

## Natura giuridica della lettera di invito nelle procedure sotto soglia

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 8-3-2018

Le forme maggiormente snelle della procedura negoziata non permettono che la lettera di invito posta a governo della procedura ed in cui sono fissate le regole procedurali preventive di qualificazione soggettiva e di selezione che presiedono alla scelta del contraente venga a perdere il carattere normativo procedimentale di *lex specialis*, per cui nella sua specifica funzione di atto di portata precettiva non può essere derogato, né possono prevalerne interpretazioni ambigue, come il successivo richiamo ai requisiti richiesti come unico limite alla partecipazione, laddove la medesima lettera rechi tra le sue regole cardine indicate nel capo I e particolarmente evidenziate la non ammissibilità di materiale con caratteristiche differenti da quelle specificamente riportate nell'allegato A che è parte integrante e sostanziale della stessa lettera di invito.

### Guida alla lettura

Il Consiglio di Stato con la sentenza in rassegna ha preso posizione sulla natura giuridica della lettera di invito prevista per le procedure negoziate indette ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. B) del D.lgs n. 50/2016 – relativa alle gare sotto soglia la cui base d'asta si colloca tra gli € 40.000 ed i 150.000,00, quindi senza previo bando di gara e governata dalla lettera di invito che svolge anche il ruolo di disciplinare di gara, la quale, nonostante la snellezza della forma, non perde il carattere normativo procedimentale di *lex specialis*, con la conseguenza che nella sua specifica funzione di portata precettiva, non può essere derogata, né possono prevalerne interpretazioni ambigue.

Per comprendere pienamente le statuizioni del Consiglio di Stato, è opportuno richiamare le doglianze manifestate dal ricorrente.

In particolare, l'impresa ricorrente, collocatasi seconda in graduatoria, lamentava la mancata allegazione, da parte del dell'operatore cui successivamente veniva affidato l'incarico, della documentazione richiesta dalla stessa lettera di invito, in particolare nell'allegato A, il quale imponeva, a pena di esclusione, la presentazione in sede di gara delle certificazioni dei materiali offerti per la realizzazione della pavimentazione della palestra.

In primo grado, il TAR adito, respingeva il ricorso, accogliendo le argomentazioni presentate dal Comune resistente, le quali, vertevano sostanzialmente, sulla circostanza che trattandosi di

procedura negoziata, nella quale il criterio di aggiudicazione previsto era rappresentato dall'offerta più bassa, con la conseguenza che le questioni tecniche avrebbero avuto rilevanza in sede di esecuzione del contratto.

L'impresa collocatasi al secondo posto in graduatoria impugnava la predetta sentenza sulla base dell'assunto in base al quale l'impresa aggiudicataria, controinteressata nel giudizio, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non avere rispettato la previsione dell'Allegato A al disciplinare di gara.

Resisteva in giudizio la stazione appaltante, ritenendo che trattandosi di appalti sotto soglia, le uniche certificazioni obbligatorie fossero rappresentate dalla certificazione SOA o dalla visura CCIAA e che in ogni caso sarebbe stato possibile dare corso al soccorso istruttorio.

I Giudici di Palazzo Spada, tuttavia, riformando la sentenza di primo grado, hanno ritenuto che non essendo stata prodotta la documentazione richiesta a pena di esclusione dal disciplinare di gara, la ricorrente avrebbe dovuto essere l'aggiudicataria, in quanto l'unica impresa ad aver presentato le certificazioni richieste dal disciplinare stesso.

Più precisamente, i Giudici del Consiglio di Stato hanno ritenuto che : *“ le forme maggiormente snelle della procedura negoziata non permettono che la lettera di invito posta a governo della procedura ed in cui sono fissate le regole procedurali preventive di qualificazione soggettiva ed oggettiva e di selezione che presiedono alla scelta del contraente venga a perdere il carattere normativo di lex specialis, per cui nella sua specifica funzione di atto di portata precettiva non può essere derogato, né possono prevalerne interpretazioni ambigue, come il successivo richiamo ai requisiti richiesti come unico limite alla partecipazione, laddove la medesima lettera rechi tra le sue regole cardine indicate nel capo I e particolarmente evidenziate la non ammissibilità di materiale con caratteristiche differenti da quelle specificamente riportate nell'allegato A che è parte integrante e sostanziale della stessa lettera di invito.”*

Occorre a questo punto, esaminare la natura giuridica della lettera di invito, anche alla luce dell'art. 36, comma 2, lett. b) del D.Lgs n. 50/2016.

La lettera di invito costituisce l'atto tipico di quelle procedure, prima denominate “trattative private” , che hanno dapprima assunto la denominazione unionale di procedure negoziate e che attualmente, per effetto della riscrittura del Codice degli Appalti sono denominate procedure competitive con negoziazione.

La lettera di invito, infatti, si inserisce nell'ambito di quel subprocedimento in cui, sussistendone i presupposti, la stazione appaltante sceglie i soggetti da invitare ed invia ai prescelti gli inviti a partecipare.

Essa si caratterizza per possedere ad un tempo i contenuti, sia del provvedimento amministrativo che dell'atto negoziale e ha la natura giuridica di invito ad offrire.

La lettera di invito è assimilabile sul piano funzionale e strutturale al bando di gara, rappresentando la *lex specialis* della procedura competitiva negoziata, e che

conseguentemente vincola i partecipanti a quanto dalla stessa stabilito.

Si differenzia dal bando di gara, poiché, diversamente da quest'ultimo, è indirizzata a soggetti determinati ed, in quanto atto recettizio, non determina alcun effetto se non giunge a conoscenza dei destinatari.

Al contrario, il bando è di per sé conoscibile da parte di tutti dal momento della pubblicazione, se effettuata in conformità alla vigente normativa.

Invece, nelle procedure competitive con negoziazione, cambia la stessa funzione dell'avviso di gara, il quale non tende più a provocare direttamente le offerte da parte di un numero indeterminato di soggetti, ma ad invitare direttamente un dato numero di operatori economici, prescelti dalla medesima stazione appaltante.

Conseguentemente, avendo la lettera di invito la natura normativa di *lex specialis* della procedura negoziata, la stessa vincola al suo rispetto non solo i concorrenti, ma anche l'amministrazione.

Alla luce dei principi sopra esposti, il Consiglio di Stato non sanabile, per effetto della violazione di una delle cause escludenti previste dal disciplinare di gara, la mancata produzione delle certificazioni relative ai materiali per il rifacimento della pavimentazione, accogliendo il ricorso della seconda in graduatoria.

## **Repubblica Italiana**

**In nome del popolo italiano**

## **Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

## **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5051 del 2017, proposto da:

Seicom S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Umberto Fantigrossi e Ludovica Franzin, con domicilio eletto presso l'avvocato Ludovica Franzin in Roma, via Cosseria n. 5;

## ***contro***

Comune di Santa Maria La Longa, in persona del Sindaco *pro-tempore*, rappresentato e difeso

dagli avvocati Gianni Zgagliardich, Luigi Manzi e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio Luigi Manzi in Roma, via F. Confalonieri 5;

***nei confronti di***

Dalla Riva S.r.l. non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Friuli Venezia Giulia, n.202/2017, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione dei lavori di manutenzione straordinaria della palestra comunale – fornitura e posa in opera di nuova pavimentazione a seguito di procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, lettera b) del d.lgs. 50/2016, nonché per il risarcimento del danno in forma specifica e, subordinatamente, per equivalente economico nella misura del mancato utile di impresa;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Santa Maria La Longa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2018 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Umberto Fantigrossi, e Paolo Caruso, su delega dell'avv. Luigi Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Il Comune di Santa Maria La Longa aveva bandito una procedura negoziata semplificata, ex articolo 36, comma 2, lettera b), d.lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento con il criterio del prezzo più basso, dei lavori di manutenzione straordinaria della palestra comunale – fornitura e posa in opera di nuova pavimentazione.

Alla procedura erano invitati cinque operatori economici, individuati previo sorteggio dei quali tre avevano presentato la propria offerta; l'appalto era stato aggiudicato alla società Dalla Riva S.r.l., che aveva offerto il maggior ribasso.

Avverso l'aggiudicazione alla controinteressata insorgeva dinanzi al T.A.R. del Friuli Venezia Giulia la società Seicom S.r.l., seconda classificata, chiedendone l'annullamento oltre al risarcimento del danno, prioritariamente in forma specifica.

Quale unico motivo di illegittimità veniva dedotta la "Violazione e falsa applicazione della *lexspecialis* (disciplinare di gara capo 1, art. 4 e allegato A) nonché del d.lgs. 50 del 2016, art. 83. Eccesso di potere per violazione buon andamento della p.a.; violazione principio

della par condicio; violazione principio di trasparenza e motivazione; irragionevolezza e illogicità”.

Si costituiva in giudizio il Comune di Santa Maria La Longa, il quale sosteneva l'inammissibilità del ricorso ed in via gradata la sua infondatezza.

Non si costituiva in giudizio l'aggiudicataria Dalla Riva S.r.l., pur evocata.

Con la sentenza n. 202 del 6 giugno 2017 il Tribunale amministrativo prescindeva dall'eccezione preliminare di inammissibilità per carenza di interesse formulata dalla difesa comunale, poiché riteneva il ricorso infondato nel merito.

Con il criterio di aggiudicazione dell'appalto secondo il prezzo più basso, qualsiasi tesi inerente i termini dell'offerta tecnica non aveva alcuna rilevanza, in quanto l'offerta tecnica ha un proprio rilievo allorché il criterio di aggiudicazione dell'appalto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa; la scelta del criterio del prezzo più basso implica che l'oggetto della prestazione in gara sia già stato predeterminato a monte dalla stazione appaltante in sede di elaborazione della legge di gara e che quel che differenzia un'offerta dall'altra sia solamente il corrispettivo per quella prestazione.

Conseguentemente, la mancata corrispondenza della prestazione dell'appaltatore alle specifiche tecniche della *lex specialis* di gara non determina un'inammissibilità dell'offerta, perché questa non ha ad oggetto la prestazione dell'appaltatore, ma solamente il suo corrispettivo: dunque le manchevolezze evocate avrebbero potuto rilevare in sede di esecuzione del contratto, ai fini dell'esatto adempimento del medesimo e l'anticipazione alla fase dell'aggiudicazione della verifica della qualità dei materiali da impiegare, in quanto non funzionale all'affidamento dell'appalto si sarebbe risolta in un'inutile duplicazione di attività amministrativa, dato che gli stessi controlli avrebbero dovuto necessariamente essere svolti dalla stazione appaltante dopo la realizzazione dell'opera, ai fini della sua accettazione e del pagamento del corrispettivo convenuto.

In secondo luogo, andava considerato che il comma 8 dell'articolo 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, in continuità con il previgente comma 1 bis dell'articolo 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, poneva il principio di tassatività delle cause di esclusione della gara, comminando la nullità delle previsioni della legge di gara recanti cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate, codificando così l'orientamento sostanzialista invalso nella più recente giurisprudenza amministrativa, per cui le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica, con la conseguenza che, in caso di equivocità delle disposizioni che regolano lo svolgimento della gara, deve essere preferita quell'interpretazione aderente ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione.

Il Tribunale riteneva che il Comune avesse correttamente applicato i principi che disciplinano le procedure di evidenza pubblica, non escludendo dalla gara l'offerta della controinteressata per una mancanza - comunque poi sanata - che atteneva non all'offerta, ma alla fase di

esecuzione del contratto di appalto.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 10 luglio 2017 la Seicom s.r.l. impugnava la sentenza in questione e premessa esposizione in fatto, deduceva che la medesima aveva confuso il profilo dell'ammissibilità dell'offerta aggiudicataria con quello della sua valutazione, poiché pur ammettendo le difformità rappresentate, aveva ritenuto che il criterio di aggiudicazione con il prezzo più basso precludesse la conoscenza dell'offerta tecnica. In realtà in tale fattispecie è imposto alla stazione appaltante di individuare le specifiche qualitative minime ed inderogabili rispetto a quanto stabilito dal disciplinare di gara e non è ammissibile che i difetti del materiale da impiegare nei lavori possa essere verificato solamente al momento dell'esecuzione con le gravi conseguenze derivanti dalla mancata iniziale esclusione dell'offerta; in secondo luogo la carenze non erano rimediabili con il soccorso istruttorio, trattandosi di una concreta incompletezza dell'offerta.

La Seicom s.r.l. concludeva per l'accoglimento dell'appello con le domande formulate in primo grado, il tutto con vittoria di spese.

Il Comune di Santa Maria La Longa si è costituito anche in questa fase di giudizio, eccependo l'inammissibilità dell'appello ed in ogni caso la sua infondatezza, mentre non si è costituita la controinteressata.

All'udienza dell'11 gennaio 2018 la causa è passata in decisione.

Oggetto della controversia è la tesi della società appellante secondo cui la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver rispettato la previsione dell'Allegato A al disciplinare di gara, il quale imponeva – a pena di esclusione - la presentazione in sede di gara delle certificazioni dei materiali offerti per la realizzazione della pavimentazione della palestra: tale incompletezza, sempre secondo l'appellante Seicom, non poteva essere sanata ricorrendo al soccorso istruttorio, sempre a mente del disciplinare di gara.

Eccepisce la parte resistente l'inammissibilità dell'appello per carenza di interesse, perché trattandosi di lavori di importo inferiore ai 150.000 Euro, nessun requisito di partecipazione poteva essere richiesto oltre alla certificazione SOA ovvero la visura della CCIAA o l'iscrizione in altro registro, sicché l'eventuale accoglimento del ricorso avrebbe quale unico effetto quello di imporre al Comune di dare corso al soccorso istruttorio ora per allora.

L'eccezione è infondata, ma il suo esame deve essere assorbito per ragioni di logica processuale nel vaglio dell'unica censura sollevata dalla Seicom.

Il Collegio non intende porre in discussione i principi affermati nella sentenza impugnata o comunque soffermarsi – o meno – sulla loro fondatezza – ma ne prescinde, poiché le conclusioni cui giungere ed inerenti la fondatezza della censura dell'appellante traggono la loro origine dalla doverosa applicazione della legge di gara, legge che non è stata in qualche modo rimossa o comunque messa in dubbio.

Preliminarmente si deve rilevare che è pacifico tra le parti il fatto, determinante, che il materiale

da utilizzare per il rifacimento della palestra comunale di S. Maria La Longa non rispondeva alle caratteristiche dettagliate nell'allegato "A" della lettera di invito, ma ne era difforme in maniera qualitativamente deteriore.

Ora, la lettera di invito reca a caratteri cubitali la clausola della non ammissione della "fornitura di materiale con caratteristiche, anche in parte, diverse da quelle riportate nel sopraccitato allegato "A": nel caso di specie si trattava di una procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 36 comma 2 lett. b) del d. lgs. n. 50 del 2016 e prevista per le gare sotto soglia, la cui base d'asta si colloca tra gli €. 40.000,00 ed i 150.000,00, quindi senza previo bando di gara e governata dalla lettera di invito che svolgeva anche il ruolo di disciplinare di gara.

Ma le forme maggiormente snelle della procedura negoziata non permettono che la lettera di invito posta a governo della procedura ed in cui sono fissate le regole procedurali preventive di qualificazione soggettiva ed oggettiva e di selezione che presiedono alla scelta del contraente venga a perdere il carattere normativo - procedimentale di *lex specialis*, per cui nella sua specifica funzione di atto di portata precettiva non può essere derogato, né possono prevalerne interpretazioni ambigue, come il successivo richiamo ai requisiti richiesti come unico limite alla partecipazione, laddove la medesima lettera rechi tra le sue regole cardine indicate nel capo I e particolarmente evidenziate la non ammissibilità di materiale con caratteristiche differenti da quelle specificamente riportate l'allegato A che è parte integrante e sostanziale della stessa lettera di invito.

Per cui l'offerta dell'aggiudicataria appellata Dalla Riva S.r.l., di cui si ripete era pacifica la difformità da quanto specificato nel predetto allegato A andava esclusa.

Poiché l'attuale appellante Seicom doveva essere quindi aggiudicataria quale seconda classificata ed unica ditta ad aver prodotto i certificati di qualità corrispondenti a quanto richiesto, ma essendo ormai i lavori conclusi, le va riconosciuto il risarcimento in via equivalente dell'utile d'impresa, che va commisurato nel 5% dell'importo offerto in gara secondo un corrente *id quod plerumque accidit*.

L'appello deve dunque essere accolto con tutte le conseguenze indicate in dispositivo, ivi comprese le spese per i due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo con il conseguente annullamento dell'aggiudicazione impugnata e la condanna del Comune intimato al pagamento a favore dell'appellante del 5% dell'importo da questa offerto in gara a titolo di risarcimento del danno.

Condanna le parti intime al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, liquidandole in complessivi €. 3.000,00 (tremila/00) ciascuna oltre agli accessori di legge.

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

