsive, avrebbe dovuto verificare nel concreto l'esistenza di un'effettiva situazione di incertezza circa la riferibilità del documento al concorrente che lo ha prodotto.

Nel caso di specie, ha quindi rilevato come non potesse dubitarsi della riferibilità del documento alla mandataria, pur in assenza di una sua firma, avendo la stessa depositato l'offerta del R.T.I. sulla piattaforma telematica mediante posta elettronica certificata.

Sul punto si è espressa anche, di recente, l'ANAC che, nella delibera n. 265 del 17 marzo 2020, ha rilevato quanto segue, spingendosi "oltre": nel caso deciso dall'Autorità, infatti, mancava la firma dei mandanti di un costituendo R.T.I. su un documento dell'offerta. ANAC in particolare ha sostenuto quanto segue.

*L'esigenza di imputare gli effetti dell'atto al soggetto giuridico che se ne assume la paternità è essenziale sia per le domande di partecipazione che per le offerte e la firma digitale garantisce l'identificabilità di tale soggetto. Un difetto di sottoscrizione equivale all'inesistenza dell'atto stesso che non può essere considerato completo, è pertanto incapace di produrre effetti giuridici, quindi nullo per mancanza dell'elemento essenziale della forma. Da ciò deriva l'inammissibilità delle offerte prive di sottoscrizione e la conseguente esclusione dei candidati che non abbiano sottoscritto l'offerta.*

*La giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei T.A.R. cui ha aderito anche l'ANAC ha ritenuto però l'illegittimità dell'esclusione e quindi l'ammissibilità alla partecipazione dei concorrenti nei casi in cui, in base alle circostanze concrete, l'offerta risultava con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico (vd. Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2016, n. 4881).*

*La carenza strutturale dell'atto viene quindi superata in considerazione del superiore interesse dell'amministrazione nella procedura di gara a non escludere un concorrente che è identificabile con assoluta certezza sulla base di altri elementi acquisiti aliunde, nell'ambito della documentazione prodotta. Nel caso di specie, la riconducibilità dell'offerta al soggetto giuridico autore della stessa appare desumibile dalla sottoscrizione digitale della relazione tecnica metodologica che costituisce il corpus principale dell'offerta tecnica, dalla sottoscrizione digitale della stessa riduzione dei tempi, parte minore del contenuto dell'offerta tecnica da parte di tutti i membri del raggruppamento con data certa anteriore alla scadenza dei termini di presentazione della domanda; dalla firma digitale del capogruppo su tale offerta temporale.*

*Se è vero che il disciplinare di gara prevede che la riduzione dei tempi sia firmata digitalmente da tutti i membri del RTI, è pur vero che la sottoscrizione digitale preesisteva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte come si desume con certezza dalla data (6.08.2019)*

dell'apposizione, soltanto non è stato possibile "caricarla" nella piattaforma digitale perché risultasse alla stazione appaltante.

*L'impossibilità di caricarla potrebbe essere dovuta a un errore nell'uso dello strumento digitale e non ad un disservizio del sistema, in ogni caso il diritto ad accedere al soccorso istruttorio deriva dalla riconducibilità l'offerta al costituendo raggruppamento, dall'identificazione certa dell'offerente desumibile dagli elementi concordanti acquisiti relativi all'offerta tecnica.*

*Ai sensi dell'art. 83 comma 9 D.lgs.50/2016, nonché dell'interpretazione contenuta nella Determinazione Anac n. 1 dell'8 gennaio 2015, deve ritenersi non sanabile la carenza di un elemento dell'offerta tecnica ed economica per l'immodificabilità della stessa in virtù del superiore principio di par condicio tra i concorrenti, tuttavia la sottoscrizione dell'offerta rappresenta un elemento essenziale ma sanabile nel caso di riconducibilità dell'offerta al concorrente al fine di assicurare la provenienza la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa. Del resto, come correttamente segnalato dall'istante, già in precedenti Anac si è ritenuto che la fattispecie della sottoscrizione dell'offerta da parte della sola mandataria sia suscettibile di integrazione da parte degli altri componenti del raggruppamento (vd. Delibera n. 420 del 15 maggio 2019).*

Ebbene, dal quadro sopraesposto è possibile enucleare alcune parole chiave, alcuni principi che, per comodità, proveremo ad elencare per punti. In particolare:

- 1.- L'antico principio giurisprudenziale del massimo accesso è ora declinato attraverso il più moderno principio della libera concorrenza (nel mercato, per il mercato ed altro).
- 2.- Il mancato rispetto delle forme rileva solo ed in quanto pregiudichi il libero ed effettivo esplicarsi di una corretta competizione.
- 3.- Se il concorrente è serio e corretto, deve in ogni caso essere aiutato ed incentivato a competere. Il soccorso istruttorio, in questa prospettiva, diventa la norma, non l'eccezione. Può pertanto essere esteso a casi non espressamente completati dalla normativa.
5. L'esclusione, al di là del principio della tassatività (delle cause di esclusione), deve diventare, essendo contraria al principio della massima concorrenza, eccezionale. Diventa una sanzione (espulsiva) da comminare (questa sì) dopo aver espletato delle procedure (in questo caso) "garantiste" e tentato in ogni modo di "redimere il peccatore".
6. In questo contesto la "firma" viene degradata a problematica di tipo meramente formale, quando invece "il sigillo e la firma" costituivano i pilastri delle gare tradizionali, dove la forma era spesso destinata a prevalere sulla sostanza.
7. L'avvento del "paradigma tecnocratico" (le gare "virtuali", dove non si toccano fisicamente le buste e non si parlano le persone, se non tramite portali), unitamente alla europeizzazione e alla privatizzazione formale del diritto degli appalti, ha quindi definitivamente soppiantato i modelli tradizionali.

