



DELIBERA N. 48 del 2 febbraio 2022

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, d.lgs. 50/2016 e s.m.i. presentata da RTP Costituendo Studio Rosso Ingegneri Associati S.R.L - Opere Geotecniche Srl - Dott. Gabriele Carenti - Dott. Piero Rubiu – Procedura aperta per l’affidamento del servizio professionale relativo alla redazione della Progettazione definitiva ed esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, progettazione ed esecuzione indagini geognostiche e prove di laboratorio relativamente agli “Interventi di messa in sicurezza di ponti su strade comunali interferenti con il reticolo idrografico” - RdO : rfq 372516 – CIG: 874520102B – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 512.980,34 – S.A.: Comune di Olbia

PREC 243/2021/S - PB

Riferimenti normativi

Articolo 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 48, comma 8, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Mancata sottoscrizione offerta tecnica da parte del mandante – soccorso istruttorio - condizioni

Massima

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, mediante soccorso istruttorio, esclusivamente nell’ipotesi in cui sia accertata la riconducibilità dell’offerta al concorrente in modo da escludere l’incertezza assoluta sulla provenienza.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 2 febbraio 2022

DELIBERA

VISTA l’istanza di parere prot. n. 88845 del 10 dicembre 2021, presentata da RTP Costituendo Studio Rosso Ingegneri Associati S.R.L - Opere Geotecniche Srl - Dott. Gabriele Carenti - Dott. Piero Rubiu relativa alla procedura per l’affidamento del contratto indicato in oggetto;

CONSIDERATO che l’istante contestava la legittimità del provvedimento di aggiudicazione disposto nei confronti del RTP 3TI Progetti Italia Ingegneria Integrata S.p.a. (Mandataria - VSP S.r.l. (Mandante) - ORION Progetti S.r.l.s. (Mandante) in quanto la commissione giudicatrice non aveva assegnato il punteggio alla documentazione presentata dall’istante con riferimento al criterio A.3 (Servizi analoghi svolti), poiché non firmata digitalmente da tutti i componenti del costituendo raggruppamento, e non aveva proceduto all’attivazione del soccorso istruttorio della sottoscrizione degli altri componenti del RTP, compromettendo la possibile aggiudicazione; inoltre l’istante evidenziava di aver caricato la documentazione sul portale e che «*tuttavia, in relazione alla sola documentazione relativa al criterio A.3 (Servizi analoghi svolti), si è verificato un disservizio del portale che non ha consentito il caricamento del file firmato da tutti i partecipanti al RTP Studio Rosso*»;



VISTA la *lex specialis* e in particolare il disciplinare di gara che all'articolo 16, nel definire le regole di presentazione della domanda di partecipazione prescriveva: «*In caso di Raggruppamento temporaneo o Consorzio ordinario di concorrenti, o Geie, di cui all'art. 45, comma 2 lett. d), lett. e) lett. g) del Codice, qualora sia stato già conferito il mandato, la domanda dovrà essere espressa e sottoscritta, a pena di esclusione, dall'impresa mandataria/capogruppo "in nome e per conto proprio e delle mandanti"; qualora invece il mandato non sia stato conferito, la domanda dovrà essere sottoscritta, a pena di esclusione, da tutti gli operatori economici che costituiranno i Raggruppamenti o i Consorzi ordinari o il Geie e contenere l'impegno, sottoscritto da tutti che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza a quello tra essi individuato e qualificato come impresa mandataria/capogruppo, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti*». Regole di presentazione richiamate anche al punto 17 con riferimento all'offerta tecnica e al punto 18 con riferimento all'offerta economica;

VISTO il verbale del 7 settembre 2021, pubblicato in data 23 novembre 2021, nel quale è riportato che «*In riferimento al criterio A.3, si dà atto che non è stato possibile valutare la documentazione presentata dal concorrente Studio Rosso Ingegneri Ass.ti Srl (Mandataria RTI) in quanto la documentazione non è firmata digitalmente da tutti i componenti del raggruppamento*» e la successiva aggiudicazione disposta;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

RITENUTO che il parere possa essere reso ai sensi dell'articolo 11, comma 5, del Regolamento di precontenzioso;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 29 dicembre 2021, con nota prot. n. 93608;

VISTA la memoria difensiva depositata dall'amministrazione con la quale veniva confermata la legittimità del proprio operato in considerazione del fatto che «*la Commissione giudicatrice, in attuazione alle disposizioni contenute al paragrafo 17.2 del disciplinare di gara, non ha esaminato l'elaborato A.3 dell'offerta tecnica presentata dal ricorrente, poiché non sottoscritto da tutti i componenti dello stesso, come espressamente indicato nel citato paragrafo 17.3 del disciplinare di gara. In difetto di ciò, e per le ragioni sopra esposte, la Commissione giudicatrice ha ritenuto doveroso osservare il rispetto dei principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza nell'agire, i quali impongono di garantire ad ogni operatore economico le stesse possibilità di accesso alla procedura di aggiudicazione oltretutto garantire l'interesse pubblico generale, fondato sui principi di concorrenza, efficienza, efficacia ed economicità*», ritenendo non applicabile il soccorso istruttorio che avrebbe determinato una violazione della *par condicio*;

VISTA la memoria del controinteressato aggiudicatario, volta a sostenere la legittimità dell'operato dell'amministrazione;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità concerne la legittimità della mancata attribuzione di un punteggio ad un elemento dell'offerta tecnica in quanto non sottoscritta da tutti i componenti del RTP;

CONSIDERATO, preliminarmente, il consolidato orientamento interpretativo secondo cui 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 per il quale poiché la firma digitale garantisce l'identificabilità di tale soggetto, conseguentemente, un difetto di sottoscrizione equivale all'inesistenza dell'atto stesso che non può essere considerato completo ed è pertanto incapace di produrre effetti giuridici, quindi nullo per mancanza dell'elemento essenziale della forma, determinando l'inammissibilità delle offerte prive di sottoscrizione e la conseguente esclusione dei candidati che non abbiano



sottoscritto l'offerta (cfr. da ultimo ANAC, delibera n. 392 del 19 maggio 2021, nonché n. 487 del 10 giugno 2020);

CONSIDERATO che l'articolo 48, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 dispone che: «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»;

CONSIDERATO che il contenuto dispositivo dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 prevede: «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 [...] Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa»;

CONSIDERATO che l'articolo 83, comma 9, rende dunque doverosa l'attivazione del procedimento di soccorso in caso di: i) carenza di qualsiasi elemento formale della domanda, ii) mancanza, incompletezza e/o altre irregolarità essenziali degli elementi e del documento di gara unico europeo. In particolare, il meccanismo del soccorso istruttorio può essere utilizzato per sanare le incompletezze della documentazione di gara (ad esclusione di quelle afferenti l'offerta tecnica ed economica), nonché per colmare le omissioni nelle dichiarazioni e/o documentazione richieste dalla legge di gara, con il limite dell'ineludibile possesso dei requisiti di partecipazione alla data di presentazione dell'offerta. Costituisce, infatti, un dato ormai pacifico la necessità di dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (la completezza delle dichiarazioni e della documentazione presentate dai concorrenti), con la conseguenza che l'esclusione dalla gara può essere disposta non in presenza di una dichiarazione incompleta oppure omessa, ma esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante ovvero non possieda, effettivamente, il requisito richiesto dalla *lex specialis* (cfr. Determinazione ANAC n. 1 del 8 gennaio 2015, nonché Bando Tipo ANAC n. 1, approvato con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 1228 del 22 novembre 2017, il quale anche se relativo all'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, detta principi di carattere generale; da ultimo, *ex multis*, ANAC delibera n. 392 del 19 maggio 2021, nonché n. 841 del 21 ottobre 2020);

CONSIDERATO che lo scopo perseguito dal legislatore con la disposizione in esame è quello di evitare l'esclusione dalla gara per mere carenze documentali (ivi compresa la mancanza assoluta delle dichiarazioni), imponendo a tal fine un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, prima della valutazione dell'ammissibilità dell'offerta o della domanda (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 30 luglio 2014, n. 16; da ultimo, *ex multis*, ANAC delibera 392 del 19 maggio 2021, nonché n. 841 del 21 ottobre 2020);

CONSIDERATO che, già in vigenza del precedente codice dei contratti, con la determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015, l'Autorità ha ritenuto la sottoscrizione un elemento essenziale e tuttavia sanabile, ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente. Successivamente, anche ai sensi dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, in applicazione del principio del soccorso istruttorio, l'Autorità ha ribadito tale posizione, ammettendo la sanabilità della sottoscrizione nei soli casi in cui, anche in base alle



circostanze concrete, sia possibile ricondurre e imputare con assoluta certezza l'offerta al soggetto proponente (deliberazioni n. 1179 del 15 novembre 2017; n. 432 e n.433 del 27 aprile 2017; e n. 1298 del 12 dicembre 2017). Nel caso dei raggruppamenti costituenti, alla luce del articolo 48, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, la riconducibilità è da intendersi all'operatore economico nella sua interezza (TAR Sardegna, Sez. I, 9 aprile 2019, n. 340; ANAC delibera n. 483 del 29 maggio 2019);

CONSIDERATO che, in relazione alla carenza della sottoscrizione, l'Autorità ha da tempo aderito all'orientamento sostanzialistico, affermato anche da una parte della giurisprudenza, secondo cui: *«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»* ed ha inoltre 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, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara»* e che, pertanto, ogniqualvolta 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 il soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva, specie con riferimento ai casi di incompleta sottoscrizione, come nel caso della sottoscrizione dell'offerta da parte di alcuni e non tutti i componenti del raggruppamento (cfr. ANAC, *ex multis*, delibere n. 497 del 23 giugno 2021; n. 392 del 19 maggio 2021, n. 98 del 3 febbraio 2021, n. 420 del 15 maggio 2020, n. 46 del 22 gennaio 2020; n. 265 del 17 marzo 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; determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015; in giurisprudenza, cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 giugno 2020 n. 3973; 9 marzo 2020 n. 1655; 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);

CONSIDERATO altresì l'indirizzo giurisprudenziale, seguito dalla stazione appaltante, orientato ad una posizione 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'articolo 48, comma 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, 26 ottobre 2020, n. 6530; sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1425; TAR Piemonte, sez. II, 28 gennaio 2021, n. 91; 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'articolo 48, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 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, sostenendo altresì la sanabilità della sottoscrizione dell'offerta da parte delle mandanti mediante la procedura di soccorso istruttorio, in quanto l'offerta era comunque riconducibile anche alle mandanti che avevano sottoscritto la restante documentazione di gara. Al riguardo, 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, secondo cui *«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»* (cfr. delibera n. 497 del 23 giugno 2021, n. 313 del 13 aprile 2021, n. 487 del 10 giugno 2020);

RILEVATO pertanto che il *discrimen* tra la applicabilità e la non applicabilità del soccorso istruttorio alla mancata sottoscrizione dell'offerta risieda nella possibilità o meno di ricondurre la provenienza dell'offerta stessa all'operatore economico concorrente e nella insussistenza di assoluta incertezza sulla stessa;

RILEVATO che, nel caso di specie, la mancata sottoscrizione da parte di tutti i componenti del raggruppamento riguardava un solo elemento dell'offerta tecnica, avendo la commissione considerato validi, attribuendo il relativo punteggio, gli altri elementi dell'offerta tecnica;

RITENUTO pertanto che l'amministrazione, in ragione delle richiamate argomentazioni giuridiche, prima di procedere alla mancata attribuzione del punteggio al criterio A3 dell'offerta per mancata sottoscrizione dello stesso da parte di tutti i componenti del raggruppamento avrebbe dovuto accertare la riconducibilità di tale elemento dell'offerta all'operatore economico e, solo ad esito dell'eventuale accertamento negativo, avrebbe potuto procedere alla mancata attribuzione del relativo punteggio; diversamente, qualora la verifica effettuata avesse dimostrato la riconducibilità dell'elemento in contestazione al raggruppamento concorrente, avrebbe dovuto procedere all'attivazione del soccorso istruttorio per l'integrazione della sottoscrizione mancante e conseguentemente attribuire il relativo punteggio valutativo;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che la mancata attribuzione del punteggio al criterio A.3 dell'offerta tecnica per assenza di sottoscrizione della documentazione prodotta da parte di tutti i componenti del raggruppamento non sia conforme ai principi generali, agli orientamenti interpretativi e alla normativa in materia di soccorso istruttorio.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia



Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 febbraio 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente l'8 febbraio 2022