

Consiglio di Stato, Sezione Terza, Sentenza n. 9717 del 13 novembre 2023

Appalti di servizi – Rilancio in presenza – Valido anche se sottoscritto da un solo partecipante ad ATI – Esclusione dalla gara – Illegittimità

Pubblicati il 13/11/2023

N. 09717/2023 REG.PROV.COLL.

N. 06474/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6474 del 2023, proposto dalla società (...) S.p.A. in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento con la mandante (...) S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentate e difese dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale (...), Azienda Sanitaria Locale (...), (...), non costituiti in giudizio;

Azienda Sanitaria Locale (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) S.p.A., (...), in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento con la (...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio (...);

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Terza) n. 00890/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.p.A., (...) e di Asl (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2023 il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. E' controverso l'esito della procedura aperta indetta dall'Azienda Sanitaria di (...) - in unione d'acquisto con le ASL di (...), (...) e con (...) - per l'affidamento del servizio di consulenza ed assistenza assicurativa (brokeraggio) per la durata di mesi 36, oltre eventuale opzione di proroga disgiunta per ulteriori 24 mesi (12+12).

2. Il giorno 20 giugno 2022 la Commissione si è riunita in seduta pubblica per l'apertura delle offerte economiche delle cinque concorrenti ammesse alla gara.

2.1. All'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, tre delle cinque concorrenti e, segnatamente, (...) SpA, ATI (...)/(...) e ATI (...)/(...), sono risultate appaiate al primo posto con identico punteggio.

2.2. Il Presidente della Commissione ha, pertanto, invitato le tre concorrenti a

migliorare la propria offerta economica, secondo quanto previsto dall'art. 5 del disciplinare di gara: a tal fine ha consegnato loro dei fogli prestampati, preparati seduta stante dalla stazione appaltante, da compilare indicando aliquote di provvigione più basse di quelle già offerte.

2.3. L'operatore economico ATI (...)/(...) ha compilato il modulo dell'offerta migliorativa facendolo sottoscrivere dalla sola mandataria del raggruppamento (...). Indi la scheda è stata inserita in una busta non sigillata e consegnata al Presidente della Commissione che l'ha aperta seduta stante, unitamente alle buste consegnate dalle altre due partecipanti al rilancio.

2.4. In virtù del miglior ribasso proposto, l'ATI (...) si è classificata al primo posto della graduatoria.

2.5. La seconda classificata ATI (...) ne ha tuttavia chiesto l'esclusione dalla gara, eccependo il fatto che l'offerta di rilancio era stata sottoscritta dalla sola mandataria e non anche dalla mandante (...). Quest'ultima ha quindi "seduta stante" ratificato il rilancio.

2.6. La Commissione si è riservata di approfondire la problematica.

2.7. Con successiva nota pec del 22 novembre 2022 il RUP ha comunicato alle società (...) e (...) di avere disposto, con verbale del 18 novembre 2022 (allegato alla comunicazione), la revoca della proposta di aggiudicazione formulata in data 12 luglio 2022 e la loro contestuale esclusione dalla gara.

3. Avverso i predetti provvedimenti è stato proposto da parte dell'ATI (...) il ricorso di primo grado, poi esteso con motivi aggiunti alla determina del 22 dicembre 2022 di aggiudicazione definitiva dell'appalto all'ATI (...)- (...).

4. Dopo aver respinto l'istanza cautelare con ordinanza cautelare n. 23/2023 (riformata dall'ordinanza di questa Sezione n. 783/2023) il TAR Lecce ha confermato la legittimità degli atti gravati, sulla base dell'assunto per cui il provvedimento di esclusione impugnato troverebbe causa e ragione nell'art. 48, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e negli articoli 11 e 13 del

disciplinare di gara, che imporrebbero la sottoscrizione della mandante anche per la fase di rilancio.

Il giudice di primo grado ha inoltre ritenuto che la ratifica postuma da parte della mandante non potesse avere alcun effetto sanante della mancata sottoscrizione, non essendo nella fattispecie ammesso il soccorso istruttorio.

5. L'appello qui all'esame si fonda su una argomentata riproposizione critica degli elementi deduttivi già proposti nel giudizio di primo grado, intesi ad evidenziare: *i)* la non pertinenza dell'art. 13 del disciplinare di gara, nella parte in cui impone la sottoscrizione dell'offerta economica da parte di tutte le associate in caso di raggruppamento, stante la diversa struttura e natura della fase di rilancio rispetto a quella di prima formulazione dell'offerta; *ii)* la chiara e univoca valenza delle concrete circostanze di contesto, che valevano a rendere l'espressione di volontà chiaramente riconducibile in modo unitario a tutte le imprese raggruppate, anche in virtù della ratifica immediata del rilancio effettuato, con effetto sanante, dalla società (...) immediatamente dopo i rilievi della controparte; *iii)* la violazione sia del principio del legittimo affidamento – stante la contraddittorietà della condotta della stazione appaltante rispetto alle indicazioni dettate nel modulo precompilato; sia del principio della tassatività delle cause di esclusione – stante l'enucleazione di una ragione di estromissione priva di riscontro normativo.

6. Per resistere all'appello si sono costituiti e hanno formulato deduzioni in replica sia l'ASL (...) che il RTI (...)/(...).

7. A seguito del rinvio al merito dell'istanza cautelare, la causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 9 novembre 2023.

8. Il Collegio ritiene che l'appello sia fondato, per le ragioni e nei limiti di seguito precisati.

8.1. Va innanzitutto esaminato l'assunto centrale sul quale fonda la pronuncia impugnata, concernente l'asserita piena assimilazione della fase di rilancio delle offerte economiche a quella di prima presentazione delle stesse.

8.2. Avverso questa tesi - e quindi a riprova dell'immotivata estensione ad entrambi i momenti procedurali della disciplina di cui all'art. 48 comma 8 del codice appalti 2016 (espressamente prevista per la sola presentazione dell'offerta economica "*allegata alla domanda di partecipazione*") - si torna ad obiettare da parte delle resistenti quanto già segnalato nell'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 783/2023, ovvero che la prima è "*una fase dinamica del procedimento di gara ..che presenta tratti strutturali differenti rispetto agli affermati principi relativi alla sottoscrizione dell'offerta all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara*".

8.3. A marcare la differenza rileverebbero sia le differenti modalità di svolgimento delle due fasi del procedimento di gara (sulle quali si dirà tra breve), tali da escludere l'automatica estensione anche alla fase di rilancio della disciplina dettata dall'art. 48 codice appalti per la fase di prima proposizione dell'offerta economica; sia la previsione dell'art. 18 comma 5 del D.M. 28 ottobre 1985 ("*Approvazione del nuovo capitolato d'oneri generali per le forniture ed i servizi eseguiti a cura del Provveditorato generale dello Stato*"), il quale si limita a prevedere che "*le offerte di miglioria sono presentate in forma scritta*", senza null'altro aggiungere quanto alla sottoscrizione del documento recante il rilancio; sia, infine, e con più specifico riferimento alla procedura qui controversa, le disposizioni del disciplinare di gara, in quanto recanti una regolamentazione della fase rilancio meno formalizzata rispetto a quella dell'inoltro dell'offerta economica.

