

Procura a sottoscrivere l'offerta e dovere di soccorso istruttorio

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 9-7-2016

La clausola del bando che impone l'obbligo di produrre in forma originale o in copia autentica, a pena di esclusione, la procura a sottoscrivere l'offerta, non appare conforme alle previsioni di cui all'art. 46, comma 1-bis, del D.lgs. n. 163/2006, posto che la presentazione di una semplice copia della procura non determina un'ipotesi di "incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali", ma semmai un'ipotesi di "incertezza relativa", sanabile mediante soccorso istruttorio.

Guida alla lettura

La sentenza in esame si interroga sulla legittimità di una clausola del bando che imponga l'obbligo di produrre in forma originale o in copia autentica, a pena di esclusione, la procura a sottoscrivere l'offerta. I Giudici del Tar Catanzaro ritengono che nelle gare d'appalto è **illegittima** la clausola del bando che impone l'obbligo di produrre in forma originale o in copia autentica, a pena di esclusione, la procura a sottoscrivere l'offerta, posto che la presentazione di una semplice copia della procura non determina un'ipotesi di "incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali", ma semmai un'ipotesi di "**incertezza relativa**", **sanabile mediante soccorso istruttorio**.

Com'è noto, 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. Nella fattispecie in esame non ricorre né una "*causa normativa*" né una "*causa amministrativa*". 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 "*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. 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.

L'operatività dell'istituto del soccorso istruttorio di cui all'art. 46, D.Lgs. n. 163 del 2006, è unicamente finalizzata a chiarire ed a completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti; non è, dunque, invocabile qualora in sede di gara sia emersa l'assoluta incertezza sul contenuto dell'offerta economica formulata da uno dei concorrenti alla procedura. Consentire in tali casi il ricorso al soccorso istruttorio equivarrebbe ad alterare la par condicio e a violare il principio della segretezza delle offerte (Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 16 gennaio 2015, n. 181).

Ricordiamo che il soccorso istruttorio è un istituto volto a consentire agli operatori economici, in sede di gara, di integrare eventuali domande di partecipazione che risultano essere incomplete e/o irregolari, evitando così di essere esclusi dalla stessa. Tale istituto deve il suo formale ingresso nell'ordinamento italiano alla Direttiva del Consiglio n. 71/305/CEE del 26/07/1971 anche se tale definizione è abbastanza recente.

Il soccorso istruttorio oggi viene disciplinato **dall'art. 83, comma 9, del D.Lgs. 50/2016** (nuovo codice degli appalti) ed è il frutto del recepimento, nell'ordinamento interno, dell'art. 56, para 3, della Direttiva 24/2014/UE (Direttiva Appalti), la quale discende, a sua volta, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE). A tal proposito, più in generale, può dirsi che le nuove Direttive comunitarie, in materia di appalti pubblici e concessioni, rappresentano in gran parte il frutto della funzione nomopoietica della stessa CGUE, quale organo che interpreta in modo concreto ed autentico le norme.

Da un punto di vista sostanziale la nuova Direttiva appalti e lo stesso art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/2016, si contraddistinguono per aver **ampliato il novero delle fattispecie "regolarizzabili"**, nell'ottica di privilegiare, al fine di favorire la **massima partecipazione alle gare**, gli aspetti sostanziali rispetto agli adempimenti di natura strettamente formale. Così, se la precedente Direttiva ammetteva esclusivamente la possibilità per gli operatori economici di "integrare" o "chiarire" certificati e/o documenti presentati, salvo poi le modifiche apportate nel corso degli anni da vari interventi legislativi, la Direttiva 24/2014/UE consente altresì di

“presentare” e “completare” le informazioni o la documentazione richiesta dall’amministrazione aggiudicatrice. Tra l’altro giova sottolineare come le modifiche apportate dall’art. 39 del D.L. 90/2014, agli artt. 38 e 46 del D.Lgs. 163/2006 con l’introduzione, rispettivamente, del comma 2 bis e del comma 1 ter, avevano già ribaltato la precedente impostazione di ammettere esclusivamente le “integrazioni documentali”, riconoscendo la facoltà di regolarizzazione anche in caso di “mancanza”, “incompletezza” e di ogni altra “irregolarità essenziale” degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive.

L’art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/2016, disciplina, inoltre, le **irregolarità formali** caratterizzate dalla non essenzialità delle dichiarazioni prodotte in gara. E’ previsto in tal caso che la stazione appaltante proceda alla regolarizzazione attraverso lo strumento del soccorso istruttorio ma senza applicare la sanzione.

L’art. 83, comma 9, del nuovo codice degli appalti, disciplina infine il **procedimento per la regolarizzazione stessa**. E’ previsto, infatti, che il RUP, in presenza di irregolarità sanabili (perché a fronte di irregolarità insanabili si procederà all’immediata esclusione) assegna all’operatore economico un termine entro cui dovrà procedere alle dovute integrazioni, non superiore comunque a 10 giorni. Il RUP dovrà altresì indicare sia l’operazione da compiere che i soggetti eventualmente tenuti all’integrazione.

La novità rispetto alla precedente disciplina essenzialmente consiste nel fatto che l’operatore economico, che intende regolarizzare e conseguentemente pagare la sanzione per rimanere in gara, deve allegare oltre alla documentazione integrativa anche il documento comprovante l’avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. Infatti nel D.Lgs. 163/2006 tale onere non era previsto, la posizione dell’operatore economico veniva regolarizzata pur senza aver pagato la sanzione, fermo restando la possibilità per la stazione appaltante di escutere la cauzione presentata dal partecipante. Dunque il nuovo codice prevede espressamente l’esclusione dalla gara dell’impresa che integri la documentazione ma ometta di allegare l’attestato di avvenuto pagamento della sanzione.

Viene, altresì, espressamente previsto che la **sanzione pecuniaria** debba essere versata solo qualora l’operatore economico, partecipante alla gara, intenda procedere alla regolarizzazione della documentazione. Qualora, invece, decidesse di abbandonare la gara non è tenuto a pagare alcunché. In ogni caso la sanzione dovuta non potrà essere d’importo superiore ad € 5000 rispetto alla somma precedente pari ad € 50.000.

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 719 del 2016, proposto da: Ge Medical System Italia Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Roberto Calabresi, Lapo Guadalupi, Andrea Di Leo, Valerio Zicaro, Francesca Romana Correnti, con domicilio eletto presso Valerio Zicaro in Cosenza, piazza Zumbini N.72;

contro

Asp Cosenza, rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Belvedere, con domicilio eletto presso Bruno Doria in Catanzaro, viale Pio X,63;

per l'annullamento

del provvedimento prot.58297/16 di esclusione della ditta ricorrente dalla procedura aperta per la fornitura di ecografi multidisciplinari di varia fascia e di un apparecchio per la misurazione elastografiche sul fegato per la valutazione della fibrosi epatica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asp Cosenza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2016 il dott. Nicola Durante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Rilevato che GE Medical system Italia s.p.a. è stata esclusa dalla gara de qua per non avere prodotto, in forma originale o in copia autentica, la procura rilasciata alla sottoscrittrice dell'offerta Sara Chicca (ipotesi prevista dal bando a pena di esclusione), essendo stato allegato un semplice stralcio del libro sociale, contenente il verbale di consiglio di amministrazione del 23.12.2013, nel quale vengono, tra l'altro, conferiti i poteri alla predetta sottoscrittrice;

Ritenuto che col termine procura deve intendersi qualsiasi titolo idoneo a legittimare il potere di sottoscrivere l'offerta in nome e per conto della società partecipante e, quindi, anche un

verbale di consiglio di amministrazione;

Osservato che la clausola del bando che impone l'obbligo di produrre in forma originale o in copia autentica, a pena di esclusione, la procura a sottoscrivere l'offerta, non appare conforme alle previsioni di cui all'art. 46, comma 1-bis, del D.lgs. n. 163/2006, posto che la presentazione di una semplice copia della procura non determina un'ipotesi di "incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali", ma semmai un'ipotesi di "incertezza relativa", sanabile mediante soccorso istruttorio;

Ritenuto sussistere, in relazione a quanto sopra, i presupposti per l'adozione di una sentenza in forma semplificata di accoglimento del ricorso;

Ritenuto di poter compensare le spese del processo, attesa la particolarità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnato atto di esclusione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Schillaci, Presidente

Nicola Durante, Consigliere, Estensore

Emiliano Raganella, Primo Referendario