

N. 01195/2015REG.PROV.COLL.

N. 04513/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 4513 del 2012, proposto dall'Impresa De Pascali Pantaleo in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Guido Pisanello, con domicilio eletto presso Marco Gardin in Roma, Via Laura Mantegazza, 24;

contro

Il Comune di Collepasso in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Filippo Panizzolo, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, 2;

nei confronti di

La Venna Srl in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso A. Placidi in Roma, Via Cosseria, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia, Sezione di Lecce, Sez. III n. 00760/2012, resa tra le parti, concernente l'affidamento di lavori e forniture per la realizzazione di un centro diurno per anziani – risarcimento dei danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Collepasso e di Venna Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2015 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati Luigi D'Ambrosio su delega dell'Avv. Guido Pisanello, Filippo Panizzolo e Pietro Quinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Collepasso aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori e delle forniture per la realizzazione di un centro diurno per anziani mediante il recupero funzionale dell'ex asilo nido per un importo di progetto di €. 600.000,00 e base di gara di €. 462.669,25 oltre Iva ed il criterio di aggiudicazione adottato era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 D. Lgs. 163 del 2006 e dell'art. 120 d.P.R. 207 del 2010.

L'Impresa De Pascali Pantaleo, seconda classificata, impugnava con ricorso dinanzi al TAR della Puglia, sede di Lecce, l'aggiudicazione definitiva alla Venna Srl, nonché i verbali di gara nn. 2, 3 e 6, chiedendo, altresì, la dichiarazione di inefficacia del contratto, il subentro in luogo dell'aggiudicataria e, in subordine, il risarcimento per equivalente.

A sostegno del gravame deduceva i seguenti motivi di diritto:

- a) violazione del bando di gara;
- b) eccesso di potere per falsa presupposizione.

Si costituivano in giudizio l'Amministrazione intimata e la Venna Srl, concludendo per il rigetto del ricorso. La Venna Srl proponeva inoltre ricorso incidentale.

Con sentenza n. 760 del 2 maggio 2012 il TAR di Lecce esaminava prioritariamente il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria e lo accoglieva, ritenendo l'assorbente fondatezza del primo motivo di censura con il quale veniva contestata la mancata esclusione della ricorrente principale per la violazione delle prescrizioni del bando di gara, previste a pena di esclusione – titolo VI - assumendone la violazione nella parte in cui con riferimento alla busta B, contenente l'offerta tecnica, era stabilito:

"I documenti tutti che l'impresa intende presentare e costituenti l'offerta tecnica, elaborati in maniera chiara e dettagliata, ... dovranno essere sottoscritti, a pena di esclusione, dal legale rappresentante della ditta concorrente ... Inoltre, tutti gli elaborati progettuali dell'offerta tecnica, relativi alla sola esecuzione dei lavori, dovranno essere sottoscritti, a pena di esclusione, da tecnici abilitati ed iscritti all'albo di appartenenza" (pag. 12).

Il giudice di primo grado, sulla base della clausola contenuta a pag. 12 del bando facente riferimento alla sottoscrizione de "i documenti tutti", riteneva che detta prescrizione dovesse comprendere anche gli elaborati grafici progettuali e le schede tecniche allegate ed in tal senso elencava nel particolare la mancata sottoscrizione dei seguenti atti:

1. elaborato relativo al criterio A2.1.: non sono sottoscritti né i depliant né le schede tecniche.
2. elaborato relativo al criterio A2.2.: è sottoscritta solo la prima relazione, non la seconda (n.2 "sistemi di produzione energia elettrica": impianto fotovoltaico) né gli elaborati grafici progettuali, comprensivi di lavori, né le schede tecniche, privi sia della firma del legale rappresentante, sempre necessaria, che del tecnico abilitato.
3. elaborato relativo al criterio A2.3.: non sono sottoscritti i *depliant* e le schede tecniche.
4. elaborato relativo al criterio A.3.1.: è sottoscritta la relazione, sono privi di sottoscrizione i depliant e le schede tecniche.
5. elaborato relativo al criterio A.3.2.: non risultano sottoscritti i *depliant* e le schede tecniche informative.

Conseguentemente l'impresa ricorrente doveva essere esclusa, per mancata sottoscrizione di tutta la documentazione costituente l'offerta tecnica, prescritta dal bando di gara a pena di esclusione, poiché l'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. 163/2006 consente alle stazioni appaltanti di escludere i concorrenti in caso di difetto di sottoscrizione dell'offerta, rispettando il principio di tassatività delle clausole di esclusione; inoltre la sottoscrizione svolge una duplice funzione che non è solo quella di rendere l'offerta riferibile al presentatore,

ma anche quella di vincolarlo all'impegno assunto, nella forma di dichiarazione di volontà del privato volta alla costituzione di un rapporto giuridico e la sua sottoscrizione ne assicura la provenienza e l'insostituibilità; la sua assenza invece inficia la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta.

Oltre a tali principi generali, il TAR affermava anche che la "*lex specialis*" di gara aveva preventivamente autovincolato la stazione appaltante al rispetto, senza residui spazi di discrezionalità, in ordine a tale adempimento, dal quale gli offerenti non avrebbero potuto prescindere senza incorrere nell'esclusione.

L'accoglimento del ricorso incidentale portava inevitabilmente alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 6 giugno 2012 l'Impresa De Pascali Pantaleo impugnava la sentenza in questione, deducendo nuovamente ad ogni fine devolutivo le censure proposte in primo grado e contestando l'accoglimento del ricorso incidentale, sostenendo essenzialmente la reale sottoscrizione degli elaborati provenienti dall'offerente stessa e che la questione della mancata sottoscrizione interessasse soltanto schede tecniche e *depliant*s, la cui presentazione era rappresentata solamente come un'opportunità e non una necessità e che comunque erano sempre dei documenti descrittivi, in specie delle migliori dell'offerta tecnica e comunque atti esterni all'organizzazione ed al lavoro dell'Impresa De Pascali Pantaleo.

L'appellante concludeva per l'accoglimento del ricorso, con la richiesta di annullamento dell'aggiudicazione e della dichiarazione dell'inefficacia del contratto di appalto con il conseguente subentro nell'esecuzione delle opere ed in via subordinata per il risarcimento dei danni conseguenti alla totale o parziale non esecuzione delle stesse, il tutto con vittoria di spese.

Si sono costituiti in giudizio la Venna Srl ed il Comune di Collepasso, sostenendo l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza n. 3184 del 1° agosto 2012 questa Sezione respingeva la domanda di sospensione cautelare della sentenza impugnata.

All'odierna udienza del 10 febbraio 2015 la causa è passata in decisione.

Le censure sollevate dall'Impresa De Pascali Pantaleo nei confronti dell'accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla Venna Srl non sono fondate.

Le prescrizioni di bando relative ai contenuti dell'offerta tecnica appaiono estremamente precise e rigorose, tanto da non poter permettere interpretazioni eventualmente richiamanti la primazia del principio della maggior concorrenza.

Recita il bando di gara che "I documenti tutti che l'impresa intende presentare e costituenti l'offerta tecnica, elaborati in maniera chiara e dettagliata, ... dovranno essere sottoscritti, a pena di esclusione, dal legale rappresentante della ditta concorrente ... Inoltre, tutti gli elaborati progettuali dell'offerta tecnica, relativi alla sola esecuzione dei lavori, dovranno essere sottoscritti, a pena di esclusione, da tecnici abilitati ed iscritti all'albo di appartenenza" (pag. 12).

Quindi la sottoscrizione non doveva riguardare esclusivamente gli elaborati progettuali (perciò, esemplificando, i profili tecnici dei lavori e delle forniture e gli eventuali elementi migliorativi progettuali veri e propri prodotti direttamente dalla singola concorrente) bensì "*tutti*" i documenti costituenti l'offerta tecnica quindi anche schede tecniche e *depliant*s, in quanto questi, una volta inseriti materiali ed attrezzature all'interno dell'offerta tecnica, ne sarebbero divenuti elementi portanti e probatori, perdendo la caratteristica di mera descrizione di un prodotto da utilizzare acquisito dall'appaltatore sul mercato.

Quindi attrezzature ed arredi come impianti e materiali costruttivi dovevano essere considerati *naturaliter* parte dell'offerta tecnica del concorrente e la relativa scheda tecnica o il *depliant* ne erano la fondamentale descrizione; con la conseguenza che, con la relativa sottoscrizione, il concorrente assumeva l'impegno a fornire quel determinato tipo di prodotto e ad assumersene la responsabilità.

E' noto come l'offerta, nelle procedure ad evidenza pubblica, è qualificabile come dichiarazione di volontà del privato volta alla costituzione di un rapporto giuridico (CDS n. 5547-2008) e la sua sottoscrizione si configura come lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento, serve a rendere 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 (CDS n. 2317-2012; n. 528-2011).

Esclusione che, nel caso di specie, era per di più espressamente prevista.

Il Comune di Collepasso non poteva perciò non rispettare la legge di gara che esso stesso aveva fissato in virtù del principio dell'autovincolo.

Per le considerazioni suesposte l'appello deve essere respinto con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

Talune incertezze giurisprudenziali in materia consentono al Collegio di compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/03/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)