



## DELIBERA N. 841

21 dicembre 2021

### Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, d.lgs. 50/2016 e s.m.i. presentata da Digitronica.IT S.p.A. – Procedura aperta per l'affidamento della fornitura di un sistema di varchi di accesso (hardware e software) e del relativo servizio di manutenzione della durata di 36 mesi per le strutture bibliotecarie di ateneo CIG 8876696146 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: 454.282,00 euro – S.A.: Università degli studi di Milano.

**PREC 216/2021/F - 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 21 dicembre 2021

## DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 74439 del 14 ottobre 2021, presentata da Digitronica.IT S.p.A. relativa alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante contestava la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto nei propri confronti e comunicato il 4 ottobre 2021, che l'amministrazione aveva adottato in ragione della rilevata mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte di tutti i componenti del raggruppamento temporaneo, risultando sottoscritta digitalmente dal solo legale rappresentante della società mandataria e non anche dal legale rappresentante della società mandante, senza esperire il soccorso istruttorio. In particolare, l'istante evidenziava che *«l'offerta presentata dal costituendo RTI risulta essere in toto firmata dalla mandataria, e che manchi la sottoscrizione della mandante solo in relazione all'offerta tecnica, mentre la documentazione amministrativa risulta anche da questa sottoscritta digitalmente»* e sottolineava come, nel caso di specie, avrebbe dovuto prevalere l'orientamento interpretativo di tipo sostanzialistico che ammettere il soccorso istruttorio quando *«in base alle circostanze concrete, l'offerta dovesse risultare con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico»*;

VISTA la documentazione di gara e in particolare il punto 13 - Soccorso istruttorio del disciplinare di gara che disponeva *«Si considera insanabile, in tale ottica, la mancanza/irregolarità essenziale dei seguenti*



*documenti: [...] mancanza o carenze dei documenti di cui alle buste virtuali 2 e 3 e mancanza della sottoscrizione dell'Offerta Tecnica e dell'Offerta Economica»;*

VISTO il verbale del 30 settembre 2021 delle ore 10.05 dal quale risultava che la documentazione amministrativa del costituendo RTI presentava delle irregolarità, con riferimento al DGUE (prodotto unicamente dalla mandataria e sottoscritto digitalmente dal legale rappresentate della società mandante e della società mandataria), alla domanda di partecipazione (priva dell'indicazione dell'ente competente a certificare l'ottemperanza agli obblighi di cui alla legge n. 68/1999 e mancante dell'allegazione della dichiarazione di impegno a costituire il raggruppamento sottoscritta dai legali rappresentanti di tutti i componenti appartenenti); al patto di integrità; alla garanzia fideiussoria provvisoria (priva della sottoscrizione della firma digitale del legale rappresentante della società mandante e della società mandataria, nonché priva delle certificazioni di cui all'articolo 93, comma 7, ai fini della riduzione dell'importo); al PassOE (firmato digitalmente solo dal rappresentante legale della mandataria); alla attestazione di sopralluogo e al contributo ANAC e che, in ragione di tali irregolarità, l'operatore economico veniva ammesso con riserva alle successive fasi di gara;

VISTO il verbale del 30 settembre 2021 delle ore 14.07, nel quale la commissione sanciva di «*procedere all'apertura della busta virtuale n. 2 presentata da ciascun concorrente, nelle more dell'invio, all'operatore economico Costituendo RTI tra Digitronica.IT S.p.A. – mandataria - e Global Security S.r.l. – mandante –, della richiesta di integrazioni e dello scioglimento della riserva assunta nei confronti dell'offerente e l'ammissione alle successive fasi della procedura*» e, a seguito della verifica della completezza e della regolarità formale delle offerte tecniche presentate dai concorrenti, rilevava la mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte di tutti gli operatori economici del costituendo RTI tra DIGITRONICA.IT S.P.A. e GLOBAL SECURITY S.R.L. e ne disponeva quindi l'esclusione dalle successive fasi di gara;

VISTO il provvedimento di esclusione del 4 ottobre 2021 dal quale risultava che «*a seguito dell'apertura nella seduta pubblica virtuale del 30/09/2021 da parte della Commissione Giudicatrice delle offerte tecniche presentate dai concorrenti, è stata rilevata la seguente irregolarità afferente all'offerta tecnica presentata da codesto Costituendo RTI: 1. il formato dei file presentati ha reso impossibile procedere - all'atto dell'apertura della Busta virtuale n. 2 - alla verifica, tramite il portale telematico utilizzato per la partecipazione alla procedura di gara, dell'apposizione delle firme digitali da parte dei legali rappresentanti delle due società componenti il Costituendo RTI concorrente; 2. in seguito all'estrazione ed all'esame della documentazione contenuta nella Busta virtuale n. 2 'Offerta Tecnica', costituita dalla relazione tecnica descrittiva delle forniture offerte e delle eventuali migliorie e dalle schede tecniche delle componenti hardware e software, è emerso che la medesima documentazione risulta sottoscritta digitalmente dal solo legale rappresentante della società mandataria e non anche dal legale rappresentante della società mandante. A riguardo si rappresenta che l'obbligo di sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti gli operatori economici che compongono il Costituendo RTI è espressamente sancito dall'articolo 48 comma 8 del D.Lgs. n.50/2016 [...]. Trattandosi di carenza ed irregolarità della documentazione afferente l'offerta tecnica è normativamente esclusa, dall'articolo 83 D.Lgs 50/2016, la possibilità di accedere al soccorso istruttorio [...]. Tale previsione è richiamata altresì dalla lex specialis di gara - pag. 16 § n. 13 'Soccorso istruttorio' - ove si prevede espressamente l'insanabilità della "[...] mancanza o carenze dei documenti di cui alle buste virtuali 2 e 3 e mancanza della sottoscrizione dell'Offerta Tecnica e dell'Offerta Economica". Segnatamente con riferimento all'irregolarità di cui sopra, essendo la stessa di natura essenziale e non sanabile ai sensi dell'art. 83 comma 9 del D.Lgs. 50/2016, la Commissione Giudicatrice - in conformità alla relativa univoca e consolidata giurisprudenza cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. III, 04/05/2021, n. 5172 – ha determinato l'esclusione del Costituendo RTI in epigrafe dalle successive fasi della procedura; diversamente assumendo si incorrerebbe nella violazione del generale e imprescindibile principio di par condicio dei concorrenti*»;



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, ad esito dell'integrazione documentale richiesta ai sensi dell'articolo 4, comma 2 del Regolamento, l'avvio del procedimento avvenuto in data 2 novembre 2021, con nota prot. n. 78934;

VISTA la memoria difensiva depositata dall'amministrazione con la quale veniva confermata la legittimità del provvedimento di esclusione adottato, in quanto all'esito delle verifiche espletate sull'offerta tecnica presentata, la stessa risultava sottoscritta dal solo mandatario e non anche dal mandante in violazione dell'articolo 48, comma 8 e della *lex specialis*. Tale scelta veniva adottata in ragione del consolidato orientamento per cui «*il provvedimento di esclusione debba essere adottato nell'ipotesi in cui l'offerta non sia inequivocabilmente riconducibile all'operatore economico che la formulò*» e della circostanza per cui l'amministrazione aveva «*incontrovertibilmente accertato che entrambi i documenti costituenti l'offerta tecnica - ovvero la relazione tecnica descrittiva e le schede tecniche dei prodotti offerti - sono stati sottoscritti solo dal legale rappresentante della mandataria e non anche da quello della mandante. Non è perciò possibile collegare i predetti documenti anche alla volontà della mandante Global Security S.r.l.*»;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità concerne la legittimità di un provvedimento di esclusione adottato per mancata sottoscrizione dell'offerta da parte della mandante, avendo sottoscritto la documentazione la sola mandataria;

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 che la firma digitale garantisce l'identificabilità di tale soggetto e che, 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 il fine 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 vigore 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 costituendi, 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 scorporabili 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 risiede nella possibilità o meno di ricondurre la provenienza dell'offerta all'operatore economico concorrente e nella insussistenza di assoluta incertezza sulla stessa;



RILEVATO che nel caso di specie le rilevate carenze riscontrate in merito alla documentazione amministrativa sopra richiamata, se integrate preliminarmente alla apertura delle offerte tecniche, avrebbero potuto consentire all'amministrazione di accertare l'effettiva riconducibilità dell'offerta al raggruppamento temporaneo o meno;

RITENUTO pertanto che l'amministrazione, in ragione delle richiamate argomentazioni giuridiche, prima di procedere all'esclusione del concorrente per mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte di tutti i componenti del raggruppamento avrebbe dovuto accertare la riconducibilità dell'offerta all'operatore economico, anche in considerazione delle integrazioni documentali ottenute e, solo ad esito dell'eventuale accertamento negativo, avrebbe potuto procedere all'esclusione; diversamente, qualora la verifica effettuata avesse dimostrato la riconducibilità dell'offerta al raggruppamento concorrente, avrebbe dovuto procedere all'attivazione del soccorso istruttorio per l'integrazione della sottoscrizione mancante;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante non conforme ai principi generali e alla normativa in materia di soccorso istruttorio.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 dicembre 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente