

TAR Emilia Romagna, Sezione Seconda, Sentenza n. 726 del 21 ottobre 2024

Appalti di servizi – Inserimento nella stessa busta telematica di offerta tecnica ed economica –
Esclusione dalla gara – Legittimità

Pubblicato il 21/10/2024

N. 00726/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00751/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 751 del 2024, proposto da (...) S.r.l. e (...) S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...) S.p.A. (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

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

per l'annullamento, previa sospensiva,

- della comunicazione U.0297683 del 9 aprile 2024 a firma del Responsabile

dell'Unità Acquisti Servizi e Forniture con la quale è stata comunicata l'esclusione del costituendo RTI (...) S.r.l. – (...) S.r.l.;

- dello sconosciuto provvedimento di esclusione del RUP;

- del Verbale di gara del 18 marzo 2024 con il quale la Commissione di gara ha proposto l'esclusione del costituendo RTI (...) S.r.l. – (...) S.r.l.;

- di tutti i Verbali di gara richiamati nel Verbale del 18 marzo 2024 (non conosciuti) e di quelli successivi al Verbale del 18 marzo 2024 (anch'essi non conosciuti);

- dell'articolo 1.1. del Disciplinare di gara nella parte in cui prevede che "l'utilizzo della Piattaforma comporta l'accettazione tacita ed incondizionata di quanto portato a conoscenza degli utenti tramite le comunicazioni della Piattaforma", e dell'articolo 14 Disciplinare di gara nella parte in cui non ha regolamentato il soccorso correttivo ex articolo 101, comma 4, D.Lgs. n.36/2023;

- di ogni atto antecedente o consequenziale, comunque connesso

e per la condanna

della stazione appaltante alla riammissione in gara del costituendo RTI (...) S.r.l. – (...) S.r.l., illegittimamente escluso;

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 10 ottobre 2024 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO

1.1. La società (...) S.p.A. (...) ha bandito la procedura aperta, da svolgersi in modalità telematica, per l'affidamento in regime di accordo quadro dell'appalto dei servizi di prove di laboratorio e controllo della qualità dei materiali, delle

lavorazioni e indagini geognostiche per attività di competenza della stazione appaltante.

L'appalto è stato suddiviso in 21 lotti su base territoriale, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.2. Per quanto qui di interesse, le società (...) S.r.l. e (...) S.r.l., in costituendo RTI, hanno concorso, in competizione con altri quattro operatori economici, per l'assegnazione del lotto n. 10 - Struttura territoriale dell'(...).

Il predetto costituendo RTI è stato tuttavia escluso dalla gara perché nella RDI dedicata al soccorso correttivo ha inserito sia l'offerta tecnica, sia quella economica, con conseguente violazione del principio di separazione delle due offerte.

2.1. Con ricorso dapprima radicato avanti al T.A.R. del Lazio – sede di Roma e poi trasferito per ragioni di competenza territoriale avanti a questo Tribunale, le società (...) S.r.l. e (...) S.r.l. hanno impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, il provvedimento di esclusione.

2.2. Le ricorrenti ritengono che l'atto gravato sia illegittimo per i seguenti motivi:

- *“Violazione art 101 co 4 Dlgs 36/2023 – Obbligo predeterminazione criteri di valutazione: Violazione Art 97 Cost – Violazione del principio di buona fede e correttezza – Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione – Illegittimità degli artt. 1.1. e 14 del Disciplinare di gara”;*
- *“Incompetenza – Violazione art 7 lett d) Allegato 1.2 Dlgs 36/2023”;*
- *“Violazione e falsa applicazione dell'art 21 del disciplinare di gara – Violazione art 101 co 3 del DLgs 36/2023 : violazione principio del risultato”.*

3. Si è costituita in giudizio, a mezzo dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato, (...) S.p.A. (...), controdeducendo puntualmente alle doglianze avversarie e concludendo per la reiezione del ricorso siccome infondato.

In particolare la difesa della stazione appaltante ha più volte richiamato il principio di autoresponsabilità, alla luce del quale devono essere valutati gli errori in cui è

incorso il concorrente nella presentazione dell'offerta.

4. Alle controdeduzioni di parte resistente hanno replicato le società ricorrenti, insistendo sulle proprie posizioni.

5. Respinta la domanda cautelare per difetto del requisito normativo del *fumus boni iuris*, la causa è stata introitata alla pubblica udienza del 10 ottobre 2024.

DIRITTO

1. Questo Tribunale Amministrativo Regionale è chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento di esclusione del costituendo RTI tra le società (...) S.r.l. e (...) S.r.l. dalla procedura aperta telematica per l'aggiudicazione del lotto 10 dell'appalto dei servizi di prove di laboratorio e controllo della qualità dei materiali, delle lavorazioni e indagini geognostiche per attività di competenza di (...) S.p.A. (...), da svolgersi in regime di accordo quadro.

Il RTI concorrente - come già esposto nella parte in fatto - è stato escluso perché, nell'esercitare il soccorso istruttorio correttivo per sanare la mancanza nei documenti già depositati di alcune sottoscrizioni digitali, ha inserito nella stessa busta digitale il file contenente l'offerta tecnica e quello contenente l'offerta economica.

2.1. Va ricordato che, in assenza di una graduazione delle censure da parte del ricorrente, come per l'appunto nel caso di specie, il Giudice resta libero di esaminarle secondo il loro ordine logico, anziché secondo quello di esposizione in ricorso (cfr., T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. III, sentenza n. 308/2024).

Nel caso in esame va pertanto deliberato per primo il secondo motivo di impugnazione, stante il carattere assorbente del vizio di incompetenza ivi prospettato (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. IV, sentenza n. 7534/2023).

2.2. Ebbene, le società ricorrenti, muovendo dall'assunto che il D.Lgs. n. 36/2023, in continuità con quanto previsto dal previgente D.Lgs. n. 50/2016, attribuisca al RUP il potere di disporre l'esclusione dalla gara di un concorrente, stigmatizzano che la proposta della propria esclusione sia stata avanzata dalla Commissione

giudicatrice e che non risulti la formale approvazione di tale proposta da parte del soggetto competente.

2.3. La doglianza è documentalmente smentita.

In calce al verbale della seduta riservata del 18.03.2024 della Commissione giudicatrice, in esito alla quale è stata deliberata la proposta dell'esclusione del RTI con capogruppo la società (...) S.r.l., è riportato l'atto di espressa approvazione della predetta proposta da parte del RUP con la relativa firma digitale.

Il provvedimento di esclusione dunque esiste, è stato adottato dal soggetto competente nell'esercizio delle proprie funzioni, con motivazione per relationem alla proposta della Commissione e data coincidente con quella dell'apposizione della firma digitale.

È poi irrilevante che la comunicazione del provvedimento di esclusione sia avvenuta a opera di un soggetto diverso dal RUP, anche se pur sempre riferibile alla stazione appaltante. La comunicazione, infatti, non attiene alla fase di approvazione del provvedimento, ma a quella dell'efficacia, configurandosi quale incombente necessario nel caso di provvedimento recettizio: dunque essa non deve necessariamente essere curata da chi ha adottato il provvedimento.

2.4. In conclusione, la censura non può trovare accoglimento.

3.1. Si deve quindi passare a esaminare il primo e il terzo motivo di impugnazione, che possono essere trattati congiuntamente perché, come si vedrà, interconnessi.

3.2. In sintesi, secondo le ricorrenti nel caso di specie non sussistevano i presupposti per disporre la propria esclusione dalla gara, in quanto:

- la Commissione giudicatrice, in assenza di una specifica previsione del disciplinare di gara (ovvero, in subordine, in attuazione di una previsione della lex specialis palesemente illegittima), avrebbe dettato modalità per l'esercizio del soccorso istruttorio correttivo diverse da quelle stabilite dalla legge, in tal modo ledendo l'affidamento del RTI concorrente (primo motivo);
- il soccorso istruttorio correttivo sarebbe stato utilizzato dalla Commissione

giudicatrice quale nuovo e diverso criterio di valutazione dell'offerta, a pena di esclusione, con conseguente violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara (primo motivo);

- non ricorrerebbe alcuna delle ipotesi per le quali, a mente dell'articolo 21 del disciplinare di gara, la Commissione giudicatrice può proporre al RUP di escludere un concorrente (terzo motivo);

- non vi sarebbe stata alcuna commistione di offerta tecnica e offerta economica, nemmeno in sede di soccorso correttivo, dal momento che ognuna costituiva un file diverso e separato dall'altra, mentre sarebbe irrilevante il loro inserimento in un'unica busta telematica, perché la sequenza temporale di decrittazione attesterebbe l'ordine di esame delle stesse e garantirebbe che l'offerta economica non venga aperta prima di aver concluso l'esame di quella tecnica (terzo motivo);

- la stazione appaltante, prima di escludere il concorrente, avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio procedimentale, onde consentirgli di sanare gli eventuali vizi della propria offerta (terzo motivo).

3.3.1. Al riguardo, va anzitutto chiarito che, secondo quanto risulta documentalmente, il costituendo RTI tra le società ricorrenti è stato escluso dalla gara non già per aver esercitato il soccorso istruttorio correttivo in una modalità diversa da quella stabilita dalla Commissione giudicatrice, e nemmeno per non aver sanato il vizio (i.e. la mancanza di alcune sottoscrizioni digitali) per il quale il predetto rimedio è stato attivato.

Sicché, le modalità di espletamento del soccorso istruttorio correttivo dettate dalla Commissione giudicatrice non sono affatto divenute – come infondatamente sostenuto dalle deducenti - un criterio di valutazione dell'offerta (a ben vedere, mai valutata dalla Commissione), e nemmeno sono state trasformate in una causa non codificata di esclusione dalla gara.

3.3.2. Il RTI costituito dalle ricorrenti, infatti, è stato escluso dalla gara per aver violato il principio di separazione dell'offerta tecnica da quella economica,

inserendo la seconda (peraltro nella sua interezza) nella stessa busta della prima.

Ed è intuitivo che rispetto a questo tipo di violazione non vi sia spazio alcuno per il soccorso istruttorio procedimentale: una volta che le due offerte vengano presentate insieme nella medesima busta (sulla distinzione tra la busta telematica e quella fisica si tornerà nel prosieguo) non vi è modo per sanare il vulnus.

3.3.1. Peraltro, e sempre contrariamente a quanto sostenuto dalle società ricorrenti, la violazione del principio di separazione dell'offerta tecnica da quella economica integra indubbiamente un'ipotesi codificata di esclusione dalla gara.

Invero, all'articolo 21 del disciplinare di gara (rubricato "Valutazione delle offerte tecniche ed economiche") è espressamente previsto che «In qualsiasi fase delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, la commissione giudicatrice provvede ad informare, tempestivamente, la Stazione Appaltante circa i casi di esclusione da disporre per le motivazioni sotto descritte: - mancata separazione dell'Offerta Economica dall'Offerta Tecnica, ovvero l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti contenuti nelle sezioni "RISPOSTA DI QUALIFICA" e "RISPOSTA TECNICA" della RDO; [...]».

3.3.2. Inoltre, costituisce orientamento pacifico della giurisprudenza, sviluppatosi sotto la vigenza del precedente "Codice dei contratti pubblici", ma applicabile anche all'attuale Codice, quello per cui il principio della segretezza dell'offerta economica «è posto a garanzia dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, sub specie della trasparenza e della par condicio dei concorrenti» (così, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 2732/2020), affinché la valutazione del pregio qualitativo delle offerte avvenga senza condizionamenti di sorta.

Tale principio comporta che nelle procedure di evidenza pubblica caratterizzate da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, quale per l'appunto quella per cui è causa, fino a quando non si sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, è interdetta alla

Commissione giudicatrice la conoscenza di quelli economici, onde evitare ogni possibile influenza sull'apprezzamento dei primi (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. VII, sentenza n. 5789/2024).

Peraltro, il condizionamento della valutazione rileva anche solo sotto il profilo potenziale, in quanto anche a mera possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica prima di quella tecnica è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 1785/2022).

3.4.1. Proprio l'estensione che la giurisprudenza riconosce al principio in questione, al punto da vietare quelle commistioni che anche solo potenzialmente possano determinare un disvelamento anticipato dell'offerta economica, non consente di accedere alla tesi propugnata da parte ricorrente, secondo cui commistione non vi sarebbe stata, dal momento che le due offerte erano contenute in due file distinti e la segretezza risulterebbe dimostrata dalla scansione temporale di decriptazione dei file medesimi.

3.4.2. La circostanza per cui la gara si è svolta in modalità telematica e le due offerte state inserite sì in un'unica busta, ma digitale e non materiale, risulta ai fini che qui vengono in esame non rilevante, risultando comunque concretizzata quella commistione tra le offerte vietata dall'ordinamento e dalla legge di gara.

Lo stesso precedente del Consiglio di Stato (segnatamente, la sentenza n. 2005/2024 della V Sezione) richiamato da parte ricorrente a sostegno delle proprie tesi giunge a conclusioni diametralmente opposte. Anche in quel caso, la gara si era svolta con modalità telematica e anche in quel caso il concorrente escluso aveva inserito documenti dell'offerta economica all'interno dell'offerta tecnica. Ebbene, sia il Giudice di primo grado, sia il Giudice di appello hanno ritenuto l'esclusione legittima, con una motivazione che il Collegio condivide.

3.5. In conclusione, anche il primo e il terzo motivo di impugnazione, al pari del secondo, sono infondati.

4.1. Per le ragioni sopra esposte il ricorso è respinto.

4.2. Come da regola generale, le spese seguono la soccombenza e sono poste a carico di parte ricorrente nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna le società (...) S.r.l. e (...) S.r.l., in solido tra loro, a rifondere ad (...) S.p.A. (...) le spese di giudizio, che liquida in complessivi Euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre ad accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Alessandra Tagliasacchi

IL PRESIDENTE

Ugo Di Benedetto

IL SEGRETARIO