



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**Lecce - Sezione Terza**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1155 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Opus Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Gianluigi Pellegrino, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Lecce, via Augusto Imperatore, 16;

***contro***

Comune di Salice Salentino, rappresentato e difeso dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, elettivamente domiciliato presso il suo studio in Lecce, via 95 Rgt. Fanteria, 9;

***nei confronti di***

Ipr Costruzioni Sas di Persano Antonio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Quinto e Pietro Quinto, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Lecce, via Garibaldi, 43;

***per l'annullamento***

- della determinazione dirigenziale del 24 giugno 2010, n. 61/455, del Comune di Salice Salentino;
- di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e/o consequenziale e, tra questi, dei verbali di gara e delle note di comunicazione in data 23 giugno 2010, prot. n. 8694, e 24 giugno 2010, prot. n. 8776;
- e per la declaratoria di nullità/inefficacia del contratto nelle more sottoscritto e del diritto della ricorrente a subentrare nello stesso a titolo di risarcimento in forma specifica e, solo in subordine, del risarcimento per equivalente;
- nonché, come da motivi aggiunti depositati il 6 agosto 2010, della nota 23 luglio 2010 prot. n. 10051 del Responsabile del V Settore - Responsabile Unico del Procedimento del Comune di Salice Salentino;
- nonché, come da motivi aggiunti depositati il 16 novembre 2010, per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto del 13 ottobre 2010, n. 1543 di Rep. stipulato tra Ipr Costruzioni Sas e il Comune di Salice Salentino.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Salice Salentino e della Ipr Costruzioni Sas di Persano Antonio;

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 13 gennaio 2011 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti l'avv. Valeria Pellegrino, in sostituzione dell'avv. Gianluigi Pellegrino, per la ricorrente, l'avv. Luigi Quinto per la controinteressata e, nelle preliminari, l'avv. Sticchi Damiani per la P.A.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

1. La società ricorrente, seconda classificata, impugna la determinazione di approvazione di tutti gli atti della gara indetta dal Comune di Salice Salentino per l'affidamento dei lavori di adeguamento degli scarichi e delle immissioni nel sottosuolo delle acque meteoriche e di aggiudicazione della stessa alla controinteressata, la Ipr Costruzioni Sas, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Parte ricorrente chiede, altresì, con motivi aggiunti, l'annullamento del provvedimento di riscontro negativo all'istanza di autotutela di cui al preavviso di ricorso del 8 luglio 2010 nonché la declaratoria di inefficacia del contratto "medio tempore" stipulato con contestuale subentro nella posizione della controinteressata, ex 245 quinquies del d.lgs. n. 163/2006, ovvero, in subordine, il risarcimento per equivalente, da quantificarsi tenendo conto del mancato profitto e della impedita maggiore qualificazione per l'illegittima omessa aggiudicazione in proprio favore.

2. A sostegno del gravame deduce i seguenti motivi:

a) violazione e falsa applicazione della “lex specialis” di gara, dell’art. 3 della l. n. 241/1990, dell’allegato al d.P.R. n. 554/99, dell’art. 97 Cost., dei principi generali in materia di evidenza pubblica;

b) eccesso di potere per assoluta irrazionalità, per falsità dei presupposti, per sviamento, per carenza assoluta di istruttoria e di motivazione.

3. Si sono costituite sia la società aggiudicataria, controinteressata, che l’Amministrazione comunale intimata, concludendo per il rigetto del ricorso.

4. Con ordinanza n. 758/2010 del 2 ottobre 2010, questa sezione ha respinto l’istanza cautelare; il Consiglio di Stato, in secondo grado, con ordinanza n. 5159/2010 del 10 novembre 2010, ha accolto l’appello interposto dalla parte ricorrente limitatamente alla sollecita definizione della fase di merito dinanzi al giudice di primo grado, sede naturale ove esperire i necessari approfondimenti.

5. Alla Camera di Consiglio del 13 gennaio 2011 fissata per la trattazione la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è fondato nei termini di seguito esposti.

I. Con il primo motivo di ricorso l’impresa ricorrente lamenta la violazione della “lex specialis” sostenendo che sia la società aggiudicataria, la Ipr Costruzioni Sas, che terza classificata, la Rizzo Costruzioni Sas, dovevano essere escluse dalla gara per avere presentato l’offerta tecnica priva delle necessarie sottoscrizioni.

La censura è fondata.

I.1. Il bando di gara, le cui prescrizioni costituiscono un autovincolo per la stessa Amministrazione appaltante, ai fini della verifica della correttezza delle offerte, in primo luogo, stabilisce che: *“la proposta progettuale dovrà essere sottoscritta sia dall’impresa che da professionista abilitato”* e *“contenere solo gli elaborati necessari (integrativi e/o sostitutivi di quelli del progetto esecutivo posto a base di gara, con gli aggiornati elenco descrittivo dei nuovi prezzi, capitolato speciale di appalto, computo metrico non estimativo, piano di sicurezza coordinamento) ...”*.

I.2. In secondo luogo, la medesima “lex specialis”, una volta enucleata la documentazione amministrativa necessaria e le buste offerta da inserire nel plico, specifica che: *“Si farà luogo all’esclusione dalla gara nel caso che manchi o risulti incompleto o irregolare alcuno dei documenti richiesti o l’offerta, oppure manchino i sigilli di cui sopra o il plico non riporti all’esterno le indicazioni richieste”* (pag. 8, quart’ultimo cpv.).

Dalla collocazione sistematica e dal tenore letterale è pianamente desumibile che tale ultima prescrizione costituisca una sorta di clausola di chiusura del regolamento concorsuale, non riconducibile alle sole disposizioni in tema di offerta economica, che immediatamente la precedono, ma al complesso delle condizioni richieste ai concorrenti per la partecipazione e per gli aspetti ivi tassativamente specificati, tra i quali è ricompreso quello in esame, la mancata sottoscrizione, quale incompletezza o irregolarità dell’offerta, intesa nella sua interezza.

I.3. Ciò premesso, con riferimento alle posizioni delle imprese controinteressate, dalla produzione in atti risulta che entrambe

dovevano essere escluse per violazione della prescrizione che stabiliva che l'offerta tecnica doveva essere sottoscritta sia dall'impresa che dal professionista abilitato:

a. per quanto concerne la Ipr Costruzioni Sas, i documenti all'uopo presentati sono carenti della sottoscrizione dell'impresa, quanto alla Relazione tecnica e al Capitolato, e della sottoscrizione di entrambi, quanto all'elenco descrittivo e al computo metrico.

In particolare, la Relazione tecnica o descrittiva delle varianti migliorative e il Capitolato Speciale di Appalto risultano firmati sul frontespizio da entrambi, rappresentante dell'impresa e professionista, mentre in calce solo dal progettista; la Tabella riassuntiva è firmata in calce solo dal progettista, il computo metrico e l'elenco descrittivo sono firmati sul frontespizio da entrambi e in calce da nessuno.

b. Quanto alla Rizzo Costruzioni Sas, terza classificata, la Relazione tecnica e gli elaborati descrittivi (elenco descrittivo nuovi prezzi, computo metrico non estimativo, Capitolato Speciale di Appalto) non sono sottoscritti né dall'impresa né dalla società di progettazione: nella specie, sono firmati sul frontespizio da entrambi ma in calce da nessuno.

I.3.1. Non ignora il Collegio un recente orientamento volto a superare ogni formalismo al fine di privilegiare la più ampia partecipazione di aspiranti alla gara, tanto da ammettere offerte redatte in modo non puntuale purché in presenza di elementi idonei a consentire l'esatta individuazione dell'impresa concorrente di provenienza, fino all'estremo di ritenere ammissibile una offerta priva di sottoscrizione

(T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 24 settembre 2009, n. 673).

