

Pubblicato il 21/06/2017

N. 03042/2017REG.PROV.COLL.  
N. 00584/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

*Il Consiglio di Stato*

*in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)*

*ha pronunciato la presente*

**SENTENZA**

*sul ricorso numero di registro generale 584 del 2017, proposto da:  
Iota Restauro Srl in proprio e quale mandataria costituendo RTI, Ditta  
Forcellino Antonio in proprio e quale mandante costituendo RTI e  
Consorzio Arké in proprio e quale mandante costituendo RTI, in persona  
dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato  
Salvatore Napolitano, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, c.so  
Trieste, 16;*

**contro**

*Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, in persona del  
Ministro pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura  
Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;*

**nei confronti di**

*Società Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni S.r.l., in persona del legale  
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Aldo  
Starace, con domicilio eletto presso lo studio Claudia De Curtis in Roma,  
viale Giuseppe Mazzini, 142;*

*per la riforma*

*della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 00641/2017, resa tra le parti.*

*Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;*

*Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo e della Società Lucci Salvatore Impresa di Costruzioni S.r.l.;*

*Viste le memorie difensive;*

*Visti tutti gli atti della causa;*

*Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2017 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Salvatore Napolitano, l'Avvocato Generale dello Stato Palmieri e Aldo Starace;*

**FATTO**

*Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sez. I, con la sentenza 30 gennaio 2017, n. 641 ha respinto il ricorso proposto dall'attuale parte appellante per l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara del Ministero per i Beni e le Attività Culturali per la progettazione e l'esecuzione dei lavori di messa in sicurezza delle Regioni I, II e III.*

*Il TAR ha rilevato sinteticamente che:*

- non vi è dubbio che sull'organo di gara incombesse l'obbligo espresso di estromettere dalla gara parte ricorrente, essendosi in presenza di un'ipotesi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;*
- è irrilevante che l'utilizzo della procedura telematica sia stata conseguenza di una scelta della stazione appaltante; l'art. 85, comma 3, secondo periodo, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nel prevedere tale potere discrezionale, si limita a stabilire che "le stazioni appaltanti non possono ricorrere alle aste elettroniche abusivamente o in modo tale da impedire, limitare o distorcere*

*la concorrenza o comunque in modo da modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dal bando e dagli altri atti di gara” e nessuna di tali condizioni ricorre nell'ipotesi di specie;*

*- come emerso dai diffusi accertamenti tecnici compiuti, il file contenente il modello di dichiarazione di offerta economica è risultato comunque essere illeggibile, tanto a prescindere da qualsiasi ulteriore sforzo adempitivo che si sarebbe potuto esigere dalla commissione;*

*- quanto all'omessa indicazione dei costi per la sicurezza, non è dimostrato che tale stima sussistesse nella dichiarazione Modello Offerta Economica, essendo piuttosto decisiva la sua illeggibilità in sede di gara per corruzione accertata del file;*

*- peraltro, la lex specialis prevedeva espressamente l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza, prescrizione sanzionata con l'esclusione dal procedimento;*

*- non risulta che la stima degli oneri di sicurezza interni sia stata indicata in alcuno degli altri documenti allegati all'offerta e siffatta lettura urterebbe con altre prescrizioni formali della lex specialis, quali il primo punto dell'art. 16.3 che impone la sottoscrizione digitale dell'offerta economica da inserirsi a pena di esclusione nella busta digitale “Offerta Economica”, nonché l'obbligo, sempre previsto dall'art. 16.3, ma a pagina 47, di inserire “nella “area generica allegati” la dichiarazione a corredo dell'offerta economica, firmata digitalmente e redatta sulla base del modello allegato al presente disciplinare come allegato 14”;*

*- appare difficilmente superabile la condizione di sostanziale mancanza di un elemento fondamentale dell'offerta, costituito dall'indicazione, contenuta in una specifica dichiarazione, del ribasso percentuale, dall'offerta tempo, oltre che degli oneri di sicurezza interni;*

*- imporre alla commissione di compiere un'attività di ricostruzione e rinvenimento aliunde di tali elementi fondamentali è inconcepibile.*

*La parte appellante contestava la sentenza del TAR, deducendone l'erroneità e riproponendo, nella sostanza, i motivi del ricorso di primo grado, insistendo sulla mancanza di qualsivoglia certezza di coincidenza fra il file corrotto e caricato sulla piattaforma digitale e quello integro in possesso del RTI Iota e sull'applicabilità al caso di specie del soccorso istruttorio.*

*Con l'appello in esame chiedeva, quindi, l'accoglimento del ricorso di primo grado.*

*Si costituiva la parte controinteressata e il ministero, appellati, chiedendo la reiezione dell'appello.*

*All'udienza pubblica dell'8 giugno 2017 la causa veniva trattenuta in decisione.*

## DIRITTO

*1. Il Collegio ribadisce che la sottoscrizione dell'offerta, prescritta ai sensi dell'art. 74 d.lgs. n. 163-2006, si configura come lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento, serve a renderne nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esso contenuta. Essa assolve la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti dell'offerta come dichiarazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico.*

*La sua mancanza inficia, pertanto, la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta senza che sia necessaria, ai fini dell'esclusione, una espressa previsione della legge di gara.*

*La giurisprudenza di questa Sezione è unanime nel ritenere che la garanzia di una sicura provenienza dell'offerta riposa in modo imprescindibile sulla sottoscrizione del documento contenente tale manifestazione di volontà, poiché con essa l'impresa partecipante fa propria la dichiarazione contenuta nel documento», vincolandosi alla stessa ed assumendo le conseguenti responsabilità (Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1195).*

*Pertanto, la mancanza della sottoscrizione inficia irrimediabilmente la validità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta, legittimando l'esclusione dalla gara anche in assenza di un'espressa previsione in tal senso nella lex specialis (in questo senso, da ultimo, Sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1425).*

*2. Nel caso di specie, la stazione appaltante non poteva far altro che escludere l'offerta presentata a nome del costituendo R.T.I. composto dalle parti appellanti, difettando l'offerta economica di sottoscrizione poiché una delle conseguenze derivate dalla corruzione del "file" contenente la dichiarazione della stessa, nonché le altre dichiarazioni richieste dal punto 16.3 del Disciplinare, che costituiva il documento attraverso il quale parte appellante aveva inteso formalizzarla, è che detto documento risulta non sottoscritto in quanto fra le parti illegibili dello stesso vi erano anche le sottoscrizioni digitali che erano state apposte in calce ad esso.*

*E' pur vero che, all'esito della Verificazione svolta in corso di causa, sul "file" in questione sono state rinvenute "tracce di firme digitali" costituite da alcuni dati numerici che fornirebbero riferimenti temporali corrispondenti in tutto e per tutto a quelli presenti sul file matrice.*

*Tuttavia, detti dati numerici, peraltro anche incerti quanto a valore dimostrativo dei riferimenti temporali predetti, possono fornire indicazioni attendibili in merito alla data e al momento in cui è stata apposta ciascuna sottoscrizione ma non valgono a fornire alcuna indicazione riguardo alla provenienza delle sottoscrizioni, il che costituisce elemento essenziale della firma anche in formato digitale.*

*Le tracce che appaiono sul "file", come chiarito in sede di verifica, non si riferiscono in alcun modo agli elementi identificativi di chi ha apposto ciascuna sottoscrizione, né agli elementi identificativi del certificato qualificato utilizzato per la sottoscrizione digitale dello stesso che ne costituiscono elementi fondamentali ex art. 24 d.lgs. n. 82-2005.*

*Pertanto, non vi è prova alcuna che il “file” corrotto fosse stato firmato dal Sig. Mattia Bruno e, non essendovi alcuna certezza riguardo alla provenienza delle sottoscrizioni digitali apposte in calce all’offerta economica, la stazione appaltante non poteva che disporre l’esclusione dell’offerta presentata dalla parte appellante.*

*3. Non è emerso in giudizio alcun elemento decisivo che possa far supporre che il “file” risultato largamente illeggibile si fosse corrotto dopo il suo inserimento nella Piattaforma digitale dell’Amministrazione e a causa del sistema informatico che ne garantiva il funzionamento.*

*Come si evince dalla documentazione in atti, la Commissione di gara, sin dal momento in cui aveva constatato che il “file” di cui si è detto non si apriva (e poi, una volta aperto, è risultato quasi del tutto illeggibile), aveva chiesto a parte appellante di poterne verificare il contenuto accedendo alla Piattaforma digitale mediante il suo account (ossia attraverso la porta d’ingresso utilizzata per caricare l’offerta e trasmetterla).*

*Si trattava di verifica che, nell’eventualità che entrando nella Piattaforma digitale dal lato di parte offerente si fosse riscontrata la presenza del “file” e, soprattutto, la possibilità di aprirlo e visionarne il contenuto nonché la sua sottoscrizione da parte di ciascuno dei legali rappresentanti dell’impresa, avrebbe consentito di dissipare ogni dubbio riguardo alla circostanza che l’offerta economica trasmessa entro il termine era completa in tutti i suoi elementi e debitamente sottoscritta.*

*Gli accertamenti disposti dal TAR in primo grado hanno dimostrato inequivocabilmente che non vi era alcuna differenza fra il “file” presente nella Piattaforma digitale che in sede di gara la Commissione non era riuscita ad aprire e che, una volta aperto era risultato illeggibile, e il file sempre presente sulla Piattaforma digitale aperto entrando dall’account di parte appellante, con evidente esclusione, di conseguenza, di ogni ipotesi di soccorso istruttorio.*

*4. Peraltro, il Disciplinare di gara, al punto 16, prevede che la “presentazione dell’offerta mediante piattaforma telematica, è a totale rischio dell’operatore economico, così come la mancata o tardiva ricezione dell’offerta medesima da parte della Stazione Appaltante (...), restando esclusa qualsivoglia responsabilità della Stazione Appaltante ove per il ritardo o disguidi tecnici o di altra natura, ovvero per qualsiasi motivo, l’offerta non pervenisse entro il previsto termine perentorio di scadenza”.*

*La stazione appaltante ha, quindi, fatto corretta applicazione anche di tale clausola, la cui legittimità non è stata in alcun modo contestata dalla parte appellante, impugnandola formalmente.*

*Peraltro, la parte appellante, dopo aver effettuato la registrazione in piattaforma e dopo aver caricato i documenti richiesti per la partecipazione alla gara, prima di effettuare la trasmissione degli stessi avrebbe dovuto accertarne, secondo le regole dell’ordinaria diligenza, l’integrità e la leggibilità e proprio in considerazione del possibile verificarsi di inconvenienti legati al possibile deterioramento dei documenti digitali trasmessi.*

*Il punto 16.4 del Disciplinare prevedeva all’uopo la possibilità per l’operatore economico di “modificare, cancellare e ritrasmettere la propria offerta entro e non oltre la data e l’ora di scadenza del termine fissato per la presentazione dell’offerta Data di chiusura RDO”.*

*Con tale accertamento, parte appellante avrebbe evitato di trasmettere un “file” corrotto ovvero, anche dopo l’invio di file di tal genere, avrebbe potuto ritrasmettere la propria offerta entro la scadenza del termine fissato dalla stazione appaltante per effettuare tale adempimento.*

*5. Deve essere escluso che le ulteriori carenze che connotavano il “file” corrotto, concernenti elementi essenziali dell’offerta, potessero essere superate ricavando detti elementi dal contenuto degli altri documenti che erano stati caricati sulla Piattaforma Digitale utilizzata dalla stazione appaltante per l’espletamento della gara.*

*Infatti, una tale operazione ricostruttiva non può compiersi laddove, come nel caso di specie, alla rettifica non si possa pervenire con ragionevole certezza, e, comunque, attingendo a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima o a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente.*

*Seguendo la tesi di parte appellante, in realtà, la stazione appaltante avrebbe dovuto farsi carico non di ricostruire ma di stabilire quale fosse il contenuto dell'offerta Economica, in modo all'evidenza inammissibile.*

*Inoltre, imporre alla commissione di compiere un'attività di ricostruzione e rinvenimento aliunde di tali elementi fondamentali implicherebbe in primo luogo, come correttamente rilevato dal TAR, riconoscere al modello allegato 14 funzione di mero documento di riepilogo e sintesi di volontà negoziali contenute altrove; tale impostazione finirebbe però per rendere priva di significato procedimentale la dichiarazione di offerta in sé, con disapplicazione della stessa *lex specialis* che aveva invece stabilito che questa fosse espressa e contenuta nel Modello dichiarazione offerta economica,*

*6. I rilievi sopra evidenziati sono di per sé preclusivi alla partecipazione alla gara dell'attuale appellante, rendendo quindi assorbibili gli ulteriori motivi di censura connessi agli oneri di sicurezza.*

*Peraltro, si può aggiungere al riguardo che tali oneri erano previsti a pena di esclusione dalla *lex specialis* e, dunque, era indispensabile la loro previa indicazione ai fini della corretta partecipazione alla gara dell'appellante, ai sensi di quanto stabilito dall'Aduna Plenaria di questo Consiglio con la sentenza n. 19-2016.*

*Il par. 16.3. del Disciplinare, pur non contenendo una norma particolarmente perspicua, prescrive a ciascun concorrente di indicare nell'Offerta Economica anche "i costi di sicurezza interni aziendali" soggetti a ribasso al fine di poter verificare la congruità dell'offerta nel caso di anomalia sul modello del disposto di cui all'art. 87, comma 2, d.lgs. n. 163-2006.*



*Pertanto, il par. 16.3. del Disciplinare nel prescrivere l'inserimento nella dichiarazione dell'Offerta Economica della stima degli oneri della sicurezza non poteva avere altro significato che quello di imporre ai concorrenti di indicare a pena di esclusione tanto i costi per la sicurezza non soggetti a ribasso quanto "i costi di sicurezza interni aziendali; pertanto, con i chiarimenti successivi non è stata apportata alcuna modifica alla lex specialis e la mancata indicazione dei predetti oneri, conseguenza del fatto che erano stati indicati nel file "corrotto" in parte qua risultato illeggibile, ha comportato necessariamente l'esclusione dalla gara della parte appellante.*

*7. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.*

*Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.*

*P.Q.M.*

*Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),  
Definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe  
indicato, lo respinge.*

*Condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di  
giudizio in favore del Ministero e in favore del controinteressato appellato,  
spese che liquida in euro 4.000,00, oltre accessori di legge, per ciascuna parte.*

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

*Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2017 con  
l'intervento dei magistrati:*

*Francesco Caringella, Presidente*

*Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore*

*Fabio Franconiero, Consigliere*

*Raffaele Prosperi, Consigliere*

*Alessandro Maggio, Consigliere*

**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

**Francesco Caringella**

*IL SEGRETARIO*