8.4. Il Collegio ritiene – in assenza di una disciplina codicistica espressamente centrata sulla fase del rilancio, che imponga formalità equivalenti a quelle previste dall'art. 48 e più gravose della sola forma scritta richiesta dal menzionato art. 18 del D.M. 28 ottobre 1985 – che ad assumere particolare rilevanza siano proprio le previsioni (inoppugnate) del disciplinare di gara, le quali:

-- all'art. 13, con riguardo alle "*Modalità di presentazione delle offerte in caso di RTI o consorzi*" impongono espressamente la necessità della firma congiunta, disponendo che "*l'offerta tecnica e l'offerta economica contenute, rispettivamente, nelle buste "tecnica" e*

"economica" dovranno essere sottoscritte con firma digitale .. · dal legale rappresentante/procuratore speciale di tutte le Imprese raggruppande in caso di R.TI. e consorzi non costituiti al momento della presentazione dell'offerta";

-- all'art. 5, comma 15 (*"Svolgimento della gara"*), per la fase del rilancio, senza fare alcun rinvio all'articolo 13 dispongono che *"in caso le migliori offerte risultino con uguale punteggio si procederà, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 18, comma 5, del D.M. 28 ottobre 1985, seduta stante"*.

Dopo questa generale premessa, l'art. 5 prosegue distinguendo, per quanto qui di interesse, le seguenti due ipotesi: *"a) se i concorrenti che hanno presentato le offerte migliori di uguale punteggio sono presenti, saranno invitati a migliorare immediatamente l'offerta con una riduzione del prezzo mediante offerta segreta...; b) se risultasse assente anche uno solo dei concorrenti alla pari, si richiederà, a chi presente degli stessi, formale miglioria scritta in busta chiusa"*).

8.5. Non sfuggirà che nel solo caso sub *b)* il disciplinare richiede la *"formale miglioria scritta in busta chiusa"*, mentre per il caso sub *a)* esso si limita ad esigere *"l'offerta segreta"* (omettendo di ribadire il carattere *"formale"* e la necessità di inoltre in *"busta chiusa"*).

Vero è che anche in questo secondo caso sarà richiesta (oltre alla segretezza) anche la forma scritta del rilancio (in quanto imposta dalla generale previsione del richiamato articolo 18, comma 5, del D.M. 28 ottobre 1985); ma al contempo non vi è dubbio che il disciplinare di gara abbia voluto marcare una differenza tra le due fattispecie (che altrimenti non avrebbe avuto senso regolare distintamente), vincolando ad un maggiore formalismo il solo caso del rilancio effettuato in assenza anche di uno solo dei due concorrenti.

8.6. Dunque, a voler rendere una lettura sistematica e conservativa del senso logico-giuridico delle due previsioni disciplinari, si deve ritenere che il minor formalismo richiesto per l'ipotesi *a)* non possa che consistere (in assenza di alternative plausibili) in un alleggerimento del requisito della forma scritta, in

concomitanza con un accresciuto rilievo dei caratteri della “*immediatezza*” e della “*contestualità*”, il che apre il varco a soluzioni interpretative (quali quella dell’idoneità del rilancio apposto su foglio scritto non firmato, o firmato dal solo mandatario e non dalle altre imprese, pur presenti alla seduta di gara) astrattamente in linea con quelle perorate dalla parte qui appellante.

In altri termini, se le due fattispecie fossero accomunate da identici caratteri formali, verrebbe meno la ragione giustificativa della loro stessa distinzione; *a contrario*, la loro eterogeneità non può che emergere con riguardo ad una diversa gradazione del requisito della forma scritta.

9. Questa iniziale premessa si salda con l’analisi delle diverse caratteristiche di svolgimento dei due momenti procedurali (offerta economica e rilancio), differenze che possono assumere - sul presupposto logico dell’inquadramento normativo sin qui tracciato - un riflesso sulla a sua volta distinta modalità di esplicazione del rapporto di mandato, di formazione e di esternazione della comune volontà delle parti.

9.1. È indubbio, infatti, che la formulazione dell’offerta economica disciplinata dall’art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016 avviene *inter absentes* e, pertanto, esige un carattere prettamente cartolare e formale, poiché solo attraverso questi elementi di cristallizzazione documentale si comprova l’adesione alla proposta di tutti i partecipanti alla gara ovvero, in caso di ATI, di tutte le imprese concorrenti in forma associata; viceversa, il rilancio in presenza (l’ipotesi *sub a*) si svolge nel corso di una seduta pubblica e attraverso un contraddittorio immediato che vede, appunto, la contestuale presenza - all’interno del medesimo luogo fisico - dei concorrenti e dei componenti del seggio di gara.

9.2. Dunque, se la sottoscrizione di tutti i componenti del costituendo raggruppamento appare necessaria al momento della presentazione dell’offerta economica ex art. 48 – proprio in quanto i concorrenti non sono in presenza del seggio di gara e la sottoscrizione di tutti gli associandi rappresenta l’unico modo

per avere certezza della riferibilità agli stessi dell'offerta; altro può ritenersi con riguardo alla formulazione del rilancio in presenza, la quale, per le sue stesse modalità di svolgimento e per la partecipazione diretta e fisica dei suoi attori, può - in relazione alle sue concrete modalità di conduzione - garantire *ex se* la certezza della riferibilità dell'offerta all'intero raggruppamento e, dunque, astrattamente depotenziare la necessità della sottoscrizione congiunta del documento recante la miglioria economica.

9.3. Diventano in questo senso rilevanti le circostanze concrete in cui si svolge l'operazione del rilancio, poiché dalle stesse possono emergere elementi comprovanti la certa riconducibilità dell'offerta al complessivo raggruppamento di imprese.

9.4. Nel caso di specie è pacifico che alla seduta erano presenti i rappresentanti dei tre concorrenti e, per quanto riguarda l'ATI ricorrente, sia il procuratore della mandataria sia il legale rappresentante della mandante; che nella redazione della offerta di rilancio questi sono sempre rimasti nella stanza ove era presente la Commissione; che né il presidente della Commissione né il RUP, presente alle operazioni di gara, hanno fornito alcuna specifica disciplina ai fini della presentazione del rilancio, limitandosi alla consegna di un apposito modulo su cui apporre la nuova percentuale di provvigione; che, dopo una rapida consultazione tra i rappresentanti delle associate ivi presenti, che si sono accordati sulla percentuale di ribasso provvigionale da offrire, il modulo dell'offerta migliorativa è stato inserito in una busta non sigillata e consegnato al Presidente della Commissione.

9.5. Ebbene, come già evidenziato nell'ordinanza n. 783/2023, *“sul piano della oggettiva ed univoca valenza concludente dei comportamenti, la comune presenza alla seduta di mandataria e mandante (quest'ultima non dissenziente), e la consegna unitaria in quella sede dell'offerta”* devono univocamente intendersi come indici espressivi di una volontà congiunta di adesione al documento.

9.6. È nota, d'altra parte, quella teorica (poi tradottasi in consolidato indirizzo giurisprudenziale) che attribuisce alla produzione in giudizio di un documento la valenza di atto sanante la mancanza della sottoscrizione, in quanto condotta integrante un'inequivoca manifestazione di volontà (da parte del soggetto che allega il documento) di appropriarsi e avvalersi del negozio riportato nella scrittura incompleta (*ex multis*, Cass. civ, sez. VI, n. 2666 del 2022 e altre ivi richiamate).

Ebbene, sulla base della nota valenza di proposta contrattuale attribuibile all'offerta presentata in gara, analogo principio va applicato, in assenza di ragioni contrarie che possano confliggere con questa estensione interpretativa, al caso della consegna dell'offerta (migliorativa) effettuata - nel contesto procedimentalizzato della gara pubblica, anche questa svolgentesi innanzi ad un pubblico ufficiale, terzo rispetto alle parti - da parte del concorrente che della stessa proposta voglia avvalersi pur avendo ommesso di sottoscriverla.

9.7. Sulla scorta di quanto già evidenziato in fase cautelare, deve quindi ribadirsi che le peculiarità fattuali della vicenda all'esame - sotto il duplice profilo della disciplina dettata dalla *lex specialis* e delle modalità di svolgimento della seduta pubblica nel corso della quale è avvenuta la fase di rilancio - sono sufficienti per ricondurre ed imputare con certezza la proposta di miglioria economica al raggruppamento proponente nella sua interezza, atteso che: *a)* la nuova proposta è stata pacificamente concordata da entrambe le associate, sempre presenti nel corso della seduta; *b)* la consegna dell'offerta di rilancio ai commissari è avvenuta congiuntamente da parte degli associati, attraverso quindi una condotta concludente espressiva di unitaria adesione al documento e di una comune volontà di avvalersene; *c)* il disciplinare di gara richiedeva per l'ipotesi del rilancio in presenza la sola formalizzazione di una offerta scritta e segreta (senza nulla disporre sulla sottoscrizione del documento); *d)* quand'anche per ipotesi la si ritenesse necessaria, la sottoscrizione congiunta del documento potrebbe comunque ritenersi integrata, anche nella parte mancante, per effetto della

condotta concludente delle parti che hanno inteso avvalersene, e ciò alla stregua del principio, a giudizio del Collegio traslabile anche nel contesto di una procedura pubblica di gara in quanto derivabile dal più ampio paradigma della “condotta concludente”, per cui la produzione di un atto negoziale, ad opera della parte che non l'ha sottoscritto ma che intende avvalersene, costituisce equipollente della sua mancata sottoscrizione contestuale e perciò perfeziona *ex nunc*, sul piano sostanziale e su quello probatorio, l'atto in essa contenuto.

9.8. Così interpretata la fattispecie ed individuato nella consegna del documento il momento perfezionante la completezza e l'efficacia sostanziale del rilancio, diventa superfluo esaminare la successiva fase di svolgimento dei fatti ed in particolare la ratifica del rilancio effettuata dalla società (...) a seguito delle obiezioni sollevate dal raggruppamento concorrente; così come cadono nell'irrilevanza anche le deduzioni svolte dalle parti appellate con riguardo alla violazione dei principi di segretezza e *par condicio* che si sarebbe consumata in questa fase di ratifica, in ragione della impropria facoltà, concessa alla sola mandante (...), di avallare *ex post* il rilancio, ad offerte migliorative oramai note e, quindi, attraverso l'esercizio di un privilegio che l'avrebbe posta nella condizione di confermare o ritrattare a propria discrezione l'incremento proposto (eccependone eventualmente l'incompletezza formale), in patente violazione del canone concorrenziale e dei suoi addentellati di trasparenza e imparzialità.

10. Il Collegio ritiene infine che la soluzione qui esposta, oltre a non fare torto a nessuno dei principi dell'evidenza pubblica sopra menzionati, si ponga maggiormente in linea con quell'indirizzo interpretativo, oggi valorizzato dalle disposizioni del nuovo codice appalti e dal particolare rilievo che in esso assumono i principi di reciproca fiducia e buona fede, secondo il quale, in caso di non piena univocità delle disposizioni che regolano lo svolgimento della gara, deve essere preferita quell'interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla

partecipazione, e ciò a maggior ragione allorché la difformità evidenziata sia priva di rilievo sostanziale e ampiamente risolvibile sulla base di una lettura coordinata dei plurimi indici di interpretazione del contesto semantico nel quale essa è calata.

12. Per quanto esposto, l'appello va accolto dal che derivano, in riforma della sentenza impugnata, l'accoglimento del ricorso di primo grado, il conseguente annullamento degli atti con esso gravati, la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more stipulato e il subentro della parte ricorrente nel rapporto contrattuale.

A quest'ultimo riguardo deve solo precisarsi che la domanda di subentro (previa caducazione del contratto già stipulato dalla controinteressata) è stata ritualmente proposta in giudizio e che non emergono agli atti di causa, né sono state sollevate dalle parti, circostanze rilevanti ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. che la rendano non praticabile o inopportuna.

13. La peculiarità e la novità delle questioni trattate giustificano la compensazione delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite relative ai due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Paolo Carpentieri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni
Pescatore

IL PRESIDENTE
Mario Luigi
Torsello

IL SEGRETARIO