

Edilizia e Territorio

Tar Toscana: impossibile regolarizzare in gara l'offerta priva di firma (in originale)

21 ottobre 2016 - Roberto Mangani

Bocciata l'ipotesi di soccorso istruttorio: la mancanza della sottoscrizione autografa non può neppure essere sopperita da timbri o firme prestampate



La mancata sottoscrizione con firma autografa della domanda di partecipazione a una gara non può essere sanata ricorrendo al soccorso istruttorio, né la firma autografa può essere sostituita con un timbro o con una firma prestampata o fotocopiata. Ciò in quanto la sottoscrizione con firma autografa è lo strumento attraverso il quale il firmatario fa proprio il contenuto della domanda di partecipazione e rende la stessa effettivamente vincolante nei confronti di soggetti terzi.

Questa conclusione deve ritenersi valida anche alla luce della nuova disciplina del soccorso istruttorio contenuta all'articolo 83 del D.lgs 50/2016, in quanto la domanda di partecipazione è da considerare un documento strettamente collegato all'offerta, con la conseguenza che viene ad operare la previsione contenuta nel medesimo articolo 89 secondo cui il soccorso istruttorio non può essere attivato con riferimento alle irregolarità relative all'offerta.

Sono questi i principi affermati nella sentenza del [Tar Toscana, Sez. I, 16 settembre 2016, n. 1364](#), che riveste particolare interesse in quanto offre una delle prime interpretazioni giurisprudenziali della nuova disciplina introdotta dall'articolo 89 del D.lgs. 50/2016, evidenziando peraltro come

siano molte le questioni ancora da chiarire in merito al corretto ambito di applicazione dell'istituto.

Il caso

Un Comune, nell'ambito di una procedura di gara per l'affidamento della concessione di un impianto sportivo, aveva disposto l'esclusione di un concorrente per una serie di motivi, tra cui la mancanza di sottoscrizione autografa della dichiarazione di partecipazione alla gara da parte del rappresentante legale, la cui firma era stata apposta con un timbro prestampato. Il concorrente escluso ha impugnato il provvedimento anche sotto questo specifico profilo, evidenziando che negli atti di gara non era previsto in maniera esplicita l'obbligo di sottoscrizione autografa e che in ogni caso la nuova disciplina del soccorso istruttorio consentiva di sanare anche le irregolarità inerenti la sottoscrizione della documentazione presentata in sede di gara.

Il giudice amministrativo non ha tuttavia condiviso questa impostazione, ritenendo quindi il provvedimento di esclusione del esente da censure sotto il profilo indicato.

A sostegno di questa soluzione, la pronuncia ricorda, in termini generali, che la mancata sottoscrizione da parte del concorrente di un documento da presentare in sede di gara non costituisce un'irregolarità meramente formale. Tale carenza, infatti, fa venir meno la certezza sulla provenienza stessa del documento e quindi la piena assunzione di responsabilità in merito al relativo contenuto.

Né tale irregolarità può essere superata dalla presenza in calce al documento di un timbro o di una firma prestampata o fotocopiata, poiché la firma autografa è l'unico mezzo che offre reali garanzie in merito all'autenticità della stessa, consentendo di risalire alla paternità del documento e alla conseguente assunzione di responsabilità in ordine al relativo contenuto, rendendo lo stesso vincolante nei confronti dei terzi.

Impostazione valida anche con il nuovo codice

Operate queste considerazioni in termini generali, il giudice amministrativo evidenzia poi come le stesse mantengano la loro validità anche alla luce della nuova disciplina sul soccorso istruttorio introdotta dall'articolo 83 del D.lgs. 50/2016. Ciò in quanto, nella ricostruzione operata nella pronuncia in esame, la domanda di partecipazione alla gara deve considerarsi quale documento strettamente collegato all'offerta. Di conseguenza, viene in rilievo la specifica previsione contenuta in detto articolo che, dopo aver affermato in termini generali la possibilità di sanare tramite il ricorso al soccorso istruttorio qualunque mancanza, incompletezza e irregolarità essenziale degli elementi documentali, esclude tuttavia tale possibilità per gli elementi afferenti all'offerta tecnica ed economica.

Il nuovo soccorso istruttorio nel D.lgs. 50/2016 e il suo ambito di operatività.

Il D.lgs. 50/2016 ha dettato all'articolo 83 una nuova disciplina del soccorso istruttorio che, a una prima lettura, sembra delineare un ambito applicativo dell'istituto ancora più ampio di quello definito in base alle previsioni contenute nella precedente disciplina del D.lgs. 163/2006.

Il comma 9 si apre infatti con l'affermazione di principio secondo cui le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda (di partecipazione alla gara) possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio. Viene poi specificato, a chiarimento e integrazione di tale affermazione, che l'istituto può essere utilizzato per sanare la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo (Dgue).

Rispetto a questa regola di ampia operatività, la norma pone due eccezioni. La prima esclude il ricorso al soccorso istruttorio per la sanatoria degli elementi afferenti l'offerta tecnica ed economica; la seconda considera non sanabili le irregolarità essenziali che non consentono l'individuazione del contenuto del documento o del soggetto responsabile dello stesso.

La prima esclusione è evidentemente collegata all'esigenza del rispetto del principio della par condicio tra i concorrenti, che verrebbe leso dalla possibilità di integrare i contenuti dell'offerta in un momento successivo al termine ultimo di presentazione della stessa. Resta peraltro da valutare se tale esclusione vada intesa in termini assoluti, essendo quindi da riferire a qualunque elemento – anche di dettaglio – di cui si compone l'offerta, ovvero voglia precludere la sanatoria solo delle irregolarità relative agli elementi essenziali della stessa.

Anche se lascia maggiore spazio a operazioni interpretative, sembra preferibile la seconda soluzione. Ciò considerando sia che la norma si riferisce letteralmente a «irregolarità essenziali» – che vengono distinte da quelle non essenziali o meramente formali – sia la ratio di fondo che ispira l'intera disciplina dell'istituto, che è comunque quella di privilegiare la regolarizzazione documentale laddove la stessa non sia in evidente contrasto con i principi generali che presidono allo svolgimento delle gare.

Dubbi ancora più significativi solleva la seconda esclusione indicata dal legislatore, che qualifica come irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del relativo contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Occorre infatti considerare che, con riferimento alla disciplina previgente contenuta nel D.lgs. 163/2006, l'Anac aveva esplicitamente indicato tra le irregolarità essenziali sanabili anche tutte quelle che non consentivano alla stazione appaltante di individuare con certezza il soggetto e il contenuto della dichiarazione (Determinazione n. 1/2015).

Rispetto a questa indicazione la nuova norma va invece in senso opposto. Nel contempo, la disciplina complessiva contenuta all'articolo 83 solleva alcuni dubbi interpretativi, di cui la sentenza del Tar Toscana offre un evidente esempio. Infatti, in primo luogo la pronuncia del giudice amministrativo, a giustificazione della non sanabilità dell'irregolarità relativa alla mancanza di sottoscrizione autografa, fa riferimento all'esclusione operata dall'articolo 83 in relazione agli elementi dell'offerta tecnica ed economica. Ma per operare questo riferimento considera la domanda di partecipazione alla gara – che nel caso di specie è appunto il documento carente di sottoscrizione autografa – come strettamente collegato all'offerta.

Questo passaggio costituisce in realtà un vero e proprio salto logico. Infatti, dando coerente seguito a questa interpretazione, qualunque documento prodotto in sede di gara potrebbe essere considerato come collegato all'offerta, e in quanto tale escluso dalla possibilità di sanatoria tramite ricorso al soccorso istruttorio.

In realtà si deve ritenere che il riferimento agli elementi dell'offerta contenuto all'articolo 83 debba essere inteso in termini restrittivi, relativamente cioè ai soli contenuti dell'offerta in senso proprio (prezzo e elementi tecnici). Infatti, accogliendo l'interpretazione proposta dal Tar Toscana, si finirebbe nei fatti per precludere il soccorso istruttorio per le irregolarità relative a qualunque documento prodotto in sede di gara, in evidente contrasto con la ratio ispiratrice della disciplina dell'istituto che è quella di consentire il ricorso ad esso nei termini più ampi possibili.

Sotto altro profilo va rilevato che il giudice amministrativo, in relazione alla fattispecie sottoposta al suo esame, avrebbe potuto fare riferimento, in maniera più appropriata, alla seconda ipotesi di esclusione del soccorso istruttorio contemplata dalla norma. La mancanza di sottoscrizione autografa – almeno nell'interpretazione fatta propria dal Tar Toscana – sembra infatti riconducibile a un tipico caso di carenza documentale che non consente l'individuazione del soggetto responsabile del documento prodotto. Ed infatti è proprio in questo senso che – come si è detto più sopra – si sono sviluppate le argomentazioni contenute nella pronuncia in commento.

Tuttavia, anche sotto questo profilo, si pongono ulteriori dubbi sulle corrette modalità di applicazione della specifica disposizione richiamata. Tali dubbi, ancora una volta, emergono in maniera emblematica in relazione alla fattispecie in esame.

È infatti evidente che in base a tale disposizione non può essere oggetto di sanatoria tramite soccorso istruttorio la completa mancanza di sottoscrizione del documento, trattandosi di una tipica ipotesi di impossibilità di individuare con certezza il soggetto responsabile della redazione dello stesso. Maggiori dubbi, invece, sussistono per l'ipotesi – come quella che viene in rilievo nel caso di specie – in cui una sottoscrizione comunque vi sia, anche se non in forma autografa.

Se infatti da un lato è indubbio che solo la sottoscrizione autografa garantisce in ordine alla piena responsabilità del soggetto sottoscrittore, dall'altro si potrebbe anche sostenere che una diversa modalità di sottoscrizione possa comunque rappresentare un "principio di prova" sufficiente ad attivare il ricorso al soccorso istruttorio ai fini della regolarizzazione documentale.

Il nuovo soccorso istruttorio alla ricerca della sua identità. La sentenza in commento evidenzia in maniera chiara come la nuova disciplina del soccorso istruttorio, piuttosto che consolidare modalità applicative dell'istituto maturate nella vigenza della disciplina previgente, è destinata a sollevare numerose questioni interpretative.

La compiuta definizione del corretto ambito applicativo dell'istituto, infatti, risente dell'oscillazione tra due principi non sempre facilmente conciliabili. Da un lato il principio della semplificazione procedurale e della massima apertura alla concorrenza, che mira a evitare un eccesso di formalismo negli adempimenti da assolvere in sede di gara, nella logica di privilegiare la sostanza del confronto concorrenziale. Dall'altro il principio della par condicio e della trasparenza, che impone comunque il rispetto di determinati parametri formali, volti a evitare che lo svolgimento della gara possa sfuggire a qualunque regola procedurale.

È dalla composizione di questi due principi che è destinata ad emergere l'identità del nuovo soccorso istruttorio, per la cui definizione sarà comunque necessaria ancora una volta un'adeguata elaborazione giurisprudenziale.