



N.1653/2007

Reg. Dec.

N. 4155 Reg. Ric.

Anno 2006

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 Quarta)
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 4155 del 2006, proposto da ONAMA

S.P.A. IN PROPRIO E Q.LE CAPOGRUPPO MANDATARIA R.T.I.

- R.T.I. CAMST-COOPERTIVA ALBERGO MENSA

SPETTACOLO E TURISMO - R.T.I. CIR FOOD S.C. - R.T.I.

PEDUS SERVICE - P. DUSSMANS S.R.L. - R.T.I. PELLEGRINI

S.P.A. - R.T.I. - CNS-CONSORZIO NAZIONALE SERVIZI

SOC.COOP. - R.T.I. ORMA S.R.L. - R.T.I. - COCKTAIL

SERVICE S.R.L. - R.T.I. CONCERTA S.P.A. - R.T.I. DA S.R.L.-

RISTORAZIONE COLLETTIVA - R.T.I. - ZILCH S.R.L., in

persona del suo Amministratore pro tempore, rappresentato e

difeso dagli avv.ti Carlo Malinconico e Luca Ponti con

domicilio eletto in Roma presso lo studio Malinconico, Piazza

dei Caprettari, n.70;

contro

MINISTERO DELLA DIFESA, in persona del ministro in carica,

rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale Stato, con

domicilio per legge in Roma, via dei Portoghesi, n.12;

e nei confronti di

GEMEAZ CUSIN S.R.L., IN PROPRIO E QUALE MANDATARIA R.T.I., in persona del suo Amministratore pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Francesco Belocchio, Giutino Ciampoli e Paolo Vaiano, con domicilio eletto in Roma presso lo studio del'ultimo, Lungotevere Marzio, 3;
di AVENANCE SPA, SERIST SERVIZI RISTORAZIONE SPA, SODEXHO ITALIA SPA, IN PROPRIO E NELLE RISPETTIVE QUALITA' DI MANDATARI R.T.I., non costituite;

per la riforma

della sentenza del TAR LAZIO - ROMA, Sezione I BIS, n.131/2006 , resa tra le parti, concernente gara telematica per fornitura del servizio di ristorazione per il Ministero Difesa.
Visto l'atto di appello con i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa e di Gemeaz Cusin S.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti gli atti tutti della causa;
Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;
Alla pubblica udienza del 14 novembre 2006, relatore il Consigliere Vito Carella;
Uditi gli avvocati Terracciano su delega dell'avv. Malinconico, l'avv. Ciampoli e l'Avv. dello Stato Cosentino;

FATTO

L'odierna appellante ONAMA, in costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con le altre società indicate nell'epigrafe, è stata aggiudicataria provvisoria dei tre lotti relativi alla gara telematica per la fornitura del servizio di ristorazione a titolarità del Ministero della Difesa: veniva successivamente esclusa perché le offerte sono state confermate con firma digitale dalla sola capofila, e non anche da ogni singola impresa da raggruppare in RTI.

Il TAR adito avverso tale esclusione e contro la conseguente aggiudicazione disposta nei confronti della seconda graduata Gemeaz Cousin, con la sentenza gravata assunta ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge 21 luglio 2000, n.205, riuniti i separati ricorsi proposti da parte ricorrente, ha immediatamente definito e respinto nel merito la controversia, rilevando che:

- a. – in via generale e speciale, come da bando, v'è obbligo di sottoscrizione da parte delle singole imprese costituenti il raggruppamento, nell'ipotesi di offerta congiunta proveniente da un raggruppamento temporaneo non ancora costituito;
- b. – nel caso in esame, la mancata conferma da parte delle altre associate, determina la nullità della dichiarazione e, conseguentemente, l'esclusione dell'offerente, anche nell'assenza di un'esplicita comminatoria in tal senso nel bando di gara, senza possibilità alcuna di "regolarizzazione".

