

APPALTI - SOCCORSO ISTRUTTORIO - DIFETTO SOTTOSCRIZIONE OFFERTA - SANABILE

L'offerta recante la sottoscrizione di uno solo degli amministratori integra una mera incompletezza in quanto non preclude la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporta l'incertezza assoluta sulla stessa. È quindi suscettibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio.

TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, sentenza n. 34/2019

Publicato il 22/01/2019

N. 00034/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00754/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 754 del 2018, proposto da Pro.S.T. – Produzioni e Servizi Tecnici S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Roberta Bertolani, Mirko La Terra Bellina e Debora Urru, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Debora Urru in Cagliari, via Farina n. 44;

contro

Unione dei Comuni Marmilla, rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Barberio e Stefano Porcu, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio, in Cagliari, via Garibaldi n. 105;

nei confronti

Mm Servizi e Consulenze S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Mascia, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Alagon n. 49;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- della Determinazione del Responsabile del Servizio dell'Unione dei Comuni Marmilla n. 64 dell'1/08/2018 (n. 321 dell'1/08/2018 del Registro Generale Determinazioni 2018) con la quale è stato disposto l'affidamento definitivo alla controinteressata del Servizio di “*Supporto sportello unico associato per attività produttive e per l'edilizia (SUAPE) CIG: [7463207140]*” (doc. 1) – come da avviso di aggiudicazione (doc. 2);

- di tutti i verbali della procedura di gara (doc. 3) ed in particolare del verbale di ammissione della controinteressata non pubblicato (doc. 4), del verbale della Commissione giudicatrice in seduta riservata (doc. 5) e del verbale di formulazione della graduatoria finale e relativa proposta di aggiudicazione (doc. 6);

. della nota prot. n.5142 dell'Unione dei Comuni Marmilla a firma del R.U.P. dott. Giorgio Sogos consegnata a mezzo PEC in data 19.09.2018 di riscontro negativo all'istanza di riesame e autotutela trasmessa dalla Pro.S.T. S.r.l. (doc. 7);

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuti, ivi compresi, ove occorra, la determinazione a contrattare n. 30 del 30.04.2018 e la determinazione n. 57 del 13.7.2018 di nomina della commissione giudicatrice, oltre a tutti gli atti della lex specialis, ivi compreso il bando ed il disciplinare di gara;

e per il conseguente accertamento:

- del diritto dell'impresa Pro.S.T. S.r.l., ricorrente, di conseguire l'aggiudicazione della procedura e, per l'effetto, di stipulare il contratto, anche a mezzo di subentro, per l'intera durata dell'affidamento posta in gara, con declaratoria di inefficacia, anche retroattiva e anche in sede cautelare, del contratto, qualora stipulato con il controinteressato;

nonché per la condanna:

- dell'Ente resistente al risarcimento del danno, in forma specifica, stante la disponibilità della ricorrente ad eseguire ovvero a subentrare nella esecuzione del

contratto, ovvero, in subordine, per equivalente, nella misura che sarà quantificata e comprovata in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Unione dei Comuni della Marmilla e della Mm Servizi e Consulenze S.r.l.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2019 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione a contrarre 30 aprile 2018, n. 30, l'Unione dei Comuni della Marmilla (da qui in poi soltanto "Unione") aveva indetto una procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, da svolgersi in formatelematica sul *CAT Sardegna*, per l'affidamento -in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa- del Servizio di "*Supporto sportello unico associato per attività produttive e per l'edilizia (SUAPE)*", con importo presunto a base d'asta di euro 220.700,00 (IVA esclusa), di cui euro 26.000 suscettibili di ribasso.

La *lex specialis* di gara prevedeva il punteggio massimo complessivo di punti 100, dei quali 70 per il merito tecnico dell'offerta (a loro volta suddivisi in 10 punti per "*Organizzazione del servizio*", 10 punti per "*Strumenti di verifica e valutazione*", 10 punti per "*Organizzazione del personale*", 10 punti per "*Attività promozionale*", 30 punti per "*Proposte migliorative e innovative*") e i restanti 30 punti per il prezzo offerto.

All'esito delle operazioni valutative la Commissione aveva attribuito alle due uniche concorrenti in gara i seguenti punteggi:

Mm Servizi e Consulenze S.n.c. di Massimo Caria e Marco Pala (da qui in poi "Mm"): punti 85,46, di cui 70 per il merito tecnico dell'offerta e 15,46 per il ribasso offerto (pari al 15,46%);

Pro.S.T. S.r.l. (da qui in poi "PRO"): punti 81,66, di cui 51,66 per il merito tecnico e 30 per il ribasso offerto (pari al 97%).

È seguita la proposta di aggiudicazione e la conseguente deliberazione 1 agosto 2018, n. 64, con cui il Responsabile del Servizio ha definitivamente aggiudicato il servizio alla Mm.

Ottenuto accesso agli atti di gara, la seconda classificata PRO ha chiesto alla stazione appaltante di annullare l'aggiudicazione in autotutela, ritenendo che Mm dovesse essere esclusa dalla gara per avere presentato l'offerta tecnica e quella economica recanti la sottoscrizione di uno solo dei propri due amministratori - benché lo statuto consentisse di compiere disgiuntamente le sole operazioni di importo inferiore a 5.000,00- e contestando il punteggio superiore attribuito per il merito tecnico all'offerta di Mm benché *ictu oculi* inferiore a quella della stessa PRO.

La stazione appaltante ha negativamente riscontrato la richiesta con nota trasmessa mediante P.E.C. del 19 settembre 2018, confermando il precedente atto di aggiudicazione definitiva del servizio alla controinteressata.

A quel punto la PRO ha presentato il ricorso ora all'esame del Collegio, sulla base di censure che saranno esaminate nella parte in diritto.

Si è costituita in giudizio l'Unione, eccependo l'inammissibilità del ricorso per difetto di un regolare rapporto difensivo avendo la ricorrente rilasciato ai propri difensori una procura *ad litem* sottoscritta (in data 18 settembre 2018) quattro giorni prima della data di redazione e notifica del ricorso (cioè il 22 settembre 2018), il che avrebbe impedito quella ponderazione preventiva che sarebbe

indispensabile per qualificare la procura come effettivamente “speciale” ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 40, comma 1, lett. g), del c.p.a.

Si è costituita in giudizio la controinteressata Mm, sollevando identica eccezione di carattere processuale e opponendosi all’accoglimento del ricorso nel merito.

Alla Camera di consiglio del 17 ottobre 2018, fissata per l’esame dell’istanza cautelare, la trattazione della causa è stata rinviata al merito.

È seguito lo scambio di memorie difensive con cui ciascuna delle parti ha ulteriormente argomentato le proprie tesi.

Alla pubblica udienza del 9 gennaio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

In primo luogo va disattesa l’eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di regolare procura *ad litem* sollevata dalla parte resistente e da quella controinteressata.

Si osserva, al riguardo, che il concetto di “procura speciale” cui fa riferimento l’art. 40 c.p.a. ai fini della regolare instaurazione del giudizio amministrativo non presuppone affatto la posteriorità temporale della procura stessa rispetto alla data di elaborazione del ricorso: una simile regola non è ravvisabile in alcuna disposizione normativa e trova smentita nel condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo cui il momento temporale di rilascio della procura è sostanzialmente irrilevante (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 26 aprile 2018, n. 2522), mentre semmai decisivo il contenuto della stessa, che deve essere tale da consentire una sicura riconduzione del mandato difensivo a una controversia specifica, il che senz’altro si riscontra nel caso di specie ove il testo della procura conferita dalla PRO reca un puntuale riferimento all’atto di aggiudicazione oggetto della presente controversia.

Passando al merito, con la prima censura parte ricorrente sostiene che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché le sue offerte -sia

economica che tecnica- recano la sottoscrizione di uno solo dei due amministratori, mentre la loro firma congiunta era imposta dall'atto costitutivo secondo cui, al punto 6, *“I soci amministratori potranno compiere con firma disgiunta tutti gli atti di gestione e di amministrazione che comportino spese inferiori a € 5.000 e con firma congiunta per tutti gli atti di amministrazione straordinaria”*; a sostegno di tale prospettazione la ricorrente richiama, oltre ad alcune considerazioni di carattere generale, la sentenza di questa Sezione 14 febbraio 2014, n. 153, precisando che il vizio denunciato neppure può essere sanato mediante soccorso istruttorio in quanto relativo a un elemento -non già meramente formale, bensì- essenziale dell'offerta, di tal che il soccorso troverebbe insuperabile ostacolo nell'art. 83 del d.lgs. 50/2016, ribadito dall'art. 20 del Disciplinare laddove stabilisce che *“Troverà applicazione il principio del “soccorso istruttorio” previsto dall'art. 83 comma 9 del D.lgs. n. 50/2016 s.m.i. in merito al procedimento sanante di qualsiasi carenza degli elementi formali quali la mancanza, l'incompletezza ed ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE di cui all'art. 85 del d.lgs. n. 50/2016 s.m.i. e/o di dichiarazioni necessarie con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica”*.

La censura non merita di essere condivisa.

Difatti, a prescindere dal tenore delle regole statutarie della società controinteressata e persino dalle conseguenze propriamente civilistiche della loro violazione, appare dirimente il fatto che -alla stregua dei principi caratterizzanti il procedimento amministrativo di selezione pubblica- il difetto parziale di sottoscrizione deve considerarsi suscettibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio e, come tale, non costituisce causa di immediata esclusione del concorrente interessato.

Giova, al riguardo, richiamare innanzitutto il tenore testuale dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, a mente del quale *“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, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stesse".

Orbene la vicenda non integra alcune delle ipotesi in cui il soccorso istruttorio è vietato dalla legge, in particolare: - non quella dei "vizi dell'offerta", essendo la stessa compiutamente formulata e sottoscritta da uno degli amministratori della società, il che è sufficiente a comprovarne la riconducibilità a quest'ultima; - non l'ipotesi di vizi inficianti "l'individuazione del soggetto responsabile", per la stessa ragione.

A conferma si pone l'orientamento giurisprudenziale -che negli ultimi anni si è pienamente consolidato e dal quale non vi sono ragioni per discostarsi- secondo cui l'offerta recante la sottoscrizione di uno solo degli amministratori deve essere correttamente inquadrata -non già tra le ipotesi di omessa sottoscrizione in senso proprio, bensì- nella meno grave fattispecie di "non corretta spendita del potere rappresentativo", la quale "opera sul piano della efficacia e non su quello della validità" (così Consiglio di Stato, Sez. III, 5 marzo 2018, n. 1338); a ciò consegue, proprio perché si è in presenza di mera incompletezza della sottoscrizione, che la stessa "non preclude la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporta un'incertezza assoluta sulla stessa (ai fini di cui all'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006), il che induce a ritenere il vizio sanabile mediante il soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva" (così T.A.R. Firenze, Sez. I, 31 marzo 2017, n. 496).

Pertanto la censura deve essere respinta.

Con il secondo motivo di ricorso la PRO sostiene che la scelta della stazione appaltante di attribuire alla controinteressata un punteggio superiore al proprio sul merito tecnico dell'offerta sia manifestamente illogica *“in considerazione della dimostrabile circostanza che ad ogni migliorata offerta dalla MM Servizi e Consulenze s.n.c., corrisponde puntualmente una identica offerta della Prost s.r.l. Se le migliori offerte dalla MM sono state gradite dalla Commissione al punto di attribuire un punteggio superiore al buono, non si comprende perché, quanto meno, un analogo punteggio non sia stato attribuito alla Prost che ha offerto le medesime migliori, per giunta superiori dal punto di vista quantitativo, oltre che qualitativo. Come dimostra l'allegato prospetto in tema di prova di resistenza, laddove la Commissione avesse correttamente esercitato la propria discrezionalità tecnica attribuendo, per coerenza, alle concorrenti quanto meno il medesimo punteggio, la ricorrente si sarebbe aggiudicata la procedura”* (così, testualmente, in ricorso).

Tale censura è chiaramente priva di pregio, per due ragioni che possono riassumersi nei termini seguenti:

le scelte espressive di discrezionalità tecnica, come quella ora in esame, sono notoriamente insindacabili in sede processuale se non per vizi *ictu oculi* rilevabili, che nel caso in esame non è dato ravvisare: sotto questo aspetto, dunque, la censura è da ritenersi inammissibile, come del resto eccepiscono entrambe le controparti;

lo specifico rilievo della PRO circa una presunta *“identità delle offerte”* (la propria e quella della controinteressata MM) su alcune voci, in ordine alle quali l'aggiudicataria si è vista riconoscere un punteggio più alto, non trova conferma nella documentazione in atti, dalla quale risultano condivisibili i rilievi formulati da entrambe controparti (si vedano, in particolare, le memorie difensive depositate in data 24 febbraio 2018 dalla difesa dell'Unione e quelle depositate nella stessa data dalla difesa di Mm) riguardo all'esistenza di elementi differenziali tra le due offerte

che ben possono essere stati alla base della differente valutazione operata dalla Commissione.

Per quanto premesso il ricorso è infondato e deve essere respinto, seppure con integrale compensazione delle spese di lite, sussistendone giusti motivi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe proposto.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Antonio Plaisant

IL PRESIDENTE
Dante D'Alessio

IL SEGRETARIO