

**LA MANCATA SOTTOSCRIZIONE DELL'OFFERTA ECONOMICA
COMPORTA L'ESCLUSIONE DALLA PROCEDURA SENZA
POSSIBILITA' DI SANARE IL VIZIO MEDIANTE SOCCORSO
ISTRUTTORIO**

[Cons. Stato, sez. V, 22.8.2023 n. 7914](#)

Massime (segue testo)

<< Il motivo non può essere accolto, ritenendo il Collegio di dover dare continuità all'orientamento secondo cui “[...] *alla mancanza di sottoscrizione dell’offerta non è possibile supplire mediante il soccorso istruttorio della P.A., ciò provocando una lesione della par condicio dei concorrenti per effetto della possibilità concessa ad alcuni di sanare una carenza essenziale attinente alla volontà negoziale da manifestare in seno alla procedura nelle sole tassative modalità predeterminate nell’avviso pubblico (Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2017, n. 596; 27 novembre 2012, n. 5971)*” (Cons. Stato, V, 20 agosto 2019, n. 5751; in termini anche Cons. Stato, V, 13 febbraio 2017, n. 596; 27 novembre 2012, n. 5971).

Né, come correttamente evidenzia il primo giudice, l’assenza della sottoscrizione in calce all’offerta economica può essere surrogata dall’indicazione del relativo importo nell’ambito dell’offerta tecnica, firmata dal legale rappresentante della ricorrente, in quanto l’offerta tecnica evidenzia gli aspetti progettuali e qualitativi della proposta contrattuale, mentre con la formulazione dell’offerta economica i concorrenti determinano la precisa entità del prezzo delle prestazioni che si impegnano ad eseguire>>

Pubblicato il 22/08/2023

N. 07914/2023REG.PROV.COLL.

N. 02567/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2567 del 2018, proposto da

L'Allegra Tana Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Macellaro, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

contro

Comune di Balvano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Rosanna Faraone, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

nei confronti

Cooperativa Sociale Altri Mondi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 622/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Balvano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2023 il Cons. Valerio Perotti e dato atto del deposito della richiesta di passaggio in decisione senza la preventiva discussione, ai sensi del Protocollo d'intesa del 10 gennaio 2023, degli avvocati Macellaro e Faraone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione n. 170 del 5 agosto 2016 (pubblicata nell'Albo Pretorio dal 5 al 20 agosto 2016) il Responsabile dell'Area amministrativa del Comune di Balvano indiceva un procedimento di evidenza pubblica finalizzato alla concessione, per la durata di sei anni dalla sottoscrizione della convenzione, di un immobile di proprietà comunale (ex sede comunale) sito in Via Giovanni Paolo II, altresì approvando il bando e lo schema di convenzione.

Nella prima seduta del 15 settembre 2016 la Commissione giudicatrice prendeva atto che erano pervenute soltanto le offerte della Società Cooperativa "L'Allegra Tana" e della Cooperativa Sociale "Altri Mondi"; quindi, nella successiva seduta pubblica del 29 settembre 2009 la Commissione giudicatrice apriva le buste contenenti la documentazione amministrativa ed ammetteva al prosieguo di gara entrambi i concorrenti.

In seguito all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, la Commissione attribuiva quindi alla Cooperativa Sociale "Altri Mondi" 61 punti e 28 alla Società Cooperativa "L'Allegra Tana".

Nella seduta pubblica del 13 ottobre 2016 la Commissione giudicatrice, dopo aver reso noti i punteggi assegnati alle offerte tecniche, apriva infine le buste contenenti le offerte economiche, attribuendo il punteggio massimo di 20 punti alla Cooperativa Sociale "Altri Mondi", che aveva offerto il canone annuo di €uro4.200,00 ed escludeva dalla gara la Società Cooperativa "L'Allegra Tana", in quanto la sua offerta economica del canone annuo di euro 3.899,70 risultava priva di sottoscrizione (cfr. verbale n. 4 del 13 ottobre 2016, da cui risultava altresì che, prima di procedere all'apertura delle offerte economiche, il legale rappresentante della Società Cooperativa "L'Allegra Tana" aveva fatto notare che nell'ultima pagina dell'offerta tecnica presentata e firmata era stato precisato che si intendeva offrire il canone annuale di euro 3.899,70, e che la Commissione aveva verificato la veridicità di tale dichiarazione).

Con determinazione n. 212 del 13 ottobre 2016 (pubblicata nell'Albo Pretorio dal 13 al 28 ottobre 2016) veniva quindi adottato l'atto di aggiudicazione provvisoria in favore della Cooperativa Sociale "Altri Mondi", cui faceva seguito la determinazione n. 233 del 7 novembre 2016 (pubblicata nell'Albo Pretorio dal 7 al 22 novembre 2016), di emanazione dell'aggiudicazione definitiva.

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Basilicata la Società Cooperativa "L'Allegra Tana" impugnava la Determinazione n. 170 del 2016 ed in via gradata tutti i verbali redatti dalla

Commissione giudicatrice, nonché le successive Determinazioni nn. 212 del 2016 e 233 del 2016, con espressa riserva di motivi aggiunti avendole il Comune di Balvano negato l'accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

Con sentenza 11 ottobre 2017, n. 622, il giudice adito in parte respingeva, in parte dichiarava inammissibile il ricorso.

Avverso tale decisione la cooperativa “L’Allegra Tana” interponeva appello, affidato ai seguenti motivi di impugnazione:

1) *Violazione e falsa applicazione dell’art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016. Illogicità e carenza della motivazione.*

2) *Violazione e falsa applicazione dell’art. 30 d.lgs. 50/2016 Violazione dei principi di pubblicità e trasparenza dell’azione amministrativa (art. 97 Cost.) Vizio del procedimento relativo all’apertura in seduta riservata dei plichi contenenti le offerte tecniche Irragionevolezza, contraddittorietà ed erroneità della motivazione.*

3) *Erroneità del giudicare in ordine alla violazione del principio di continuità e concentrazione delle sedute di gara ed alla censura relativa alla mancata sottoscrizione del verbale di gara n. 3 relativo all’esame dell’offerta tecnica.*

4) *Violazione e falsa applicazione dell’art. 77 d.lgs. 50/2016 e degli artt. 97 e 107 del d.lgs. n. 267/2000 Irragionevolezza, contraddittorietà ed erroneità della motivazione.*

Si costituiva in giudizio il Comune di Balvano, concludendo per l’infondatezza del gravame, del quale chiedeva la reiezione; quindi, all’udienza del 4 maggio 2023, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello la decisione impugnata viene contestata alla luce della Determinazione ANAC n. 1 dell’8 gennaio 2015, secondo cui l’offerta priva di sottoscrizione avrebbe comunque potuto essere sanata ai sensi degli artt. 38, comma 2*bis* e 46, comma 1*ter*, d.lgs. n. 163 del 2006 (e del sopravvenuto art. 83, comma 9 d.lgs. n. 50 del 2016).

Ai sensi di tale disposizione, “*la stazione appaltante esclude i candidati in caso di mancato adempimento alle prescrizioni del codice, del regolamento e di altre leggi vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o*

di altri elementi essenziali [...]”; secondo la delibera ANAC n. 432 del 2017, ferma restando la

riconcucibilità dell’offerta al concorrente – in modo tale da escludere l’incertezza assoluta della provenienza – anche ai sensi dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, in applicazione del principio del soccorso istruttorio, sarebbe sanabile ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità, ivi incluso l’elemento della sottoscrizione.

Del resto, nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione della documentazione dell’offerta sarebbe quella di renderla riferibile al presentatore dell’offerta vincolandolo all’impegno assunto, con la conseguenza che, laddove tale finalità risulti in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell’amministrazione, non vi sarebbe spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara: nel caso di specie, risulterebbe dagli atti che l’offerta della concorrente Allegra Tana Soc. Coop. era pervenuta alla stazione appaltante in idoneo plico sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura e che all’interno del plico erano presenti tre buste, anch’esse sigillate e controfirmate sui lembi, contenenti la documentazione e le offerte, tra le quali soltanto l’offerta della busta C – contenente l’offerta economica – sarebbe risultata priva di sottoscrizione.

Inoltre l’appellante aveva già indicato, all’interno della documentazione tecnica relativa alla proposta progettuale, l’importo dell’offerta economica quale canone annuale di concessione, così come richiesto dall’art. 3 lett. B) del bando di gara.

Il motivo non può essere accolto, ritenendo il Collegio di dover dare continuità all’orientamento secondo cui “[...] alla mancanza di sottoscrizione dell’offerta non è possibile supplire mediante il soccorso istruttorio della P.A., ciò provocando una lesione della par condicio dei concorrenti per effetto della possibilità concessa ad alcuni di sanare una carenza essenziale attinente alla volontà negoziale da manifestare in seno alla procedura nelle sole tassative modalità predeterminate nell’avviso pubblico (Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2017, n. 596; 27 novembre

2012, n. 5971)” (Cons. Stato, V, 20 agosto 2019, n. 5751; in termini anche Cons. Stato, V, 13 febbraio 2017, n. 596; 27 novembre 2012, n. 5971).

Né, come correttamente evidenzia il primo giudice, l’assenza della sottoscrizione in calce all’offerta economica può essere surrogata dall’indicazione del relativo importo nell’ambito dell’offerta tecnica, firmata dal legale rappresentante della ricorrente, in quanto l’offerta tecnica evidenzia gli aspetti progettuali e qualitativi della proposta contrattuale, mentre con la formulazione dell’offerta economica i concorrenti determinano la precisa entità del prezzo delle prestazioni che si impegnano ad eseguire.

La reiezione del motivo di impugnazione, attesa la natura assorbente della questione ivi dedotta, è di per sé idonea a definire il giudizio nei sensi di respingere il gravame nella sua interezza; solo per completezza, peraltro, si ritiene opportuno esaminare, seppure brevemente, gli ulteriori argomenti di censura dedotti dalla società “L’Allegra Tana”.

Con il secondo motivo di appello, in particolare, viene contestata la decisione del TAR di non accogliere la censura relativa all’omessa apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta pubblica, nonostante risultasse dagli atti – in particolare, dalla lettura del verbale del 29 settembre 2016 – che le operazioni di apertura dei plichi “B” e di verifica del relativo contenuto non solo non erano avvenute in seduta pubblica, ma neppure sarebbero state verbalizzate in seduta riservata.

Un tale modo di procedere, lamenta l’appellante, non sarebbe stato conforme ai principi generali di trasparenza e di imparzialità dell’azione amministrativa e (più nello specifico) delle procedure di gara ad evidenza pubblica: invero – come già riconosciuto da Cons. Stato, Ad. plen. n. 16 del 2013 – “*con specifico riferimento alle operazioni da svolgere in seduta pubblica, la verifica della integrità dei plichi non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni ma è destinata a garantire che il materiale documentato trovi correttamente ingresso nella procedura,*

giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza non solo della parità di trattamento dei concorrenti [...] ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa'.

La censura non è decisiva, stante innanzitutto l'assenza di un attuale fondamento normativo: il principio ivi richiamato, infatti, era stato sì inizialmente recepito a livello legislativo con l'art. 12 del d.l. n. 52 del 2012 (poi convertito con l. n. 94 del 2012), con novella dei commi 2 degli artt. 120 e 283 del d.P.R. n. 207 del 2010, ma quest'ultimo decreto veniva infine abrogato – nella sua interezza – dalla lettera u) dell'art. 217 d.lgs. n. 50 del 2016.

Con il terzo motivo di appello si censura l'operato della Commissione di gara sia per aver violato il principio di continuità e concentrazione delle sedute di gara, sia per non aver sottoscritto il verbale di gara n. 3 relativo all'esame dell'offerta tecnica.

Neppure questo motivo è fondato.

Quanto al primo profilo, infatti, se è vero che il richiamato principio postula che la valutazione delle offerte tecniche ed economiche debba avvenire nel corso di una sola seduta, senza soluzione di continuità, al fine di scongiurare possibili influenze esterne, è pur vero che in presenza di particolari circostanze che oggettivamente impediscano tale adempimento il principio *de quo* è comunque salvaguardato in presenza di un intervallo minimo tra le sedute e di adeguate garanzie di conservazione dei plichi (*ex multis*, Cons. Stato, V, 24 aprile 2013, n. 2282).

Nel caso in esame, è ragionevole il rilievo dell'amministrazione per cui in un procedimento, come quello in esame, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le offerte tecniche devono essere esaminate e valutate in seduta segreta, mentre le buste, contenenti le offerte economiche, devono essere sempre aperte in seduta pubblica, per cui occorrono minimo due riunioni della Commissione giudicatrice.

Quanto invece al secondo profilo di censura, concernente l'asserita mancata sottoscrizione del verbale n. 3, anche a prescindere dalle condivisibili valutazioni del primo giudice circa la carenza di un obiettivo interesse al motivo di gravame, va ribadito il principio (*ex multis*, Cons. Stato, VI, 11 dicembre 2001, n. 6208) per cui *“l'esistenza giuridica di una deliberazione collegiale è riconducibile alla sola manifestazione di volontà dell'organo, indipendentemente dalla verbalizzazione della stessa; sono, infatti, due momenti distinti la manifestazione di volontà, che costituisce il contenuto della deliberazione, e la verbalizzazione che riproduce e documenta tale manifestazione attestandone l'esistenza, ma che, sebbene necessaria, non è determinante per la formazione della volontà dell'organo collegiale”*.

Con il quarto motivo di appello, infine, viene dedotta la presunta violazione dell'art. 77 d.lgs. n. 50 del 2016 e degli artt. 97 e 107 del d.lgs. n. 267 del 2000, in ragione del fatto che la Commissione di gara era stata nominata dalla giunta Comunale e la presidenza della stessa era stata attribuita al Segretario comunale.

In primis, deduce l'appellante, ai sensi dell'art. 107 cit. *“spettano ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi ed in particolare la competenza a presiedere le commissioni di gara e di concorso, le responsabilità delle procedure di appalto e di concorso [...]”* e, di conseguenza, anche la nomina della commissione giudicatrice.

Quanto invece alla nomina a Presidente della Commissione del Segretario comunale, sempre l'appellante richiama l'orientamento giurisprudenziale in base al quale tale possibilità è sì ammessa, ma solo in via residuale, nel caso in cui non vi siano funzioni dirigenziali nell'amministrazione aggiudicatrice, in applicazione dell'art. 109, comma 2, del d.lgs. n. 267 del 2000.

Deduce infine – invero piuttosto genericamente – che non sarebbero stati rispettati i criteri dettati dall'art. 77 d.lgs. n. 50 del 2016 per la nomina dei componenti della Commissione di gara, con conseguente illegittimità della stessa e nullità della delibera di giunta comunale n. 78 del 9 settembre 2016.

Il motivo è inammissibile e, comunque, infondato.

E' inammissibile in quanto pedissequa ripetizione testuale del quarto motivo di ricorso di primo grado, nella totale assenza di qualsiasi riferimento al contenuto delle motivazioni della sentenza impugnata.

Quanto poi ai singoli profili di doglianza, risulta dagli atti – come del resto ben ricordato anche nella decisione di primo grado – che il Presidente della commissione di gara, oltre ad essere Segretario comunale, era altresì responsabile dell'Area amministrativa del Comune ed in tale veste aveva emanato le Determinazioni n. 170 del 2016 di indizione di gara, nonché n. 212 del 2016 e n. 233 del 2016 (queste ultime di aggiudicazione provvisoria e definitiva della concessione).

Infine, quanto alla presunta violazione dell'art. 77 d.lgs. n. 50 del 2016, la relativa censura è inammissibile per genericità, neppure chiarendo la società appellante in quali atti o comportamenti si sarebbe sostanziata l'illegittimità contestata.

Alla luce dei rilievi che precedono l'appello va dunque respinto.

Le spese di lite del grado di giudizio possono essere interamente compensate tra le parti, in ragione della particolarità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Valerio Perotti

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO