

## Sede ed ordine di apertura delle buste contenenti le offerte tecnica ed economica

di Antonietta Sgobba

Data di pubblicazione: 26-7-2016

1. Deve ritenersi legittima l'apertura, in seduta riservata, delle buste contenenti le offerte tecniche, ove prevista da clausola della *lex specialis* non impugnata.
2. La contestuale apertura delle buste n. 2 (offerta economica) e n. 3 (offerta tecnica progettuale) non costituisce di per sé motivo di illegittimità delle operazioni di gara.

### Guida alla lettura

Il tema dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecnica ed economica ha da sempre suscitato enorme interesse da parte sia degli "addetti ai lavori" che degli operatori del diritto.

Sul punto il Consiglio di Stato ha posto una pietra miliare con l'autorevolissima decisione plenaria n. 13 del 28.7.2011, la quale, facendo proprio quello che inizialmente sembrava essere l'orientamento minoritario, ha sancito la regola per cui le buste contenenti le offerte tecniche devono essere aperte in seduta pubblica.

Cogliendo il segnale di svolta dato dai Giudici di Palazzo Spada, successivamente, anche il Legislatore è intervenuto *in subiecta materia*, introducendo, con il D.L. n. 52 del 7.5.2012, convertito, con modificazioni, nella L. n. 94 del 6.7.2012 (meglio nota come "*Spending review*"), specifiche regole ai fini del corretto svolgimento di tale fase di gara.

La *ratio* di tutto ciò è di immediata percezione: garantire la massima trasparenza, facendo in modo che la gara si svolga, ovviamente nei limiti del possibile, senza soluzione di continuità, e che la verifica della integrità dei plichi non si esaurisca nella mera constatazione di inesistenze di manomissioni o alterazioni, ma si concretizzi in un accurato accertamento del corretto ingresso in gara del materiale documentario richiesto dalla *lex specialis* e dalla normativa di settore.

Con la sentenza n. 8440 del 25.7.2016 il TAR capitolino non disconosce i suindicati principi, ma pone nuovamente in auge il problema della portata lesiva, anche se non immediata, della clausola della legge di gara contemplante l'apertura in seduta riservata delle buste contenenti

l'offerta tecnica, ribadendo l'obbligo di impugnazione della stessa, pena l'acquiescenza a quanto ivi previsto.

Al riguardo preme precisare che, secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante, la previsione della seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche e per la verbalizzazione di quanto in esse presente non è impositiva dell'obbligo dell'esame, sempre in seduta pubblica, di tutta la documentazione: questa infatti può essere esaminata in modo più approfondito, in successive sedute riservate (cfr., tra le tante, TAR Campania, Napoli, sez. V, 22.6.2016, n. 3177).

Per quel che invece attiene alle offerte economiche, in linea di massima, nessun particolare problema si è mai posto per l'apertura delle stesse, atteso che sul punto il Legislatore è stato sempre assolutamente chiaro nello stabilire che essa debba avvenire sempre e comunque in seduta pubblica (in relazione al caso in esame leggesi art. 120, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010).

Al fine di meglio garantire la *par condicio* e la massima trasparenza, la giurisprudenza ha specificato che *<<fino a quando non sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche, è interdetto al seggio di gara la conoscenza delle percentuali di ribasso offerto per evitare ogni possibile influenza sulla valutazione tecnica>>*, rimarcando così la sovranità del principio della segretezza dell'offerta economica (cfr. C.d.S., sez. V, 11.5.2012, n. 2734).

Ebbene, a tale ultimo riguardo, per quanto apparentemente stringata, la sentenza in esame offre interessanti spunti di riflessioni senza peraltro creare fratture con l'orientamento prevalente.

Nella fattispecie, parte ricorrente lamentava l'illegittimità delle operazioni selettive, in quanto la Commissione di gara aveva proceduto ad aprire contestualmente le buste contenenti le offerte tecnica ed economica proposte da un altro, nonché prima dell'apertura dell'offerta tecnica proposta dalla deducente.

Ad avviso del TAR quanto innanzi non costituisce profilo di illegittimità delle operazioni di gara, poiché frutto di errore materiale dimostrato dal fatto che il Presidente ha proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dando lettura di ciascuna voce di costo.

Ancorché nella parte motiva della decisione in parola non si rinvercano elementi probatori effettivamente rassicuranti circa l'inesistenza di qualsivoglia forma di condizionamento derivante dall'apertura dell'offerta economica secondo la tempistica innanzi descritta, le considerazioni espresse dal TAR meritano comunque positivo apprezzamento perché superano il preconetto, "tutto italiano", per cui la conoscenza dell'offerta economica offusca inevitabilmente l'imparzialità di giudizio della Commissione.

Convincimento, quest'ultimo, che invero non trova sponda nel diritto comunitario, al punto che la direttiva n. 24/2014 all'art. 56, comma 2, prevede espressamente che *<<nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli*

*articoli da 57 a 64. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 57 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice>> (cfr. sul punto G. Veltri, in "Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche", pubblicato su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).*

- omissis -

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Pierludovico Patriarca, domiciliata in Roma, Via Tempio di Giove, 21;

nei confronti di

Soc Cooperativa Sociale Risvolti a rl;

per l'annullamento

dell'aggiudicazione definitiva della gara CIG n. 6450521253, avente ad oggetto l'appalto del "servizio municipale di teleassistenza" di Roma Capitale, disposta con determinazione dirigenziale del Municipio Roma XIV n. 281 del 23 febbraio 2016;

di tutti i verbali di gara;

ove occorra e, per quanto di ragione, di ogni altro atto presupposto

nonché per la condanna dell'amministrazione resistente

al risarcimento in forma specifica, con espressa domanda di conseguire l'aggiudicazione della procedura in esame, nonché di stipulare il relativo contratto e, nell'ipotesi in cui nelle more del giudizio venisse stipulato il contratto, per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso ai sensi del d.lgs. n. 104 del 2010 ed il conseguente accoglimento della domanda di subentro;

in subordine, per equivalente, dei danni subiti dalla ricorrente dagli atti e comportamenti amministrativi impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 giugno 2016 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La ricorrente espone che Roma Capitale, Municipio Roma XIV Monte Mario – Direzione Socio Educativa, con determinazione dirigenziale n. 1815/15, ha emesso avviso pubblico di invito a presentare proposte per la realizzazione del “servizio municipale di teleassistenza” in esito al quale sono pervenute tre offerte, tra cui quella di Azzurra 84 e della controinteressata Risvolti.

Soggiunge che la Commissione tecnica, espletate le operazioni di gara, ha assegnato 71 punti alla ricorrente, 79 punti alla controinteressata Risvolti e 57 punti al terzo offerente.

L'amministrazione capitolina, con determinazione dirigenziale del Municipio XIV n. 281 del 23 febbraio 2016, ha proceduto all'aggiudicazione definitiva del servizio oggetto di gara, con decorrenza dal 1° marzo 2016 al 31 dicembre 2017, alla Risvolti Cooperativa Sociale.

Di qui, il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi di impugnativa:

*Violazione e falsa applicazione degli artt. 27, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 e 283, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010. Violazione e falsa applicazione dei principi di efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità dell'azione amministrativa.*

Come riportato nel verbale di gara, redatto in via unitaria per tutte le sedute, le buste relative alle offerte progettuali degli organismi che hanno partecipato alla gara sarebbero state aperte in seduta riservata, in violazione del principio della pubblicità della seduta di apertura delle offerte tecniche.

*Violazione del principio generale di separazione e segretezza delle offerte. Eccesso di potere per violazione del principio di par condicio dei concorrenti.*

Nella prima seduta di gara del 3 dicembre 2015, la Commissione avrebbe proceduto ad aprire

la busta n. 3 della Risvolti Società Cooperativa Sociale a r.l. contemporaneamente alla busta n. 2 nonché prima dell'apertura della busta n. 2 di Azzurra 84 avvenuta nella successiva seduta riservata del 14 dicembre 2015. Tuttavia, la Commissione di gara non potrebbe aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche.

*Violazione e falsa applicazione degli artt. 27, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 e 283, comma 3, d.P.R. n. 207 del 2010. Violazione e falsa applicazione dei principi di efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità dell'azione amministrativa.*

La stazione appaltante avrebbe proceduto alla valutazione delle offerte economiche presentate (in particolare alla "valutazione della chiarezza e coerenza dei preventivi economici") nella seduta riservata del 16 dicembre 2015, laddove l'attribuzione dei punteggi alle offerte economiche dovrebbe avvenire in seduta pubblica.

*Violazione e falsa applicazione dell'art. 84, comma 10, d.lgs. n. 163 del 2006, sulla nomina della Commissione di gara. Violazione e falsa applicazione dei principi di efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità dell'azione amministrativa.*

L'amministrazione capitolina avrebbe proceduto alla nomina della Commissione tecnica per la valutazione delle offerte progettuali in data 1° dicembre 2015, vale a dire nella stessa data ultima prevista dall'art. 13 dell'avviso di gara per la presentazione delle offerte, fissata entro le ore 12 di tale giorno. L'esame della determinazione non permetterebbe di accertare a che ora si sia proceduto con la nomina della Commissione e, pertanto, se essa sia intervenuta prima dell'orario ultimo per la ricezione delle offerte.

Roma Capitale, in rito, ha eccepito l'irricevibilità del ricorso per tardività e, nel merito, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del gravame.

Le parti hanno depositato altre memorie a sostegno ed illustrazione delle proprie ragioni.

All'udienza pubblica del 15 giugno 2016, la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è infondato e va di conseguenza respinto.

L'infondatezza nel merito dell'azione esime il Collegio dall'esame dell'eccezione in rito formulata dall'amministrazione capitolina.

Il Collegio, infatti, rileva quanto segue:

sul primo motivo di impugnativa

- la Commissione, con riferimento all'apertura delle buste contenenti le offerte progettuali, ha agito nel rispetto della *lex specialis* di gara in quanto il punto 14.1, secondo periodo, ha

disposto che “in seduta riservata, la Commissione procederà all’apertura della busta 2 (l’offerta progettuale) e all’esame dei documenti contenuti nella stessa attribuendo i relativi punteggi individuati nella scheda di valutazione contenuta nel presente avviso”;

- la richiamata disposizione dell’avviso pubblico non è stata impugnata, per cui l’operato della Commissione, essendo stato adottato in applicazione della richiamata clausola, non può essere ritenuto illegittimo;

- il rappresentante della ricorrente è stata presente alla riunione in seduta pubblica del 3 dicembre 2015 e non ha sollevato contestazioni

sul secondo motivo di impugnativa

- dalla lettura del verbale unico di gara è verosimile ritenere che il riferimento alla contestuale apertura delle buste n. 2 (offerta economica) e n. 3 (offerta tecnica progettuale) della controinteressata Risvolti nella seduta del 3 dicembre 2015 è frutto di un errore materiale in quanto dallo stesso verbale risulta che, in data 14 dicembre 2015, “il Presidente ha proceduto all’apertura delle buste n. 3 contenenti le offerte economiche dei tre organismi, dando lettura di ciascuna voce”

sul terzo motivo di impugnativa

- la valutazione del criterio della “chiarezza” e “coerenza” del preventivo economico è correttamente avvenuta in seduta riservata in quanto ha costituito esercizio di discrezionalità tecnica;

sul quarto motivo di impugnativa

- la nomina della Commissione nello stesso giorno di scadenza del termine di presentazione delle offerte non costituisce prova che la Commissione sia stata nomina prima di tale scadenza e, quindi, in violazione dell’art. 84, comma 10, d.lgs. n. 163 del 2006, anche perché il termine ultimo per la presentazione delle offerte è stata individuato nelle ore 12, sicché appare plausibile ritenere che la Commissione sia stata successivamente nomina, sia pure nella stessa data del 1° dicembre 2015.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre oneri di legge, sono poste a carico della ricorrente ed a favore di Roma Capitale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre oneri di legge, a favore di Roma Capitale.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2016.