Ritiene, tuttavia il Collegio, con ciò uniformandosi all'orientamento giurisprudenziale consolidato, che sia altresì opportuno che la procedura concorsuale sia espletata nel rispetto di quelle prescrizioni, sia pure di natura formale, che devono garantire, più che il "favor participationis", la "par condicio" dei contraenti. In tal senso, non possono essere assimilate alla sottoscrizione le firme e i timbri posti sul frontespizio o sulla prima pagina degli elaborati e documenti costituenti l'offerta tecnica.

I.3.2. A ciò si aggiunga la pregnante considerazione, di natura sostanziale, che la sottoscrizione di un documento è lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione anteposta contenuta nello stesso, consentendo così non solo di risalire alla paternità dell'atto ma anche di rendere l'atto vincolante verso i terzi destinatari della manifestazione di volontà; ne consegue che l'apposizione della firma debba avvenire esclusivamente in calce, ovvero in chiusura del documento, come volontà di adesione a quanto precede.

Più precisamente, nelle procedure di evidenza pubblica, l'offerta "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 e la relativa sottoscrizione 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" (Consiglio Stato, sez. V, 7 novembre 2008, n. 5547; nello stesso senso, T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 18 febbraio 2010, n. 630, e T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 19 aprile 2010, n. 5498).

Nella specie, "La sottoscrizione delle singole parti dello schema di offerta da presentare in una gara d'appalto risponde al più generale principio di necessità di approvazione espressa delle condizioni generali di contratto, di cui all'art. 1341 c.c. La mancanza di sottoscrizione delle condizioni generali di contratto comprometterebbe - ai sensi della lettura coordinata dei commi 1 e 2 dell'art. 1341 c.c. - l'efficacia delle stesse, con ovvi pregiudizi per la certezza dei rapporti giuridici nonché per il buon andamento della p.a. ed altererebbe la "par condicio" tra i concorrenti" (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 13 luglio 2010, n. 25087).

Pertanto, vale il principio generale secondo cui "la mancata sottoscrizione di un atto che costituisce uno dei documenti integranti la domanda di partecipazione alla gara da parte di un concorrente non può essere considerata in via di principio una irregolarità formale sanabile nel corso del procedimento perché fa venire meno la certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso" (Consiglio Stato, sez. IV, 31 marzo 2010, n. 1832).

In definitiva l'offerta presentata dal concorrente di una gara pubblica

deve sempre proporsi come proposta contrattuale ovvero come atto negoziale idoneo a manifestare la volontà contrattuale di concludere l'accordo in caso di aggiudicazione e ad impegnare validamente l'offerente, quantomeno rispetto ai profili essenziali del contratto; proprio in quanto la sottoscrizione esprime e qualifica la riconduzione della volontà di assumere impegno la sua mancanza è causa di inesistenza delle dichiarazioni di portata negoziale, impedendo il risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta.

I.3.3. Al riguardo, va pure rilevato che se è vero che il requisito della sottoscrizione dell'offerta è soddisfatto anche da forme equipollenti quali l'apposizione della sola sigla in calce all'offerta, unitamente al timbro dell'impresa ed alle generalità del legale rappresentante (se la funzione della sottoscrizione della documentazione è, infatti, quella di renderla riferibile al presentatore dell'offerta e, quindi, a vincolarlo all'impegno assunto, laddove tale finalità risulta in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara – cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 22 ottobre 2009, n. 1706); non altrettanto può dirsi anche per l'apposizione della firma sul frontespizio o “in testa” o sulla prima pagina che non è in grado di assolvere adeguatamente a tale complessa funzione.

Tanto più quando, come nel caso di specie, è la stessa “lex specialis” a prescrivere, a pena di esclusione, la formalità della sottoscrizione dell'offerta, dovendosi ascrivere la relativa mancanza alla

incompletezza o irregolarità dell'offerta medesima (pag. 8, quart'ultimo cpv, citato).

II. Tanto basta a ritenere il ricorso originariamente proposto meritevole di accoglimento, con annullamento degli atti e provvedimenti impugnati e con assorbimento delle ulteriori censure dedotte.

III. In merito alle pretese avanzate con il ricorso per motivi aggiunti va tuttavia rilevato che in considerazione dell'avanzato stato dei lavori e, dunque, dello stato di esecuzione del contratto di appalto stipulato già in data 13 ottobre 2010 con tempestiva consegna dei lavori, occorre tenere in debito conto l'interesse pubblico al mantenimento dei lavori ormai eseguiti in capo alla aggiudicataria.

Tali lavori, invero, per esigenze di carattere tecnico, possono essere portati ad adeguato compimento solo dall'esecutore attuale proprio in quanto rispondenti al progetto dal medesimo presentato, con impossibilità di un efficace subentro in capo all'attuale ricorrente.

Pertanto, valutati gli interessi di tutte le parti private, il Collegio ritiene opportuno mantenere efficace il contratto stipulato dall'Amministrazione comunale con l'originario aggiudicatario, la Ipr Costruzioni Sas, garantendo la continuità nell'esecuzione (T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 4 novembre 2010, n. 4552).

III.1 - Va invero ritenuta irrilevante e non manifestamente fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento agli artt. 1, ult. comma, del d.l.gs. n. 53/2010, 11, comma 10, del d.l.gs. n. 163/06 e 121 comma 1, lett. d), c.p.a. per contrasto con l'art. 76

Cost., le cui disposizioni sarebbero in violazione della legge comunitaria 2009, ed, in particolare dell'art. 44, contenente la delega al recepimento della c.d. direttiva ricorsi, non essendo stata espressamente prevista l'operatività del "stand still" sino alla pronuncia cautelare definitiva ma solo limitatamente a quella di primo grado.

Del resto, l'ordinanza cautelare di secondo grado, pur fornendo spunti per l'approfondimento della questione controversa in ordine al valore della sottoscrizione, ha accolto l'appello ai soli fini di una sollecita definizione della fase di merito in primo grado.

IV. L'accoglimento della domanda di annullamento della aggiudicazione a fronte del mantenimento dell'efficacia del contratto comporta necessariamente la possibilità di valutare essenzialmente una tutela per equivalente del danno subito.

IV.1. In proposito si osserva che nella fattispecie sono ravvisabili tanto il nesso di causalità con la condotta ingiusta della Amministrazione ravvisabile nella mancata esclusione delle altre due concorrenti illegittimamente ammesse alla procedura; quanto la colpa dell'Amministrazione che ha agito in violazione delle chiare disposizioni di "lex specialis" dalla medesima prefissate perseverando in tale condotta anche a seguito del preavviso di ricorso; quanto, infine, il pregiudizio subito dall'attuale ricorrente, ulteriore unica partecipante in gara, per non avere potuto accedere alla auspicata e probabile aggiudicazione nei propri confronti, quale seconda classificata.

Alla società concorrente in una gara d'appalto classificatasi al secondo posto, cui sarebbe probabilmente spettata l'aggiudicazione, in ragione dell'annullamento di quella disposta nei confronti della prima classificata, ove non vi fosse stato il rinnovo della procedura, va perciò riconosciuto il risarcimento per equivalente monetario del danno subito per la mancata esecuzione delle opere (lucro cessante) e per l'impossibilità di far valere in contrattazioni future il requisito legato all'esecuzione dell'appalto (perdita di chance)

Attesa la rilevante difficoltà di determinare in concreto l'esatta quantificazione del pregiudizio, il danno subito può essere liquidato in via equitativa (ex artt. 1226 e 2056 c.c.), nella misura complessiva del 5% del prezzo offerto dalla ricorrente.

V. Le spese e competenze di giudizio seguono la soccombenza e, valutati gli elementi emersi in corso di giudizio, si liquidano in euro 5.000,00 (cinquemila/00) oltre I.V.A. e C.P.A. a carico dell'Amministrazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.
- b) condanna l'Amministrazione:
  - 1) al risarcimento per equivalente come da motivazione;
  - 2) alle spese e competenze di giudizio che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00) oltre I.V.A. e C.P.A..

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Lecce nelle camere di consiglio dei giorni 13 e 27 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Patrizia Moro, Primo Referendario

Gabriella Caprini, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/04/2011

IL SEGRETARIO

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