



DELIBERA N. 497

Del 23 giugno 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [OMISSIS], S.r.l. – Procedura negoziata, ai sensi dell’art. 128 del D.Lgs. n. 50/2016, per l’affidamento della progettazione esecutiva e dell’esecuzione dei lavori di collettamento dei reflui delle marine all’impianto depurativo di Manfredonia (FG) – agglomerato di Manfredonia (FG) - Importo a base di gara: Euro 7.231.866,95 - S.A.: Acquedotto Pugliese S.p.A.

PREC 102/2021/S

Riferimenti normativi

Artt. 48, comma 8, e 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Raggruppamento temporaneo di imprese, Sottoscrizione dell’offerta tecnica.

Massima

RTP - carenza della sottoscrizione da parte di mandanti – soccorso istruttorio – ammissibilità.

È da ritenere sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata sottoscrizione dell’offerta tecnica da parte dei mandanti di un RTP, laddove l’offerta sia riconducibile con certezza al raggruppamento.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione
nell’adunanza del 23 giugno 2021



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 28791 dell'8 aprile 2021, con la quale la società [OMISSIS] S.r.l. (in qualità di mandataria del RTP costituendo con gli Ing. [OMISSIS] e [OMISSIS]) ha contestato l'esclusione disposta dalla stazione appaltante per carenza della sottoscrizione digitale della relazione tecnica da parte dei mandanti del RTP;

RILEVATO che l'istante ha esposto che tutti i componenti del raggruppamento hanno sottoscritto la documentazione amministrativa contenuta nella busta A e che l'offerta tecnica migliorativa è stata sottoscritta dal legale rappresentante della società mandataria, mentre era carente la sola sottoscrizione da parte dei due mandanti, senza con ciò compromettere la riconducibilità dell'offerta in capo al raggruppamento. Secondo l'istante, la SA avrebbe dovuto attivare il procedimento di soccorso istruttorio, in ossequio ai principi sanciti nelle Delibere dell'Autorità n. 46 del 22 gennaio 2020 e n. 265 del 17 marzo 2020;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 32674 del 21 aprile 2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

VISTA, in particolare, la memoria della stazione appaltante (acquisita al prot. n. 34085 del 26 aprile 2021), nella quale è stato evidenziato che l'esclusione è stata disposta in applicazione della clausola della lettera di invito secondo cui *"nel caso di partecipazione in raggruppamento temporaneo di progettisti, l'intera offerta tecnica deve essere sottoscritta digitalmente, a pena di esclusione, dai titolari o dai legali rappresentanti di ciascun soggetto professionale raggruppato, nel caso di RTP o consorzio ordinario non ancora costituito"*. La SA ha esposto che la predetta clausola non può essere considerata nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione in quanto riproduce una prescrizione di cui all'art. 48, comma 8, del Codice (*"...l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti..."*); l'esclusione del RTP istante, inoltre, sarebbe coerente con l'indirizzo maggioritario della giurisprudenza (sentenza del TAR Piemonte, n. 91/2021; Cons. Stato, n. 6530/2020), secondo cui la sottoscrizione della documentazione amministrativa da parte dei singoli componenti del raggruppamento, non può sopperire alla mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica (condizione essenziale ed elemento infungibile dell'offerta);

VISTI l'art. 83, comma 9, del Codice (secondo il quale *"Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, 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, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa"*) e l'art. 48, comma 8, del Codice (il quale prescrive che *"E' consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale"*);



con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti”);

VISTA la lettera di invito, la quale prescrive che *“L’intera offerta tecnica deve essere sottoscritta digitalmente, a pena di esclusione, dal legale rappresentante del concorrente o da un suo procuratore e dal progettista abilitato. Nel caso di partecipazione in Raggruppamento temporaneo di progettisti, l’intera offerta tecnica deve essere sottoscritta digitalmente, a pena di esclusione dai titolari o dai legali rappresentanti di ciascun soggetto professionale raggruppato, nel caso di RTP o consorzio ordinario non ancora costituito; sottoscritta dal solo “mandatario” nel caso in cui il mandato collettivo con rappresentanza sia già stato conferito. Detti documenti, firmati digitalmente, dovranno poi essere inseriti nel sistema attraverso l’apposita procedura di upload, seguendo le apposite istruzioni. (...) N.B.: Si precisa che la mancata sottoscrizione dell’intera offerta tecnica, è equiparata alla mancata presentazione della stessa, senza possibilità di sanatoria ex art. 83, comma 9 del D.Lgs. n. 50/2016”;*

RITENUTO che la menzionata clausola della *lex specialis* vada interpretata, in ossequio al principio di tassatività delle cause di esclusione, circoscrivendo la sanzione dell’esclusione alle ipotesi di vizi radicali (difetto totale di sottoscrizione della relazione tecnica o incertezza sulla sua provenienza), evitandone l’applicazione a fronte di vizi meramente formali che non precludono la riconoscibilità della provenienza dell’offerta (cfr. Delibera ANAC n. 46 del 22 gennaio 2020, nonché Delibera n. 355 del 5 maggio 2021);

CONSIDERATO che l’Autorità, nella Determinazione n. 1 dell’8 gennaio 2015, ha evidenziato che *“la sottoscrizione della domanda o dell’offerta costituisce un elemento essenziale; tuttavia, non impattando sul contenuto e sulla segretezza dell’offerta, la sua eventuale carenza si ritiene sanabile, ferma restando la riconducibilità dell’offerta al concorrente che escluda l’incertezza assoluta sulla provenienza”* e che anche la giurisprudenza, in un’ottica sostanzialista, ha ribadito il principio secondo cui nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione è quella di rendere riferibile l’offerta al suo presentatore, vincolandolo all’impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulti in concreto conseguita, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2016, n. 4881). Pertanto, qualora la mancanza della sottoscrizione non precluda la riconoscibilità della provenienza dell’offerta e non comporti un’incertezza assoluta sulla stessa, il vizio è da ritenere sanabile mediante soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l’immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva (Cfr. Delibere ANAC 3 febbraio 2021, n. 98; n. 46 del 22 gennaio 2020; n. 685 del 18 luglio 2018; n. 1358 del 20 dicembre 2017; n. 432 del 27 aprile 2017; n. 1298 del 12 dicembre 2017; n. 953 del 7 settembre 2016; n. 10 del 4 febbraio 2015; in giurisprudenza, cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 22 giugno 2020, n. 3973; Id., 9 marzo 2020, n. 1655; Id., 21 novembre 2016, n. 4881; TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 3 dicembre 2019, n. 13812 e Sez. I, 16 giugno 2016, n. 6923; TAR Toscana, 31 marzo 2017, n. 496);

VISTO l’indirizzo giurisprudenziale (citato dalla SA) che sposta una tesi maggiormente rigorosa e formalista, secondo la quale *“la mancata sottoscrizione del documento contenente l’offerta economica non è sanabile mediante il ricorso al 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 la sottoscrizione per le funzioni essenziali che essa spiega – senza che sia necessaria un’espressa previsione nella lex specialis, pena, in caso contrario la lesione della par condicio dei concorrenti; le esigenze perseguite dal legislatore con la previsione di cui all’art. 48, c. 8, d.lgs. n. 50/2016 non possono ritenersi adeguatamente soddisfatte mediante il mandato con rappresentanza conferito all’impresa capogruppo, trattandosi – quest’ultimo – di un atto che non assicura che il mandatario adempia correttamente agli obblighi gestori e di rappresentanza verso i terzi assunti nei confronti delle mandanti, con il conseguente rischio che*



possano insorgere contestazioni interne ai componenti del raggruppamento incidenti negativamente sulla fase di esecuzione del contratto (Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 6530/2020; sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1425; Tar Piemonte, sez. I, sent. n. 16/2020; Tar Lazio, Roma, sez. II, 23.11.2020, n. 12406; sez. III quater, 2 luglio 2019, n. 8605; sez. III ter 22 dicembre 2015, n. 14451)' (TAR Piemonte, sez. II, 28 gennaio 2021, n. 91; tesi sostenuta recentemente anche da TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 maggio 2021, n. 5172);

CONSIDERATO che l'Autorità, in diverse occasioni relative a fattispecie analoghe alla presente, ha evidenziato che la *ratio* dell'obbligo di sottoscrivere l'offerta ai sensi dell'art. 48, comma 8, del Codice si rinviene nella necessità dell'Amministrazione aggiudicatrice di ricevere un segno tangibile dell'impegno assunto da tutti i componenti del costituendo raggruppamento che conferiscono mandato a un soggetto capogruppo che si assume in proprio la responsabilità dell'operato di tutto il gruppo (cfr. Delibera n. 313 del 13 aprile 2021; Delibera n. 487 del 10 giugno 2020);

CONSIDERATO che, in particolare, nella Delibera n. 313/2021 cit. (relativa ad una fattispecie in cui le dichiarazioni rese per partecipare alla gara erano state sottoscritte da tutti i componenti del raggruppamento e l'offerta economica solo dal mandatario), l'Autorità ha confermato l'orientamento espresso nelle Delibere sopra citate, in ordine alla sanabilità della sottoscrizione dell'offerta da parte delle mandanti mediante la procedura di soccorso istruttorio, evidenziando che l'offerta era comunque riconducibile anche alle mandanti, che avevano sottoscritto la restante documentazione di gara, cosicché la mancata apposizione della firma digitale appariva frutto di una svista dei concorrenti. A sostegno di tale conclusione è stato, altresì, evidenziato che nel senso della rilevanza della presenza della sottoscrizione del mandatario depone anche quanto recentemente considerato dalla Corte Costituzionale con sentenza del 22 aprile 2020 n. 85, ove è stato rilevato che *"Pur non dando vita a un autonomo soggetto giuridico, nondimeno un RTI presenta infatti una struttura complessa, che va al di là delle singole individualità delle imprese raggruppate e rispetto alla quale l'impresa mandataria rappresenta il punto di riferimento della stazione appaltante per tutta la durata del rapporto contrattuale. Dell'amministrazione appaltante essa costituisce infatti il diretto interlocutore per conto di tutte le imprese riunite, quale loro rappresentante esclusiva e quale garante, anche per conto delle mandanti, della corretta esecuzione dell'appalto. La mandataria, oltre a rispondere in proprio delle prestazioni prevalenti o principali, è sempre responsabile in solido nei confronti della stazione appaltante per l'esecuzione di tutte le prestazioni previste dal bando di gara, anche quelle scorporabili o secondarie di competenza delle mandanti"*;

CONSIDERATO che i medesimi principi sono stati affermati dall'Autorità anche con riferimento alle ipotesi di sottoscrizione incompleta dell'offerta tecnica da parte dei mandanti di un RTP, evidenziando che *"è da ritenere sanabile mediante soccorso istruttorio la mancanza della sottoscrizione dell'offerta, purché essa sia riconducibile al concorrente e non presenti quindi incertezza assoluta in ordine alla provenienza della stessa"* (Delibera n. 46 del 22 gennaio 2020);

RITENUTO che, anche nel caso di specie, la mancata sottoscrizione delle proposte migliorative in seno all'offerta tecnica, da parte di due professionisti mandanti, doveva essere sanata dalla stazione appaltante in sede di esercizio del soccorso istruttorio, tenuto conto della sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte della società mandataria e della riconducibilità di tutta la restante documentazione relativa alla gara anche alle mandanti, che hanno sottoscritto tutti gli altri documenti di gara. Alla luce di tali circostanze si ritiene, dunque, che non sussistano elementi concreti per dubitare della riconducibilità dell'offerta tecnica a tutti i componenti del costituendo raggruppamento e della consapevole assunzione di paternità e responsabilità dell'offerta stessa da parte di ciascuno.

Il Consiglio



Ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione del RTP istante non sia conforme alla normativa di settore, in quanto la stazione appaltante, a fronte della incompleta sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte di due mandanti, avrebbe dovuto attivare il procedimento di soccorso istruttorio, non venendo in rilievo una fattispecie di incertezza assoluta sulla provenienza della documentazione di gara e dell'offerta.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 01 luglio 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente