

## **Esclusione per mancata sottoscrizione di tutte le pagine dell'offerta tecnica: un nuovo stop da Palazzo Spada.**

*di Riccardo Esposito*

*Data di pubblicazione: 29-9-2013*

Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663

Presidente Baccarini; Estensore Lopilato

*La mancata sottoscrizione di tutte le pagine dell'offerta tecnica non può costituire motivo di esclusione dalla gara di appalto e la clausola del disciplinare che dispone in tal senso è nulla per contrarietà con il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163/2006, e con il principio del soccorso istruttorio sancito dal primo comma del medesimo art. 46.*

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4562 del 2013, proposto da: ?Conorzio Istant Service, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Viti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza della Libertà, 20;

*contro*

Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, in persona del legale rappresentante, rappresentata e

difesa dall'avvocato Silvio Crapolicchio, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Belsiana, 100; Roma Capitale, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'avvocato Luigi D'Ottavi, domiciliata in Roma, via del Tempio di Giove, 21; Ministero per i beni e le attività culturali, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*per la riforma*

della sentenza 25 febbraio 2013, n. 2054 del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Roma, Sezione II-*quater*.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2013 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Lioi, per delega di Viti, e De Stefanis, per delega Crapolicchio.

FATTO

1.- Il Consorzio Istant Service (d'ora innanzi solo Consorzio) ha partecipato alla procedura di gara indetta, con bando pubblicato nella Gazzetta UE in data 22 marzo 2012, dalla Fondazione dell'opera di Roma, avente ad oggetto il servizio di pulizia da svolgersi presso gli immobili del teatro.

La commissione di gara, nella seduta del 17 ottobre 2012, ha disposto l'esclusione del Consorzio «per mancata sottoscrizione di tutte le pagine dell'offerta tecnica, come previsto dall'art.1.4 del disciplinare di gara». La predetta esclusione è stata comunicata all'impresa il successivo 18 dicembre.

Il Consorzio ha impugnato i predetti atti innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio. In particolare, si è dedotto che: *i*) è sufficiente, ai fini dell'ammissibilità della partecipazione, la firma apposta dal legale rappresentante dell'ente in calce all'offerta tecnica; *ii*) il disciplinare di gara, prevedendo che l'offerta tecnica deve «essere sottoscritta in ogni pagina ed in calce, a

pena di esclusione dal titolare, dal legale rappresentante o dal soggetto munito di procura speciale, di cui si allega copia», riferisce la sanzione dell'esclusione non alla necessità della firma su ciascun foglio, bensì alla diversa esigenza che l'offerta sia sottoscritta da ciascuno dei soggetti sopra indicati; *iii*) qualora si ritenesse, invece, che il disciplinare riguardi anche le modalità della sottoscrizione, la clausola sarebbe invalida per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione previsto dall'art. 46, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; *iv*) la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare il cosiddetto soccorso istruttorio.

1.1.– Il Tribunale amministrativo, con sentenza 25 febbraio 2013, n. 2054, ha rigettato il ricorso. In particolare, si è affermato che il principio della sufficienza della sola sottoscrizione in calce non può operare in presenza di una clausola della *lex specialis* che espressamente, come nella specie, imponga il rispetto di detta formalità. La *ratio* di tale previsione risiede, secondo il primo giudice, nell'esigenza di tutelare la buona fede e l'affidamento nella fase prenegoziale, al fine di escludere «la invocabilità successiva di un errore-vizio della volontà del concorrente» ovvero «dell'errore ostativo». Il Tribunale, inoltre, ha affermato che la clausola di esclusione è «compatibile» con l'art. 46, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale «consente alla stazione appaltante di prevedere disposizioni che escludano l'impresa partecipante nei casi di incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta per difetto di sottoscrizione».

2.– Il Consorzio ha proposto appello, criticando la sentenza impugnata mediante l'esposizione dei motivi posti a base del ricorso di primo grado. In particolare, si è chiesto che vengano annullati gli atti impugnati in primo grado al fine di ottenere una tutela in forma specifica. In subordine, è stata chiesta la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni.

2.1.– Si è costituita in giudizio la Fondazione Teatro dell'opera di Roma, chiedendo il rigetto dell'appello.

2.2.– Si è costituita anche Roma Capitale, chiedendo il rigetto dell'appello.

2.3.– Si è costituito, infine, senza prospettare argomentazioni difensive, il Ministero intimato.

3.– La causa è stata discussa nella camera di consiglio del 12 luglio e, previo avvertimento ai difensori presenti, è stata trattenuta in decisione per essere definita con sentenza in forma semplificata.

## DIRITTO

1.– La questione posta all'esame della Sezione attiene alla legittimità dell'atto di esclusione del Consorzio dalla procedura di gara in esame per la mancata sottoscrizione di tutte le pagine dell'offerta tecnica.

2.– L'appello è fondato.

3.– L'art. 1.4. del disciplinare di gara prevede che l'offerta tecnica deve «essere sottoscritta in

ogni pagina ed in calce, a pena di esclusione dal titolare, dal legale rappresentante o dal soggetto munito di procura speciale, di cui si allega copia». Tale previsione deve, alla luce del suo tenore letterale, essere interpretata nel senso che la stazione appaltante ha imposto, a pena di esclusione, l'onere formale della sottoscrizione secondo le indicate modalità.

Nella fattispecie in esame costituisce dato non contestato che l'offerta tecnica è stata sottoscritta dal legale rappresentante del Consorzio con firma apposta in calce al documento e non anche in ogni pagina.

Ai fini della risoluzione della controversia occorre, pertanto, stabilire se la predetta clausola del disciplinare, in attuazione della quale è stato adottato l'atto di esclusione, sia o meno valida.

4.– L'art. 46, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), aggiunto dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, prevede che: «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. Dette prescrizioni sono comunque nulle».

La disposizione riportata, introducendo nel sistema dei contratti pubblici il principio di tassatività della causa di esclusione, autorizza l'esclusione dalla procedura di gara soltanto in presenza: *i)* di una "causa normativa", contemplata dalle singole disposizioni del decreto stesso mediante la previsione espressa della esclusione o la loro formulazione in termine di divieto o di imposizione di adempimenti doverosi (Cons. Stato, ad. plen., 6 giugno 2012, n. 21); *ii)* di una "causa amministrativa", che rientri nell'ambito della fattispecie generali tassativamente indicate dallo stesso art. 46.

La ragione giustificativa del principio di tassatività è quella di impedire, tra l'altro, l'adozione di atti basati su eccessi di formalismo che contrastano con il divieto di aggravamento degli oneri burocratici e con l'esigenza, nella prospettiva di tutelare la concorrenza, «di ridurre il peso degli oneri formali gravanti sui cittadini e sulle imprese», riconoscendo giuridico rilievo «all'inosservanza di regole procedurali o formali solo in quanto questa impedisce il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta, atteso che la gara deve guardare alla qualità della dichiarazione piuttosto che all'esclusiva correttezza della sua esternazione» (Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 17 maggio 2013, n. 2681).

5.– Nella fattispecie in esame non ricorre né una "causa normativa" né una "causa amministrativa".

5.1.– La "causa normativa" non ricorre, in quanto l'art. 74 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che le offerte: *i)* «hanno forma di documento cartaceo o elettronico e sono sottoscritte con

firma manuale o digitale» (comma 1); *ii*) devono contenere, tra l'altro, gli elementi essenziali per identificare l'offerente (comma 2).

La norma in esame, in coerenza con la ragione giustificativa del principio di tassatività, deve essere intesa nel senso che è sufficiente che l'offerta sia sottoscritta in calce al documento e non anche in ogni singola pagina di cui si compone il documento stesso.

5.2.– La “causa amministrativa” non ricorre anch'essa, in quanto l'art. 46, comma 1-*bis*, contempla, quali fattispecie generali che possono rilevare in questa sede, quelle del «difetto di sottoscrizione» e della «incertezza assoluta» sulla «provenienza dell'offerta».

Le dizioni impiegate, in coerenza con la ragione giustificativa del principio di tassatività, devono anch'esse essere interpretate nel senso che la sottoscrizione in calce al documento – assolvendo alla «funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta» (Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2012, n. 2317) – basta per fare ritenere che non ricorrono le fattispecie sopra indicate.

Né, per pervenire ad una diversa conclusione, potrebbe farsi riferimento alla *ratio* richiamata nella sentenza impugnata, in quanto la stessa riguarda profili di rilevanza negoziale che possono incidere, eventualmente, sul piano della responsabilità e non su quello della validità degli atti.

In definitiva, dunque, la clausola contenuta nel disciplinare di gara in esame deve ritenersi nulla per contrasto con il principio di tassatività contemplato dall'art. 46, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006.

6.– La prescrizione in esame è invalida anche per contrasto con il principio del soccorso istruttorio sancito dal primo comma dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 («nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazione appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentate»).

Il Consiglio di Stato, con orientamento che la Sezione intende ribadire, ha, infatti, già avuto modo di affermare che «la sicura coerenza» di tale principio – «a sua volta espressione del più generale principio di leale collaborazione nei rapporti tra amministrazione e privato, che grava sulla stazione appaltante anche nel corso del procedimento di evidenza pubblica» – dovrebbe «escludere la legittimità di clausole che, mediante la specifica previsione della automatica sanzione espulsiva in presenza di omissioni documentali o formali, consentano all'amministrazione di prescindere da qualsiasi forma di preventiva interlocuzione e di preventiva collaborazione con il privato concorrente» (Cons. Stato, sez. VI, ordinanza n. 2681 del 2013, cit.).

7.– L'accoglimento dell'appello determina l'illegittimità dell'atto di esclusione impugnato. L'ottenimento della tutela in forma specifica esclude la necessità che la Sezione si pronunci sulla domanda di risarcimento del danno proposta, in via subordinata, dall'appellante.

8.– La stazione appaltante è condannata al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese del doppio grado di giudizio, che si determinano in euro 3.000,00, oltre accessori.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

a) accoglie l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, annulla i provvedimenti amministrativi impugnati nel giudizio di primo grado;

b) condanna la Fondazione Teatro dell'opera di Roma al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese processuali, che si determinano in euro 3.000,00, oltre accessori.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Vito Carella, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

## **BREVI ANNOTAZIONI**

## **L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA**

In occasione della pronuncia in commento, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha nuovamente definito i confini del principio di tassatività delle cause di esclusione nella materia dei contratti pubblici, attraverso la dichiarazione di nullità di una clausola contenuta in un disciplinare di gara, secondo cui l'offerta tecnica doveva essere sottoscritta in ogni sua pagina oltre che in calce.

## IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Nel caso in esame, ovvero nell'ambito di una procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento di un servizio di pulizia da svolgersi presso gli immobili di un teatro, la commissione di gara, in applicazione della *lex specialis*, aveva proceduto all'esclusione di un concorrente "per mancata sottoscrizione di tutte le pagine dell'offerta tecnica", non ritenendo sufficiente la firma apposta in calce dal legale rappresentante dell'ente.

Un'impresa partecipante alla gara impugnava tale provvedimento di esclusione.

Il giudice di primo grado rigettava il ricorso ritenendo che il principio della sufficienza della sola sottoscrizione in calce non potesse operare in presenza di una clausola del disciplinare di gara che espressamente imponeva la sottoscrizione di tutte le pagine. La *ratio* di tale previsione risiedeva, secondo il Tar Lazio, nell'esigenza di tutelare la buona fede e l'affidamento nella fase prenegoziale, al fine di escludere "la invocabilità successiva di un errore-vizio della volontà del concorrente" ovvero "dell'errore ostativo".

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato non ha condiviso tale impostazione ritenendo, invece, tale **clausola nulla per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione contemplato dall'art. 46, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 163 del 2006 e con il principio del soccorso istruttorio sancito dal primo comma del medesimo art. 46.**

Il ragionamento del giudice di prime cure, ad avviso della Sesta Sezione, riguardava profili di rilevanza negoziale idonei ad incidere, eventualmente, soltanto sul piano della responsabilità ma non, invece, su quello della validità degli atti.

**L'art. 46, comma 1-bis del Codice dei contratti pubblici**, aggiunto dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70 prevede che: *"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. Dette prescrizioni sono comunque nulle"*.

Sostiene il Collegio che la riportata disposizione, introducendo il principio di tassatività nel sistema degli appalti pubblici, **ha autorizzato l'esclusione dalla procedura di gara soltanto ove ricorra: a) una "causa normativa"**, contemplata dallo stesso d.lgs. n. 163/2006 mediante la previsione espressa dell'esclusione o con la formulazione in termini di divieto o di imposizione di adempimenti doverosi (Cons. Stato, Ad. Plen., 6 giugno 2012, n. 21); **b) una "causa amministrativa"** che rientri nell'ambito delle fattispecie generali indicati dalla stesso articolo 46, comma 1-*bis*.

Nel caso di specie, ad avviso del Consiglio di Stato, non ricorre: a) né una causa normativa non essendovi contrasto con l'art. 76 del Codice degli appalti che prescrive che le offerte hanno forma di documento cartaceo o elettronico e sono sottoscritte con forma manuale e digitale; b) né una "causa amministrativa" in quanto le fattispecie generali previste dall'art. 46, comma 1-*bis* che possono rilevare in questa sede, ovvero il "difetto di sottoscrizione" e "l'incertezza assoluta" sulla "provenienza dell'offerta", vanno interpretate nel senso che la sottoscrizione in calce al documento deve essere considerata sufficiente assolvendo alla funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato, inserendosi in un solco già tracciato da precedenti pronunce (*ex plurimis* Cons. Stato, Sez. III, 1 febbraio 2012, n. 493; Cons. Stato, Sez. III, 8 giugno 2012, n. 3393; Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2012, n. 4986), ha confermato la propria recente tendenza antiformalistica ed ha delineato la ragione giustificativa del principio di tassatività delle cause di esclusione.

La finalità di tale principio è quella di impedire l'adozione di atti basati su eccessi di formalismo che contrastano con il divieto generale di aggravamento degli oneri burocratici oltre che con l'esigenza di riduzione degli oneri formali gravanti sui cittadini e sulle imprese in un'ottica di tutela della concorrenza.

Nell'ambito di tale indirizzo e di un'accentuata tutela del *favor participationis* si dovrà riconoscere rilievo giuridico al mancato rispetto di regole procedurali o formali soltanto ove tale inosservanza non consenta "*il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta atteso che la gara deve guardare alla qualità della dichiarazione piuttosto che all'esclusiva correttezza della sua esternazione*" (Cons. Stato, Sez. VI, ord. 17 maggio 2013, n. 2681).

Dopo più di due anni dalla novella legislativa, che ha introdotto nel sistema dei contratti pubblici il principio di tassatività, è evidente che la decisa scelta del legislatore di vietare alle stazioni appaltanti di comminare autonomamente cause di esclusione, ponendo fine ad una

prassi ampiamente diffusa, abbia incontrato il risoluto favore della giurisprudenza.

## PERCORSO BIBLIOGRAFICO

F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Ed. Dike, 2012, p. 355; E. Tamburrino, *La sottoscrizione delle dichiarazioni rese ex dPR n. 445/00 è requisito essenziale per la produzione dell'effetto dichiarativo voluto e non può essere sanato con il ricorso al potere di soccorso istruttorio*, in questa Rivista; M. Nunziata, *Tassatività delle cause di esclusione, ambito di applicazione del soccorso istruttorio, legittimazione al ricorso dell'impresa esclusa e rapporto tra ricorso principale e incidentale: tutte questioni rimesse all'Adunanza Plenaria*, in questa Rivista; G. Ferrari, L. Tarantino, *Sulla tassatività delle cause di esclusione*, in *Urb. app.*, 2012, 10, 1085; G. Ferrari, *Esclusione da gara pubblica*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 3, 302; R. Giani, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante*, in *Urb. app.*, 2012, 1, 95; R. Codebò, *Tassatività delle cause di esclusione: piccola rivoluzione in favore delle imprese*, in *Urb. app.*, 2012, 7, 797.