



DELIBERA N. 313 DEL 13 aprile 2021

Oggetto: PREC 75/2020/S-PB - Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, co.1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Ing. –OMISSIS- nella qualità di capogruppo di RTP – Procedura di gara aperta per l'affidamento dei servizi tecnici per progettazione definitiva, esecutiva, direzione lavori e coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione dei lavori ai sensi del D.Lgs. 80/08 e s.m.i. per la realizzazione dell'intervento di restauro e ripristino con miglioramento sismico di Villa Grassetti a seguito di danni da sisma – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 590.558,00 – **S.A.:** CUC Consorzio Oltrepò Mantovano per il Comune di Suzzara (MN)

Parere di precontenzioso reso con procedura semplificata e motivazione sintetica

VISTA l'istanza di precontenzioso, acquisita al prot. n. 19910 del 08/03/2021, con la quale l'Ing. –OMISSIS-, nella qualità di mandatario di costituendo RTP classificatosi primo nella graduatoria provvisoria relativa alla procedura di affidamento del contratto in oggetto, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, domanda se sia legittimo il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante CUC Consorzio Oltrepò Mantovano e comunicato in data 22/02/2021 «poiché l'offerta economica non è stata sottoscritta da tutti i componenti del costituendo RTP, così come previsto dall'art. 12 del bando di gara»;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 23409 del 19/03/2021;

VISTE le memorie e i documenti trasmessi in atti dalla parte istante, dalla stazione appaltante e dal RTP aggiudicatario;

VISTO l'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 che prescrive: «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»;

VISTO l'art. 48, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 che prescrive: «È 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»;

VISTO l'art. 12 del bando di gara che prevede l'esclusione dalla procedura di gara, senza possibilità di esperire il soccorso istruttorio, per i casi di «incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza della offerta» e nell'ipotesi di «difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, quest'ultimi non sanabili con il soccorso istruttorio»;

CONSIDERATO l'orientamento espresso dall'Autorità sulla questione prospettata nella Delibera n. 487 del 10 giugno 2020, relativa a fattispecie analoga e conforme a precedenti delibere, nella quale è stato considerato che la *ratio* dell'obbligo di sottoscrivere l'offerta ai sensi dell'art. 48, comma 8, 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; inoltre, secondo l'orientamento espresso nella Determinazione n. 1 del 2015, l'istituto del soccorso istruttorio è volto a salvaguardare il principio sostanzialistico e a evitare che le stazioni appaltanti attraverso inutili formalismi violino il principio del favor participationis e della semplificazione quando le motivazioni di una possibile esclusione siano di natura meramente formale; secondo l'orientamento condiviso dall'Autorità «*la sottoscrizione della domanda e dell'offerta 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*» (TAR Toscana, sez. I, 06/03/2020, n. 288; Cons. Stato, sez. V, 10/09/2014, n. 4595; TAR Lazio, sez. I, 16/06/2016, n. 6923; TAR Toscana, sez. I, 31/03/2017, n. 496);

CONSIDERATO che, come anche evidenziano la stazione appaltante e il RTP aggiudicatario, un contrario orientamento si riscontra nella giurisprudenza amministrativa più recente, come richiamato nella sentenza del TAR Piemonte n. 91/2021, che aderisce all'orientamento secondo cui «*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)»;*

RITENUTO, tuttavia, di confermare l'orientamento espresso dall'ANAC con la citata Delibera n. 487/2020 in quanto la documentazione di gara risulta interamente riconducibile, sia per quanto concerne le dichiarazioni rese ai fini della partecipazione alla procedura di gara e alla presentazione dell'offerta, inclusa quella economica, sia per quanto concerne la formulazione dell'offerta tecnica, a ciascuno dei concorrenti partecipanti al costituendo RTP, mentre l'unico documento carente della sottoscrizione delle mandanti risulta essere l'offerta economica caricata telematicamente e con sottoscrizione digitale del mandatario riferita al corrispettivo dell'appalto e non alle parte prestazionale dello stesso per quanto concerne gli obblighi assunti dalle singole mandanti; l'offerta economica può ricondursi anche alle mandanti ove si consideri che esse hanno sottoscritto tutta la restante documentazione riferita alla domanda di partecipazione e all'offerta, inclusa la dichiarazione con la quale ciascun mandante ha dichiarato di «ritenere remunerativa l'offerta economica presentata giacché per la sua formulazione ha preso atto e tenuto conto: a) delle condizioni contrattuali e degli oneri, compresi quelli eventuali relativi in materia di sicurezza, di assicurazione, di condizioni di lavoro e di previdenza e assistenza in vigore nel luogo dove devono essere svolti i servizi» cosicché la mancata apposizione della firma digitale appare effettivamente frutto di una svista dei concorrenti; rileva, inoltre, la presenza della sottoscrizione del mandatario, anche tenuto conto della posizione nell'ambito del costituendo RTP rispetto alla stazione appaltante, visto 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 scorponabili o secondarie di competenza delle mandanti (...)»;



RITENUTO, pertanto, che, nell'ottica della tutela del principio del favor participationis, la mancata sottoscrizione dell'offerta economica da parte delle mandanti potesse essere sanata dalla stazione appaltante in sede di esercizio del soccorso istruttorio, tenuto conto della sottoscrizione sull'offerta economica del mandatario e della riconducibilità di tutta la restante documentazione relativa alla domanda di partecipazione e all'offerta anche alle mandanti che, secondo quanto indicato dall'istante e non contestato dalla stazione appaltante, sottoscrivevano tutti gli altri documenti;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione non sia conforme alla normativa di settore in quanto lo stesso avrebbe potuto essere adottato solo ad esito della richiesta di soccorso istruttorio rimasta inevasa da parte dell'operatore economico.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 23 aprile 2021
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente