

Le regole di gara vincolano rigidamente l'operato della stazione appaltante la quale deve applicarle senza alcun margine di discrezionalità

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

A fronte di una clausola della lex specialis di gara, relativa alle modalità di formulazione dell'offerta economica stabilisca che: "..ciascuna facciata di cui si compone il suddetto modulo (lista delle lavorazioni e forniture) dovrà, a pena di esclusione, essere sottoscritta dal legale rappresentante dell'impresa offerente..

le correzioni dovranno essere partitamene confermate mediante apposizione, a lato di ciascuna correzione apportata, della sottoscrizione del legale

rappresentante in corrispondenza di ciascuna delle correzioni.", è lecita l'esclusione dell'impresa la cui offerta <a pagina 55 dell'allegata lista delle lavorazioni e forniture risultano quattro correzioni ai prezzi unitari in lettere non controfirmate partitamente, mediante apposizione, a lato di ciascuna correzione apportata, della sottoscrizione del legale rappresentante dell'impresa ovvero di un suo procuratore, contrariamente a quanto previsto a pena di esclusione al paragrafo 3 della lettera di invito>? Il Presidente di gara ha l'onere

di attivare i propri poteri di ufficio volti a conseguire precisazioni e chiarimenti sulla corretta interpretazione dell'offerta?

l'offerta della ricorrente doveva essere esclusa in applicazione previsione della lex specialis non suscettibile di deroga ed a tutela della par condicio concorsuale non potendo disapplicarsi il bando di gara quando esso prevede puntualmente una causa di esclusione: "..l'offerta.. è la dichiarazione di volontà del privato diretta alla costituzione del rapporto giuridico d'appalto" e, nelle gare ad evidenza pubblica, sussiste"...l'esigenza imprescindibile per l'Amministrazione pubblica della certezza dell'offerta economica che può essere garantita solamente per il tramite del rigore

formale teso ad assicurarne l'immodificabilità" _ E' sufficiente rilevare che trattandosi di una violazione di un adempimento richiesto a pena di esclusione a tutti i concorrenti senza alcun margine di incertezza od ambiguità, la regolarizzazione ex post

avrebbe comportato una violazione delle regole di segretezza dell'offerta e la violazione della par condicio dei concorrenti

e della continuità della gara

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 5547 del 7 novembre 2008, inviata per la pubblicazione in data 10 novembre 2008, emessa dal Consiglio di stato

Rileva la Sezione che contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, la prescrizione della lettera di invito è del tutto univoca: "... apposizione, a lato di ciascuna correzione apportata, della sottoscrizione del legale rappresentante.." implicando che ogni correzione andava singolarmente controfirmata onde consentire all'Amministrazione di non dubitare della paternità e della veridicità di ogni singola voce di cui si componeva l'offerta economica.

Si ricorda che la sottoscrizione di un documento è lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nello stesso consentendo così di risalire alla paternità dell'atto e rendere l'atto vincolante verso i terzi destinatari della manifestazione di volontà.

Orbene l'offerta, nelle procedure ad evidenza pubblica, è qualificabile come dichiarazione di volontà del privato volta alla costituzione di un rapporto giuridico e la sua sottoscrizione, secondo le regole previste dalla lex specialis di gara, assolve alla funzione di assicurare la provenienza, la serietà, l'affidabilità e l'insostituibilità dell'offerta stessa.

La sottoscrizione pertanto assume il connotato di condizione essenziale per l'ammissibilità dell'offerta, sia sotto il profilo formale, sia sotto il profilo sostanziale e la mancanza anche parziale della sottoscrizione inficia la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta.

Ma non solo

In tale senso è la giurisprudenza della Sezione secondo la quale: "...l'offerta.. è la dichiarazione di volontà del privato diretta alla costituzione del rapporto giuridico d'appalto" e, nelle gare ad evidenza pubblica, sussiste "...l'esigenza imprescindibile per l'Amministrazione pubblica della certezza dell'offerta economica

che può essere garantita solamente per il tramite del rigore formale teso ad assicurarne l'immodificabilità”

Cio' al fine di garantire: "l'ineludibile esigenza... di fermezza ed inalterabilità dell'offerta e la rispondenza della stessa agli originari intendimenti dell'offerente durante la procedura di gara”

In conclusione l'offerta della impresa ALFA doveva essere esclusa in applicazione previsione della lex specialis non suscettibile di deroga ed a tutela della par condicio concorsuale non potendo disapplicarsi il bando di gara quando esso prevede puntualmente una causa di esclusione

Ed ancora

Infondata è anche la censura dedotta dalla ricorrente in primo grado secondo la quale il Presidente di gara aveva l'onere di attivare i propri poteri di ufficio volti a conseguire precisazioni e chiarimenti sulla corretta interpretazione dell'offerta.

E' sufficiente rilevare che trattandosi di una violazione di un adempimento richiesto a pena di esclusione a tutti i concorrenti senza alcun margine di incertezza od ambiguità, la regolarizzazione ex post avrebbe comportato una violazione delle regole di segretezza dell'offerta e la violazione della par condicio dei concorrenti e della continuità della gara.

Si ricorda che per la sua natura di lex specialis, il bando di gara vincola non solo i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione che non può esimersi dall'osservarla una volta che sia stata emanata (Cons. Stato, Sez. V, 3.9.1998 n.591; V, 21.6.2002 n.3404) e che il principio del favor alla massima partecipazione alle gare di appalto “non consente di eludere l'applicazione di prescrizioni del

bando dal contenuto chiaro e preciso” (Cons. Stato, V, 4 aprile 2002 n.1857)

A cura di *****

N.5547/08 REG.DEC.

N. 5670 REG:RIC.

ANNO 2006

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale

Quinta
Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.5670/2006 proposto da
Provincia Autonoma di Trento (P.A.T.), in persona del Presidente e legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dall'Avvocato ***** ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, via del Viminale n.43:

CONTRO

ALFA s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocato ***** e domiciliata in Roma, viale Mazzini n.11 presso l'*****;

e nei confronti di Costruzioni De BETA s.r.l. n.c.;

PER L'ANNULLAMENTO

della sentenza del T.R.G.A., sede di Trento, n.153/2006 notificata il 26 maggio 2006, che ha accolto il ricorso per l'annullamento del verbale di gara dd. 21.11.2005 n.427/2005 della Provincia Autonoma di Trento, *****, Contratti e Gestioni Generali in relazione alla procedura ad evidenza pubblica esperita per l'affidamento in appalto, mediante licitazione, dei lavori di ampliamento dell' istituto tecnico G.Floriani, contenente provvedimenti sia di esclusione dalla procedura di gara di ALFA s.r.l., che di aggiudicazione dell'appalto a Costruzioni De BETA srl; del bando di gara; della lettera prot. n.9313 del 28.11.2005 di comunicazione del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara di ALFA srl e di aggiudicazione dell'appalto a Costruzione ***** srl; nonchè per la condanna dell'Amministrazione appaltante al risarcimento del danno;

visto l'appello
con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della soc. ALFA;

Esaminate le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la ordinanza n. 4569/06 con la quale è stata accolta la richiesta di sospensione della esecuzione della sentenza appellata;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 10 giugno 2008 il Cons. *****, uditi gli Avv.ti ***** e ***** per delega di *****,

Visto il dispositivo di sentenza n.461/2008 depositato il 12 giugno 2008;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con la gravata sentenza il TAR Trentino Alto Adige, Trento, ha accolto il ricorso proposto da ALFA srl contro Provincia Autonoma di Trento avverso la esclusione della medesima ditta dalla procedura di gara.

Con bando di gara era stata indetta licitazione per l'affidamento in appalto dei lavori di ampliamento dell'Istituto tecnico *****.

Il paragrafo 3 della lettera di invito prevedeva che eventuali correzioni di ciascuna pagina del modulo denominato lista delle lavorazioni e forniture doveva essere, a pena di esclusione, sottoscritto dal legale rappresentante dell'impresa offerente e che le correzioni dovevano essere partitamente confermate mediante apposizione, al lato di ciascuna correzione, della sottoscrizione del legale rappresentante dell'impresa.

L'invito prevedeva che comportava la esclusione automatica dell'offerta la mancata indicazione di uno o più prezzi unitari in lettere, nonché la presenza di correzioni dei prezzi unitari in lettere non effettuata con le modalità sopraindicate.

La impresa ALFA, all'esito della seduta di gara per l'affidamento dei lavori, è stata esclusa in quanto, come precisato nel verbale della seduta, "a pagina 55 dell'allegata lista delle lavorazioni e forniture risultano quattro correzioni ai prezzi unitari in lettere non controfirmate partitamente, mediante apposizione, a lato di ciascuna correzione apportata, della sottoscrizione del legale rappresentante dell'impresa ovvero un suo procuratore, contrariamente a quanto previsto a pena di esclusione al paragrafo 3 della lettera di invito."

Avverso tale provvedimento di esclusione la impresa ha proposto ricorso giurisdizionale al TAR trentino assumendo altresì la illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata De BETA s.r.l..

Il giudice di primo grado con la sentenza gravata ha accolto il ricorso della ALFA.

Da qui l'appello della provincia Autonoma di Trento che deduce violazione ed errata interpretazione della lex specialis di gara; inammissibilità e tardività della censura; errore di fatto ed arbitraria interpretazione della lettera di invito; motivazione contraddittoria, violazione della par condicio dei concorrenti.

Si è costituita in appello la ALFA riproducendo tutti i motivi formulati nel primo giudice e concludendo per il rigetto dell' appello.

Alla pubblica udienza del 10 giugno 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

Con atto depositato in data 24 giugno 2008 notificato alla società ALFA e Costruzioni ***** s.r.l. la Provincia Autonoma di Trento

ha chiesto la correzione dell'errore materiale del dispositivo della decisione ("Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso in primo grado")

atteso che l'accoglimento dell'appello e la conseguente riforma della sentenza impugnata non poteva che comportare il rigetto del ricorso in primo grado.

DIRITTO

1.L'appello presentato dalla Provincia Autonoma di Trento merita accoglimento.

2.Il t.a.r. trentino,

nell'appellata sentenza, ha accolto il motivo con il quale si contestava, da parte della ricorrente ALFA, la esclusione dalla gara

esperita per l'affidamento in appalto, mediante licitazione, ai sensi della L.P. 10 settembre 1993 n.26, dei lavori di

ampliamento della scuola denominata Istituto Tecnico G.Floriani sita nelle ex Caserme ***** a Riva del Garda.

La clausola in discorso, punto 3 della lettera di invito, relativa

alle modalità di formulazione dell'offerta economica stabilisce che: "..ciascuna facciata di cui si compone il suddetto modulo (lista delle lavorazioni e forniture) dovrà, a pena di esclusione, essere sottoscritta dal legale rappresentante dell'impresa offerente..

le correzioni dovranno essere partitamene confermate mediante apposizione, a lato di ciascuna correzione apportata, della sottoscrizione del legale rappresentante in corrispondenza di ciascuna delle correzioni."

La impresa ALFA, all'esito della seduta di gara per l'affidamento dei lavori, è stata esclusa in quanto,

come precisato nel verbale della seduta, "a pagina 55 dell'allegata lista delle lavorazioni e forniture risultano quattro correzioni ai prezzi unitari in lettere non controfirmate partitamente, mediante apposizione, a lato di ciascuna correzione apportata, della sottoscrizione del legale rappresentante dell'impresa ovvero di un suo procuratore, contrariamente a quanto previsto a pena di esclusione al paragrafo 3 della lettera di invito."

L'appellante sostiene la correttezza dell'operato della Commissione di gara nell'escludere l'offerta presentata dalla ricorrente in primo grado essendo pacifico in giurisprudenza che le regole di gara vincolano rigidamente l'operato della stazione appaltante la quale deve applicarle senza alcun margine di discrezionalità.

3. Tali argomentazioni della Provincia Autonoma di Trento meritano accoglimento.

Rileva la Sezione che contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, la prescrizione della lettera di invito è del tutto univoca: "... apposizione, a lato di ciascuna correzione apportata, della sottoscrizione del legale rappresentante.."implicando che ogni correzione andava singolarmente controfirmata onde consentire all'Amministrazione di non dubitare della paternità e della veridicità di ogni singola voce di cui si componeva l'offerta economica.

Si ricorda che la sottoscrizione di un documento è lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nello stesso consentendo così di risalire alla paternità dell'atto e rendere l'atto vincolante verso i terzi destinatari della manifestazione di volontà.

Orbene l'offerta, nelle procedure ad evidenza pubblica, è qualificabile come dichiarazione di volontà del privato volta alla costituzione di un rapporto giuridico e la sua sottoscrizione, secondo le regole previste dalla lex specialis di gara, assolve alla funzione di assicurare la provenienza, la serietà, l'affidabilità e l'insostituibilità dell'offerta stessa.

La sottoscrizione pertanto assume il connotato di condizione essenziale per l'ammissibilità dell'offerta, sia sotto il profilo formale, sia sotto il profilo sostanziale e la mancanza anche parziale della sottoscrizione inficia la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta.

In tale senso è la giurisprudenza della Sezione secondo la quale: "...l'offerta.. è la dichiarazione di volontà del privato diretta alla costituzione del rapporto giuridico d'appalto" e, nelle gare ad evidenza pubblica, sussiste"...l'esigenza imprescindibile per l'Amministrazione pubblica della certezza dell'offerta economica che può essere garantita solamente per il tramite del rigore formale teso ad assicurarne l'immodificabilità"
(Cons. Stato, Sez. V, n.512 del 13 nov. 2002).

Cio' al fine di garantire: "l'ineludibile esigenza... di fermezza ed inalterabilità dell'offerta e la rispondenza della stessa agli originari intendimenti dell'offerente durante la procedura di gara"

(Cons. Stato V, n.512/2202 cit).

In conclusione l'offerta della impresa ALFA doveva essere esclusa in applicazione previsione della lex specialis non suscettibile di deroga ed a tutela della par condicio concorsuale non potendo disapplicarsi il bando di gara quando esso prevede puntualmente una causa di esclusione (Cons. Stato, V, n.1453 del 20 marzo 2006).

4. Erronea in fatto è l'affermazione della ricorrente in primo grado, ripresa dalla sentenza appellata, che ha sostenuto che le correzioni apportate alla pagina dell'offerta economica sono state controfirmate in verticale, a cavallo delle caselle adiacenti in quanto sarebbe mancato materialmente lo spazio per poterle apporre a latere.

L'esame della pagina 55 ove è contenuta l'offerta della ricorrente evidenzia chiaramente che lo spazio per apporre la firma in corrispondenza di ciascuna correzione era sufficiente tanto che in ognuna delle caselle residuava uno spazio vuoto.

5.La Sezione deve farsi carico delle altre censure assorbite dal primo giudice e riproposte dalla ricorrente in primo grado.

Anche tali censure non sono meritevoli di accoglimento.

6.Deduce la ricorrente in primo grado la violazione dell'articolo 13 PPGP 30.9.1913 n.89 e R.D. 10.9.1914; art. 7 DPR 28.12.2000 n.445 e l' incompetenza del Presidente di gara ad assumere la veste di ufficiale rogante.

Secondo la ricorrente il verbale di gara sarebbe carente della forma pubblica richiesta ad substantiam dalla legge.

Al riguardo si osserva che la norma regolamentare posta dall'art. 13 del D.P.G.P. 30.9.1994 n.12-10/Leg., era stata emanata in relazione alla previsione dell'art.16 della legge provinciale 19 luglio 1990 n.23, norma che, per effetto dell'art. 1, comma 2 della medesima legge, trovava applicazione anche nel campo dei lavori pubblici, dato che la legge provinciale del settore, n.26 del 10.9.1993, non si occupa della composizione della commissione di gara.

Il citato art.16, nel testo originario prevedeva, tra le varie funzioni dell'ufficiale rogante, anche quella di "ricevere.. i verbali di aggiudicazione allorchè si proceda tramite gara" (art.16, comma 2, lett.a).

Tale norma risulta modificata dall'art.71 della legge provinciale 19.2.2002 n.1, risultando in particolare

soppressa la funzione di ricevere i verbali delle gare di appalto con l'effetto che l'ufficiale rogante non partecipa più alle commissioni delle gare.

La funzione di cui trattasi non può quindi essere surrettiziamente mantenuta in capo all'ufficiale rogante in virtù di quanto disposto dall'art. 13 del D.P.G.P.n.12-10 citato in quanto si tratta di norma regolamentare che per l'ordinamento statutario della Provincia Autonoma di Trento (art. 54, comma 1 n.1 del T.U. delle leggi costituzionali concernenti il Trentino Alto Adige) deve trovare la sua legittimazione e deve essere coordinata con la norma di legge di cui la medesima dia attuazione.

Conclusivamente il verbale di gara risulta correttamente redatto dal Presidente di gara ed altresì correttamente firmato da due testimoni, funzionari del Servizio Appalti, contratti e gestioni generali.

Nè nella fattispecie sono applicabili le norme statali richiamate dalla ricorrente e segnatamente la legge n.89/1913, il R.D. n.1326/1914, il D.P.R. 445/2000 in quanto osta la tal fine la previsione dell'art.53 della legge regionale n.23/1990 in base alla quale tali norme non esplicano alcuna efficacia nell'ambito dell'ordinamento provinciale dotato di disciplina esaustiva in materia.

7. Infondata è anche la censura dedotta dalla ricorrente in primo grado secondo la quale il Presidente di gara aveva l'onere di attivare i propri poteri di ufficio volti a conseguire precisazioni e chiarimenti sulla corretta interpretazione dell'offerta.

E' sufficiente rilevare che trattandosi di una violazione di un adempimento richiesto a pena di esclusione a tutti i concorrenti senza alcun margine di incertezza od ambiguità, la regolarizzazione ex post avrebbe comportato una violazione delle regole di segretezza dell'offerta e la violazione della par condicio dei concorrenti e della continuità della gara.

Si ricorda che per la sua natura di *lex specialis*, il bando di gara vincola non solo i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione che non può esimersi dall'osservarla una volta che sia stata emanata (Cons. Stato, Sez. V, 3.9.1998 n.591; V, 21.6.2002 n.3404) e che il principio del favor alla massima partecipazione alle gare di appalto "non consente di eludere l'applicazione di prescrizioni del bando dal contenuto chiaro e preciso" (Cons. Stato, V, 4 aprile 2002 n.1857).

8. Si duole ancora la ricorrente della violazione e falsa applicazione di legge in relazione all'art. 30 della L.P. 10.9.1993 n.26, al
***** 30.9.1994 n.12/10 Leg.,
all' art.90 D.P.R. 21.12.1999 n.554.

L'Amministrazione avrebbe adottato nel provvedimento di esclusione, una motivazione "autoreferenziale,

sbrigativa e superficiale, per nulla comprovata in sede istruttoria”,
nè avrebbe osservato l’obbligo imposto dalla legge di indicare nel verbale di gara l’autorità amministrativa a cui presentare ricorso ed il relativo termine, infine
avrebbe omesso di specificare la struttura competente ed il responsabile del procedimento.

Contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso in primo grado l’Amministrazione, con nota prot. n.9313/16/05 d.d 28.11.2005, ha comunicato alla ALFA i motivi che hanno determinato la esclusione dalla procedura così come specificati nel verbale di gara n.427/05 dd. 21.11.2005 e con la stessa nota ha altresì indicato le Autorità competenti ed i termini entro i quali eventualmente ricorrere.

Quanto alla indicazione della struttura competente a provvedere e del responsabile del procedimento, va rilevato che l’art.6 della L.P. 231/92 comma 2 prevede che, nel caso in cui non venga individuato il responsabile dell’istruttoria dei singoli procedimenti amministrativi, la stessa faccia capo al dirigente del servizio, e dunque, nel caso di specie, al Dirigente del servizio appalti, contratti e gestioni generali.

9. In conclusione l’appello va accolto e per l’effetto, in riforma della sentenza di primo grado, deve essere respinto il ricorso presentato dalla soc. ALFA.98.

10. Per l’effetto dell’accoglimento dell’appello ed in esito alla istanza di correzione di errore materiale notificata alle parti, presentata dalla
Provincia Autonoma di Trento, istanza in merito alla quale le parti nulla hanno osservato, il dispositivo n.461 del 2008 depositato il 12 giugno 2008
va corretto come segue: “accoglie l’appello e , per l’effetto in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso in primo grado. Spese compensate.”

Al riguardo si richiama la giurisprudenza della Sezione (Cons. Stato, V, 22 aprile 2002 n.2197) secondo la quale,
in presenza di un errore su un elemento materiale nel dispositivo pubblicato della sentenza, individuato prima che la stessa venga in essere nella sua complessiva identità, nelle materie di cui al 23 bis della legge T.a.r. , il giudice conserva un margine di intervento volto a sanare le difformità meramente esteriori tra il suo pensiero e la sua manifestazione. Né può applicarsi alla fattispecie l’orientamento giurisprudenziale secondo cui, in caso di contrasto tra motivazione e dispositivo, è a quest’ultimo che va data prevalenza (Cons. Stato, Sez. IV, 9 agosto 2000, n.4378)
atteso che nella fattispecie
l’errore del dispositivo ha natura meramente materiale essendo indubitabile dalla lettera dello stesso la volontà del Collegio

di
accoglimento dell’appello e di riforma della sentenza appellata. Ed invero, accolto l’appello e riformata la sentenza, come espressamente disposto, non poteva che conseguire il rigetto e non l’accoglimento del ricorso di primo grado.

IL PRESIDENTE

F.to *****

***** La Medica

IL SEGRETARIO

F.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 7/11/08

(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)

P. IL DIRIGENTE

f.to *****

<https://www.diritto.it/le-regole-di-gara-vincolano-rigidamente-l-operato-della-stazione-appaltante-la-quale-deve-applicarle-senza-alcun-margine-di-discrezionalita/>