

Autotutela in caso di contrasto tra lettera d'invito e disciplinare tecnico.

di Antonietta Sgobba

Data di pubblicazione: 24-1-2018

La coesistenza di due diversi criteri di presentazione dell'offerta crea un'obiettiva incertezza circa la corretta formulazione del ribasso da parte dei concorrenti. Di talché, deve ritenersi ragionevole e, come tale, legittima la scelta discrezionale dell'Amministrazione di procedere all'annullamento in autotutela della procedura di gara, in caso di accertati contrasto e/o antinomia tra le lettera d'invito ed il disciplinare tecnico in ordine al criterio di applicazione del ribasso.

GUIDA ALLA LETTURA

Anche se, nelle gare di appalti pubblici, il bando, il disciplinare di gara ed il capitolato speciale d'appalto hanno ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura (il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando), tutti e tre insieme i suindicati atti di gara costituiscono la *lex specialis*, avente, com'è noto, in attuazione dei principi fissati dall'art. 97 Cost., carattere vincolante sia per i concorrenti che per la stessa stazione appaltante (cfr., in tal senso, C.d.S., sez. V, 9 ottobre 2015, n. 4684).

Non di rado, purtroppo, in corso di indizione e/o di svolgimento della procedura ad evidenza pubblica si ravvisano contrasti interni tra le singole disposizioni dei vari atti che compongono la *lex specialis* (il bando, il disciplinare di gara ed il capitolato speciale d'appalto).

In siffatte ipotesi, la giurisprudenza amministrativa si è in linea di massima orientata nel senso di riconoscere una gerarchia differenziata tra gli atti stessi, attribuendo carattere prevalente al contenuto del bando di gara, atteso che le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare, quelle del bando (cfr. C.d.S., sez. V, sentenza n. 4684/2015 cit.).

Con la sentenza n. 15/2018 il TAR Veneto ha affrontato la questione della legittimità o meno dell'esercizio del potere di autotutela della P.A., laddove quest'ultima si avveda della

antinomia tra lettera d'invito e disciplinare in punto di ribassi praticabili.

Segnatamente, nella vicenda scrutinata dal TAR, è accaduto che mentre la lettera di invito, al punto "E - Criterio di aggiudicazione", faceva chiaramente e compiutamente riferimento al "Minor prezzo, inferiore a quello posto a base di gara, determinato mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara", il disciplinare tecnico, invece, all'art. 3, intitolato "Prezzi", stabiliva altrettanto puntualmente che: "I prezzi della mano d'opera, dei noli in elenco prezzi, sono soggetti a ribasso esclusivamente per quanto concerne le spese generali e gli utili di impresa (complessivamente del 24,30%)".

Nell'ambito, dunque, della *lex specialis* coesistevano due criteri di presentazione dell'offerta assolutamente incompatibili tra loro. Oltretutto, come pure correttamente osservato dal TAR, all'interno della legge di gara non v'era alcuna disposizione che prevedeva che i due criteri in questione fossero da intendersi in rapporto di genere a specie e, quindi, che dovessero essere integrati fra loro.

Ritenendo, quindi, che il contrasto esistente tra la lettera d'invito ed il disciplinare tecnico rendesse ambigua la legge di gara, nonché foriera di obiettiva incertezza circa la corretta formulazione del ribasso da parte dei concorrenti, il TAR ha giudicato legittima la determinazione della Stazione appaltante di porre rimedio all'antinomia di che trattasi, annullando in via di autotutela la procedura di gara.

E' d'immediata intuizione che così statuendo il Giudicante ha inteso salvaguardare l'interesse alla massima partecipazione, disancorandosi dall'indirizzo giurisprudenziale *in limine* richiamato sulla scorta del quale, si ribadisce, in caso di contrasti come quello in esame, deve riconoscersi prevalente il contenuto del bando.

Senonché il TAR ha ammesso espressamente che l'Amministrazione si era data una regola per risolvere eventuali contrasti tra lettera d'invito e disciplinare, stabilendo al paragrafo "J" della prima, rubricato "Altre informazioni" che: <<in caso di contrasto tra le prescrizioni del disciplinare tecnico o degli eventuali ulteriori elaborati e quelle dell'invito alla gara, prevalgono le disposizioni contenute nell'invito alla gara>>.

Per quanto chiaramente ispirata da principi di buon senso, la decisione del TAR, a ben vedere, prende le distanze non solo dall'orientamento pretorio che riconosce prevalente il contenuto del bando, ma anche dal consolidato indirizzo secondo cui la stazione appaltante è obbligata a rispettare le regole di gara a cui essa stessa si è auto-vincolata.

Sotto questo profilo, dunque, per quanto apprezzabile, la posizione assunta dal TAR non è poi così pacifica. Non a caso, in fase di appello cautelare, con l'Ordinanza 3645/2017, il Consiglio di Stato ha già avuto modo di ribaltare il *decisum* del TAR, riformando l'Ordinanza di quest'ultimo n. 339/2017, che, anticipando quello che è poi stato il giudizio di merito, aveva sostenuto che <<ad un primo sommario esame>> appariva <<corretta l'azione dell'amministrazione diretta a porre rimedio ad una obiettiva contraddittorietà tra la lettera d'invito e il disciplinare in punto di ribassi praticabili dalle concorrenti (cfr. TAR Veneto, Venezia, sez. I, Ord. 20 luglio 2017, n. 339 cit.)>>.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 792 del 2017, proposto da:

Giotto Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Creuso, Nicola De Zan, con domicilio ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R.;

contro

Comune di Padova, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesca Mazzonetto, con domicilio ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R.;

nei confronti di

Cristoforo - Società Cooperativa Sociale - Onlus, Eden Coop. - Società Cooperativa Sociale, Cooperativa Sociale Blu - Società Cooperativa non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione n. 2017/83/0152 del 1.6.2017 del Comune di Padova, Settore Opere Infrastrutturali Manutenzioni e Arredo Urbano, avente ad oggetto "**ANNULLAMENTO DELLA PROCEDURA NEGOZIATA PER AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI CUI AI PROGETTI DENOMINATI SERVIZIO DI CUSTODIA, APERTURA E CHIUSURA PARCHI ZONA NORD, SUD, ESTENSIVI E STORICI (CIG: 6969573196, 69703491F6, 69703556E8, 6970362CAD) INDIZIONE NUOVA GARA (CIG.708792980A, 7087943399,70879601A1, 7087977FA4)**";

- per quanto di ragione, delle nuove lettere di invito inviate e di ogni altro atto della fase di gara rinnovata a seguito della suddetta determinazione n. 2017/83/0152 del 1.6.2017;

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

nonché per l'accertamento del diritto dell'odierna ricorrente al conseguimento dell'aggiudicazione, anche mediante subentro nei contratti che risultassero eventualmente stipulati a seguito della riedizione delle procedure di gara decisa con l'impugnata determinazione n. 2017/83/0152 del 1.6.2017.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Padova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2017 il dott. Nicola Fenicia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Padova indiceva quattro procedure negoziate per l'affidamento del "servizio di custodia, apertura e chiusura parchi", per la zona nord della città, per la zona sud, per i parchi estensivi e per i parchi storici, il tutto per la durata di 12 mesi. Le quattro procedure dovevano aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) e dell'art. 95, comma 4, lettera c) del d. lgs. 50/2016.

In merito al criterio di aggiudicazione, giova evidenziare che:

- la lettera di invito, al punto "*E - criterio di aggiudicazione*", prevedeva il "*Minor prezzo, inferiore a quello posto a base di gara, determinato mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara*";
- il disciplinare, all'art. 3 - *Prezzi*, precisava: "*I prezzi, a cui va dedotto il ribasso d'asta, comprendono tutte le spese per i mezzi d'opera, assicurazioni di ogni specie, tutte le forniture occorrenti e loro lavorazione ed impiego... manodopera... compreso ogni compenso per gli oneri tutti che l'affidatario dovrà sostenere a tale scopo... I prezzi della manodopera, dei noli in elenco prezzi, sono soggetti a ribasso esclusivamente per quanto concerne le spese generali e gli utili d'impresa (complessivamente del 24,30%, e quindi sarà comunque garantito per esempio per la voce di elenco n° 17/18 un costo orario minimo di euro 13,76 al netto delle spese generali ed utili di impresa)*".

Esperate le formalità di gara, il seggio proponeva l'aggiudicazione in favore della prima classificata, Cooperativa Giotto, per tutti i quattro affidamenti.

Con determinazione n. 2017/83/0152 dell'1 giugno 2017 del Settore Opere Infrastrutturali Manutenzioni e Arredo Urbano, il Comune - ravvisando una insanabile contraddittorietà tra la lettera d'invito e il disciplinare in punto di ribassi praticabili dalle concorrenti - annullava in

autotutela le quattro procedure, tenendo ferme le manifestazioni di interesse acquisite, e stabiliva di reinviare la lettera di invito e il disciplinare di gara, con la precisazione, nella prima, che per le motivazioni esposte in premessa, i prezzi della manodopera e dei noli in elenco prezzi erano soggetti a ribasso esclusivamente per quanto concerne le spese generali e gli utili di impresa complessivamente pari al 24,30%.

La Cooperativa Giotto ha impugnato la determina di annullamento, deducendone l'illegittimità per violazione degli artt. 21^{octies} e 21^{nonies} della L. n. 241 del 1990, nonché dei principi di trasparenza e di imparzialità, giusto procedimento e concorrenza.

Secondo la ricorrente, diversamente da quanto scritto dal Comune nell'atto di annullamento, non vi sarebbe stata alcuna necessità di fare chiarezza in ordine alla disciplina di gara (in punto di ribasso da offrire), in quanto questa, sommariamente prevista nella lettera d'invito, veniva poi dettagliata in modo inequivoco nel disciplinare, per cui, le due citate parti della disciplina di gara si integrerebbero fra loro, come usualmente avviene, in modo che il disciplinare all'art. 3 ultima parte completerebbe e dettaglierebbe la lettera di invito (punto E).

Pertanto, secondo la ricorrente, le prescrizioni di gara erano del tutto chiare e comprensibili.

Si è costituito il Comune di Padova, contestando la tesi della Cooperativa, e chiedendo il rigetto del ricorso.

Questo T.A.R., con ordinanza emessa all'esito della camera di consiglio del 19 luglio 2017, ha respinto la domanda cautelare.

Tale ordinanza è stata riformata in appello dal Consiglio di Stato.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie conclusive e di replica.

All'udienza del 20 dicembre 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di confermare, anche all'esito di una più approfondita valutazione, il proprio sommario avviso, in ordine all'infondatezza del ricorso, espresso nell'ordinanza cautelare, pur se non condiviso dal Consiglio di Stato in sede di appello cautelare.

Ed infatti, ritiene il Collegio che l'oggettiva antinomia fra lettera d'invito e disciplinare in punto di ribassi praticabili non potesse essere risolta, come preteso dalla ricorrente, intendendo il criterio individuato dal disciplinare come una specificazione di quello portato dalla lettera d'invito.

Infatti, risulta che, mentre nella lettera di invito, al punto "*E - Criterio di aggiudicazione*" si faceva chiaramente e compiutamente riferimento al "*Minor prezzo, inferiore a quello posto a base di gara, determinato mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara*", all'art. 3 del disciplinare tecnico, intitolato "*Prezzi*" si stabiliva altrettanto puntualmente che: "*I prezzi*

della mano d'opera, dei noli in elenco prezzi, sono soggetti a ribasso esclusivamente per quanto concerne le spese generali e gli utili di impresa (complessivamente del 24,30%)".

Mentre, dunque, per la lettera d'invito l'offerta poteva consistere in un ribasso di tutti i prezzi delle voci contenute nell'elenco prezzi, che erano due: "servizio mensile di custodia comprensivo di apertura e chiusura dei parchi custoditi - operaio disabile"; e "servizio di apertura e chiusura altri parchi - operaio normodotato munito di mezzo di trasporto compreso carburante, lubrificante, ecc.", per il disciplinare, invece, gli offerenti avrebbero potuto proporre ribassi solo sulle spese generali e gli utili di impresa (pari al 24,30%).

E' di tutta evidenza che si trattava di due modalità di offerta diverse ed incompatibili tra loro, dal momento che il criterio indicato nella lettera di invito riguardava il ribasso sull'elenco prezzi (e i prezzi di elenco comprendono l'intera prestazione), mentre il criterio contenuto nel disciplinare prevedeva ribassi solo sulle spese generali e sull'utile di impresa.

D'altro canto, nessuna norma di gara prevedeva che i due criteri - peraltro, per quanto detto, non atteggiandosi in rapporto di genere a specie - dovessero essere integrati fra loro.

Pertanto, la coesistenza dei due diversi criteri creava un'obiettiva incertezza circa la corretta formulazione del ribasso da parte dei concorrenti.

Piuttosto, risulta che l'Amministrazione si era data una regola per risolvere eventuali contrasti tra lettera d'invito e disciplinare. Tale regola era contenuta al paragrafo "J - Altre informazioni" della lettera d'invito, dove, al punto w), si precisava che: "In caso di contrasto tra le prescrizioni del disciplinare tecnico o degli eventuali ulteriori elaborati e quelle dell'invito alla gara, prevalgono le disposizioni contenute nell'invito alla gara".

Se dunque l'Amministrazione avesse ritenuto di applicare rigidamente la legge di gara, in base alla suddetta regola, avrebbe dovuto applicare il criterio fissato dalla lettera d'invito (che chiedeva un ribasso sull'elenco prezzi e non solo sul 24,30%) criterio che non avrebbe consentito alla ricorrente di ottenere l'aggiudicazione.

Invece, l'Amministrazione, al fine di correggere l'obiettiva perplessità della legge di gara che aveva ingenerato non poche incertezze tra i partecipanti, ha ritenuto, in base ad una ragionevole scelta discrezionale, di procedere all'annullamento in autotutela della procedura di gara, tenendo ferme le manifestazioni d'interesse acquisite, per inviare una nuova lettera d'invito con la

precisazione che: “I prezzi della mano d’opera, dei noli in elenco prezzi, sono soggetti a ribasso esclusivamente per quanto concerne le spese generali e gli utili di impresa complessivamente pari al 24,30%”.

Per tali ragioni il ricorso deve essere respinto; tuttavia, tenendo conto del diverso avviso espresso dal Consiglio di Stato, in sede di appello cautelare, in ordine alla fondatezza del ricorso, si ritengono sussistere giusti motivi per disporre l’integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

(omissis)