Ciò premesso si rileva quindi, in estrema ed ultima sintesi, come “le magnifiche sorti e progressive”, probabilmente, ci libereranno da alcune ridondanze e formalismi non più giustificati, contrari alla semplificazione tante volte invocata.

Sarebbe auspicabile che tutto ciò, determinando una riduzione del contenzioso, possa preludere ad un rinnovato interesse della giurisprudenza per la sostanza (delle cose), possa indurre cioè i Giudici a prendere in esame questioni (si pensi all’anomalia delle offerte) molto spesso abbandonate nella “terra desolata” (frequentemente “abbandonata” dal Supremo Consesso della Giustizia amministrativa) della discrezionalità tecnica.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna**

**sezione staccata di Parma (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 46 del 2020, proposto da RTI tra EET Cobolli Gigli e Monico S.r.l.- Studio Tecnico Rainieri di Rainieri Michele e Paolo Natale Mantica, in persona del Legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Ercole Romano, Barbara Mazzullo, Gregorio Paroni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso la Seconda, in Parma, borgo Antini n. 3;

***contro***

Centrale Unica di Committenza Comuni di Salsomaggiore Terme e Fidenza, Comune di Salsomaggiore Terme, Comune di Fidenza, Commissione Giudicatrice di Gara, Azienda Pubblica di Servizi Alla persona - A.S.P. - Distretto di Fidenza, non costituiti in giudizio;

***per l'annullamento***

del provvedimento della Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Salsomaggiore Terme e di Fidenza prot. gen. n. 1105 prot. Cuc n. 16 del 16 gennaio 2020, notificato a mezzo p.e.c. in pari data, recante esclusione del costituendo RTI;

della nota della Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Salsomaggiore Terme e di Fidenza prot. gen. n. 2601 prot. Cuc n. 31 del 30 gennaio 2020; di ogni altro atto preordinato e connesso e, segnatamente, del verbale della Commissione giudicatrice del 18 dicembre 2019 (non noto ai ricorrenti);

nonché, occorrendo, dell'art. 17 del Disciplinare di gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2020 il dott. Marco Poppi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Parte ricorrente impugnava il provvedimento del 16 gennaio 2020 con il quale la Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Salsomaggiore Terme e di Fidenza la escludeva dalla *"Procedura aperta telematica per l'affidamento dell'incarico di progettazione esecutiva della nuova casa di riposo per anziani non autosufficienti (CRA) in Comune di Salsomaggiore Terme - Codice CIG n. 8030071039"* all'esito della seduta di gara del 18 dicembre 2019.

La censurata esclusione veniva determinata una volta rilevato che la prescritta relazione riferita ai servizi pregressi, veniva sottoscritta digitalmente dai soli soggetti mandanti del costituendo RTI e non anche dal mandatario come prescritto dall'art. 17 del Disciplinare.

Si anticipa che la citata disposizione stabiliva che *"a pena di esclusione"* la documentazione amministrativa elencata alle pagg. 26 e 27 del medesimo documento di gara, dovesse essere caricata sulla piattaforma SATER con sottoscrizione digitale, precisando che, in ipotesi di partecipazione nella forma del RTI, tale sottoscrizione dovesse essere apposta *"da tutti i componenti del raggruppamento"*.

Con nota del 28 gennaio 2020, parte ricorrente contestava il fondamento della propria esclusione invitando la Stazione appaltante a rivedere la posizione assunta provvedendo alla riammissione in gara previa regolarizzazione dell'offerta ex art. 83, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016.

L'istanza veniva respinta con atto del 30 gennaio successivo,

Parte ricorrente impugnava, quindi, i provvedimenti in epigrafe specificati formulando un unico e articolato capo d'impugnazione mediante il quale deduceva *"violazione e falsa applicazione degli artt. 48, comma 8, e 83, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016 e s.m.i.; violazione del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche ex art. 83, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. e*

*del principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti ex art. 83, comma 8, D. Lgs. n. 50/2016 e s.m.i.; difetto di motivazione”.*

Con decreto monocratico exart. 84, comma 1, del D.L. n. 18/2020, n. 32 del 25 marzo 2020, veniva disposta la sospensione degli atti impugnati sino alla camera di consiglio del 22 aprile 2020, all’esito della quale, veniva accolta l’istanza di cautelare con ordinanza n. 47/2020.

Con memoria depositata il 20 aprile 2020, la ricorrente richiamava i contenuti della delibera presidenziale n. 265 del 17 marzo 2020 con la quale ANAC, in sede di parere precontenzioso reso exart. 211, comma 1, del Codice, si esprimeva in ordine alla questione oggetto del presente giudizio ritenendo sanabile il difetto di sottoscrizione.

Alla pubblica udienza del 16 luglio 2020, celebrata con le modalità di cui all’art. 84, comma 6, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, la causa veniva decisa.

La Stazione appaltante, come già evidenziato, perveniva alla contestata esclusione in coerenza con la già illustrata comminatoria di esclusione richiamando, a sostegno della legittimità della propria decisione, una pluralità di precedenti giurisprudenziali.

Parte ricorrente, che riconosce di essere incorsa nell’omissione contestata, allega che l’orientamento giurisprudenziale invocato dalla Stazione appaltante non sarebbe univoco allegando, a propria volta, altre pronunzie di senso opposto (T.A.R. Sardegna, Sez. I, 1 luglio 2019 n. 593 e 22 gennaio 2019 n. 34; T.A.R. Liguria, Sez. I, 19 luglio 2019 n. 655).

Parte ricorrente afferma, in particolare, che il deposito della propria offerta, e relativi allegati, sulla piattaforma SATER utilizzando l’indirizzo di posta elettronica certificata del mandatario, garantirebbe la certa riferibilità della documentazione al RTI concorrente pur in presenza della sola sottoscrizione delle mandanti.

A tal proposito allega che:

- non è contestato il caricamento in piattaforma della prescritta documentazione da parte del soggetto cui viene imputata l’omessa sottoscrizione, come attestato dalla comunicazione di avvenuta ricezione;
- è pacifico che tutta la documentazione, ad eccezione della sola relazione in questione, rechi la sottoscrizione anche del soggetto mandatario;
- le pronunzie richiamata dalla Stazione appaltante sarebbero relative a procedure di gara non telematiche caratterizzate dal deposito in forma cartacea della documentazione.

Il ricorso è fondato.

Preliminarmente deve riconoscersi, in linea di principio, l’essenzialità della sottoscrizione della documentazione prodotta in sede di gara: adempimento necessario ai fini della certezza circa la riferibilità della stessa al concorrente che se ne avvale.



Ne deriva che, al verificarsi di obiettive situazione di incertezza circa la riferibilità del deposito, la Stazione appaltante è, di norma, legittimata a procedere all'esclusione dell'offerta.

Tuttavia, la necessità della certa riferibilità dell'offerta, deve essere coordinata con la vigenza, in materia, del principio di massima partecipazione che impone il perseguimento del fine di ampliare la platea dei concorrenti alle gare pubbliche per assicurare la massima concorrenzialità e la possibilità di operare una scelta il più possibile vantaggiosa per l'Amministrazione.

Ciò determina che la Stazione appaltante, precedentemente all'adozione della misura espulsiva, in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, sia tenuta verificare nel concreto l'esistenza di una effettiva situazione di incertezza circa la riferibilità del documento al concorrente che lo produce.

Nel caso di specie, deve riconoscersi che la relazione relativa ai servizi pregressi non recava la sottoscrizione della mandataria ma, avuto riguardo alla peculiare tipologia della procedura oggetto del presente giudizio (gara telematica), non può non rilevarsi che il deposito telematico del documento sulla piattaforma SATER veniva effettuato utilizzando la casella di posta certificata della mandataria.

Tale circostanza esclude ogni dubbio circa la riferibilità del documento all'odierna Ricorrente.

Ne deriva che alcuno degli interessi cui è preordinato l'adempimento omesso (sottoscrizione) è in concreto pregiudicato.

La questione è stata già affrontata rilevando che *“la giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi, cui ha aderito anche l'ANAC (in sede di pareri di precontenzioso: si vedano le deliberazioni richiamate anche da parte ricorrente), non sempre è arrivata alle rigorose conclusioni sopra esposte, ritenendo di dover escludere l'irrelevanza giuridica, e quindi l'inammissibilità, di offerte prive di sottoscrizione (o con la sottoscrizione solo di alcuni dei soggetti dell'atto) quando, in base alle circostanze concrete, l'offerta risultava con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico (si veda in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2016, n. 4881). Il difetto strutturale dell'atto è stato, in tali casi, superato alla luce della funzione dell'atto nell'ambito della procedura di gara, da individuarsi nell'interesse dell'amministrazione a non escludere un concorrente che è identificabile con assoluta certezza sulla base di altri elementi comunque acquisiti alla procedura”* (TAR Liguria, Sez. I, 1 luglio 2019, n. 593).

Tale posizione, da ritenersi prevalente, oltre che maggiormente aderente ai richiamati principi generali in tema di procedure concorsuali, è condivisa dal Collegio.

Per quanto precede il ricorso deve essere accolto con condanna in solido dei Comuni di Salsomaggiore Terme e di Fidenza al pagamento delle spese di giudizio nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione staccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Condanna i Comuni di Salsomaggiore Terme e di Fidenza al pagamento in solido delle spese di giudizio che liquida in € 2.000.00, oltre spese generali, IVA e CPA.

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