

Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza n. 5751 del 20 agosto 2019

Offerta tecnica ed economica - Sottoscrizione della sola mandataria – Esclusione ex art. 48 co. 8 del D.lgs. 50/2016 – Inammissibilità del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 co. 9 del Codice

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3116 del 2019, proposto da S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso l'avvocato in Cagliari, via

contro

....., non costituite in giudizio;
Sardegna Ricerche, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Matilde Mura, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

....., in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con, S.r.l., S.r.l., nonché tutte queste ultime, ognuna in persona del proprio legale rappresentante *pro-tempore*, tutte rappresentate e difese dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico in Roma, presso la Segreteria del Consiglio di Stato;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Sardegna, Sez. I n. 340/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di, di S.r.l., di S.r.l., di a r. l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2019 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati, anche in sostituzione dell'avv. Mura;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La s.r.l., nella qualità di mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese con, partecipava alla gara indetta per la concessione ai sensi dell'art. 164 del d. lgs. n. 50 del 2016 degli spazi di 4 lotti e dei servizi per la creazione della fabbrica della creatività nella manifattura tabacchi, presentando offerta per tutti i lotti in gara.

All'esito della procedura il predetto raggruppamento risultava escluso dal lotto n. 4, mentre si classificava al secondo posto nei lotti nn. 1, 2 e 3, preceduto – in tutti i lotti in gara - dal raggruppamento formato da - - S.r.l. - S.r.l.

2. Con tre autonomi ricorsi il costituendo raggruppamento in parola impugnava dinanzi al Tribunale amministrativo della Sardegna gli esiti rispettivamente delle procedure di cui al lotto n. 1, lotto n. 2 e lotto n. 3, chiedendo l'annullamento dei provvedimenti di ammissione alla gara del r.t.i. aggiudicatario.

In particolare deduceva, per un verso, l'inammissibilità dell'offerta tecnica e di quella economica presentate dal controinteressato in quanto sottoscritte solo dal legale rappresentante dell'impresa mandataria in patente violazione dell'art. 48, comma 8,

del d.lgs. n. 50 del 2016 (che impone la sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti i componenti del costituendo raggruppamento temporaneo) e, per altro verso, l'inammissibilità del soccorso istruttorio esercitato dall'amministrazione appaltante in favore dell'aggiudicatario in altrettanto manifesta violazione dell'art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici, essendo stato così inammissibilmente consentito il completamento delle offerte mediante l'apposizione delle sottoscrizioni mancanti.

3. Nella resistenza del r.t.i. controinteressato e, che insistevano per il rigetto dell'avverso ricorso, con la sentenza segnata in epigrafe il tribunale adito, disposta la riunione dei ricorsi, li respingeva, ritenendo infondate la censura incentrata sulla rilevanza dell'omessa sottoscrizione delle offerte, tecnica ed economica, da parte di tutte le imprese facenti parte del costituendo raggruppamento aggiudicatario.

In sintesi, secondo il tribunale, se è vero che in linea generale la sottoscrizione dell'offerta è essenziale sia per la verifica della coincidenza tra il soggetto apparentemente autore dell'atto e colui che lo ha sottoscritto, sia perché quest'ultimo attraverso la firma fa proprio il contenuto del documento (così come la firma è elemento essenziale al pari della domanda di partecipazione ai fini dell'imputabilità dell'atto), con la conseguenza che la sua mancanza non può che comportare di norma l'esclusione dalla gara: tuttavia la stessa giurisprudenziale in particolarissimi casi in cui, in base alle circostanze concrete l'offerta risultava comunque con assoluta certezza effettivamente riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico, ha applicato tale principio con minor rigore sulla base del ragionamento che il difetto strutturale dell'atto era sostanzialmente superabile alla luce dell'interesse dell'amministrazione a non escludere un concorrente identificabile con certezza sulla base di altri elementi della procedura.

Nel caso di specie, ad avviso del predetto tribunale, era dirimente - per escludere la rilevanza assoluta della carenza delle firme delle imprese facenti parte del costituendo raggruppamento aggiudicatario - rilevare come le buste, nelle quali

erano contenute le offerte presentate dal raggruppamento controinteressato, risultavano provviste dei timbri appartenenti agli operatori economici componenti il raggruppamento stesso, apposti sui lembi di chiusura; su questi ultimi risultavano apposte altresì le sottoscrizioni dei legali rappresentanti di ciascun operatore economico e ugualmente era a dirsi per le buste contenenti l'offerta tecnica e l'offerta economica; ciò senza contare poi che tutti i componenti del costituendo raggruppamento avevano sottoscritto il documento con il quale avevano dichiarato di voler costituire un raggruppamento temporaneo di imprese ai fini della gara in questione. Tali elementi erano idonei a superare ogni incertezza solo apparentemente determinata dalla incompletezza delle sottoscrizioni delle offerte e a far ritenere le offerte certamente riferibili al costituendo r.t.i., con conseguente irrilevanza (per assorbimento) della censura concernente l'ammissibilità del soccorso istruttorio.

4. Con rituale e tempestivo appello notificato il 10 aprile 2019 la s.r.l. ha chiesto la riforma di tale sentenza, sostanzialmente riproponendo le censure sollevate coi ricorsi introduttivi dei giudizi di primo grado, a suo avviso malamente apprezzate ed ingiustamente respinte in forza di un'inammissibile interpretazione, forzata ed incoerente, dell'art. 83, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016, peraltro in palese contrasto anche con le specifiche clausole della legge di gara.

5. Hanno resistito al gravame il r.t.i. controinteressato e, che hanno sostenuto la correttezza della sentenza impugnata e chiesto il rigetto dell'avverso appello.

6. All'udienza pubblica dell'11 luglio 2019 la causa è passata in decisione.

7. L'appello è fondato e deve essere accolto.

7.1. Come emerge dall'esposizione in fatto è controversa la legittimità della mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario formato da - - S.r.l. - S.r.l. dai tre lotti (nn. 1, 2 e 3) della gara indetta dall'Agenzia Regionale per la concessione ai sensi dell'art. 164 del d. lgs. n. 50 del 2016 degli spazi di

4 lotti e dei servizi per la creazione della fabbrica della creatività nella manifattura tabacchi.

Il R.T.I., che si è classificato secondo in tutti e tre i predetti lotti, sostiene che il R.T.I. aggiudicatario andava escluso perché le relative offerte, tecnica ed economica, erano state sottoscritte dalla sola mandataria (e non anche, come necessario) da tutte le imprese facenti parte del costituendo raggruppamento), in insanabile contrasto con il dettato dell'art. 48, comma 8, del codice dei contratti ed illegittimo era anche l'ammissione al riguardo del soccorso istruttorio con il quale l'amministrazione appaltante avrebbe inopinatamente consentito di sanare le predette carenze. L'appellante lamenta poi che il primo giudice avrebbe altrettanto sorprendentemente ritenuto erroneamente legittimo l'operato dell'amministrazione appaltante, (mancata esclusione del R.T.I. aggiudicatario ed ammissione dello stesso al soccorso istruttorio), considerando una mera formalità la questione della mancanza delle firme.

7.2. Così definita la materia del contendere si osserva innanzitutto che l'art. 48, comma 8, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, stabilisce 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.”*

Si deve ancora aggiungere che il disciplinare di gara ha previsto al punto n. 22.1.6. che *“Nel caso di raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario costituiti, la domanda è sottoscritta dalla mandataria/capofila”* e al successivo punto n. 22.1.7. che *“Nel caso di raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario non ancora costituiti, la domanda è sottoscritta da tutti i soggetti che costituiranno il raggruppamento o consorzio”*.

7.3. L'inequivoco tenore letterale della disposizione legislativa e di quella speciale della singola procedura di gara non consente di dubitare della necessità degli operatori facenti parte del costituendo raggruppamento temporaneo di sottoscrivere effettivamente, oltre che la domanda di partecipazione, anche le offerte, tecnica ed economica, con la conseguente esclusione dalla gara in caso di mancato rispetto di tali obblighi, del tutto ragionevoli, non sproporzionati e correttamente esigibili sulla scorta della ordinaria diligenza (cui deve essere improntata la condotta di chi partecipa a gare pubbliche).

In tal senso è del resto un coerente e convincente indirizzo giurisprudenziale, ad avviso del quale nelle gare pubbliche la sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti i soggetti, che con essa pretendono di impegnarsi nei confronti dell'amministrazione appaltante, risponde a imprescindibili esigenze di ordine generale di certezza della riconducibilità dell'offerta ai medesimi operatori e coercibilità dei relativi impegni nella successiva fase esecutiva, esigenze che 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; è stato sul punto anche sottolineato che alla mancanza di sottoscrizione dell'offerta non è possibile supplire mediante il soccorso istruttorio della P.A., ciò provocando una lesione della *par condicio* dei concorrenti per effetto della possibilità concessa ad alcuni di sanare una carenza essenziale attinente alla volontà negoziale da manifestare in seno alla procedura nelle sole tassative modalità predeterminate nell'avviso pubblico (Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2017, n. 596; 27 novembre 2012, n. 5971).

7.4. Alla luce di tali principi il primo motivo di appello risulta fondato, non trovando alcuna adeguata e ragionevole giustificazione la diversa conclusione cui è giunto il giudice di primo grado.

Non solo invero non può sistematicamente indurre ad una diversa interpretazione delle disposizioni richiamate il fatto che nella fattispecie in esame il raggruppamento aggiudicatario era ancora da costituire, mentre le norme richiamate avrebbero fatto riferimento alla necessità della sottoscrizione delle offerte “da parte di tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei” (così potendo intendersi – secondo l’appellante – quell’obbligo solo per i raggruppamenti già costituiti), trattandosi di una tesi in stridente contrasto con la *ratio* delle norme (così come delineate dalla giurisprudenza richiamata), per quanto anche i pretesi (ricostruiti dal primo giudice) elementi indizianti della effettiva riferibilità dell’offerta tecnica e di quella economica al raggruppamento aggiudicatario sono tutt’altro che decisivi per i fini che qui interessano.

Pacifico essendo infatti che le offerte economiche e tecniche sono state sottoscritte dal solo mandatario, l’apposizione di timbri e della relativa sottoscrizione sui lembi delle buste non può affatto surrogare le omissioni di sottoscrizione di cui si discute: la sottoscrizione costituisce infatti non solo un elemento costitutivo dell’offerta da parte del concorrente (per la riferibilità dei contenuti alla sua volontà), ma anche una consapevole assunzione di responsabilità di quanto viene offerto ai fini della corretta esecuzione del contratto.

I timbri e le sottoscrizioni sui lembi della busta non costituiscono in alcun modo elemento significativamente indiziante né della volontà negoziale, né della conseguente consapevole assunzione di responsabilità: infatti, chiusa essendo la busta, si tratta di elementi esterni ed estranei all’offerta in senso stretto (contenuta nella busta e priva delle necessarie sottoscrizioni) e non possono essere intesi come riferibili a ciò che è stato fatto proprio dalla sola mandataria la quale, a

raggruppamento non ancora costituito, resta un concorrente isolato, poiché è l'unico che si assume la responsabilità che poi dovrà necessariamente ricadere su un soggetto composto di più ditte; quindi tali "assunzioni" fisicamente esterne alle offerte, ne restano irrimediabilmente al di fuori tanto come imputabilità, quanto come assunzione di responsabilità.

7.5. Le conclusioni sulla fondatezza del primo motivo di appello assorbono quelle concernenti il secondo motivo di appello (relativo alla illegittimità del soccorso istruttorio esercitato dalla stazione appaltante), essendo appena il caso di richiamare sul punto il dettato dell'art. 83, comma 9. del d. lgs. 50 del 2016, a mente del 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."*

Ne consegue che il soccorso istruttorio non poteva essere consentito per rimediare all'assenza delle sottoscrizioni laddove esse dovevano essere apposte.

8. L'appello in definitiva deve essere accolto con la conseguente riforma della sentenza impugnata e l'accoglimento dei tre ricorsi di primo grado, riuniti.

La peculiarità della fattispecie giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie ed in riforma della sentenza impugnata, accoglie i tre ricorsi di primo grado originariamente riuniti.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2019

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO