

Sulla non sanabilità di un'offerta priva di sottoscrizione mediante il ricorso al nuovo soccorso istruttorio.

di

Data di pubblicazione: 7-8-2015

Tar Lombardia, Milano sez. IV, 13 luglio 2015, n. 1629

Pres. Giordano; Est. Quardi

Nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici di appalto, assolvendo la sottoscrizione la funzione di assicurare la provenienza, la serietà, l'affidabilità dell'offerta e costituendo elemento essenziale per la sua ammissibilità, ne consegue che la mancanza della firma non può considerarsi a guisa di mera irregolarità formale, sanabile nel corso del procedimento, inficiando, invece, irrimediabilmente la validità e la ricevibilità dell'offerta, senza che sia necessaria una espressa previsione della lex specialis e ciò, pertanto, preclude l'operatività dell'art. 46, comma 1 ter, del d.lgs. n. 163/2006 (risultante dalle modifiche operate dal d.l. n. 90/2014, convertito nella legge n. 114/2014).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1307 del 2015, proposto da:

..., rappresentata e difesa dagli avv. ... e ..., con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, ...;

contro

...; ..., rappresentato e difeso dall'avv. ..., con domicilio fissato ex art. 25 c.p.a. presso la segreteria del Tribunale in Milano, via Corridoni n. 39;

nei confronti di

..., rappresentata e difesa dagli avv. ... e ..., con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, ...;

per l'annullamento

della determinazione n. ... in data 30.4.2015 - comunicata alla ricorrente il 4.5.2015 - con cui ... ha approvato le risultanze di gara ed ha aggiudicato definitivamente a ... il servizio di pulizia degli immobili di proprietà comunale, per tre anni dall'effettivo inizio del servizio;

- dei verbali della procedura n. 1 del 30.3.2015 (di svolgimento delle operazioni valutative di gara) e n. 2 del 31.3.2015 (d'esame dell'offerta economica e d'aggiudicazione provvisoria);

- di tutti gli atti inerenti al procedimento di verifica d'anomalia dell'offerta aggiudicataria, e in particolare del verbale della Commissione giudicatrice in data 28.4.2015 (di ritenuta congruità dell'offerta aggiudicataria);

- della determinazione n. ... del 7.5.2015 con cui il ... ha preso atto dei contenuti della determinazione n. 96 del 30.4.2015 cit. ed ha confermato l'aggiudicazione in via definitiva del servizio a ...;

- dell'avviso di procedura esperita emesso il 7.5.2015 dal ...;

- d'ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso, alla stato non conosciuto dalla ricorrente, inclusi eventuali ulteriori atti di controllo, ratifica e/ o approvazione degli esiti della gara e dell'atto d'aggiudicazione, nonchè per l'accoglimento della domanda della ditta ricorrente di conseguire l'aggiudicazione del menzionato appalto ed, occorrendo, per la dichiarazione d'inefficacia del contratto, se già stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del ... e di ...;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2015 la dott.ssa ... e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con il presente ricorso la cooperativa istante ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, con i quali la .. ha approvato le risultanze di gara ed ha aggiudicato definitivamente a ... il servizio di pulizia degli immobili di proprietà comunale, per tre anni dall'effettivo inizio del servizio.

A sostegno del proprio ricorso l'istante ha dedotto, sostanzialmente, con il primo motivo la violazione degli artt. 86 e ss. del d.lgs. n. 163/2006, in considerazione dell'anomalia dell'offerta della controinteressata con riferimento al costo del lavoro, nonché, con il secondo motivo, la violazione degli artt. 46, comma 1 bis del d.lgs. n. 163/2006, degli artt. 1, 3 e 6 della legge n. 241/1990, dell'art. 97 della Costituzione, oltre a diversi profili di eccesso di potere in considerazione della mancanza di sottoscrizione in calce all'offerta tecnica della controinteressata.

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione intimata e la società controinteressata, che hanno chiesto la reiezione del ricorso per infondatezza nel merito.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

In data 1 luglio 2015 la ricorrente ha depositato una comunicazione del ... di proroga del servizio alla ricorrente medesima, attuale gestrice, fino al 31 luglio 2015.

Alla camera di consiglio del 2 luglio 2015 il collegio, previo avviso alle parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a., ha trattenuto il ricorso in decisione ritenendo sussistenti i presupposti per la redazione della sentenza in forma semplificata.

Ed invero, si ritiene che il gravame si presenti manifestamente fondato in relazione al secondo motivo di diritto.

Con tale doglianza, l'istante ha dedotto, sostanzialmente, l'illegittimità della mancata esclusione della Cooperativa controinteressata, atteso che la stessa ha presentato un'offerta tecnica totalmente priva di sottoscrizione, in palese violazione dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006.

Dalla documentazione versata in atti emerge inequivocabilmente che la ... controinteressata ha prodotto in sede di gara un'offerta tecnica non sottoscritta e priva finanche di sigle in alcuna parte del documento.

Nonostante ciò, la commissione di gara ha ritenuto che la fattispecie potesse rientrare fra gli errori regolarizzabili con l'adesione al soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 10 della lettera di invito dell'11 marzo 2015 (cfr. in particolare pag. 8), pure oggetto della presente impugnazione; tale lettera d'invito è stata, infatti, redatta con riferimento alle prescrizioni dell'art. 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter del Codice degli appalti, per il cui combinato disposto risulterebbe ora sanabile ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara, come risulta dalla lettura del verbale n. 1 del 30 marzo 2015, alle pagine 4 e 5, nelle cui conclusioni si legge che: *"Per quanto sopra, il concorrente legale rappresentante della ... formula immediatamente e di proprio pugno, una dichiarazione, ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.Lgs. 445/2000, dove dichiara che la cooperativa dispone di tutta l'attrezzatura, del materiale e dell'equipaggiamento tecnico necessario per eseguire l'appalto"*.

Il collegio ritiene che, in tal modo, mediante la possibilità di regolarizzazione, la controinteressata sia stata abilitata alla produzione dell'offerta tecnica in violazione del termine di scadenza per la presentazione delle offerte previsto dalla *lex specialis* di gara.

Ed invero, secondo la disciplina civilistica in materia di scrittura privata (libro VI, capo II, c.c.), tra i requisiti della scrittura vi sono la privatezza, l'autenticità e la genuinità; tra gli elementi della scrittura, invece, sono compresi il corpo, la sottoscrizione e il testo.

La scrittura privata, contrariamente all'atto pubblico, è formata dal suo autore e, per acquisire efficacia probatoria, deve essere munita di sottoscrizione riconosciuta, autenticata o verificata. Solo in questi casi la scrittura prodotta in giudizio fa piena prova fino a querela di falso della paternità del documento da parte di chi l'ha sottoscritto (art. 2702 c.c.).

Punto centrale nella logica della forma scritta è l'assunzione e la garanzia di paternità del documento. La sottoscrizione è parte integrante del documento e costituisce strumento di imputazione all'autore del documento e della dichiarazione in esso contenuta.

La sottoscrizione consta normalmente del nome e del cognome del sottoscrittore, per esteso. Essa svolge quattro funzioni: indicativa, servendo ad individuare l'autore del documento; dichiarativa, poiché essa consiste in una dichiarazione di assunzione della paternità del contenuto del documento; probatoria, per provare l'autenticità del documento; presuntiva, consentendo di risalire a determinate situazioni soggettive (che il sottoscrittore conosceva il testo della scrittura, che la dichiarazione sia definitiva, che la dichiarazione sia completa).

Dal complesso delle funzioni che svolge, la giurisprudenza è pervenuta all'affermazione consolidata che la sottoscrizione è elemento essenziale della scrittura privata.

La scrittura carente di sottoscrizione non può essere neppure definita scrittura privata e, pertanto non acquista alcun valore probatorio come scrittura.

Inoltre, ai sensi dell'art. 74 del d.lgs. n. 163/2006: *“1. Le offerte hanno forma di documento cartaceo o elettronico e sono sottoscritte con firma manuale o digitale, secondo le norme di cui all'articolo 77.*

2. Le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'oneri, e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l'offerente e il suo indirizzo e la procedura cui si riferiscono, le caratteristiche e il prezzo della prestazione offerta, le dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione (...).”

E' stato, quindi, affermato che l'offerta è l'impegno negoziale del concorrente ad eseguire l'appalto con prestazioni conformi al relativo oggetto; essa individua i caratteri del prodotto nella prospettiva comparativa e concorrenziale sottesa all'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 7987/2010).?

Nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici di appalto la sottoscrizione assolve la funzione di assicurare la provenienza, la serietà, l'affidabilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sotto il profilo sia formale sia sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti propri della manifestazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011, n. 528).

La mancanza della firma, pertanto, non può considerarsi a guisa di mera irregolarità formale, sanabile nel corso del procedimento, ma inficia irrimediabilmente la validità e la ricevibilità dell'offerta, senza che sia necessaria una espressa previsione della *lex specialis* (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 5547/2008; sez. IV, n. 1832/2010; sez. V, n. 528/2011).

E', stato, inoltre, affermato nel parere dell'ex AVCP (ora ANAC) n. 92, del 22 maggio 2013, che, anche qualora la disciplina concorsuale risulti ambigua in merito ai documenti da sottoscrivere pena l'esclusione dalla gara, la sottoscrizione è richiesta alla luce dell'eterointegrazione legale del contratto (artt. 1339-1374 c.c.), ad opera dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006 (Tra la giurisprudenza che ritiene tassativa la sottoscrizione in calce (anche) all'offerta tecnica, cfr. pure Cons. Stato, sez. V, n. 2317/2012).

Sul punto, peraltro, l'ANAC è nuovamente intervenuta con la determina n. 1 dell'8 gennaio

2015, con la quale si è cercato di fornire alcuni chiarimenti sull'interpretazione del combinato disposto degli artt. 38, comma 2-bis e 46, commi 1 *ter* e 1 *bis*, alla luce delle recenti modifiche normative operate dal d.l. n. 90/2014, così come convertito nella legge n. 114/2014.

In particolare, in tema di mancanza di sottoscrizione della domanda e dell'offerta richiesta dagli artt. 73 e 74 del d.lgs. n. 163/2006, la delibera, dopo avere opportunamente citato tutta la giurisprudenza a favore della tesi per la quale tale assenza determina l'obbligatorietà dell'esclusione dalla gara per mancanza di un elemento essenziale della domanda o dell'offerta, avendo la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa, costituendo un elemento essenziale che attiene propriamente alla manifestazione di volontà di partecipare alla gara, conclude, invece, per la possibilità di regolarizzazione della stessa, trattandosi di un elemento sì essenziale, ma sanabile, "non impattando sul contenuto e sulla segretezza dell'offerta". Si legge, invero, nella determina, che: "ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente (che escluda l'incertezza assoluta sulla provenienza), dal combinato disposto dell'art. 38, comma 2-*bis* e 46, comma 1-*ter* del Codice, risulta ora sanabile ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità (anche) degli elementi che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla legge (al bando o al disciplinare di gara), ivi incluso l'elemento della sottoscrizione, dietro pagamento della sanzione prevista nel bando" (cfr. pagg. 13 e 14 della determina).

Deve, infatti, osservarsi che il nuovo comma 1 *ter* dell'articolo 46 del d.lgs. n. 163/2006, risultante dalle modifiche operate dal d.l. n. 90/2014, convertito nella legge n. 114/2014, estende l'ambito di applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2 *bis*, "a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara". Tale norma, si ribadisce, deve essere letta, peraltro, in combinato disposto con il precedente comma 1 *bis*, ai sensi del quale "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione".

Il fatto che il legislatore non sia intervenuto anche su tale disposizione induce, dunque, a ritenere che permangano ancora nel nuovo quadro normativo alcune ipotesi di errori insanabili, tra cui è ricompresa l'assenza di sottoscrizione, ai sensi dell'articolo succitato.

Il collegio ritiene, invero, che non possa ritenersi di certa provenienza una domanda non sottoscritta, contrastando tale interpretazione, irrimediabilmente, con le pacifiche conclusioni in tema di inesistenza di un documento non sottoscritto, nonché con lo stesso disposto dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, che al comma 1-*bis* legittima, come visto, la stazione appaltante

all'esclusione, tra le altre ipotesi, proprio di un candidato nel caso di incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta e per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali della stessa.

Questo approccio rigoristico è stato, peraltro, mantenuto fermo anche quando sono state ripudiate interpretazioni puramente formali delle regole di gara.

Si è, infatti, precisato che: il "difetto di sottoscrizione, per comportare la necessaria ed automatica esclusione del concorrente, deve determinare l'incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta, risolvendosi altrimenti in una mancanza di natura formale inidonea a produrre l'effetto sanzionatorio disposto dalla norma" (Cons. Stato, sez. V, n. 4595/2014). La finalità della sottoscrizione si è così ritenuta conseguita in presenza almeno della sigla in calce al documento (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 8933/2010).

Sulla base di analoghe considerazioni si è ritenuto che il difetto di firma digitale nella sottoscrizione dell'offerta tecnica, in presenza di una sottoscrizione autografa della stessa, non potesse costituire causa di esclusione, prevalendo in questo caso il principio del *favor participationis* (Cons. Stato, sez. V, n. 4595/2014).

Nella fattispecie all'esame del collegio, invece, non sussiste alcun elemento (sigla o altro) tale da poter in qualche modo ricondurre l'offerta tecnica prodotta alla cooperativa controinteressata, in modo da escluderne l'incertezza assoluta sulla provenienza.

Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso va accolto e, per l'effetto, va disposto l'annullamento dei provvedimenti impugnati, compresa la clausola di cui all'art. 10 della lettera di invito dell'11 marzo 2015.

Sussistono giusti motivi, in considerazione delle peculiarità della presente controversia, per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dispone l'annullamento degli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Fabrizio Fornataro, Primo Referendario

BREVI ANNOTAZIONI

OGGETTO DELLA SENTENZA

Il TAR Milano con la sentenza resa in forma semplificata n. 1629 del 13 luglio 2015, non condividendo il diverso orientamento dell'ANAC espresso con la determina n. 1 dell'8 gennaio 2015, ha affermato che la mancanza della firma sull'offerta tecnica non può considerarsi alla stregua di una mera irregolarità formale, sanabile nel corso del procedimento, ma inficia irrimediabilmente la validità e la ricevibilità dell'offerta, anche in assenza di un'esplicita previsione di identico tenore del bando di gara e ciò in quanto l'assenza *tout court* di una sigla a corredo dell'offerta determina l'incertezza assoluta sulla provenienza della stessa.

Nella fattispecie all'esame del Collegio, una centrale di committenza costituita tra due Comuni lombardi aggiudicava definitivamente il servizio di pulizia degli immobili di proprietà comunale, per la durata di tre anni. Il concorrente non aggiudicatario (arrivato secondo in graduatoria) proponeva ricorso al Tar lamentando la mancata esclusione dell'aggiudicataria, la quale aveva presentato un'offerta tecnica totalmente priva di sottoscrizione e di sigle, in aperto contrasto con il disposto dall'art. 46, comma 1-*bis* Dlgs 163/2006.

La commissione di gara aveva ritenuto che la mancanza della sottoscrizione potesse rientrare fra gli errori regolarizzabili con il ricorso al nuovo soccorso istruttorio di cui agli artt. 38, comma 2-*bis* e 46, comma 1-*ter* del Codice dei contratti (che la lettera di invito nella fattispecie consentiva): in forza del combinato disposto delle predette norme, infatti, per la commissione era sanabile ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi che i concorrenti dovevano produrre in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.

Tuttavia, non condividendo il ragionamento operato dalla Commissione di gara e accogliendo il motivo di gravame del ricorrente, il Tar Milano ha affermato che la possibilità di regolarizzazione in ipotesi siffatte permetterebbe alla controinteressata di presentare un'offerta tecnica in aperta violazione del termine di scadenza della presentazione delle offerte.

Il Collegio, pertanto, dopo aver ricordato come elemento essenziale della scrittura privata è, tra l'altro, la sottoscrizione della stessa la cui mancanza non permette neppure di definire il documento alla stregua di scrittura privata, ha evidenziato come la sottoscrizione, costituendo strumento di imputazione all'autore del documento, assolve la funzione di assicurare la provenienza, la serietà e affidabilità dell'offerta. Lo stesso giudice amministrativo - e qui sta la parte più interessante della sentenza in commento - ripercorrere, per superarle, le conclusioni cui era già pervenuta l'ANAC che con determina 1/2015 aveva consentito la regolarizzazione della mancata sottoscrizione dell'offerta sulla base del presupposto secondo cui pur rappresentando la sottoscrizione un elemento essenziale dell'offerta, la stessa comunque non impatterebbe sul contenuto e sulla segretezza di questa e sarebbe, pertanto, passibile di regolarizzazione dietro pagamento della sanzione prevista nel bando.

Il Giudice lombardo invece, dopo aver effettuato una panoramica della normativa in tema di soccorso istruttorio alla luce degli interventi normativi operati dal d.l. 90/2014, ha sottolineato come lo stesso Legislatore non modificando l'intero *corpus* normativo ha lasciato permanere alcune ipotesi di errori insanabili, tra i quali – sostiene il Tar Milano – è certamente ricompresa l'assenza di sottoscrizione.

Tale vizio, al contrario, rientra nel disposto del comma 1 *bis* dell'art. 46 richiamato che legittima la stazione appaltante all'esclusione, tra le altre ipotesi, di un candidato proprio nel caso di incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta e per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali della stessa quale certamente può ritenersi una domanda non sottoscritta, che deve infatti ritenersi addirittura inesistente.

Il Collegio, inoltre, richiamando precedenti giurisprudenziali del Consiglio di Stato, ha avuto cura di sottolineare che la correttezza di tali rigorose conclusioni ha trovato un suo consolidamento anche in quegli indirizzi interpretativi che hanno perentoriamente ripudiato interpretazioni puramente formali delle regole di gara. Non, quindi, ogni difetto di sottoscrizione comporta la necessaria e automatica esclusione del concorrente, ma perché comporti un tale effetto escludente è necessario che esso determini l'incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta, risolvendosi altrimenti in una mancanza di natura formale inidonea a produrre l'effetto sanzionatorio disposto dalla norma (Cons. Stato, sez. V, n. 4595/2014).

PERCORSO ARGOMENTATIVO

Sul tema dell'omessa sottoscrizione dell'offerta già l'ANAC aveva provveduto a chiarire i confini del ricorso al soccorso istruttorio; confini che, tuttavia, sembrano essere messi nuovamente in discussione dalla pronuncia in esame.

L'Autorità, infatti, con la determinazione n. 1/2015, aveva affermato che la sottoscrizione della domanda e dell'offerta da parte del legale rappresentante dell'impresa, ai sensi degli artt. 73 e 74 del Codice dei contratti, costituisce un elemento essenziale assolvendo un duplice

funzione: ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo contrattuale; assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa.

Ciò nonostante, con la predetta determinazione l'Autorità aveva ritenuto comunque sanabile l'eventuale carenza della sottoscrizione mediante il ricorso al nuovo soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1-ter, con il correlativo pagamento della sanzione pecuniaria. Ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente – riconducibilità idonea a escludere l'incertezza assoluta sulla provenienza – per l'Anac risulta quindi sanabile, in forza del combinato disposto di cui agli articolo 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter del Codice dei contratti, qualunque ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla legge di gara, ivi incluso l'elemento della sottoscrizione, fermo restando il correlativo pagamento della sanzione prevista nel bando^[1].

La sentenza in rassegna, superando come anticipato le conclusioni dell'Autorità, ritiene che, mediante la possibilità di regolarizzazione, l'aggiudicataria sia stata abilitata alla produzione dell'offerta tecnica in violazione del termine di scadenza per la presentazione delle offerte previsto dalla *lex specialis* di gara.

Più in particolare, secondo la disciplina civilistica in materia di scrittura privata (di cui al libro VI, capo II del Codice civile), tra i requisiti della scrittura vi sono la privatezza, l'autenticità e la genuinità, mentre tra gli elementi della scrittura sono compresi il corpo, la sottoscrizione e il testo.

La scrittura privata, contrariamente all'atto pubblico, è formata dal suo autore e, per acquisire efficacia probatoria, essa deve essere munita di sottoscrizione riconosciuta, autenticata o verificata, poiché solo in questi casi la scrittura prodotta in giudizio fa piena prova fino a querela di falso della paternità del documento da parte di chi l'ha sottoscritto (articolo 2702 c.c.).

Da ciò discende che la sottoscrizione è parte integrante del documento e costituisce strumento d'imputazione all'autore del documento e della dichiarazione in esso contenuta.

Per quanto concerne specificamente gli appalti pubblici, il Tribunale amministrativo meneghino ricorda che, ai sensi dell'articolo 74 del Dlgs 163/2006:

- le offerte hanno forma di documento cartaceo o elettronico e sono sottoscritte con firma manuale o digitale, secondo le norme di cui all'articolo 77 del medesimo Codice dei contratti;
- le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'onori, e, in ogni caso, contengono gli elementi essenziali per identificare l'offerente, il suo indirizzo e la procedura cui si riferiscono, nonché le caratteristiche, il prezzo della prestazione offerta e le dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione.

In un siffatto contesto, la giurisprudenza amministrativa è così pervenuta all'affermazione, consolidata per cui la sottoscrizione è elemento essenziale della scrittura privata, con la

conseguenza che la scrittura carente di sottoscrizione non potrebbe nemmeno essere definita quale scrittura privata e, pertanto, essa non può acquistare alcun valore probatorio.

In giurisprudenza, infatti, è stato affermato che l'offerta è l'impegno negoziale del concorrente ad eseguire l'appalto con prestazioni conformi al relativo oggetto e che essa individua i caratteri del prodotto nella prospettiva comparativa e concorrenziale sottesa all'aggiudicazione (*cfr.* Consiglio di Stato n. 7987/2010).

Nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici di appalto la sottoscrizione assolve la funzione di assicurare la provenienza, la serietà, l'affidabilità dell'offerta e la sua mancanza, inficia irrimediabilmente la validità e la ricevibilità dell'offerta, pur in assenza di un'espressa previsione della *lex specialis* in tal senso. (*cfr.* Consiglio Stato, n. 5547/2008, n. 1832/2010 e n. 528/2011; per la giurisprudenza che ritiene tassativa la sottoscrizione anche in calce all'offerta tecnica *cfr.* Cons. Stato, n. 2317/2012).

A ulteriore conforto, la pronuncia in rassegna richiama anche il parere dell'ex AVCP (oggi: ANAC) n. 92/2013 nel quale si rileva che, anche qualora la disciplina di gara risulti ambigua in merito ai documenti da sottoscrivere a pena di esclusione, nondimeno la sottoscrizione è indispensabile alla luce dell'eterointegrazione legale del contratto (articoli 1339-1374 c.c.), in forza dell'art. 46, comma 1-*bis* menzionato.

Nel richiamare esplicitamente la determinazione ANAC n. 1/2015, il TAR Milano ritiene che il nuovo comma 1-*ter* dell'art. 46 del Codice vada comunque letto in combinato disposto con il precedente comma 1-*bis*, ai sensi del quale *"la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti ... nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ..."*: permangono, anche nell'attuale quadro normativo, alcune ipotesi di errori insanabili, tra i quali va ricompresa l'assenza di sottoscrizione, ai sensi del citato comma 1-*bis* dell'articolo 46, in quanto non può ritenersi certa la provenienza di una domanda non sottoscritta.

In questa cornice di riferimento, nella sentenza in rassegna si sottolinea che, nella fattispecie concreta dedotta in giudizio, non sussisteva alcun elemento (né sottoscrizione, né sigla) che potesse essere idoneo a ricondurre l'offerta tecnica all'impresa aggiudicataria, in modo da poter escludere l'incertezza assoluta circa la provenienza dell'offerta prodotta.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La pronuncia va quindi ricondotta nel campo applicativo dell'articolo 46 del Codice dei contratti pubblici e del principio di tassatività delle cause di esclusione da esso sancito in forza del quale devono considerarsi cause di esclusione, tra gli altri, i casi di incertezza assoluta sul contenuto e la provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali.

Ma come si coniuga oggi questo principio con quello del c.d. soccorso istruttorio a pagamento, introdotto dal nuovo articolo 38, comma 2 *bis*, del Codice dei contratti ed in forza del quale qualunque irregolarità, omissione od incompletezza sarebbero sanabili appunto a pagamento?

Tale istituto sovverte le regole dell'Adunanza Plenaria 9/2014 e fa divenire il soccorso istruttorio regola e non più eccezione in tutti i casi di omissione o irregolarità, limitandosi a distinguere tra irregolarità inessenziali, mancanze ed incompletezze ed irregolarità essenziali delle dichiarazioni. Per le prime, la stazione appaltante potrà procedere con la gara senza neppure chiederne la regolarizzazione; per le seconde, invece, si apre un sub-procedimento di verifica con il concorrente che verrà invitato alla regolarizzazione e nel contempo soggetto al pagamento di una sanzione pecuniaria prevista nel bando di gara e non superiore in ogni caso a 50mila euro.

Si tratta di una pronuncia certamente destinata a far discutere, sia tenuto conto dell'aperto contrasto rispetto alle indicazioni recentemente fornite dall'ANAC– unico soggetto deputato a disciplinare i contenuti dei bando-tipo ai sensi dell'articolo 64 S.Lgs 163/2006 – sia in quanto i riferimenti giurisprudenziali in essa richiamati si sono consolidati nell'ambito del previgente regime di tassatività delle cause di esclusione, ovverosia in un quadro normativo che non conosceva ancora la necessità, per le stazioni appaltanti, di applicare il nuovo soccorso istruttorio introdotto dal DI 90/2014.

[1] Devesi, sottolineare tuttavia che la posizione espressa dall'Anac nel provvedimento n. 1/2015 è diametralmente opposta rispetto a quanto affermato dalla medesima Autorità nell'originario testo, nel quale si riteneva non sanabile la mancata sottoscrizione dell'offerta e della domanda di partecipazione poiché la mancanza della predetta sottoscrizione (o l'impossibilità di attribuirle a un soggetto specifico, per esempio perché illeggibile e priva della menzione della qualifica del sottoscrittore) sarebbe tale da inficiare la validità della manifestazione di volontà, determinandone la relativa nullità e la conseguente irricevibilità; la sottoscrizione è funzionale al corretto svolgimento delle operazioni di gara e al corretto svolgimento del libero gioco della concorrenza, con la conseguente insanabilità della mancata sottoscrizione sia dell'offerta economica sia dell'offerta tecnica.