Con l'appello in esame, che ha investito prima il dispositivo e poi le relative motivazioni, parte soccombente chiede che i ricorsi di primo grado riuniti siano accolti, deducendo sette motivi, oltre la domanda di risarcimento danni, tramite i quali ha censurato la sentenza impugnata e contestato la procedura di gara, previa illustrazione delle norme di partecipazione e degli esiti della vicenda di causa; in particolare, con il primo motivo di appello, viene dedotta nullità della sentenza in prime cure per la non corretta procedura seguita dal Collegio, posto che la pubblicazione del dispositivo è consentita (solamente) all'esito di una udienza di merito, e non già all'esito della Camera di Consiglio (che di per sé può invece partorire, caso mai, una sentenza resa in forma semplificata e, quindi, immediatamente completa di motivazione).

Resistono in giudizio il Ministero della Difesa e il raggruppamento controinteressato, che hanno concluso per la reiezione dell'appello siccome infondato.

Alla pubblica udienza del 14 novembre 2006, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – A seguito di gara telematica, è controversa l'esclusione dall'aggiudicazione provvisoria di costituendo raggruppamento temporaneo, in relazione alla circostanza che non tutte le imprese associate hanno confermato le offerte con firma digitale, che è stata apposta dalla sola capofila.

Venendo ai motivi di appello, configurati dalla ricorrente in sette mezzi (tre contro il dispositivo e quattro avverso le motivazioni) merita notare che questi sono riducibili ad un doppio tema, seppure per profili diversi ma dipendenti, come di seguito sintetizzati:

a. – la ritualità della sentenza di primo grado, asseritamente assunta dal Collegio con i poteri propri esercitabili a seguito di un'udienza di merito, in luogo di quelli possibili in sede di Camera di Consiglio, con la conseguenza che, nel primo caso, sarebbe consentito emettere il dispositivo, come accaduto nella specie, mentre, nella seconda ipotesi, andrebbe emessa immediatamente la decisione in forma semplificata;

b. – a dire di parte deducente la mancata apposizione di firma elettronica da parte di tutti i componenti di un RTI ancora da costituirsi non determina nullità e, quindi, inesistenza dell'offerta, anche perché sottoscritta elettronicamente dalla mandataria ONAMA e nel frattempo pure ratificata a seguito della costituzione del RTI (23 marzo 2006), inadempimento comunque regolarizzabile, in considerazione della forma telematica di gara che ha generato un unico Account ed un unico PIN, sicchè l'art. 11, comma 2, del d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157, non può ritenersi violato in quanto, esaurita la fase della negoziazione, non v'è più da dover rispettare la par condicio, essendo l'offerta ONAMA la migliore, senza dire che l'art. 8 del disciplinare di gara non commina alcuna espressa sanzione di nullità, cosicchè tale norma – unitamente agli

articoli 24 e 38 del disciplinare – in caso di difforme interpretazione, sarebbe da considerare illegittima nella misura in cui, per un verso non ne prevede la sanabilità in violazione del principio generale di conservazione degli atti e, dall'altro, non fa applicazione dei principi civilistici in tema di rappresentanza, mentre la sentenza impugnata ha avallato una interpretazione formalistica e non sostanziale della lex specialis stessa, in contrasto a Cons. St., V, 6 marzo 2006, n. 1068;

c. – illegittimità derivata dell'aggiudicazione disposta nei confronti della seconda classificata a causa della illegittima esclusione, con la conseguenza che vanno necessariamente travolti i provvedimenti di aggiudicazione relativi ai lotti 1, 2 e 3 in favore dei controinteressati;

d. – in derivazione dall'illegittimo affidamento a Gemeaz Cousin, consegue anche il travolgimento del contratto relativo ed, ove nel frattempo si siano prodotti effetti irreversibili, il risarcimento dei danni per equivalente.

Così precisati i fatti di causa, possono ora essere affrontate le questioni introdotte.

2. – Prioritario è l'esame della prospettata nullità della sentenza gravata per affermato vizio di procedura in quanto sarebbe stata dal giudice di primo grado "scambiata" la Camera di Consiglio con l'Udienza di merito, travisandosi i poteri di cui il Collegio stesso disponeva.

Parte appellante affida le proprie difese ai postulati di seguito esposti:

- non è conosciuto dalla legge TAR (6 dicembre 1971, n.1034, e sue successive modificazioni ed integrazioni) “l’ibrido” tra quanto previsto dall’art.23 bis e quanto invece dall’art.26 in termini di decisioni;
- il contraddittorio non era nemmeno completo, alla luce della avvenuta costituzione di Gemeaz solamente nel primo dei due ricorsi (RG.n.3218/2006) e del fatto che l’avvocatura dello Stato non si era costituita in nessuno dei due;
- il Collegio aveva espressamente avvertito i presenti della possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, ma non aveva affatto prefigurato la possibilità di una semplice, immediata, pubblicazione del dispositivo;
- avverso tale dispositivo è possibile solamente un appello “al buio”, con conseguente pregiudizio in termini di diritto di difesa, che non può esplicitarsi al meglio ed in modo veramente completo, dovendosi attendere comunque gli incerti termini del deposito della motivazione.

Siffatte doglianze sono totalmente prive di pregio e vanno quindi respinte perché infondate in punto di fatto e di diritto, alla stregua di consolidata giurisprudenza dalla quale non vi è ragione per discostarsi e alla quale si rinvia, ai sensi dell’art.9 della legge 21 luglio 2000, n.205 (V, 3 agosto 2004, n.5429; IV, 5 agosto 2003, n.4464; VI, 7 febbraio 2003, n.650).

Rileva in linea preliminare la Sezione che la nullità deve essere prevista dalla legge a fronte di una espressa comminatoria: nella specie, per gli aspetti che qui rilevano, l'art.9 della legge n.205/2000 prescrive tassativamente come punti cardinali l'indicazione espressa circa l'audizione delle parti sullo specifico tema della possibilità di definizione nel merito del giudizio e la completezza del contraddittorio.

Orbene, la citata norma non prevede affatto che le parti devono essere avvisate anche dell'emissione del dispositivo; ma su ciò si tornerà in appresso.

Qui preme solo rimarcare, come risulta dalla lettura della sentenza e parte reclamante stessa ammette, che vi è stata audizione senza opposizione alcuna delle parti costituite e presenti; né parte appellante può farsi portatrice dell'interesse processuale delle controparti che, se avessero voluto, dovevano produrre specifico appello incidentale.

Invece, circa la completezza del contraddittorio, questa deve essere acclarata avendo quale parametro di raffronto i termini e le regole proprie della fase del giudizio cautelare (ossia, la ritualità del ricorso ed il rispetto del termine concesso alle parti intime per la discussione dell'istanza incidentale) nella quale si innesta – per l'appunto – la riconosciuta possibilità di azionare il sistema di conversione: da alcuna parte, però, è stata prospettata in primo grado la necessità di un differimento ai fini della piena esplicazione della difesa (né in questa sede si deduce ciò).

Ne consegue, alla luce del fatto che il ricorso risultava prima facie infondato e l'apparente complessità derivava, non dalle relative problematiche ma solo dalla ventilata impostazione del ricorso (teso a nascondere il reale tema da dibattere) che nel caso di specie erano compresenti tutti i presupposti formali e processuali per adottare la gravata decisione semplificata.

Relativamente al ritenuto "ibrido" è sufficiente sottolineare come, una volta ritualmente convertita l'azione cautelare in giudizio di merito, la pienezza dei poteri del giudice adito non incontra limite se non nelle regole proprie di tale giudizio, senza dire che la questione della pubblicazione del dispositivo è anche mal posta, perché è tema il quale attiene alla natura della controversia, ai sensi dell'art.23 bis, il quale fa salva l'applicazione dell'art.26, quarto comma, della legge n.1034 del 1971 (come da modifica introdotta dall'art.9 della legge n.205 del 2000).

Né il dispositivo, di per sé, ha limitato l'esercizio del diritto di azione, assicurando il sistema sia il suo immediato gravame anche ai fini cautelari, sia la proposizione di motivi aggiunti, tant'è che nonostante l'enunciato "buio", contro il dispositivo e la successiva motivazione parte appellante ha comunque analiticamente disquisito ed ha riproposto i motivi del ricorso di primo grado.

In breve, e per concludere, essendo state rispettate le forme processuali tese ad assicurare l'effettivo conseguimento del bene della vita di cui parte appellante ha predicato la lesione,

la censura di viziata pronuncia per essere stato pubblicato il dispositivo in sede di rito semplificato non può che essere apprezzata infondata e, quindi, da respingere.

