

# Gare telematiche e mancata convocazione del partecipante alla seduta pubblica di apertura delle offerte tecniche: la portata invalidante della violazione del principio di pubblicità delle sedute riletta anche alla luce dell'applicazione dell'art. 21octies

di Davide Simula

Data di pubblicazione: 24-8-2017

1. Le procedure di gara interamente telematiche si svolgono con l'utilizzo di piattaforme che garantiscono l'assoluta integrità delle offerte e la piena certezza della tracciabilità di ogni fase della gara telematica, attraverso l'utilizzo di strumenti elettronici totalmente verificabili e ricostruibili, anche *ex post*. Ne deriva che la mera circostanza che la commissione abbia aperto le buste tecniche in seduta pubblica ma senza la presenza delle parti interessate per omessa preventiva convocazione, non può inficiare, in assenza di elementi ulteriori, la legittimità del procedimento e dell'aggiudicazione della gara. Trattasi, infatti, nel caso specifico, di una violazione di carattere procedimentale ininfluente ai fini del risultato finale della gara, che non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto verificatosi, e come tale inidonea, anche ai sensi dell'art. 21-octies della L. n. 241/90, a determinare l'annullamento dell'intera procedura.

Conformi: Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990; Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6017; Consiglio di Stato, sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5377.

Difformi: Consiglio di Stato, sez. V, 20 luglio 2016, n. 3266.

## Guida alla lettura

Il presente contributo si incentra su un interessante passaggio motivazionale della sentenza in rassegna avente ad oggetto il tema, di stretta attualità, delle violazioni procedimentali inerenti le **gare telematiche** e dei relativi riflessi sulla legittimità delle operazioni di gara.

Nel giudizio *de quo*, la società ricorrente aveva censurato, in via principale, l'illegittimità dell'aggiudicazione alla controinteressata per il mancato accertamento da parte della Commissione di gara di vizi escludenti, richiedendo, in subordine, l'annullamento dell'intera procedura di gara per la violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara in ragione della mancata convocazione della ricorrente medesima alle due sedute in cui si era proceduto all'apertura delle offerte tecniche.

In relazione a tale ultimo profilo, la sentenza in commento, all'esito di un'articolata analisi dei principi giurisprudenziali elaborati in tema di obblighi di pubblicità e di garanzie partecipative con riferimento alle sedute di gara, sancisce, per le gare che si svolgono con modalità interamente telematiche, il principio dell'irrilevanza, in mancanza di ulteriori elementi dai quali si possa desumere un'alterazione del contenuto delle offerte, della mera mancata convocazione del partecipante alla seduta prevista per l'apertura delle offerte tecniche.

Occorre rammentare che, per quanto attiene alle procedure di selezione svolte con la classica modalità "cartacea", la giurisprudenza si è assestata da tempo nel ritenere inderogabile il **principio di pubblicità delle sedute di gara**, che costituisce declinazione, in materia di gare pubbliche, del principio di trasparenza dell'azione amministrativa in generale e specificamente dell'attività dell'Amministrazione in materia di contratti pubblici ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. n. 50/16 (cfr. anche art. 2 del D.Lgs. n. 163/06).

L'operatività di tale principio, inizialmente circoscritta alle sole sedute di apertura delle offerte economiche, è stata estesa, a seguito dell'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13/2011 e dell'entrata in vigore dell'art. 12 del D.L. n. 52/2012 (conv. dalla L. n. 94/2012), anche alle sedute indette per l'apertura delle offerte tecniche per le gare espletate dopo il 9 maggio 2012, data di entrata in vigore del citato D.L. n. 52/2012 (con salvaguardia degli effetti delle gare svoltesi prima di tale data, come statuito dall'Adunanza Plenaria con le sentenze n. 8/2013 e n. 16/2013). Secondo il Supremo Consesso, infatti, la pubblicità delle sedute costituisce principio posto a tutela non soltanto della parità di trattamento tra i concorrenti, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative non sono apprezzabili *ex post* allorquando si sia già proceduto alla rottura dei sigilli e all'apertura dei plichi in assenza dei partecipanti (Cons. Stato, A.P. del 28 luglio 2011, n. 13).

Peraltro, stante la rilevanza del predetto principio, dall'accertamento della sua violazione deriva l'illegittimità di tutti gli atti della procedura selettiva, senza che rilevi l'assenza di prova dell'effettiva lesione sofferta dal concorrente.

Costituisce corollario del principio di pubblicità l'obbligo della Stazione appaltante di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti data, ora e luogo della seduta della commissione di gara, al fine di consentire concretamente loro di poter presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi, trattandosi di adempimento necessario ai fini dell'integrazione del carattere di pubblicità della seduta (Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2016, n. 3911). Con la conseguenza che la mancata convocazione del concorrente rappresenta un vizio insanabile della procedura.

Se l'applicazione dei citati principi è ormai pacifica in giurisprudenza per le gare espletate in modalità "cartacea", la loro estensione alle procedure che si svolgono con modalità interamente telematiche costituisce, di converso, oggetto di un dibattito ancora in essere.

Le ragioni di tale dibattito sono rinvenibili nelle peculiari caratteristiche delle procedure telematiche. La disciplina di riferimento è contenuta, attualmente, nell'art. 58 del D.Lgs. n. 50/2016 che, ai commi 4 e 5, descrive le modalità di funzionamento del sistema telematico. La

caratteristica fondamentale del sistema telematico è costituita dal fatto che esso traccia, mediante codici crittografati, ogni fase della procedura, dal momento della ricezione delle offerte fino alla loro apertura. Di conseguenza, stante tale possibilità di “tracciatura”, ogni operazione può essere verificata anche a gara definita.

Alla luce delle caratteristiche proprie delle gare telematiche, la giurisprudenza si è posta il problema dell'eventuale applicabilità, anche a tali tipologie di procedure, dei medesimi principi di pubblicità già enucleati in relazione alle gare “cartacee”. Le soluzioni non sono pienamente concordi.

Secondo un orientamento maggiormente “rigorista”, il principio di pubblicità delle sedute di gara ha portata fondamentale, connota profondamente le procedure di gara e deve, pertanto, essere garantito anche nelle procedure telematiche, in quanto il partecipante deve essere comunque posto in grado di presenziare alle sedute della commissione. Ne consegue che la mancata convocazione del concorrente alla seduta fissata per l'apertura delle offerte tecniche configura una grave lesione del principio di trasparenza e determina, anche in assenza della prova in concreto della manipolazione indebita della documentazione nella disponibilità della commissione di gara, il travolgimento dell'intera procedura (Cons. Stato n. 3266/16).

Accanto a tale indirizzo, si riscontra anche un ulteriore orientamento che, di converso, ritiene che il principio di pubblicità delle sedute di gara possa, sostanzialmente, essere oggetto di deroga laddove la gara si sia svolta con modalità interamente telematiche, in quanto tale procedura, per le caratteristiche che la contraddistinguono, offre certezza sulla provenienza dell'offerta da parte del concorrente e, consentendo di tracciare l'apertura di ogni singolo file contenente la documentazione di gara, garantisce altresì l'immodificabilità delle offerte (Cons. Stato n. 5377/14).

Il Tar Sardegna, con la pronuncia in commento, si allinea a tale ultimo indirizzo, ritenendo che, in caso di procedura interamente telematica, la **mancata convocazione** del concorrente, sebbene costituisca violazione della *lex specialis* e del principio di pubblicità, non è idonea, di per sé e in assenza di ulteriori elementi, a determinare l'illegittimità della gara, in quanto le peculiarità del procedimento telematico sono tali da escludere qualsiasi rischio di alterazione delle offerte. Ciò che contraddistingue la sentenza, tuttavia, è la circostanza per cui si ricollega la violazione accertata, consistente nella mancata convocazione del partecipante prevista dalla legge di gara, all'**art. 21-octies della L. n. 241/90**, considerandola alla stregua di una mera inosservanza procedimentale inidonea a determinare l'illegittimità dell'intera gara e a condurre al suo conseguente annullamento.

Secondo il Collegio sardo, infatti, occorre valutare il peso della violazione del principio della pubblicità delle sedute commesso dalla Stazione appaltante nel caso specifico, adottando un approccio “non meramente formalistico” che tenga in debito conto le concrete modalità di svolgimento della selezione. Di conseguenza, stante l'assenza di alcun rischio in ordine all'alterazione delle operazioni di gara in virtù della piena tracciabilità di tutte le fasi della selezione mediante l'utilizzo di strumenti elettronici e della possibilità di controllarne la regolarità anche *ex post*, la mera violazione dell'obbligo di convocazione del concorrente, e dunque del principio di pubblicità della seduta, si configura quale irregolarità soggetta

all'applicazione del citato art. 21-*octies*, in quanto il risultato finale, costituito dall'aggiudicazione alla controinteressata, non sarebbe, comunque, potuto essere diverso qualora la ricorrente avesse partecipato alla seduta destinata all'apertura delle offerte tecniche.

Dalla pronunzia, peraltro, si evince che residua in ogni caso in capo al soggetto che lamenta la lesione dell'obbligo di convocazione alla seduta pubblica la possibilità di comprovare, con mezzi idonei, l'eventuale avvenuta alterazione delle offerte e/o delle ulteriori operazioni di gara. La modalità telematica, dunque, pare essere assistita da una presunzione di legittimità del suo svolgimento, che può essere superata in virtù di prova contraria il cui onere -secondo uno schema analogo a quello relativo alla contestazione inerente la mancata verbalizzazione circa la corretta custodia dei plichi (Cons. Stato, n. 2937/15)- ricade in capo al soggetto che sollevi il relativo vizio. Risulta ribaltata l'impostazione più rigorosa che, con riferimento alle gare cartacee, prevede che dall'accertamento dell'inosservanza dell'obbligo di pubblicità della seduta deriva l'annullamento della procedura, senza necessità di comprovare la concreta lesione sofferta.

Le conclusioni cui è pervenuto il Tar Sardegna nella pronunzia in esame, che, nel ribadire l'applicabilità del principio di pubblicità delle sedute anche con riferimento alle gare telematiche, verifica in concreto l'entità della violazione commessa, si pongono nel solco di un orientamento di tipo "sostanzialista" che si muove nell'ottica del (condivisibile) perseguimento della salvezza delle operazioni di gara utilmente espletate in presenza di inosservanze di carattere formale.

E' d'uopo, tuttavia, evidenziare che, nel caso specifico, una siffatta impostazione potrebbe condurre a interrogarsi sul suo corretto ambito di inquadramento all'interno del sistema.

Invero, il ragionamento illustrato nella sentenza in commento trae spunto da un precedente del Consiglio di Stato (n. 275/16) avente ad oggetto una gara espletata con modalità esclusivamente cartacea. Elemento comune alle ipotesi esaminate nelle due pronunzie è costituito dal fatto che, in entrambi i casi, la *lex specialis* prevedeva la seduta pubblica. Tuttavia, la gara oggetto della sentenza n. 275/16 è stata espletata in un periodo precedente all'entrata in vigore del D.L. n. 52/2012, e come tale non risultava soggetta all'obbligo di pubblicità per le sedute di apertura delle offerte tecniche. Di conseguenza, la violazione lamentata in tale ipotesi era riferita esclusivamente a una disposizione della legge di gara, peraltro impositiva di un adempimento (la pubblicità della seduta di apertura delle offerte tecniche) non previsto, all'epoca, come obbligatorio dalla legge.

Ci si potrebbe domandare quanto le conclusioni cui è pervenuta la pronunzia richiamata dal Tar, siano applicabili a fattispecie, quale quella esaminata nella sentenza in rassegna, in cui il vizio censurato ha ad oggetto la violazione di una norma non solo autoimposta dalla Stazione appaltante, ma anche riproduttiva di un principio cogente, quello di pubblicità delle sedute, sicuramente applicabile, quantomeno in termini generali, anche al caso concreto.

Oltre ai persistenti interrogativi in ordine all'effettiva valenza della portata autovincolante delle norme della *lex specialis*, potrebbero residuare perplessità sulla portata applicativa dell'approccio interpretativo sostanzialista adottato dal Tar Sardegna. Tale orientamento,

infatti, sebbene correttamente informato all'esigenza primaria di limitare l'ambito di operatività delle illegittimità invalidanti, riguarda un'ipotesi in cui la violazione lamentata, assimilata a una mera inosservanza procedimentale, si origina dalla lesione di un principio definito fondamentale per tutte le procedure di gara e la cui operatività risulta oggi ribadita anche a livello normativo, sia dall'ANAC (cfr. art. 1.1 n. 8 delle Linee Guida n. 5 - Delibera n. 1190 del 16.11.2016), che dal legislatore, il quale, all'art. 78 del D.Lgs. n. 50/16, come modificato dall'art. 47 del c.d. "correttivo" al nuovo Codice dei Contratti (D.Lgs. n. 56/17), al comma 1-bis, ha previsto che con apposite Linee Guida dell'Anac saranno disciplinate le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici *"prevedendo, di norma, sedute pubbliche, nonche' sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche e per altri eventuali adempimenti specifici"*.

Il tema della portata applicativa del meccanismo della degradazione da vizio comportante l'illegittimità insanabile a mera omissione non invalidante, peraltro, assume rilievo, nel caso di specie, anche alla luce della scarsa normativa disciplinante lo svolgimento delle procedure telematiche -destinate a soppiantare le consuete procedure cartacee (cfr. art. 37, comma 2, 44, comma 1, 75, comma 1 del nuovo Codice dei Contratti)- le quali, allo stato attuale, in virtù della recente abrogazione del comma 6 dell'art. 58 del D.Lgs. n. 50/16 per effetto dell'art 37 del D.Lgs. n. 56/17, sono contraddistinte da una regolamentazione procedimentale particolarmente snella.

Con riferimento, infine, al tema della prova, si segnala che l'effettiva operatività della correttezza impostazione giuridica adottata dal Tribunale sardo nel caso esaminato risulta, comunque, necessariamente collegata all'effettiva possibilità per colui che lamenta la lesione e per il Collegio giudicante di verificare *ex post* la correttezza dei singoli passaggi procedurali intervenuti in assenza del concorrente pretermesso, il quale deve, dunque, essere posto in grado dall'Amministrazione di poter accedere al materiale occorrente e nella tempistica idonea a consentirgli di espletare le opportune verifiche.

## **Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna**

**(Sezione Prima)**

**ha pronunciato la presente**

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1053 del 2016, proposto da: TELOS SRL TERRITORY ENVIRONMENT LEGISLATION FOR AN OPEN SOCIETY, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Ferrante C.F. FRRMRA81M66H224K, Claudio Guccione C.F. GCCCLD65S05H501S, con domicilio eletto presso Umberto Cossu in Cagliari, via Satta 33;

**contro**

REGIONE SARDEGNA Direzione Generale Beni Culturali . Servizio Beni Culturali e Sistema Museale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Mattia Pani C.F. PNAMTT74P02B354J, Alessandra Camba C.F. CMBLSN57D49B354X, con domicilio eletto presso Pani Mattia Ufficio Legale Regione Sarda in Cagliari, viale Trento, N. 69;

**nei confronti di**

MATE SOCIETA COOPERATIVA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Lorenzo Botteon C.F. BTTLNZ71A01M089U, Massimo Murru C.F. MRRMSM62P08B354K, con domicilio eletto presso Massimo Murru in Cagliari, via San Lucifero N.65;

**per l'annullamento**

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva adottato dalla Regione Autonoma della Sardegna prot. n. 19934 del 22.11.2016, comunicato a mezzo PEC ai sensi dell'art. 76, co. 5, del D.Lgs. n. 50/2016 in data 24.11.2016;

-per quanto occorrer possa, dei verbali delle sedute della commissione giudicatrice, tenutesi in data 11.10.2016, 12.10.2016, 14.10.2016, 18.10.2016, 20.10.2016, 2.11.2016, 3.11.2016, 7.11.2016, 8.11.2016, 10.11.2016, 11.11.2016, 14.11.2016, 16.11.2016, per la mancata comunicazione alle imprese offerenti della data e del luogo di apertura dei plichi delle offerte tecniche;

- del parziale riscontro alle molteplici richieste di accesso formulate da T.E.L.O.S. s.r.l. - Territory Environment Legislation for an Open Society, di cui alla comunicazione priva di data inviata a mezzo PEC dalla Regione Autonoma della Sardegna in data 20.12.2016 ;

- della Lettera di invito/Disciplinare di gara del 2.09.2016 ;

di ogni altro atto e/o provvedimento, antecedente o susseguente, comunque connesso ai provvedimenti impugnati, ad oggi non conosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Sardegna e di Mate Societa Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2017 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO**

La ricorrente TELOS SRL TERRITORY ENVIRONMENT LEGISLATION FOR AN OPEN SOCIETY (d'ora in poi più semplicemente Telos) ha partecipato alla procedura negoziata (indagine di mercato) indetta dalla Regione Sardegna per l'affidamento del servizio di redazione del "Piano di gestione del sito Unesco <Su Nuraxi>", ubicato nel Comune di Barumini.

7 sono gli operatori economici che hanno manifestato interesse all'affidamento del servizio, che si sarebbe svolto mediante RdO (Richiesta di Offerta) sul mercato elettronico della Sardegna, denominato Sardegnacat.

L'ammontare posto a base di gara era fissato in euro 75.500.

Attraverso il mercato elettronico l'amministrazione ha inoltrato ai 7 operatori, che avevano manifestato interesse, specifica RdO, mediante lettera di invito, disciplinare di gara e relativi allegati.

La ricorrente ha presentato la propria offerta.

La gara è stata aggiudicata, dopo l'esame di 5 offerte, all'odierna Controinteressata, in forza del punteggio complessivo maggiore conseguito, pari a 79,128 punti (in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), nell'ambito della graduatoria composta da 4 soggetti (essendo stato 1 escluso per difetto di documentazione).

La ricorrente conseguiva 1 punteggio complessivo di 77,93.

Tra i requisiti di partecipazione era stato richiesto il possesso di "documentata esperienza, in capo all'operatore economico nel suo complesso, rappresentata dall'aver regolarmente eseguito almeno 3 servizi riguardanti la redazione di piani di gestione di siti Unesco (quali elaborazione di specifiche linee guida, coordinamento o redazione di specifici piani di gestione o studi, etc.) ai fini del riscontro di tale requisito sono presi in considerazione esclusivamente i predetti servizi conclusi regolarmente entro il 9/12/2015, data di scadenza già prevista per la presentazione delle istanze di manifestazione di interesse" (v. punto 3 f della lettera di invito-disciplinare, pagina 8/51).

La ricorrente ha presentato il 29/11/2016, tramite pec, istanza di accesso a tutti gli atti di gara chiedendo in particolare di visionare ed estrarre e dei documenti prodotti dalla aggiudicataria MATE, istanza successivamente reiterata, il 15/12 non avendo la prima ottenuto riscontro da parte della regione, integrandola con richiesta di copia del contratto eventualmente stipulato nonché la documentazione relativa alla comprova dei requisiti generali e speciali.

Neppure tale istanza sarebbe stata riscontrata dall'amministrazione, nonostante che un delegato della società si fosse presentato il 16/12/2016 presso gli uffici della stazione appaltante al fine di ottenere i documenti di gara richiesti. E ciò a causa di disguidi connessi a personale in ferie.

Solo il 20/12, a seguito di una terza istanza di accesso inviata tramite pec, la ricorrente ha potuto ottenere l'offerta presentata dall'aggiudicataria.

Con ricorso avviato per la notifica il 23/12/2016 e depositato il successivo 30/12 la società Telos ha impugnato l'aggiudicazione disposta in favore di Mate, formulando le seguenti censure:

**A: VIZI ESCLUDENTI** in relazione alla documentazione presentata dal Raggruppamento aggiudicatario:

A1) violazione e falsa applicazione del punto 3 f della lettera di invito-disciplinare di gara; mancata comprova dei requisiti tecnici richiesti dalla stazione appaltante; violazione e falsa applicazione dell'articolo 80 comma 5 lett. c del decreto legislativo 50/2016 e dell'articolo 75 del d.p.r. 445/2000; violazione falsa applicazione del principio comunitario di par condicio, del principio di imparzialità e non discriminazione; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti e disparità di trattamento;

A2) violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 93 del codice 50/2016 e del punto 6.1 lett. E della lettera di invito-disciplinare di gara; mancata presentazione della garanzia provvisoria; mancata presentazione della prescritta dichiarazione di impegno a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto di cui all'articolo 103 del codice 50/2016 qualora l'offerente dovesse risultare aggiudicatario; violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 75 del d.p.r. 445/2000; violazione falsa applicazione del principio comunitario di par condicio, del principio di imparzialità e non discriminazione; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti e disparità di trattamento; in via subordinata il giudice dovrebbe disapplicare l'articolo 83 comma 9 per violazione della normativa comunitaria, in particolare l'articolo 57 della direttiva 2014/24;

con accertamento della sussistenza di una causa di esclusione dell'aggiudicataria, con conseguente riconoscimento del diritto della ricorrente all'aggiudicazione e alla stipula del relativo contratto, essendo Telos collocata al 2° posto in graduatoria;

A3) violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 76 comma 5 del codice 50/2016; violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 325 del d.p.r. 207/2010; violazione e/o falsa applicazione del punto 8 nella lettera di invito-disciplinare di gara rubricato "documentazione per la verifica dei requisiti"; eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, disparità di trattamento; carenza dei requisiti tecnici richiesti dalla stazione appaltante.

**B: IN SUBORDINE** richiesta di ANNULLAMENTO DELLA PROCEDURA.

La ricorrente ha formulato, in via subordinata, ulteriori vizi che comporterebbero la necessità di

annullare l'intera procedura; in particolare trattasi di:

violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 77 del codice 50/2016; mancata convocazione dei rappresentanti dei partecipanti per le sedute pubbliche della commissione giudicatrice del 14/10 e 18/10 del 2016; violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti, violazione del procedimento e disparità di trattamento.

Il ricorso formula anche, nelle conclusioni, richiesta di risarcimento del danno in forma specifica; in via principale con richiesta di esclusione dell'aggiudicataria e di annullamento dell'aggiudicazione, con declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato con Mate, con diritto al subentro nell'esecuzione dell'appalto; solo in subordine la richiesta risarcitoria viene compiuta per equivalente, con il riconoscimento di tutti i danni subiti e subendi, quantificati complessivamente in euro 12.835 (7550 per la mancata esecuzione del servizio, parametrata al 10% della base d'asta; 1510 per il costo per la sottoscrizione della polizza fideiussoria prestata titolo di cauzione provvisoria, pari al 2% dell'importo dell'appalto; 3775 per danno curriculare, parametrato al 5% dell'importo posto a base d'asta).

È stata formulata anche istanza cautelare.

Si sono costituite in giudizio sia la Regione che l'aggiudicataria Mate sostenendo l'irricevibilità, la parziale inammissibilità e l'infondatezza del ricorso e delle richieste in esse contenute.

Alla Camera di consiglio del 1 febbraio 2017 le parti hanno aderito ad una celere fissazione del merito del ricorso, con rinuncia alla decisione cautelare.

Dopo ulteriori scambi di memorie all'udienza del 5 aprile 2017 la controversia è stata trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

### **RITO**

La controinteressata sostiene, in rito, che sarebbe necessaria l'integrazione del contraddittorio, ex articolo 49 del cpa, per omessa notifica agli altri soggetti che compongono il costituendo Raggruppamento.

La Regione ha eccepito l'irricevibilità del ricorso (notificato solo il 24 dicembre 2016), con riferimento al 1° motivo (impugnazione dell'ammissione per reputata carenza di requisiti soggettivi, tecnico professionali), ritenendo che avrebbe dovuto trovare applicazione la nuova disciplina speciale, in rito, contemplata all'articolo 120 del cpa, con conseguente applicazione dell'impugnazione "immediata" dell'ammissione, entro il termine di impugnazione di 30 giorni decorrenti dalla pubblicazione delle ammissioni dei concorrenti alla gara. E la conoscenza

della ricorrente dell'ammissione della controinteressata, disposta il 14 ottobre 2016, è stata acquisita nella successiva seduta del 14/11 (verbale 12), ove era presente la signora Battaglia, soggetto delegato dalla società Telos.

Inoltre la Regione ha eccepito la carenza di interesse della ricorrente all'accoglimento del 1° motivo di ricorso, anche sotto altro profilo, in quanto, qualora venisse ritenuta fondata la censura in ordine all'assenza dei requisiti, la stazione appaltante sarebbe tenuta ad applicare il medesimo criterio (restrittivo) anche nei confronti della stessa ricorrente Telos; con valutazione dei suoi requisiti professionali con la medesima chiave interpretativa emersa nel corso del giudizio, non potendo, allora, essere considerati, una parte dei servizi dichiarati (e riportati a pagina 25, 26, 27 e 28 della memoria di costituzione della Regione).

Tutti i profili sollevati, in rito, dalle controparti (e diffusamente avversati) possono dichiararsi assorbiti, posto che il ricorso va rigettato nel merito, per i seguenti motivi di diritto.

\*\*

## MERITO .

Tre sono i profili che sono stati contestati, in via principale, tutti diretti ad ottenere l'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria Mate e l'automatico scorrimento della graduatoria, con nuova aggiudicazione in favore della ricorrente Telos, classificatasi al 2° posto.

Si tratta in particolare delle seguenti contestazioni:

-1° motivo: mancata dimostrazione di documentata "esperienza" nella redazione di piani di gestione di siti Unesco", evidenziando la differenza sussistente tra "consulenze" specialistiche ed attività di redazione vera e propria di un "Piano di gestione" da considerarsi, quest'ultima, attività professionale ben più impegnativa;

-2° motivo: omessa presentazione, da parte di Mate, della garanzia provvisoria di importo pari al 2% della base d'asta e mancata dichiarazione di impegno a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto qualora l'offerente risultasse aggiudicatario (6.1 lett. E ed F della lettera di invito), non sanabile neppure mediante attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante;

-3° motivo: mancata "comprova" dei requisiti dichiarati, in particolare in riferimento alla "regolare esecuzione" di 2 (dei 3) servizi pregressi, dichiarati per attestare la sussistenza della capacità tecnica di Mate per l'espletamento del servizio oggetto dell'appalto.

## A)VIZI ESCLUDENTI.

A1) La prima censura sollevata, a valenza escludente, si riferisce all'applicazione del punto 3 f della lettera di invito-disciplinare di gara; in particolare per quanto concerne il profilo della mancata dimostrazione di documentata esperienza nella redazione di Piani di gestione dei siti Unesco.

Parte ricorrente sostiene che sussiste differenza tra consulenza specialistica e attività di redazione di un Piano di gestione, da considerarsi, quest'ultima, ben più impegnativa, anche per la pluralità di competenze specialistiche che sono richieste e coinvolte ( archeologica, storica, naturalistica, giuridica, sociologica, inerente la governance,...).

La ricorrente Telos evidenzia che la redazione di un Piano deve essere compiuta con capacità di sintesi e con integrazione tra i diversi apporti consulenziali; tale attività implica anche una responsabilità complessiva, scientifica e disciplinare, ben diversa e maggiore rispetto a colui che svolge una più semplice attività di consulenza settoriale.

Il Collegio ritiene che i 3 servizi dichiarati dall'aggiudicataria (per attestare i requisiti tecnici posseduti) sono idonei e coerenti con la disposizione di *lex specialis* (articolo 3 lettera f) che delinea l'ambito di riferimento per trarre gli elementi che connotano la sussistenza della capacità tecnica "specificata", necessaria per lo svolgimento del servizio : "affidamento del servizio di redazione del "Piano di gestione del sito Unesco <Su Nuraxi>".

Si evidenzia, innanzitutto, sotto il profilo strettamente procedimentale che la strutturazione della gara si sviluppava in 2 fasi:

-la prima tramite "avviso di indagine di mercato";

- successivamente, la seconda, con "invito" dei soggetti che avevano manifestato interesse.

Il superamento della prima valutazione avveniva dopo il positivo riscontro del possesso dei requisiti, anche professionali, in capo ai soggetti richiedenti (cfr. determinazione RAS 18.640 del 25.11.2015, pag. 6/8 punto 4), e che, nel caso di specie, è stato riconosciuto in favore di tutti i soggetti che avevano formulato istanza di partecipazione.

Non può essere condivisa la tesi della ricorrente in ordine alla mancata dimostrazione del requisito di documentata esperienza che avrebbe dovuto essere dimostrato (solo) con l'avvenuta (e circoscritta) "redazione di piani di gestione di siti Unesco", unico requisito che secondo Telos avrebbe potuto rilevare per l'ammissione (3 servizi di "redazione").

La disposizione di invito-disciplinare è strutturata in modo dettagliato, mirante a dimostrare una esperienza specifica nel settore (siti Unesco), ma descritta dalla *lex specialis* anche in modo "ampio", contemplando svariate ipotesi, con una formulazione, non "chiusa", ma "aperta" anche ad altre ipotesi ivi non espressamente dettate in via esclusiva, consentendo ,espressamente, la rilevanza non solo di "redazione di piani di gestione di siti Unesco" ma anche di "elaborazione di specifiche LINEE GUIDA, COORDINAMENTO o redazione di specifici piani di gestione o STUDI, etc.".

Ciò significa che l'amministrazione non ha limitato l'esperienza spendibile (e utile) alla sola vera e propria "redazione di piani di Gestione siti UNESCO", ma ha esteso la rilevanza anche di attività prodromiche, con utile considerazione, anche, di attività di mero studio, purchè nell'ambito (questo sì) di valorizzazione di siti rilevanti UNESCO.

L'istituzione specializzata l'UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization), appartenente all' Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura, è stata creata il 4 novembre 1946, a Parigi.

La finalità di valutare la sussistenza dei presupposti codificati dall'organizzazione internazionale è quella di selezionare, valorizzare e gestire beni, aree e territori che meritano di essere "qualificati" e mantenuti con particolari tutele di conservazione.

Sotto tale profilo è evidente che la "specializzazione" debba essere rinvenuta (oltretutto nell'ambito di clausola "aperta", non suscettibile, come tale, di interpretazione restrittiva, pena la lesione del principio concorrenziale), in attività coinvolgenti studi, programmi, linee guida, Piani, tutte finalizzate ad ottenere le necessarie iscrizioni (con il riscontro di criteri ambientali o culturali) e/o la gestione di siti già registrati.

Dunque le attività svolte dai concorrenti che attengano, a diverso titolo, all'individuazione di siti e alla loro gestione rientrano pienamente nella definizione del bando.

Per la creazione (e poi gestione) di questi siti rilevano 10 elementi che sono considerati selettivi per l'UNESCO (di cui 6 a valenza culturale e 4 a rilevanza ambientale) per poter individuare i beni da tutelare e da far conoscere.

I Siti designati devono essere di "eccezionale valore universale" e soddisfare almeno uno dei dieci criteri.

Tutte le prestazioni che sono state svolte in questa area (estesa) di attività possono assumere rilevanza e valutate positivamente dalla PA come elementi idonei a consentire il superamento del requisito tecnico e , quindi, l'ammissione alla gara.

Si evidenzia, tra l'altro, che l'Amministrazione non richiedeva, in questa gara, anche la sussistenza di un fatturato specifico "minimo" (benchè fosse prevista, come necessaria, l'indicazione degli importi corrisposti nei servizi precedenti).

Avendo l'aggiudicatario dichiarato 3 servizi tutti connessi ad attività svolte specificamente all'elaborazione di attività, di vario livello e tipologia, tutte collegate all'individuazione, studio, gestione e strategie di sviluppo di "siti e aree protette Unesco", svolti nel periodo 2009-2014.

Con soddisfazione del il requisito professionale (plurimo).

I 3 servizi dichiarati da MATE attengono infatti alla:

\*consulenza per la "rete delle aree protette Dolomiti Unesco"; individuazione dei possibili progetti e delle strategie di sviluppo sostenibile da attuare e delle relative modalità di comunicazione e marketing di rete nonché lo studio dei sistemi normativi e di gestione (servizio eseguito a favore della provincia di Pordenone nel periodo 2012-2014, per euro 40.000);

\*consulenza professionale per la “candidatura dei Portici di Bologna a patrimonio mondiale Unesco”, con individuazione delle problematiche e delle strumentazioni per costruire il Piano gestionale da sottoporre agli organismi Unesco (nazionale ed internazionale), con individuazione delle strumentazioni e delle modalità operative per la salvaguardia e la valorizzazione dei beni da tutelare, con segnalazioni delle principali problematiche da affrontare e delle possibili misure di intervento (servizio eseguito a favore del Comune di Bologna nel periodo 2012-2014, per euro 18.000);

\*consulenza per la definizione della “governance del bene Unesco” e per l’ “elaborazione del Piano di Gestione della prima candidatura per l’inserimento dei territori vitivinicolo del Piemonte nella lista del patrimonio mondiale” (servizio eseguito a favore della regione Piemonte delle province di Asti, Cuneo ed Alessandria, svolto nel periodo 2009-2012, per complessivi euro 19.607).

I tre servizi indicati possiedono le caratteristiche indicati dalla lex specialis e dovevano, come lo sono stati, essere considerati utili e rilevanti, nella cornice individuata dalla stazione appaltante come tipologia di requisito tecnico, in quanto tutti afferenti allo studio e alla predisposizione di elementi finalizzati alla redazione di piani e programmi attinenti beni Unesco o aspiranti tali.

Lo studio di progetti e delle strategie di sviluppo non costituiscono, come sostiene la ricorrente, un’ attività istituzionale di tipo meramente “gestionale”, , ma ineriscono strettamente al settore della valorizzazione e diffusione, con esplicazione di attività propriamente finalizzate al potenziamento dei siti Unesco. In riferimento alla loro individuazione, valorizzazione, diffusione.

Dunque anche le attività progettuali e di studio (prodromiche), purchè relative a beni Unesco o aspiranti tali, rientrano nei requisiti professionali che dimostrano la sussistenza di una capacità già acquisita in materia dal concorrente.

Ne consegue l’infondatezza della tesi della ricorrente che sostiene che solo l’avvenuta e dimostrata “Redazione di Piani di Gestione di siti Unesco” costituirebbe esperienza rilevante e necessaria (in via esclusiva), posto che la norma dell’avviso-disciplinare disciplinare consente una valutazione più ampia, e non limitata e circoscritta, come invece vorrebbe Telos.

Purché riferite al settore Unesco (siti già dichiarati o in corso di riconoscimento e qualificazione) le attività rilevanti ed ammissibili sono di tipologia diversificata, estendendosi anche a prestazioni ulteriori e differenti rispetto alla (esclusiva) avvenuta redazione di Piani di Gestione di quei siti, già riconosciuti.

Si può quindi affermare che anche i servizi di consulenza e gli studi specialistici, funzionali e correlati alla redazione del Piano di gestione di siti Unesco, possono essere ricompresi nella definizione fornita dall’amministrazione, che delinea, come utile e rilevante, una molteplicità di servizi svolti nel settore specifico.

Inoltre, ben possono rientrare, a pieno titolo, tra le attività che qualificano i soggetti invitati a

partecipare alla selezione, anche le attività di studio, analisi socioeconomica, predisposizione degli elementi tecnici finalizzati alla “candidatura” di un bene a patrimonio Unesco. Del resto la stessa ricorrente Telos ha dichiarato, tra i servizi svolti, anche consulenze inerenti la “candidatura” ma di siti Unesco (non ancora registrati).

La Regione evidenziava sul punto (cfr. pagg. 23 e 24 dell'atto di costituzione) che la ricorrente Telos ha dichiarato, tra i servizi eseguiti, anche una pluralità di consulenze, nell'ambito di programmi Unesco, non strettamente connessi alla “redazione di piani di gestione”.

Il che determinerebbe, in caso di accettazione di una tesi restrittiva, che l'Amministrazione dovrebbe espungere, in autotutela, in danno della ricorrente, tali servizi resi.

Accertata la bontà ed utilità dei titoli professionali dichiarati ed attestati da Mate, in via consequenziale, cade l'altra censura, sollevata sempre nell'ambito del 1° motivo, inerente la richiesta di esclusione di Mate per “falsa dichiarazione” (che costituisce una autonoma fattispecie di esclusione), in quanto l'aggiudicataria avrebbe presentato all'Amministrazione dichiarazioni non veritiere in riferimento alla sussistenza dei requisiti tecnico-professionali che sono stati appena esaminati. Dichiarazioni che avrebbero dovuto condurre, ma solo se effettivamente false e/o fuorvianti, sia all' applicazione dell'articolo 75 del d.p.r. 445/2000, sia in applicazione dell'articolo 80 comma 5 lettera c) del codice appalti n. 50/2016, alla decadenza del beneficio di ammissione alla gara e della successiva aggiudicazione, con esclusione del soggetto dalla competizione.

Senza possibilità di esplicazione di ulteriore attività discrezionale da parte dell'amministrazione, né di rettifica delle dichiarazioni fornite dal concorrente.

Ma essendo i requisiti tecnico-professionali che sono stati dichiarati coerenti con la previsione dell'avviso- disciplinare, che delineava in termini ampi l'ambito di operatività e di riconoscimento delle professionalità pregresse rilevanti, ne consegue, necessariamente e per l'effetto, l'insussistenza della falsità della dichiarazione compiuta da Mate in sede di offerta in ordine alle esperienze maturate antecedentemente alla gara. Esperienze che, comunque, erano state dichiarate (e possedute) per quello che effettivamente erano, quindi senza alcun intendimento di falsare la gara.

\*\*

A2) Con il secondo motivo parte ricorrente sostiene che Mate non avrebbe presentato la garanzia provvisoria di importo pari al 2% della base d'asta (6. 1 lett. E della lettera di invito), nonché l'impegno a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto qualora l'offerente risultasse aggiudicatario (6. 1 lett. F della lettera di invito), elementi che erano ambedue richiesti a pena di esclusione, e non sanabili mediante attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante ex articolo 83 comma 9 del codice 50/2016.

In punto di soccorso istruttorio (teorico, in favore di Mate) la ricorrente Telos sostiene che il Giudice non potrebbe sostituirsi all'amministrazione consentendo alla parte inadempiente non solo di “regolarizzare” la documentazione (limitato ambito operativo che sarebbe consentito)

ma, anche, di presentarla ex novo in corso di gara, post scadenza decadenziale del termine per la presentazione delle offerte e di tutta la documentazione necessaria, incorrendo così in un eccesso di potere giurisdizionale.

Ma, come documentato in giudizio, dalle difese della Regione le garanzie sono state correttamente e tempestivamente presentate dall'aggiudicataria (cfr. documento 8) ed erano state rinvenute nella busta di qualifica.

La censura nasce dal fatto che tale documentazione non è stata fornita alla ricorrente a seguito di istanza di accesso sugli atti di gara.

L'amministrazione ha evidenziato che in sede di accesso parte ricorrente non aveva richiesto esplicitamente il rilascio di tale documento. E comunque la rappresentante dell'impresa, signora Battaglia, risultava presente nelle sedute pubbliche che si sono svolte l'11 e il 12 ottobre 2016 (verbali 1 e 2), quando la Commissione ha verificato la presenza e dato lettura della documentazione amministrativa richiesta al fine di verificarne la conformità alle prescrizioni indicate nella lettera di invito-disciplinare.

Sotto il profilo oggettivo rileva, nella sostanza, ai fini della decisione da assumere in questo giudizio, il fatto che le garanzie presentate da Mate facevano effettivamente parte degli atti di gara, e sono state riscontrate presenti e valutate dalla Commissione, che ha pronunciato, sulla base della documentazione complessiva fornita, l'aggiudicazione in suo favore.

Mate aveva prodotto unitamente all'offerta tutta la documentazione necessaria con, sotto tale profilo delle garanzie, legittima ammissione in gara.

Il fatto che parte ricorrente non abbia ottenuto visione e copia di questi atti, nonostante avesse richiesto tutta la documentazione dell'offerta dell'aggiudicataria, non può costituire elemento viziante la procedura, trattandosi di un elemento "esterno" e successivo. Elemento che non inficia la legittimità della procedura di gara e che può, semmai, rilevare solo sotto l'aspetto decisorio dell'attribuzione delle spese di questo giudizio.

Né può essere accolta (sempre nell'ambito del secondo vizio sollevato, sub A2) la richiesta, formulata in via subordinata pur nell'ambito dello stesso motivo, di disapplicazione dell'articolo 83 comma 9 del codice 50/2016, per incompatibilità con la disciplina comunitaria della peculiare disciplina del soccorso istruttorio dettata, in ambito di appalti.

Nel caso di specie, infatti, non è stata fatta applicazione della citata norma (del Codice degli appalti), di cui si chiede la disapplicazione, che consente un'esplicazione ampia e maggiore rispetto alla disciplina ordinaria vigente in materia di procedimento amministrativo in generale e contemplata nell' art. 6 lett. b) della L. 241/1990.

Ne consegue che, anche sotto tale profilo, il 2° vizio sollevato non è fondato.

\*\*

A3) Con la 3<sup>a</sup> censura Telos lamenta che, qualora i requisiti venissero ritenuti idonei, questi non sarebbero stati comunque “comprovati” dalla controinteressata, dopo l’intervenuta aggiudicazione in suo favore.

In particolare si contesta la mancata produzione dei “certificati di regolare esecuzione” dei servizi resi, rilasciati dalle amministrazioni committenti.

Anche sotto tale profilo si chiede l’esclusione dell’aggiudicatario alla gara, essendo irrilevante l’eventuale effettivo possesso dei requisiti, che non potrebbero essere certificati con produzione tardiva, operando il termine perentorio di 10 giorni per la trasmissione della documentazione di comprova dei requisiti, dopo l’aggiudicazione.

Si sostiene che l’aggiudicatario avrebbe prodotto, dopo l’aggiudicazione, per due dei tre servizi dichiarati, solo “certificati di esecuzione” delle prestazioni oggetto dei contratti, ma non anche i certificati/attestazioni di “regolare esecuzione”, con relativi contratti e fatture .

Sul punto la Regione precisa di aver richiesto all’aggiudicatario (in sede di comprova), il 29 novembre 2016, , unicamente i certificati di regolare esecuzione previsti dall’articolo 8 della lettera di invito-disciplinare, i quali sono stati tempestivamente trasmessi dalla Controinteressata Mate il successivo 7 dicembre, ed acquisiti agli atti il 12 dicembre 2016, cioè entro i termini perentori stabiliti dalla lettera di invito-disciplinare (10 gg.). L’Amministrazione evidenzia dunque che, venisse ritenuto necessario, la stazione appaltante potrebbe comunque richiedere altra documentazione.

L’articolo 8 della lettera di invito prevedeva, per la fase finale di verifica della sussistenza dei requisiti dichiarati offerta (di cui al paragrafo 3F), che la stazione appaltante avrebbe richiesto la seguente documentazione:

“copia dei contratti e relative fatture, unitamente alla certificazione di regolare esecuzione dei servizi resi rilasciata dalle amministrazioni committenti o analoga documentazione rilasciata dai committenti privati”. La disposizione prosegue precisando che “da tale documentazione, per ogni servizio realizzato, si dovrà evincere:

-il contratto di riferimento;

-l’oggetto del contratto;

-il periodo di svolgimento;

il committente (pubblico o privato);

-l’importo contrattuale Iva esclusa.

In riscontro alla richiesta formulata dalla Regione di documentare l’effettivo espletamento dei servizi dichiarati con la “trasmissione certificati di regolare esecuzione a comprova dei requisiti”, l’aggiudicatario ha trasmesso 3 certificati/attestazioni:

\*della Provincia di Pordenone del 30 giugno 2016 ove si attestava che la “consulenza” conferita si era conclusa; importo € 40.000 periodo 2012-2014; con illustrazione delle prestazioni che erano state richieste in contratto e di quelle che erano state svolte;

\*del Comune di Bologna dell’1 dicembre 2016 ove si attestava che lo “studio preliminare” era stato espletato nel rispetto dei termini contrattuali e con piena soddisfazione del committente; importo € 18.000; periodo 1 gennaio-28 giugno 2013; con illustrazione del servizio espletato; con specificazione che il servizio “si è concluso con l’approvazione avvenuta nell’ottobre 2013”;

\*della Regione Piemonte del 3 dicembre 2016 ove si certificava che la “consulenza” conferita era stata integralmente svolta; importo 19.607; periodo di riferimento 2009/2012;

Esaminando i contenuti dei 3 certificati prodotti relativi all’avvenuta esecuzione dei servizi si possono “evincere” (secondo la dizione propria utilizzata nel disciplinare) tutti gli elementi richiesti dall’invito (contratti d’oro di riferimento, oggetto lo, periodo di svolgimento, committente, importo contrattuale).

Il Collegio evidenzia 4 aspetti che si reputano rilevanti per la soluzione della controversia inerente la comprova dei servizi resi:

°solo nell’incarico conferito dal Comune di Bologna può rinvenirsi una espressa “approvazione”, e ciò in quanto, trattandosi, propriamente, di “Studio preliminare” effettuato per la candidatura dei portici di Bologna a bene Unesco, questo era soggetto a tale formale passaggio per consentire di poter procedere alle fasi successive ; negli altri 2 casi, invece, le “consulenze” non debbono sottostare ad una fase, in senso proprio, di “approvazione” e/o di attestazione formale di acquisizione (facendo propri i contenuti sviluppati nello studio realizzato), trattandosi di un lavoro intellettuale che costituisce elemento di approfondimento considerato necessario per poter analizzare la tematica di interesse per l’amministrazione;

°il disciplinare non ha, comunque, richiamato l’articolo 325 del regolamento 207/2010 invocato dalla ricorrente, che detta la disciplina per il rilascio dell’attestazione di “regolare esecuzione”;

°la forma delle attestazioni/certificazioni (che vengono compiute con modalità differenziate dalle varie Amministrazioni committenti), se difformi alla disciplina dell’art. 325, non può ricadere sul privato, il quale ha espletato l’onere di acquisire tempestivamente le attestazioni dall’Amministrazione terza e di produrle all’Amministrazione appaltante; sotto tale profilo, se ritenuto necessario, sarà l’Amministrazione regionale a richiedere (direttamente all’altra Amministrazione o all’aggiudicatario) specificazioni e/o nuove valutazioni di congruità e di soddisfazione in ordine ai servizi compiuti;

°la norma del disciplinare, per come è stata articolata (“Da tale documentazione si dovrà evincere:...”), richiede che siano acquisiti i 5 elementi sostanziali e caratterizzanti (già sopra richiamati) inerenti il servizio espletato con regolare esecuzione.

L'art. 325 ed il successivo 326 del 207/2010 contemplano tre diverse figure:

-<l'attestazione di regolare esecuzione> che deve contenere la

- (diversa) <certificazione di regolare esecuzione> (oltre agli altri elementi che la norma regolamentare indica: e cioè gli estremi del contratto e degli eventuali atti aggiuntivi; l'indicazione dell'esecutore, il nominativo del direttore dell'esecuzione, il tempo prescritto per l'esecuzione delle prestazioni e le date delle attività di effettiva esecuzione delle prestazioni; l'importo totale ovvero l'importo a saldo da pagare all'esecutore);

-e poi anche una terza tipologia (contemplata dal 326), cioè il <certificato di verifica di conformità>, con il quale “si procede al pagamento del saldo delle prestazioni eseguite e allo svincolo della cauzione prestata dall'esecutore a garanzia del mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni dedotte in contratto”.

Quindi solo con la redazione/acquisizione del “certificato di verifica di conformità”, di cui al 326, si può procedere al pagamento delle prestazioni eseguite dal privato.

Dunque l'iter amministrativo-contabile si completa con la corresponsione del compenso pattuito, successivamente al riscontro avvenuto della regolare esecuzione del contratto.

In sostanza l'avvenuto pagamento implica l'avvenuta regolare esecuzione della prestazione.

E nei casi in esame (Provincia di per sito Dolomiti Unesco; regione Piemonte per territori vitivinicoli, Bologna e Regione Piemonte) risulta dai certificati prodotti in sede di comprova che i compensi sono stati corrisposti, in quanto la prestazione si è integralmente conclusa.

Quindi anche qualora si volesse sostenere che mancherebbero (nei 2 casi delle consulenze: Pordenone per sito Dolomiti Unesco; Regione Piemonte per territori vitivinicoli) le espresse dizioni di regolare e/o soddisfacente e/o approvazione del lavoro intellettuale, l'avvenuto regolare pagamento al privato del compenso, con adempimento del rapporto sinallgmatico costituito, evincibile dalla dizione “prestazione conclusa” inserita nei certificati rilasciati dalle Amministrazioni committenti, attesta inequivocabilmente (ed equivale a dimostrare) l'avvenuta regolare esecuzione dei servizi.

Per quanto concerne poi il contestato profilo dell'omessa produzione dei contratti e delle fatture (con lesione del principio dell'autovincolo) il Collegio ritiene che debba essere privilegiata una interpretazione logico-sistematica che garantisca lo scopo e l'interesse della disposizione.

Applicando una lettura coordinata della norma del disciplinare, con evidenziazione della sua specifica funzione. Senza che ciò implichi alcuna disapplicazione illegittima della disposizione da parte dell'Amministrazione.

E lo scopo dell'art. 8 dell'avviso è che: “per ogni servizio realizzato si dovrà evincere....”.

E se, come in questo caso, si può constatare che dalle schede prodotte (dalle Amministrazioni terze) “emergono tutti gli elementi” che la lex specialis richiede per l’individuazione e la ricostruzione del rapporto (si tenga conto che nelle descrizioni compiute nei 3 certificati sono stati riportati in modo esteso le tipologie ed i contenuti dei contratti che erano stati stipulati), non si può ritenere che la concorrente Mate sia incorsa in ipotesi di decadenza dall’aggiudicazione per omessa produzione di documenti (peraltro non richiesti dall’Amministrazione, la quale ha imposto all’aggiudicataria, solo, la produzione dei “certificati di regolare esecuzione”, ma non anche la produzione di fatture e contratti). In questo contesto, quindi, no maturazione di decadenze a carico del privato, e, comunque, eventualmente, possibilità per la Regione di richiedere , se necessario, ulteriori documenti.

In definitiva, sul punto, i certificati trasmessi (e redatti da Amministrazioni terze) contengono tutti gli elementi utili alla comprova dell’avvenuto svolgimento dei servizi dichiarati in offerta come requisiti professionali qualificanti.

I certificati sono stati redatti dagli enti committenti con contenuti conformi a quanto richiesto dall’articolo 8 del invito-disciplinare.

Disposizione che richiedeva che dalla documentazione di comprova si potessero evincere (solo) taluni elementi, e nella specie:

il contratto di riferimento; l’oggetto del contratto; il periodo di svolgimento; il committente (pubblico o privato); l’importo contrattuale.

In ordine a quest’ultimo aspetto si rammenta che ai concorrenti partecipanti alla procedura non veniva richiesta anche la dimostrazione di un determinato fatturato specifico (minimo).

\*\*\*

## B) DOMANDA SUBORDINATA DI ANNULLAMENTO DELL’INTERA PROCEDURA DI GARA.

In via subordinata parte ricorrente ha sollevato una delicata e peculiare questione, inerente vizi della procedura di gara che comporterebbero la necessità di annullare l’intero procedimento.

La problematica posta richiede un attento approfondimento coinvolgendo aspetti di pubblicità e partecipative, che sono stati tradizionalmente garantiti dall’ordinamento ed anche potenziati dalla giurisprudenza (imponendo il vincolo della seduta pubblica anche per l’apertura delle offerte tecniche e non solo di quelle economiche, cfr. A.P. C.S. n. 13 del 28 luglio 2011).

Telos sostiene, in particolare, l’avvenuta violazione del principio di pubblicità per due sedute di gara, ove sono state aperte le offerte tecniche, che si sono tenute il 14 e 18 ottobre 2016.

Occorre analizzare il rapporto di causa ed effetto approfondendo la tipologia del nesso che lega questi due elementi: vizio e capacità invalidante.

Le due sedute, nel caso in esame (diversamente dalla fattispecie che è stata esaminata dal

C.S. in una recente pronuncia del 2016 n. 275), non si sono tenute in sessione riservata, ma in seduta pubblica, però in assenza di avviso e/o comunicazione alle parti della data e dell' ora della convocazione della seduta, con conseguente omessa partecipazione della parte, alla quale è stato sostanzialmente impedito di assistere ai lavori (dell'apertura delle offerte tecniche).

Sul punto va preliminarmente chiarito che la procedura utilizzata dalla Regione per questa gara si è svolta in forma integralmente "telematica" (e non cartacea).

Tale precisazione assumerà fondamentale rilevanza nell'ambito della valutazione della correlazione tra eventuale irregolarità e riflesso di questa sull'illegittimità dell'intera procedura, con possibile rilevanza (o meno) sul risultato finale (aggiudicazione).

Con valutazione e accertamento della rilevanza del vizio, qualora il risultato della fase incriminata non avrebbe potuto essere comunque diverso da quello in concreto verificatosi.

Con analisi cioè, in questo delicato passaggio, dell' eventuale e possibile incidenza ed applicabilità dell'articolo 21 octies comma 2 della legge 241/1990 in materia di violazioni di regole procedurali e di omessa partecipazione delle parti, con considerazione dei relativi "effetti".

Con riscontro della sussistenza, o meno, di elementi di "automatismo" tra irregolarità ed illegittimità.

Tali aspetti risultano essere di fondamentale importanza, costituendo la "rete" di riferimento per poter analizzare e valutare in quali termini l'eventuale sussistenza di irregolarità procedurali nella selezione, qui svolta integralmente tramite <piattaforma telematica>, possa riflettersi, ex se, anche sulla legittimità della gara svolta.

Questa specifica problematica è già stata, recentemente, valutata da parte del Consiglio di Stato con una dettagliata e pertinente pronuncia, della sezione 5<sup>a</sup>, n. 275 del 27/1/2016, che ha analizzato specificamente gli effetti scaturenti dall'eventuale mancato adempimento del vincolo della seduta pubblica, qualora da tale omissione non consegua alcuna lesione per il soggetto irregolarmente non invitato (in quel caso l'apertura delle offerte tecniche era avvenuta in seduta riservata, anziché pubblica).

Con scostamento rispetto al principio che si è consolidato, in passato, in materia, nell'ambito delle (diverse) procedure caratterizzate da modalità integralmente <cartacee>:

presentazione dell'offerta e apertura delle buste da parte della commissione, nonché per tutti gli altri adempimenti procedurali, la cui integrità veniva garantita proprio dallo svolgimento in seduta pubblica dei lavori.

L'utilizzo, invece, di gare interamente telematiche con "tracciabilità" di tutte le operazioni modifica anche l'approccio e la soluzione di eventuali commissioni formali-procedurali.

La correttezza e l'intangibilità risulta, in questo caso, garantita dal sistema, con esclusione di ogni rischio di alterazione nello svolgimento delle operazioni, anche in assenza dei concorrenti.

Il rischio di alterazione nello svolgimento delle operazioni (in passato teoricamente possibile, proprio, in considerazione della modalità ordinaria di svolgimento in cartaceo della gara) viene oggi meno (nella sostanza) grazie all'assoluta certezza della tracciabilità di ogni fase della gara telematica, attraverso l'utilizzo di strumenti elettronici totalmente verificabili e ricostruibili, anche ex post.

Tale circostanza fattuale-giuridica (gara telematica) con l'utilizzo di piattaforme che garantiscono l'assoluta integrità delle offerte, modifica il "peso" dell'eventuale violazione commessa in ordine al rispetto del principio di pubblicità delle sedute. Tale caratteristica, che va comunque garantita, qualora mancante, deve essere considerata con un approccio non meramente formalistico (e "tradizionale"), che risente e si colloca però nell'ambito di un diverso contesto con differenti modalità di svolgimento della gara, rispetto a quelle moderne, va valutata in modo peculiare in rapporto alle specifiche e concrete circostanze procedurali di selezione scelte ed attuate.

In sostanza occorre valutare se sussiste ancora un inevitabile rapporto stretto, caratterizzato da "automatismo" tra eventuale irregolarità procedurali riscontrata e (necessitato o meno) annullamento dell'intera gara.

Nel caso di specie il risultato finale raggiunto in sede di adunanze pubbliche, ma senza la preventiva comunicazione alle parti della data ora di svolgimento, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto verificatosi, ossia l'ammissione dei concorrenti in riferimento alla specifica documentazione reperita all'interno delle buste elettroniche (offerta tecnica (. Documentazione che il sistema "traccia" ed accerta in modo non modificabile, dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta, né da parte del privato né da parte dell'operatore pubblico.

Con possibilità di ricostruire, anche ex post, ogni singolo passaggio, tramite i dati di sistema, da parte del gestore, con certificazioni idonee a dimostrare esattamente lo svolgimento dei lavori, con modalità, tempi ed ogni altra modalità di gara.

In questa (diversa) prospettazione, intimamente collegata alle caratteristiche peculiari proprie (solo) delle gare telematiche di svolgimento, tramite piattaforma, della gara, la circostanza che la commissione abbia aperto le buste tecniche in una seduta, benché pubblica, senza la presenza delle parti interessate per omessa preventiva convocazione, non può inficiare, in automatico, la legittimità del procedimento e dell'aggiudicazione della gara.

Nella controversia in esame una serie di avvisi sono stati trasmessi alle parti: in particolare per la seduta pubblica dell'11 e del 12 ottobre 2016 per l'apertura dei lavori; nonché per quella del 14 novembre per l'apertura dell'offerta economica; nonché per quella successiva, del 16 novembre, di rettifica dei punteggi di valutazione dell'offerta tecnica.

Effettivamente non è stata commentata né la comunicazione individuale l'avviso in piattaforma

delle sedute pubbliche che si sarebbero tenute il 14 e il 18 ottobre 2016 per l'apertura delle offerte tecniche.

La Regione sostiene che Telos sarebbe stata conosciuta, tramite 1 delegato, che, presente nella seduta anteriore del 12 ottobre, avrebbe avuto notizia della nuova data da parte del presidente della commissione che informava i presenti che le operazioni sarebbero proseguite in data 14 ottobre 2016. Controparte, però con testa che vi fosse presente il rappresentante al momento della comunicazione, posto che quest'era avvenuta sì il giorno dello svolgimento della seduta pubblica, ma, a seguito di una ulteriore fase, di prosecuzione, in seduta riservata della commissione. E la rappresentante dell'impresa era presente solo nella 1<sup>a</sup> fase, propriamente di seduta pubblica, ma non anche alla fase successiva; con l'effetto che la comunicazione intervenuta non era andata a buon fine; con conseguente irrilevanza e lesione del principio di partecipazione, vincolata, ad adempimenti, quale è l'apertura delle offerte tecniche, che debbono svolgersi in forma pubblica.

La tesi della ricorrente non può essere condivisa.

La motivazione richiede una articolata analisi dei presupposti e dei conseguenti passaggi, con analisi funzionale della tipologia di gara, della tipologia di adempimenti nonché della maturazione dei correlati effetti.

Sul punto si richiama il caso, estremamente significativo, esaminato dal Consiglio di Stato con la già richiamata sentenza 275/2016, ove la Commissione aveva (addirittura) aperto le buste tecniche in seduta riservata, nonostante la lettera di invito prevedesse espressamente la seduta pubblica per l'apertura delle buste tecniche.

Il giudice d'appello, pur riconoscendo che tale inadempimento costituisse una violazione della *lex specialis*, con illegittimità della relativa operazione procedimentale, riteneva però che tale illegittimità non potesse comportare anche l'annullamento della gara.

In questa nuova logica, strettamente collegata alle diverse modalità di svolgimento in concreto della gara, con caratterizzazioni sue proprie diverse da quelle ordinarie cartacee, il Consiglio di Stato ha ritenuto applicabile ed operativo l'articolo 21 octies comma 2 della legge 241/1990, facendo "degradare" il vizio della procedura ad un caso di illegittimità che non comporta l'annullabilità dell'atto.

Riteneva, in quella fattispecie, del tutto affine e paragonabile a quella qui in esame, che la violazione di una regola procedimentale, ancorché previamente stabilita nella *lex specialis*, riferita al compimento di un atto vincolato (apertura delle buste), non avrebbe potuto condurre anche all'annullamento, in quanto un diverso risultato non era ipotizzabile, rispetto a quello in concreto verificatosi (l' ammissione dei concorrenti in forza della documentazione reperita nelle buste) proprio in considerazione della tipologia di gara (telematica).

Il contenuto delle buste era "intangibile" e quanto originariamente inserito (dal concorrente) veniva aperto (in forma elettronica) dalla Commissione, senza possibilità di manomissioni. E comunque, qualora vi fossero dubbi sarebbe stato onere del ricorrente dedurre nello specifico

tramite l'indicazione di indizi significativi.

In assenza di ulteriori indizi significativi, sostiene il Consiglio di Stato, nessun automatismo poteva ritenersi applicabile (irregolarità-annullamento).

Dunque è stato sviluppato un nuovo principio:

una mera inosservanza procedimentale non determina, necessariamente, l'illegittimità dell'effetto dell'atto compiuto.

E la soluzione giurisprudenziale veniva ritenuta coerente con la precedente 3563 dell'11/7/2014, della stessa sezione 5<sup>a</sup>, che aveva ripreso l'orientamento dell'adunanza plenaria 8 del 3/2/2014 in riferimento alla violazione dell'obbligo di seduta pubblica, in materia di custodia dei plichi, la cui omessa indicazione delle modalità di conservazione in verbale, non poteva tradursi, con automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale.

Ritenendo identica alla logica sottesa:

“evitare che mere inosservanze procedimentali possano riverberarsi in termini di illegittimità e, quindi, di annullabilità degli atti di gara ogni qual volta non vi siano ripercussioni sostanziali sulla decisione assunta dall'amministrazione, evitando quindi i meccanismi perversi dell'automatismo illegittimità-annullabilità che comporterebbero gravi danni per l'interesse pubblico in omaggio ad una mera esigenza di adeguamento burocratico fine a se stesso. Logica che risponde ad una norma applicabile, l'articolo 21 octies, comma 2 1<sup>a</sup> parte, della legge 241/1990”.

Nel caso di specie non potendo tecnicamente essere apportata, trattandosi di procedura telematica, alcuna “alterazione” delle offerte tecniche (che è l'esigenza garantita della previsione del principio di pubblicità delle sedute della commissione) l'apertura delle offerte tecniche effettuata in seduta pubblica, viziata dall'omesso preventivo avviso alle parti, non può implicare, da sola (in carenza di elementi ulteriori), anche l'illegittimità dell'intera gara e della conclusiva aggiudicazione.

L'esatto e non alterato svolgimento della fase di apertura delle buste è garantita e può essere assicurata e certificata attraverso la verifica postuma dei codici crittografati che hanno registrato all'interno della piattaforma SardegnaCAT lo svolgimento di ogni singolo momento della procedura di gara (in generale), compresa quindi anche la fase di apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica.

E l'amministrazione regionale ha depositato in giudizio la certificazione da cui risulta che non vi è stata alcuna alterazione del contenuto delle offerte tecniche presentate in gara dai concorrenti, e ciò tramite l'analisi dei documenti presentati esclusivamente in forma telematica ed aperti tramite l'utilizzo del medesimo sistema. Con dichiarazione della società Bravo Solution, affidataria del contratto di gestione della piattaforma telematica utilizzata nella gara in esame, secondo la quale “la piattaforma Bravo Solution, su cui è basato il portale SardegnaCAT, è in grado di garantire la riservatezza e l'integrità dei dati.... E l'apertura della

fase di valutazione delle offerte tecniche è stata effettuata dal membro di commissione tecnica Maria Giuseppina Cireddu in data 18 ottobre 2016 alle ore 13,51; con tracciatura delle operazioni, <riportate a video> nella sezione < storico aperture> la data, l'ora e l'utente che ha effettuato il 1° accesso alla busta di risposta. E tali indicazioni sono registrate automaticamente dalla piattaforma". Specificando espressamente che sussiste "l'inalterabilità dei documenti presentati dall'operatore economico in una busta di risposta" posto che "la piattaforma Bravosolution non consente di alterare il contenuto dell'offerta come ad esempio la manomissione o sostituzione di qualsivoglia documentazione inserita dai concorrenti" (doc. 19).

E come è stato ulteriormente documentato con nota regionale il 14/3/2016 (doc. 18) "la piattaforma non consente alcun intervento esterno sugli elementi delle buste in nessuna fase del processo di gara, neppure successivamente all'apertura delle stesse; e nel caso di specie non si rilevano nei log di sistema disponibili sulla piattaforma alterazioni, manomissioni o sostituzioni di elementi presenti nelle buste di risposta dei concorrenti successivamente alla scadenza dei termini di gara, ovvero dopo il 4/10/2016; e dall'analisi dei log disponibili si rileva che il 1° accesso alle buste tecniche da parte di un nuovo utente della stazione appaltante è avvenuto il 18/10/2017, ore 13,51; nessuna modifica/manomissione/sostituzione di elementi è stata effettuata nell'ambito della procedura; i contenuti delle offerte sono non modificabili per definizione una volta che sono stati inviati firmati digitalmente; qualora fossero stati manomessi, alterati o sostituiti i contenuti delle buste, i documenti presenti in piattaforma non sarebbero più corrispondenti a quanto riportato nel file PDF, invalidando, di fatto, le offerte".

La Regione ha, quindi, fornito la prova effettiva dello svolgimento della procedura di gara telematica aderente a criteri oggettivi, con correttezza sostanziale della sua conclusione; l'aggiudicazione non risulta, quindi, alterata dalla lamentata mancata ricezione della convocazione di invito per la seduta destinata all'apertura delle offerte tecniche.

Con la conseguenza che non vi sono i presupposti per consentire il travolgimento (con annullamento) della gara, posto che il risultato, anche in presenza della ricorrente Telos, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto certificato dai log di sistema (con applicazione dell'art. 21 octies della L. 241/1990).

Ne consegue, in definitiva, che la procedura telematica che si è svolta, con le garanzie sopra illustrate, non può essere annullata in quanto l'irregolarità contestata non determina, quale effetto necessitato ed automatico, anche l'illegittimità della gara e l'annullamento dell'aggiudicazione.

In conclusione il ricorso va respinto.

Le spese di giudizio, in considerazione della peculiare caratterizzazione del caso, soprattutto in riferimento all'ultima censura sviluppata, in via subordinata, di ordine strettamente procedimentale, possono essere integralmente compensate fra le parti.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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