

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 1924 del 27 febbraio 2024

Gare telematiche – Erroneo inserimento dei dati – Commistione offerta tecnica ed economica –
Principio del risultato – Prevale sostanza sulla forma

Publicato il 27/02/2024

N. 01924/2024REG.PROV.COLL.

N. 03185/2023 REG.RIC.



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 3185 del 2023, proposto da (...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio (...);

contro

Città Metropolitana di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) S.p.A., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, sez. III,

n. 484/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della Città Metropolitana di (...);

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2023 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati (...), (...), (...);

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. (...) S.p.A. (d'ora in avanti anche solo (...)) ha partecipato alla procedura indetta dalla Città metropolitana di (...) per l'individuazione dell'operatore economico cui affidare il servizio biennale di deposito, custodia e gestione dei propri archivi documentali, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d'asta di € 212.000,00.

2. La commissione giudicatrice, a partire dalla seduta del 4 agosto 2022, procedeva all'apertura della documentazione amministrativa degli unici due concorrenti ((...) e (...) S.p.A.), e, verificatane la regolarità, avviava l'esame delle proposte presentate.

3. Riferisce l'appellante che, nel corso della seduta del 9 agosto 2022, la commissione riscontrava che, in entrambe le offerte tecniche, i concorrenti avevano inserito un valore numerico; non essendo chiara la connotazione dei valori inseriti nel campo «punteggio tecnico – valore offerto» e in considerazione di quanto stabilito dall'art. 5 del disciplinare di gara, la commissione decideva di chiedere chiarimenti alle ditte partecipanti al fine di determinare il significato attribuito dalle stesse ai valori inseriti, disponendo a tale fine la sospensione dei lavori.

4. (...), nella comunicazione del 12 agosto 2022, dopo avere precisato che *“in tutte le RDO sul MEPA il campo “valore offerto” è sempre finalizzato a generare l'offerta economica di sistema”*, rappresentava che, non essendo *“possibile procedere con la compilazione e*

sottoposizione dell'offerta” senza inserire un valore numerico nel campo in questione, era stata costretta a esplicitare il corrispettivo economico per la erogazione dei servizi in caso di aggiudicazione.

5. Il successivo 31 agosto 2022, con comunicazione prot. n. 63923, l'odierna appellante veniva a conoscenza della determinazione dirigenziale n. 4140 del precedente 19 agosto, con cui la stazione appaltante aveva dato atto di avere pronunciato l'esclusione di (...) in applicazione del paragrafo 5 del disciplinare e, conseguentemente, di avere aggiudicato la gara a (...); nella stessa determina si precisava che, alla richiesta di chiarimento inerente alla presenza di valori numerici nel campo, (...) aveva risposto che *“per consentire la generazione del file di sistema, aveva inserito il valore numerico “80” dichiarandolo espressamente “privo di significato ma solo strumentale al superamento del vincolo tecnico imposto dal sistema”*.

6. (...) impugnava tutti gli atti di gara deducendo che la stazione appaltante aveva obbligato i concorrenti a inserire nella proposta tecnica un valore numerico in mancanza del quale non avrebbero potuto procedere oltre nella gara telematica; affermava dunque che, invece di annullare la procedura selettiva a causa della illegittimità della *lex specialis*, la commissione aveva deciso di chiedere ai due unici concorrenti conferma del significato sotteso alle rispettive espressioni numeriche.

7. Secondo (...), l'organo di valutazione incorreva in una ulteriore illegittimità escludendo la stessa appellante per avere esposto il corrispettivo per il servizio nella proposta tecnica, ammettendo invece alle successive fasi l'unico altro concorrente, ossia (...), nonostante quest'ultimo avesse dichiarato che il valore formalmente trasfuso nella proposta negoziale fosse da considerare privo di significato.

8. Con sentenza n. 484/2023 il TAR respingeva il ricorso.

9. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta e illegittima, (...) ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello affidato alle seguenti censure: *“I. VIOLAZIONE, FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3 E 24 DELLA*

COSTITUZIONE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE DI CUI ALL'ART. 47 DELLA CARTA DI NIZZA E ART. 1 CPA. VIOLAZIONE, FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 112 CPC. TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO. IRRAGIONEVOLEZZA E ARBITRARIETÀ DELLA MOTIVAZIONE. INGIUSTIZIA MANIFESTA, OMESSA PRONUNCIA E DIFETTO DI VALUTAZIONE IN ORDINE A CENSURE ED ELEMENTI ESSENZIALI DELLE DIFESE DI PRIMO GRADO. ERRORES IN PROCEDENDO E IN IUDICANDO; II. VIOLAZIONE, FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3 E 24 DELLA COSTITUZIONE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE DI CUI ALL'ART. 47 DELLA CARTA DI NIZZA E ART. 1 CPA. VIOLAZIONE, FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 112 CPC. OMESSA PRONUNCIA E DIFETTO DI VALUTAZIONE IN ORDINE A CENSURE ED ELEMENTI ESSENZIALI DELLE DIFESE DI PRIMO GRADO. ERRORES IN PROCEDENDO E IN IUDICANDO”.

10. Ha resistito al gravame la Città metropolitana di (...) chiedendone il rigetto.

11. Alla udienza pubblica del 26 ottobre 2023 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

12. Viene all'esame del Collegio il ricorso in appello proposto da (...) avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, n. 484/2023, con la quale è stato respinto il ricorso proposto dalla medesima appellante avverso gli atti della procedura di evidenza pubblica indetta dalla Stazione appaltante per l'affidamento del “*Servizio biennale di deposito, custodia e gestione degli archivi documentali della Città Metropolitana di (...)*”.

13. La decisione del primo Giudice si articola, in sintesi, nei seguenti punti:

a) anche ammettendo che la schermata, così come concepita, potesse indurre nell'errore commesso dalla ricorrente, tuttavia, pur prendendo atto delle novità e quindi delle possibili difficoltà di utilizzazione della piattaforma, lo stesso obbligo di lealtà, trasparenza e correttezza, alla cui osservanza parte ricorrente richiama la stazione appaltante, non poteva non gravare sulla ricorrente stessa, anch'essa tenuta a un obbligo di buona fede nella formulazione dell'offerta; obbligo che, coniugato con l'onere di diligenza aggravata, certamente ricadente sull'operatore professionale (quale può definirsi la società (...)), avrebbe dovuto suggerire la formulazione di uno specifico quesito all'Amministrazione, proprio in ragione di quella che la stessa società ha definito – in ricorso -“*inusuale collocazione dello stesso campo, ordinariamente funzionale a generare l'offerta economica di sistema*”;

b) (...) ha formulato una richiesta di chiarimenti all'Amministrazione (a mezzo pec e non a mezzo piattaforma e scaduto il termine originario per la presentazione delle offerte) ma afferente alle asserite difficoltà di caricamento dell'offerta economica e non già allo specifico profilo che ne ha poi determinato l'esclusione;

c) l'errore commesso non può apparire scusabile stante la diligenza a cui era tenuta la società quale operatore professionale.

14. L'appellante contesta la ricostruzione del TAR sulla base dei seguenti argomenti:

a) la stazione appaltante si era determinata a modificare il modello di scheda per la formulazione dell'offerta tecnica, aggiungendo ai campi già predefiniti un'ulteriore stringa rubricata “*punteggio tecnico-valore offerto*”, utilmente compilabile soltanto indicando un valore numerico; richiedendo agli operatori di inserire un dato economico nell'ambito della scheda dedicata alla proposta tecnica, il modulo imponeva ai concorrenti di tenere una condotta partecipativa confliggente con il principio di separazione tra offerta tecnica ed economica e con la stessa legge di gara, la quale aveva ribadito il divieto di commistione all'art. 5 del disciplinare;

b) (...) sarebbe stata indotta in errore dalla stessa stazione appaltante; confidando

nella corretta impostazione del modello di offerta tecnica ha seguito le indicazioni fornite dalla legge di gara, riportando nell'apposito spazio il corrispettivo economico per la erogazione del servizio in caso di aggiudicazione;

c) la stazione appaltante, anziché prendere atto del proprio errore ha ritenuto di traslarne sui concorrenti le conseguenze, chiedendo loro chiarimenti *“al fine di determinare il significato attribuito dalle stesse ai valori inseriti .. non essendo chiara la connotazione dei valori inseriti nel campo “punteggio tecnico-valore offerto”*;

d) l'errore nella predisposizione delle regole di gara non può ridondare in danno dei concorrenti;

e) una specifica richiesta di chiarimenti avrebbe potuto essere formulata da (...) soltanto laddove essa avesse avuto dei dubbi in ordine alle modalità di compilazione del modulo di offerta tecnica; nel caso di specie, tuttavia, (...) non ha avuto dubbi in ordine all'obbligo di indicare il valore economico della propria offerta nel campo “Valore offerto”, dal momento che la rubrica di tale campo non poteva che indurre l'appellante ad inserire proprio il citato valore economico della propria offerta;

f) a (...) non avrebbe potuto essere imputata alcuna condotta negligente, dato che il concorrente non aveva contezza delle modalità con le quali il sistema telematico avrebbe trattato il dato numerico inserito dai concorrenti alla voce “valore offerto”;

g) la decisione del TAR - secondo cui il concorrente escluso non avrebbe titolo per contestare la mancata espulsione del controinteressato, ovvero l'aggiudicazione della procedura nei suoi confronti - si porrebbe in contrasto con il principio di effettività della tutela sancito dall'art. 47 della Carta di Nizza, ripreso dalla direttiva 2006/66 (c.d. “direttiva ricorsi”) e confermato dall'art. 1 c.p.a.;

h) il Giudice di primo grado – nella delibazione del motivo demolitorio formulato da (...), finalizzato all'ottenimento di una pronuncia di integrale annullamento della gara – avrebbe dovuto esaminare la doglianza relativa alla disparità di

trattamento perpetrata dalla commissione mediante l'ammissione alla gara stessa di (...);

i) rigettata la doglianza relativa all'esclusione dell'appellante, non potendosi considerare tale determinazione come definitiva, occorre prendere in esame nel merito la censura promossa da (...) avverso il mantenimento in gara della controinteressata;

l) se avesse deliberato nel merito la censura, il TAR non si sarebbe potuto esimere dal pronunciarne l'accoglimento, muovendo dalla constatazione che i due concorrenti avevano comunque commesso la medesima irregolarità inserendo un valore numerico nella stringa.

15. La ricostruzione dell'appellante non merita condivisione e la sentenza impugnata deve essere confermata con le precisazioni che di seguito si vanno ad esporre.

16. Un primo punto è da chiarire. La procedura per cui è causa è una semplicissima R.D.O. (richiesta di offerta) sulla piattaforma www.acquistinrete.it – sezione Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (M.E.P.A.). Una procedura routinaria per qualunque operatore economico dotato di una diligenza minima (non certo “aggravata” come definita dal primo Giudice).

16.1. La procedura, come noto, è sostanzialmente guidata (e semplicissima) e genera le schermate che agevolano la compilazione dei campi. È altrettanto noto, e non può sfuggire a qualunque operatore minimamente avveduto, che la procedura consente di interloquire con la stazione appaltante alla quale possono essere richiesti chiarimenti (nell'ambito della piattaforma) con un servizio di messaggistica.

16.2. È un dato incontestabile che (...) sia uscita dalla piattaforma per chiedere chiarimenti alla stazione appaltante per il tramite di una pec. Va peraltro osservato, e anche questa è una circostanza nota a qualunque operatore avveduto, che un conto è utilizzare la piattaforma deputata al governo della procedura, un conto è

inviare una pec che transita per il protocollo generale dell'ente in prossimità del termine di scadenza per la presentazione delle offerte. La scansione temporale per presentare le richieste di chiarimenti all'interno della piattaforma non è casuale per due motivi:

- a) la stazione appaltante deve poter vagliare le richieste in tempo utile;
- b) la piattaforma è, di norma, sorvegliata dal responsabile della fase di affidamento incaricato di rispondere ai chiarimenti.

16.3. Anche queste sono circostanze note a ogni operatore minimamente diligente.

16.4. In ogni caso, la stazione appaltante, comportandosi lealmente, ha prorogato il termine ultimo per la presentazione delle offerte.

16.5. Quel che è accaduto, molto semplicemente, è che (...) non ha utilizzato correttamente la piattaforma, neppure avvalendosi dei mezzi che la medesima piattaforma mette a disposizione degli operatori economici. La conseguenza è che per un errore del tutto evidente, (...) ha inserito nel campo relativo all'offerta tecnica dati relativi all'offerta economica, da un lato violando in modo flagrante l'art. 5 del disciplinare di gara, dall'altro, tenendo un contegno ben differente rispetto a quello dell'altro operatore partecipante alla procedura che ha diligentemente utilizzato gli strumenti messi a disposizione dalla piattaforma telematica.

16.6. Una minima conoscenza della piattaforma consente di comprendere che:

- a) non esiste alcuna manomissione della piattaforma, neppure gestita dalla stazione appaltante;
- b) non esiste alcun equivoco nella gara per cui è causa, che poteva essere agevolmente portata a termine semplicemente seguendo la procedura;
- c) l'appellante, più che dolersi della gara, si duole del funzionamento della piattaforma, le cui funzionalità non sono state utilizzate correttamente dalla stessa appellante.

In definitiva, (...) si deve dolere della propria mancanza di cautele minime.

Nell'ambito delle gare pubbliche, è necessario adempiere, con scrupolo e diligenza, a quanto previsto dal bando e dalle norme tecniche. La disciplina di gara è posta a garanzia di tutti i partecipanti e il suo erroneo utilizzo rimane a rischio del partecipante nell'ambito della propria autoresponsabilità. 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. Questo non significa che i partecipanti possano violare la procedura e addurre a giustificazione cause che non coinvolgono in alcun modo la stazione appaltante.

17. Un punto è ancora da chiarire. Il primo Giudice ha respinto il ricorso avverso l'esclusione di (...) e dichiarato improcedibile il ricorso nella parte in cui era diretto a contestare l'aggiudicazione in favore della controinteressata. Il ricorso è invece integralmente infondato.

17.1. Le argomentazioni spese dal TAR sostengono ampiamente il rigetto integrale del ricorso posto che, non essendo rilevabile alcun vizio negli atti della stazione appaltante, è conseguente la legittimità dell'esclusione di (...), la legittimità dell'ammissione di (...) (che non ha violato in alcun modo la *lex specialis* di gara) e, nel suo complesso, la legittimità dell'intera procedura che non necessitava di alcuna riedizione.

17.2. Non è superfluo osservare, nonostante la procedura sia stata indetta nella vigenza del d.lgs. 50/2016, che l'operato della stazione appaltante è perfettamente in linea col principio del risultato previsto dall'art. 1 del d.lgs. 36/2023.

17.3. Questa Sezione ha già utilizzato disposizioni del d.lgs. 36/2023 come supporto interpretativo idoneo a risolvere controversie inerenti il d.lgs. 50/2016 (Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665).

17.4. L'art. 1 è collocato in testa alla disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici ed è principio ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri. Si tratta di un

principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è:

a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto;

b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto.

17.5 Il richiamo operato dall'appellante al principio della fiducia di cui all'art. 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici (pagina 7 della memoria depositata il 10 ottobre 2023), più che avallare le tesi della medesima appellante, le confuta. L'affermazione secondo cui *“il legislatore ha inteso valorizzare il comportamento legittimo, trasparente e corretto dell'amministrazione e degli operatori economici, che si presume tale, e che non si fonda più sul “sospetto”* è del tutto corretta. L'appellante, però, da tale corretta premessa non trae altrettanto corrette conclusioni. Il principio della fiducia di cui all'art. 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo. Regole che l'appellante, all'evidenza, non ha rispettato.

18. Per tutto quanto sopra detto, il Collegio ritiene che l'appello debba essere respinto, e di conseguenza rigettato il ricorso di primo grado con la diversa motivazione sopra esplicitata.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente

pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in € 5.000/00 (cinquemila) oltre accessori e spese di legge in favore della Città Metropolitana di (...).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO