

La previsione nel bando di un termine di efficacia dell'offerta presentata di durata certa, stabilita preventivamente, e non più manovrabile per effetto di eventuali accordi tra partecipanti, come tali ormai individuati, ovvero ad opera della stessa commissione aggiudicatrice, risponde ad un'evidente esigenza di trasparenza delle pubbliche gare, idonea, a seconda dei casi, a non alterare il calcolo delle medie ovvero, come nella specie, la soglia di anomalia

In tema di legittimità di un bando che richieda espressamente in 180 giorni, decorrenti dalla data di presentazione dell'offerta, il periodo minimo durante il quale l'offerente doveva inderogabilmente ritenersi vincolato dalla propria offerta, merita di essere segnalato il pensiero espresso dal Consiglio di Stato nella decisione numero 1786 del 19 aprile 2007:

< Pertanto, la disposizione in questione, vera e propria *lex specialis* della gara, come tale prevalente su ogni altra disposizione di legge non incompatibile, non poteva essere disattesa nella sostanza, ammettendo, come in effetti in concreto è avvenuto, la revoca di un'offerta prima dello scadere del suddetto termine di 180 giorni.

Quanto al disposto dell'art. 75, comma settimo del R.D. 23 maggio 1924 n. 827, invocato a sostegno della diversa opinione, e secondo cui *Le offerte mandate o presentate non possono essere più ritirate dopo aperta l'asta, ma lo stesso offerente può presentarne altre prima che sia cominciata la apertura dei pieghi*, si osserva che, quanto al profilo dell'irrevocabilità dell'offerta, tale norma non esclude che il bando possa contenere una diversa prescrizione, ed in particolare un determinato diverso termine ed una relativa particolare decorrenza che consentano di neutralizzare eventuali accordi tra concorrenti, ovvero scelte della commissione, incidenti anche indirettamente sulle determinazioni in ordine all'ammissione alla gara, ed effettuate dopo che ne sia noto l'elenco dei partecipanti.

In tale quadro, resta del tutto irrilevante la circostanza, indicata dal primo giudice, delle modalità del ritiro dell'offerta, se a mezzo fax (com'era certamente in astratto possibile), ovvero personalmente, viceversa dovendosi nella specie considerare irrevocabile l'offerta fino al momento dello scadere del termine di 180 giorni dalla data della sua presentazione, e dunque non ritirabile neppure a mano>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA N. 1786/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 2951 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2006

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2951/2006 proposto da ** MICHELE rappresentato dall'avv. Gianluigi Pellegrino e presso quest'ultimo elettivamente domiciliata in Roma Corso del Rinascimento n. 11 presso il suo studio;

CONTRO

il COMUNE DI GALLIPOLI in persona del sindaco in carica rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Quinto con domicilio eletto in Roma via Cosseria n. 2 presso Alfredo Placidi;

e nei confronti

di **I S.R.L. in persona del sindaco in carica, non costituita;

per l'annullamento e la riforma

previa sospensione, della sentenza del TAR PUGLIA - LECCE SEZIONE II n. 950 del 18/2/2006, resa tra le parti, che aveva respinto il ricorso per l'annullamento:

- della determinazione n. 1357 del 7 novembre 2005 di aggiudicazione definitiva in favore della ditta **i s.r.l. del pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di realizzazione ed installazione di elementi fissi in CSL, destinati a proteggere e sviluppare le risorse acquatiche;

- del verbale di gara redatto in data 21 ottobre 2005 di determinazione del soggetto provvisoriamente aggiudicatario dei lavori;

- di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale;

e per il risarcimento del relativo danno;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta alla pubblica udienza del 28 novembre 2006 la relazione del pres. Sergio Santoro e uditi, altresì, gli avvocati Gianluigi Pellegrino e Pietro Quinto ;

Ritenuto in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Il Comune resistente aveva indetto, con la bando pubblicato il 19 settembre 2005, una gara al massimo ribasso e per l'importo di €547.157,32, per l'affidamento di lavori per proteggere le risorse acquatiche.

Nel corso della seduta di gara del 21 ottobre 2005 la commissione aggiudicatrice aveva preso atto che l'impresa ** aveva ritirato la propria partecipazione, a mezzo fax del giorno precedente.

Seguiva l'aggiudicazione provvisoria alla ditta **i s.r.l., che aveva presentato un ribasso del 11,69%, immediatamente inferiore alla soglia di anomalia calcolata nell'11,779%. L'appellante aveva viceversa presentato un ribasso ancora maggiore, pari all'11,88%, ma era stata esclusa per anomalia, pur avendo chiesto, con la nota 27 ottobre 2005, ripetuta il 14 novembre successivo, che fosse riformulata la soglia di anomalia a seguito della mancata apertura dell'offerta dell'impresa **.

Seguiva infine l'aggiudicazione definitiva alla contro interessata, di cui alla delibera 7 novembre 2005 n. 1357 impugnata.

Nel ricorso di primo grado erano dedotti i seguenti motivi:

Violazione e falsa applicazione dei paragrafi IV.3.6 e VI.4, lett. D) del bando di gara e dell'art. 2, penultimo capoverso, del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. Violazione dell'art. 1328, comma 2, c.c.;

Eccesso di potere per omessa o apparente istruttoria e difetto assoluto di motivazione. Violazione del principio della par condicio tra i concorrenti, parzialità dell'azione amministrativa.

Il Tar ha sostanzialmente motivato il rigetto del ricorso sul rilievo della revocabilità, in astratto ed in concreto, dell'offerta dell'impresa **, prima dell'apertura della busta che la conteneva.

Propone appello l'originario ricorrente con atto notificato il 7 aprile 2006.

Il Comune intimato si è costituito ed ha controdedotto puntualmente.

Con decreto del consigliere delegato n. 1733 dell'11 aprile 2006 e con la successiva ordinanza collegiale di questa sezione n. 2436 del 16 maggio 2006, è stata respinta la domanda di sospensione cautelare della sentenza appellata.

Le parti hanno depositato memorie.

DIRITTO

L'appello è fondato.

La prescrizione del bando di gara, al punto IV. 3.6, indicava espressamente in 180 giorni, decorrenti dalla data di presentazione dell'offerta, il periodo minimo durante il quale l'offerente doveva inderogabilmente ritenersi vincolato dalla propria offerta. Tale prescrizione era confermata al successivo punto VI. 4 lett. d), secondo cui l'offerta è valida per 180 giorni dalla data di presentazione.

La previsione nel bando di un termine di efficacia dell'offerta presentata di durata certa, stabilita preventivamente, e non più manovrabile per effetto di eventuali accordi tra partecipanti, come tali ormai individuati, ovvero ad opera della stessa commissione aggiudicatrice, risponde anche ad un'evidente esigenza di trasparenza delle pubbliche gare, idonea, a seconda dei casi, a non alterare il calcolo delle medie ovvero, come nella specie, la soglia di anomalia. E quest'esigenza è tanto più sentita in ipotesi, come quella per cui è causa, di possibile esclusione automatica per anomalia, senza contraddittorio.

Pertanto, la disposizione in questione, vera e propria *lex specialis* della gara, come tale prevalente su ogni altra disposizione di legge non incompatibile, non poteva essere disattesa nella sostanza, ammettendo, come in effetti in concreto è avvenuto, la revoca di un'offerta prima dello scadere del suddetto termine di 180 giorni.

Quanto al disposto dell'art. 75, comma settimo del R.D. 23 maggio 1924 n. 827, invocato a sostegno della diversa opinione, e secondo cui Le offerte mandate o presentate non possono essere più ritirate dopo aperta l'asta, ma lo stesso offerente può presentarne altre prima che sia cominciata la apertura dei pieghi, si osserva che, quanto al profilo dell'irrevocabilità dell'offerta, tale norma

non esclude che il bando possa contenere una diversa prescrizione, ed in particolare un determinato diverso termine ed una relativa particolare decorrenza che consentano di neutralizzare eventuali accordi tra concorrenti, ovvero scelte della commissione, incidenti anche indirettamente sulle determinazioni in ordine all'ammissione alla gara, ed effettuate dopo che ne sia noto l'elenco dei partecipanti.

In tale quadro, resta del tutto irrilevante la circostanza, indicata dal primo giudice, delle modalità del ritiro dell'offerta, se a mezzo fax (com'era certamente in astratto possibile), ovvero personalmente, viceversa dovendosi nella specie considerare irrevocabile l'offerta fino al momento dello scadere del termine di 180 giorni dalla data della sua presentazione, e dunque non ritirabile neppure a mano.

Deve pertanto concludersi che la commissione abbia illegittimamente disatteso le note dell'appellante 27 ottobre e 14 novembre 2005, richiedente che fosse riformulata la soglia di anomalia tenendo conto anche dell'offerta dell'impresa **, erroneamente ritenuta rinunciataria, e che ciò abbia sensibilmente alterato la determinazione della soglia di anomalia e la conseguente esclusione automatica dell'appellante, con le ovvie ripercussioni in punto di legittimità sull'aggiudicazione alla ditta **i s.r.l., che deve ora conseguentemente essere annullata.

Quanto all'istanza riproposta dall'appellante, di risarcimento dei danni derivanti dal comportamento dell'amministrazione, la sezione ritiene che la domanda non possa allo stato trovare accoglimento, in quanto l'illegittimità riscontrata nella gara comporta soltanto la sua parziale rinnovazione, con l'apertura di tutte le offerte, compresa quella dell'impresa **, nonché un nuovo calcolo della soglia di anomalia ed i successivi provvedimenti, in tema sia di esclusione che di conseguente aggiudicazione. Pertanto, il danno qui prematuramente lamentato dalla ricorrente, potrebbe viceversa effettivamente concretarsi soltanto al verificarsi dell'ipotesi di favorevole aggiudicazione a suo favore, all'esito della rinnovazione di cui si è detto.

Entro i limiti sopra indicati, dunque, l'appello si rivela fondato ed è da accogliere, con l'annullamento dell'aggiudicazione alla ditta **i s.r.l. e la parziale rinnovazione delle operazioni di gara.

Le spese di giudizio possono essere compensate, concorrendo giusti motivi al riguardo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 28 novembre 2006 con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. Sergio Santoro Est.

Cons. Raffaele Carboni

Cons. Cesare Lamberti

Cons. Caro Lucrezio Monticelli

Cons. Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE ED ESTENSORE

f.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

f.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 19/04/07

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

P. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi

N°. RIC.2951/2006

FDG