3. - Nel merito va subito posto in rilievo il punto nodale della controversia: la corretta modalità di sottoscrizione delle offerte nelle gare telematiche con riguardo alle prescrizioni del disciplinare di gara in relazione alle specifiche norme previste dal D.P.R. 4 aprile 2002, n. 101 (Regolamento recante criteri e modalità per l'espletamento da parte delle amministrazioni pubbliche di procedure telematiche di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi).

Questo regolamento – per quanto qui rileva – articola la procedura telematica in due distinte fasi, come da articolo 4, commi 5 e 6:

i.- le operazioni effettuate nell'ambito delle gare telematiche e dei sistemi informatici di negoziazione sono riferibili all'utente sulla base del processo di autorizzazione (cfr. art. 1 lett. M) e si intendono compiute nell'ora e nel giorno risultanti dalle registrazioni di sistema...;

ii.- le offerte, le dichiarazioni e gli atti risultanti dalle operazioni di cui al comma 5 sono comunque successivamente confermati con l'utilizzo dello strumento di sottoscrizione, intendendosi per tale – alla stregua delle definizioni riportate sempre all'art. 1, lett. N – la firma digitale basata su di un certificato qualificato, rilasciato da un certificatore accreditato

e generata mediante un dispositivo per la creazione di una firma sicura.

Vanno perciò contrastati i tentativi, della pur abile difesa della parte appellante, di sovrapporre il “processo di autorizzazione”, ossia la modalità informatica che consente all’utente la partecipazione alle procedure telematiche di acquisto, allo “strumento di sottoscrizione”, cioè l’uso della richiamata firma digitale.

In altri termini, lo “Account e il PIN”, quali codici di identificazione assegnati per la casella di posta elettronica attribuita, sono necessari sul versante della procedura telematica, per interagire con il sistema allo scopo della riferibilità al soggetto singolo abilitato, oppure delegato in nome e per conto del RTI, a compiere tutte le operazioni di gara, compresa la presentazione delle offerte; la firma digitale (tramite la cosiddetta “Smart Card”) è, invece, operazione con cui si attribuisce validità e genuina provenienza alla manifestazione di volontà espressa da parte del soggetto tenuto ad assumere l’impegno o vincolo (nella specie, contrattuale) reso in forma telematica, all’uopo dotandosi di un pacchetto (Kit) di firma digitale rilasciato da uno degli enti certificatori iscritti all’Albo CNIPA, che è strumento personale ed individuale.

Vale a dire, sotto altre parole, che l’Account e il PIN sono unici per parte partecipante (singola o raggruppata), ma il sistema non impedisce di recepire l’unica o le diverse firme digitali in

relazione alla composizione dell'unitario centro di interessi obbligato.

Al riguardo, merita osservare che la stazione aggiudicatrice – all'art. 8 del disciplinare – ha avvisato i concorrenti, attirando la loro attenzione ai fini dell'aggiudicazione provvisoria, come segue: “entro 3 (tre) giorni lavorativi dal termine della gara telematica, al concorrente che abbia effettuato la migliore offerta valida, secondo le regole stabilite in precedenza, nonchè al concorrente che abbia effettuata la seconda migliore offerta valida, verrà richiesto di sottoscrivere a mezzo di firma digitale, sia le offerte effettuate come risultanti dalle registrazioni del sistema, che il documento *offerta tecnica ed economica* contestualmente inviato in modalità telematica.

In particolare, in caso di RTI costituito, il documento *offerta tecnica ed economica* dovrà essere sottoscritto a mezzo di firma digitale dall'impresa mandataria del raggruppamento stesso; in caso di RTI costituendo, il sopraccitato documento, dovrà essere sottoscritto a mezzo firma digitale da tutte le imprese costituenti il raggruppamento”.

Deriva da ciò che parte ricorrente non può “ora venire contra factum proprium” e sostenere l'irrilevanza dell'adempimento mancato, la cui essenzialità viene in prosieguo affrontata, ovvero prospettare la sufficienza di firma da parte della sola mandataria del costituendo raggruppamento.

4. – Sotto questa linea argomentativa va considerato che la firma digitale costituisce soltanto modalità diversa rispetto

alla sottoscrizione tradizionale per iscritto e, quindi, essa non va ad alterare la struttura dei documenti generati in via telematica oppure la funzione propria del procedimento cui accedono (nello specifico, gara).

Nel procedimento di formazione dei contratti degli Enti pubblici, come previsto dal R.D. 23 maggio 1924, n. 827 (recante il regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato), la formulazione del prezzo di offerta costituisce un momento essenziale e l'offerta stessa deve formare oggetto di dichiarazione di volontà espressa in modo formale e con assoluta chiarezza e precisione, in quanto è proprio nell'offerta che si esprime la volontà negoziale del concorrente di assumersi il preciso impegno di esecuzione della prestazione a determinate condizioni, comunicate con efficacia vincolante (poco rileva se per scritto o in via telematica) all'Amministrazione che, a sua volta, aderendo all'offerta stessa, determina la formazione del contratto.

Nello specifico, l'art. 11, comma secondo, del d. l.vo 17 marzo 1995, n. 157 (concernente attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi), di cui è fatta applicazione dal bando in questione, nel disciplinare la partecipazione anche di gruppi temporanei d'impresa, prescrive che "l'offerta congiunta deve essere sottoscritta da tutte le imprese raggruppate".

Anche l'art. 37, comma 8, del recente d. l.vo 12 dicembre 2006, n. 163, (inerente al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) prevede che, in caso di associazione temporanea non costituita, l'offerta economica deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno il raggruppamento temporaneo.

In tema di ritualità dell'offerta presentata da un RTI non ancora costituito, questo Consiglio è fermo nel ritenere che essa va sottoscritta da tutti i soggetti del costituendo raggruppamento (cfr., in tal senso Cons. St., VI, 29 maggio 2006, n. 3250; V, 30 agosto 2005, n. 4413; IV, 17 febbraio 2004, n. 623).

Come quindi ha correttamente stabilito la stazione appaltante con l'esclusione, in presenza di una clausola del bando che consentiva espressamente la partecipazione di un'ATI non ancora costituita, l'offerta può ritenersi validamente presentata a condizione che tutti i soggetti che si sono proposti di dare vita al Raggruppamento sottoscrivano l'offerta, ovvero che il soggetto che partecipa alla gara anche a nome degli altri dimostri di averne ricevuto mandato.

A nulla giovano perciò le inconferenti doglianze di violazione dei principi civilistici in tema di rappresentanza, nell'assenza di un mandato collettivo speciale anteriore alla proposizione dell'offerta.

La circostanza infatti che il bando non prescrivesse espressamente al partecipante di munirsi di procura o di

stipulare apposito contratto di mandato (in previsione della formale costituzione di una Associazione), e che dunque per agevolare la partecipazione alla gara da parte di costituende ATI non fosse previsto un particolare "formalismo", non escludeva la necessità che l'offerta presentata fosse imputabile a tutti i soggetti del raggruppamento in via solidale: per questo scopo le prescrizioni di gara lasciavano liberi i concorrenti di scegliere l'alternativa preferita (mandato di costituzione oppure firma congiunta).

Solo la sottoscrizione congiunta dei soggetti facenti parte dell'Associazione non ancora costituita (o la esibizione del mandato ricevuto dagli altri) può costituire infatti garanzia della corretta individuazione del soggetto contraente da parte dell'Amministrazione appaltante, nonché della affidabilità dell'offerta.

Risulta, d'altra parte, di per sé evidente come le offerte delle ATI costituende debbano essere sottoscritte dai legali rappresentanti di tutte le associande, non avendo la capogruppo designata alcun potere di esprimere la volontà delle future mandanti (C.G.A., 7 dicembre 2005, n. 837).

In questa prospettiva, la pretesa dell'appellante, di vedere spostata in là (tramite postuma ratifica) il momento della verifica in ordine alla veridicità del soggetto offerente, contrasta con il principio per il quale è l'aggiudicazione, quale atto decisivo del procedimento di individuazione del

contraente, a segnare il momento dell'incontro della volontà delle parti di perfezionare il contratto.

La conclusione cui è pervenuto il giudice di prime cure non è pertanto minimamente scalfita dai rilievi mossi con l'odierno atto di appello.

5. - Infatti, come affermato da questa Sezione in fattispecie similare (Cons. St., IV, 19 giugno 2006, n. 3660), l'invocata interpretazione in chiave sostanziale delle prescrizioni del bando, incontra un duplice limite:

a) la regolarizzazione deve riferirsi a carenze puramente formali od imputabili ad errori solo materiali (Cons. St., sez.VI, 31 agosto 2004, n.5734);

b) la regolarizzazione non può mai riguardare produzioni documentali violative di prescrizioni del bando (o della lettera di invito) presidiate dalla comminatoria di esclusione (Cons. St., sez.IV; 9 dicembre 2002, n.6675).

Orbene, nella fattispecie in esame, ricorrono entrambi gli ostacoli appena precisati: la mancata firma congiunta integra, invero, un adempimento sostanziale, e non il completamento di un documento solo formalmente carente, ad una precisa prescrizione di gara rivolta a tutte le imprese raggruppate inadempienti e non solo alla mandataria e si riferisce ad una regola partecipativa la cui inosservanza risulta espressamente sanzionata, nella lettera di invito, con l'esclusione.

Conseguentemente, non sussiste contrasto alcuno della sentenza impugnata rispetto al riferito precedente pronunciato da Cons. St., V, 6 marzo 2006, n. 1068.

E' vero che con questa decisione si è statuito che la disposizione racchiusa nell'art. 16 del D.L.vo n. 17 marzo 1995 n. 157 (secondo cui <<le amministrazioni aggiudicatrici invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati >>) non ha inteso assegnare alle amministrazioni aggiudicatrici una mera facoltà o un potere eventuale, ma ha piuttosto inteso codificare un ordinario *modus procedendi*, volto a far valere, entro i limiti già precisati, la sostanza sulla forma (o, peggio, sul formalismo dell'esibizione della documentazione in gara), orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2003, n. 7275); ciò in quanto l'istituto comunitario di carattere generale è diretto ad evitare che la esigenza della massima partecipazione possa essere compromessa da carenze di ordine meramente formale nella documentazione (Consiglio Stato sez. V, 17 febbraio 1999, n. 177).

Tuttavia, con essa viene pure precisato che tale disposizione incontra dei limiti applicativi che la giurisprudenza ha individuato:

a) nel limite del principio della *par condicio* tra i concorrenti: la

disposizione *de qua* non può essere utilizzata per supplire alla inosservanza di adempimenti procedurali o alla omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara (Cons. Stato, sez. V, 22/04/2002, n. 2191);

b) nel limite degli elementi essenziali (ovvero dei profili sostanziali): nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda (Consiglio Stato, sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6684), con salvezza delle ipotesi in cui gli atti tempestivamente prodotti e già in possesso della amministrazione, costituiscano ragionevole indizio (cd. principio di prova) del possesso del requisito di partecipazione, non espressamente o univocamente documentato;

c) nell'ulteriore limite che la regolarizzazione trova ingresso essenzialmente quando si tratta di porre rimedio a incertezze o equivoci generati dalla ambiguità delle clausole del bando e della lettera di invito o comunque presenti nella normativa applicabile alla concreta fattispecie: ma, in presenza di una prescrizione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un'impresa concorrente, l'invito alla regolarizzazione costituisce violazione del predetto principio (Consiglio Stato, sez. V, 4 febbraio 2004, n. 364; Consiglio Stato, sez. V, 4 luglio 2002, n. 3685).

Non è però questo il contesto che ne occupa in cui si discorre di ritualità dell'offerta per profili essenziali di essa che avrebbero alterato la par condicio sostanziale tra i concorrenti (nella discussione è emerso che controparte ha provveduto a

confermare l'offerta nel termine dei tre giorni con firma digitale congiunta).

Correttamente, allora, il giudice di primo grado ha escluso nella fattispecie la regolarizzabilità dell'offerta.

6. - Per esaustività e per concludere, non è controverso in vicenda che l'offerta dell'ATI appellante è stata sottoscritta con firma digitale soltanto dalla mandataria designata e non anche dalle mandanti, così come prescritto dal bando per i raggruppamenti non costituiti, sicchè nessun impegno vincolante veniva a nascere né per le mandanti, né tanto meno per il Raggruppamento, il quale non era ancora costituito e lo verrà solo successivamente.

Né può fondatamente sostenersi che la mancata firma congiunta dell'offerta sia sostituibile dalla sottoscrizione apposta dalla sola mandataria e completata mediante una postuma attività integratrice perché, sotto il profilo amministrativo, l'offerta costituisce un documento essenziale della procedura di pubblica gara e per essa valgono i consueti requisiti formali e sostanziali di validità, in difetto dei quali l'atto è nullo e non annullabile perché la forma è anche sostanza quando ad essa presiede la volontà di legge.

E' pacifico che le modalità prescritte per la presentazione delle offerte sono inderogabili, e, come in caso di mancata osservanza, la sanzione è l'esclusione per la violazione di regole aventi portata sostanziale (Cons. St., IV, 17 febbraio 2004, n. 623).

Ciò, in quanto, come affermato da Questa Sezione nella decisione sopra riportata, la “sottoscrizione” dell’offerta si colloca non già sul piano degli atti dichiarativi di conoscenza dell’area da negoziare, ma su quello naturalmente proprio alla espressione della volontà contrattuale, volontà che si incentra, nel sistema della pubblica gara, nella indicazione dell’offerta economica quale momento qualificante dell’impegno della parte offerente.

Osservazione, quest’ultima, che preclude in radice ogni tentazione “sostanzialistica”.

Infatti, il principio di strumentalità delle forme, che esprime ad un tempo una valenza procedimentale e processuale, non si attaglia alla specifica vicenda dedotta in contenzioso, il cui corretto inquadramento giuridico impone piuttosto di far riferimento, non all’aspetto dinamico di conservazione degli atti giuridici, ma a quello propriamente sostanziale della irritualità dell’offerta stessa per incompletezza della dichiarazione a causa della sua mancata sottoscrizione, come per legge, da parte di tutti gli offerenti obbligati, non essendo stata ancora costituita la formale associazione di imprese con il mandato irrevocabile alla capofila.

Mette conto così soffermarsi sulla circostanza dirimente che l’effetto di certezza, proprio di un’offerta economica, non presuppone mai un’intermediazione di tipo amministrativo discrezionale, producendosi soltanto a seguito del perfezionamento di una determinata fattispecie normativa in

presenza delle previste condizioni di legge, che non sono nella disponibilità delle parti.

Ne deriva che il principio di strumentalità delle forme non può mai prevalere sul regime della nullità, qualora quest'ultima discenda dalla carenza strutturale dell'atto per difetto di uno dei suoi elementi essenziali (cfr. art. 156, comma secondo, del codice di procedura civile).

La sentenza impugnata resiste, perciò, nella sua parte decisoria, all'urto dialettico dispiegato dalla difesa degli appellanti.

7. – Merita pertanto di essere confermata l'impugnata sentenza in forma semplificata, la cui decisione espone con adeguata chiarezza le ragioni che hanno indotto al rigetto del ricorso di primo grado.

L'appello va dunque respinto perché infondato, unitamente alla collegata domanda risarcitoria, che resta attratta e resa evanescente dalla reiezione della domanda principale di annullamento.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese di lite relative al presente grado di giudizio che liquida in complessivi

€ 6.000,00 (euro seimila/00), oltre IVA e CPA in ragione della metà in favore di ciascuna delle parti appellate costituite.

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

Così deciso in Roma, addì 14 novembre 2006, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione IV, riunito in Camera di Consiglio con l'intervento dei magistrati :

| | |
|----------------------|---------------------|
| Costantino Salvatore | - Presidentef.f. |
| Luigi Maruotti | - Consigliere |
| Anna Leoni | - Consigliere |
| Carlo Deodato | - Consigliere |
| Vito Carella | - Consigliere, est. |

L'ESTENSORE
Vito Carella

IL PRESIDENTE F.F.
Costantino Salvatore

IL SEGRETARIO
Rosario Giorgio Carnabuci

Depositata in Segreteria

Il 11/04/2007....
(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)
Il Dirigente
Dott. Antonio Serrao