

**Tar Abruzzo, sezione prima sentenza n. 54 del 19 gennaio 2019**

*Gara Telematica – Apertura contemporanea della busta amministrativa e degli allegati tecnici – Esclusione dell’offerta scrutinata – Illegittimità – No pregiudicata l’integrità dell’offerta*

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo**  
**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente  
**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 375 del 2018, proposto da ..... S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati ....., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avv. ....., in L'Aquila, viale .....

***contro***

..... S.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, sua domiciliataria in L'Aquila, via .....;  
..... S.p.a. Coordinamento Territoriale Adriatica -Sede di Bari-, in persona del dirigente legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio.

***nei confronti***

..... S.r.l., non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

- del provvedimento di ..... S.p.a. Coordinamento Territoriale Adriatica -Sede di Bari- Prot. CDG-0384387-P del 17 luglio 2018, con cui è stata disposta l'esclusione della ..... S.r.l. dalla procedura aperta AQLAV032-18 relativa a «S.S. 5 "Tiburtina Valeria" - Lavori di adeguamento piano altimetrico tra i km. 176+500 (bivio Corfinio) e 180+800 per l'eliminazione di curve pericolose. Progetto esecutivo n. 792 del 21/10/2015 - Cod. CUP: F27H16000130001» (doc. 1);

- di ogni altro atto e/o provvedimento prodromico, collegato, consequenziale e/o successivo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ..... S.p.a;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2018 la dott.ssa Maria Colagrande;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

La società ricorrente ha preso parte alla selezione indetta dall'..... S.p.a. per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei lavori di adeguamento plano-altimetrico tra il km. 176+500 (bivio Corfinio) e il km 180+800 della strada statale 5 "Tiburtina Valeria", impugna il provvedimento con il quale è stata esclusa dalla gara con la seguente motivazione *«violazione del principio di segretezza dell'offerta tecnica (presenza nella busta digitale di qualifica di elementi dell'offerta tecnica)»*.

Il ricorso è affidato a quattro motivi.

I. Eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità del provvedimento di esclusione nonché per contraddittorietà tra lo stesso e un precedente atto della stazione appaltante adottato nell'ambito della procedura di gara. Violazione del principio del legittimo affidamento e dei principi di buona fede e correttezza.

L'..... ha disposto l'esclusione perché la busta contenente la documentazione attestante i requisiti di partecipazione e qualificazione, presentata telematicamente

dalla ricorrente, conteneva degli allegati tecnici, contraddicendo i suoi stessi chiarimenti con i quali aveva ammesso tale modalità di deposito.

II. Eccesso di potere per insussistenza della violazione del principio di segretezza dell'offerta tecnica. Violazione dell'art. 83, comma 8, Codice dei contratti pubblici e del principio di tassatività delle cause di esclusione. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione del *favor participationis*.

La prematura rivelazione, se effettivamente avvenuta, del contenuto degli allegati tecnici inseriti dalla ricorrente nella busta amministrativa sarebbe imputabile esclusivamente alla volontà della commissione di gara di aprire gli allegati tecnici ivi inseriti in formato digitale nella fase precedente all'apertura dell'offerta tecnica; il provvedimento inoltre sarebbe in contrasto con il principio di tassatività delle cause d'esclusione; inoltre il bando non comminerebbe l'esclusione nel caso di violazione della segretezza dell'offerta tecnica imputabile al concorrente.

III. Illegittimità del provvedimento per carenza di motivazione. Il provvedimento non avrebbe spiegato perché l'inserimento degli allegati tecnici nella busta amministrativa avrebbe compromesso il corretto svolgimento della gara, tanto più a fronte di istruzioni di segno contrario provenienti dal seggio di gara.

IV. Violazione del bando e del disciplinare in materia di apertura dei documenti prodotti dai concorrenti da parte della Commissione Giudicatrice.

Secondo il bando di gara all'apertura della busta amministrativa avrebbe dovuto provvedere la stazione appaltante e non la commissione di gara, cui il bando riserva le operazioni successive di apertura degli allegati tecnici in seduta pubblica, con la conseguenza che, se, come prescritto dal bando, la busta amministrativa fosse stata aperta dalla stazione appaltante deve presumersi che la stessa, competente a visionare i soli allegati amministrativi, avrebbe rimesso gli allegati tecnici alla commissione di gara senza incautamente aprirli.

Resiste l'..... S.p.a.

All'udienza del 19 dicembre 2018 la causa è passata in decisione.

Il secondo e il terzo motivo, da esaminarsi congiuntamente perché connessi, sono fondati.

Come evidenziato dalla ricorrente, né la legge, né il bando di concorso considerano la violazione della segretezza dell'offerta tecnica come motivo di esclusione del concorrente che vi abbia dato causa, perché evidentemente l'accesso al suo contenuto da parte del seggio di gara, in una fase precedente a quella a tal fine stabilita, non è considerato un *vulnus* insanabile all'integrità della selezione.

Se si ammette infatti – come appare evidente - che il seggio di gara non ha la materiale possibilità di esaminare simultaneamente tutte le offerte tecniche, deve, per conseguenza, ammettersi che non ha alcuna rilevanza, tantomeno escludente, il fatto se ne sia rivelato il contenuto in tempi diversi, sempre che da ciò non derivi il pericolo, anche solo in astratto, di alterazione delle offerte.

Ne consegue che l'integrità della gara non è pregiudicata dall'eventuale apertura delle offerte tecniche in tempi diversi o, come nel caso in decisione, contemporaneamente all'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa.

Coerentemente il legislatore non ha sancito un principio di segretezza dell'offerta tecnica, che, si ripete, non ha fondamento testuale né dogmatico, ma ha previsto, secondo un criterio di proporzionalità, che l'apertura delle buste che contengono le offerte tecniche avvenga in seduta pubblica, ai sensi dell'art. 12 del decreto legge 7 maggio 2012, n. 52, convertito dalla legge 6 luglio 2012, n. 94, affinché ne sia garantita l'immodificabilità.

Nelle gare gestite telematicamente, come in specie, la garanzia di immodificabilità delle offerte è insita nella stessa procedura informatica, indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico, richiesta, nelle gare gestite con il metodo tradizionale, per le operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche.

Si è ritenuto infatti che *"La gara telematica, per le modalità con cui viene gestita, consente di tracciare qualsivoglia operazione di apertura dei file contenenti offerte e documenti di gara, assicurando, in tal modo, il rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità che devono presiedere le procedure di gara pubbliche. Alla luce delle superiori considerazioni, la giurisprudenza amministrativa si è espressa nel senso che, in siffatte ipotesi, quondanche la lex specialis recasse la previsione di una distinta fase pubblica destinata all'apertura delle offerte, l'eventuale omissione sarebbe comunque irrilevante (T.a.r. Lombardia, Brescia, 12 gennaio 2016, n. 38). In definitiva, il principio è che la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data ed all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura; le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990)". TAR Sardegna, sez. 1, 23 ottobre 17 n. 665).*

In accoglimento del secondo e terzo motivo, assorbiti gli altri, deve quindi concludersi che l'apertura degli allegati tecnici nella fase di verifica del contenuto della busta destinata alla documentazione amministrativa, non pregiudica in alcun modo la correttezza della gara gestita con le garanzie della procedura telematica, con la conseguenza che deve essere annullato il provvedimento di esclusione dell'offerta scrutinata con tali modalità.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'atto impugnato.

Condanna l'..... S.p.a. al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese processuali che liquida in € 2.500,00 oltre accessori di legge.

Contributo unificato rifiuto.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2018

**L'ESTENSORE**  
**Maria Colagrande**

**IL PRESIDENTE**  
**Antonio Amicuzzi**

**IL SEGRETARIO**