

Gare d'appalto on line e principio di segretezza dell'offerta economica

di Michele Di Donna

Data di pubblicazione: 5-4-2018

Nella gara d'appalto svolta con procedura telematica è legittima l'esclusione di un operatore economico che, anche per mero errore, abbia inserito, in violazione del principio di segretezza, l'offerta economica nella busta telematica contenente la documentazione amministrativa c.d. "passoe".

(1) Conforme: Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; idem, Sez. V, 20 luglio 2016, n. 3287; idem, 12 novembre 2015, n. 5181; idem, 19 aprile 2013, n. 2214; idem, 11 maggio 2012, n. 2734; idem, 21 marzo 2011, n. 1734.

Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Guida alla lettura

La vicenda posta al vaglio del T.A.R. di Bari ha a oggetto l'esclusione di un operatore economico da una gara **ex art. 60, d.lgs. n. 50/2016**, indetta attraverso **procedura telematica** da un Comune, per l'affidamento, in unico lotto, del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria dei veicoli di proprietà della medesima P.A., oltre a prestazioni e servizi connessi alla gestione del parco mezzi comunali, disposta col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'**art. 95 del d.lgs. n. 50/2016**.

Si rammenta che le **gare telematiche** sono caratterizzate dall'utilizzo di una **piattaforma on-line** e di strumenti di comunicazione **digitali** (firma digitale e p.e.c.) che, di fatto, rendono l'*iter* più celere ed efficiente rispetto a quello tradizionale, basato, invece, sull'invio cartaceo della documentazione e delle offerte. Le fasi di gara, comunque, seguono una successione temporale che offre **garanzia di corretta partecipazione, inviolabilità e segretezza delle offerte**.

L'esonero dalla gara dell'o.e. nel caso di specie, era stato disposto poiché, all'esito della verifica della regolarità della documentazione amministrativa, il R.U.P. aveva accertato che nella **busta** generata **telematicamente** era stato inserito il modulo relativo all'offerta economica con **sottoscrizione digitale**.

La ricorrente è, così, insorta dianozi il G.A. barese, in quanto, a suo avviso, la presentazione dell'offerta economica in uno alla documentazione amministrativa – dovuta, peraltro, a mero disguido - risultava ininfluenza (e così non lesiva) poiché a quel momento la Commissione di gara non era stata nominata, sicché i commissari erano in concreto impossibilitati a venirne a conoscenza.

Il Collegio ha respinto il ricorso in quanto ritenuto infondato.

Ha, infatti, rilevato come la conoscenza di **elementi** attinenti all'**offerta economica** da parte della Commissione è di per sé idonea a determinare, anche in **astratto**, un **condizionamento** soprattutto nel caso di aggiudicazione col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; eppertanto, all'organo di valutazione è in radice inibito di conoscere alcuna componente economica, in qualsiasi momento antecedente la valutazione dell'offerta tecnica del concorrente.

Invero, ha ancora precisato l'adito G.A., il bene giuridico tutelato dal principio di segretezza, che soccorre in siffatte evenienze ne impone la protezione non solo al fine di scongiurarne l'**effettiva lesione**, ma anche per **preservarlo** dalla sua (mera) messa in pericolo, posto che anche la sola **possibilità** di conoscenza dell'entità dell'offerta economica prima di quella tecnica, è *ex se* idonea a **compromettere** la garanzia di imparzialità dell'organo valutativo: in altri termini, una tutela legislativa "rafforzata".

Corollario di quanto sopra, come condiviso da recente giurisprudenza, è che il **principio di segretezza dell'offerta economica** costituisce presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa predicati dall'art. 97 della Costituzione, della trasparenza e della *par condicio* dei concorrenti, al fine di garantire: "... *il corretto, libero e indipendente svolgimento del processo intellettuale-volitivo che si conclude con il giudizio sull'offerta economica e in particolare con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest'ultima viene valutata*" (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 2016, n. 3287).

Pubblicato il 17/03/2018

N. 00373/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01248/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1248 del 2017, proposto da:

Ru.Mi Auto Service s.a.s. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Dalfino, Flavia Conte, con domicilio eletto in Bari, via Andrea Da Bari, 157;

contro

Comune di Monopoli, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Dibello, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Semeraro in Bari, via Dante, 51;

Comune di Monopoli - Centrale Unica di Committenza Monopoli-Fasano;

nei confronti di

Mancini s.r.l., Nuova Auto 3;

per l'annullamento

- del provvedimento con cui è stata comunicata alla ricorrente l'esclusione della sua offerta dalla procedura di gara;

- del verbale del 19 ottobre 2017 redatto in sede di prima seduta pubblica di gara e del verbale del 3 novembre 2017 redatto in sede di seconda seduta di gara;

- della Determinazione del Dirigente Lavori Pubblici – Comune di Monopoli – n. 1062 del 3 novembre 2017, pubblicata in data 6 novembre 2017, che ha disposto l'esclusione definitiva della ricorrente alla procedura di gara;

- di ogni altro atto presupposto, antecedente, consequenziale e comunque connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Monopoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio e uditi nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2018 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Società RU.MI Auto Service s.a.s ha partecipato alla procedura aperta, attraverso il sistema telematico EmPULIA, indetta dalla Centrale Unica di Committenza Monopoli-Fasano con bando pubblicato in data 13 settembre 2017, per l'affidamento, in un unico lotto, del servizio integrato di manutenzione ordinaria e straordinaria dei veicoli di proprietà del Comune di Monopoli, nonché di altre prestazioni e servizi connessi alla gestione del parco mezzi comunali, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un valore complessivo dell'appalto di € 191.849,17.

2. Nella prima seduta pubblica di gara, all'esito della preliminare verifica volta all'accertamento della regolarità delle buste pervenute e al controllo della documentazione amministrativa attestante il possesso dei requisiti di partecipazione in capo alle imprese concorrenti, la deducente società è stata esclusa dalla procedura, avendo il R.U.P., assistito dal seggio di gara, accertato che nella busta virtuale della documentazione amministrativa da quest'ultima prodotta era stato inserito il modulo "Allegato B/S" - Offerta economica, debitamente compilato in ogni sua parte (con indicazione n. 8 parametri) e sottoscritto digitalmente, in tal modo ledendo il principio di segretezza dell'offerta economica (cfr. verbale n.1 del 19 ottobre 2017).

3. Con il ricorso in esame la Ru.mi Auto Service s.a.s. ha proposto gravame avverso la Determinazione del Dirigente Lavori Pubblici del Comune di Monopoli n. 1062 del 3 novembre 2017 che ha sancito la sua esclusione definitiva dalla procedura di gara, deducendo, in estrema e doverosa sintesi, la violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 80 e 83 del D.lgs. 50/2016 nonché dell'art. 97 Cost.; la violazione della *lex specialis* di gara e dei principi di massima partecipazione e di concorrenza, oltre che di proporzionalità e ragionevolezza; l'eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifesta, carenza dei presupposti; sviamento.

Secondo la prospettazione della difesa attorea, il richiamo operato nel provvedimento di esclusione alla violazione del principio di "segretezza dell'offerta economica" sarebbe del tutto inconferente posto che, sebbene per mero errore materiale sia stata effettivamente trasmessa l'offerta economica in luogo del richiesto documento "passoe", è incontestabile che la Commissione di gara, al momento della prima seduta di gara, non era stata ancora nominata né vi era pericolo che i suoi futuri componenti potessero venire in qualche modo a conoscenza dell'offerta in questione, essendo il R.U.P., il seggio di gara e tutti i dipendenti della stazione appaltante obbligati alla segretezza e, dunque, tenuti a non divulgare l'offerta

economica.

4. Si è costituito per resistere al ricorso il Comune di Monopoli, chiedendo la reiezione del gravame, in quanto infondato in fatto e in diritto.

5. Respinta l'istanza cautelare con ordinanza n. 467 del 7 dicembre 2017, all'udienza in camera di consiglio del 7 marzo 2018 la causa è stata trattenuta per la decisione.

6. Tanto premesso in fatto, nel merito il ricorso è infondato e merita, pertanto, la reiezione dovendosi confermare il convincimento già sommariamente espresso dal Collegio in fase cautelare, rilevandosi, in particolare, che *“la trasmissione dell’offerta economica in uno alla documentazione amministrativa appare circostanza potenzialmente idonea a compromettere la procedura di gara, in ragione della violazione del principio di segretezza dell’offerta”* e che *“l’anticipata ostensione dell’offerta in questione, imputabile a negligenza della ditta partecipante ed espressamente sanzionata con l’esclusione dalla disciplina di gara, appare suscettibile di potenziale incontrollata diffusione e condivisione”*.

6.1 Invero, non condivisibile è l’assunto di parte ricorrente per cui, nel caso di specie, poteva ritenersi senz’altro garantita la segretezza dell’offerta economica, nonostante l’errore materiale in cui la stessa era incorsa, alla luce dell’articolazione della gara in fasi distinte, affidate ad organi diversi, e della circostanza che, al momento della presa visione da parte del seggio di gara dell’offerta *de qua*, la Commissione di gara non risultava ancora nominata.

Invero, la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell’offerta economica, ne impone la tutela non solo per evitarne la sua effettiva lesione, ma anche al fine di preservarlo dal mero pericolo di lesione, atteso che anche la sola possibilità di conoscenza dell’entità dell’offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità e buon andamento dell’operato dell’organo valutativo e il sereno e trasparente svolgimento della procedura di gara.

Sul punto si è condivisibilmente affermato che *“Il principio della segretezza dell’offerta economica è infatti presidio dell’attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa, predicati dall’articolo 97 della Costituzione, sub specie della trasparenza e della par condicio dei concorrenti, intendendosi così garantire il corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale - volitivo che si conclude con il giudizio sull’offerta tecnica ed in particolare con l’attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest’ultima viene valutata”*(cfr. ex multis Consiglio di Stato 20 luglio 2016, n. 3287).

6.2 Peraltro, nel caso in esame anche lo stesso disciplinare di gara (lett. J) ha ribadito la necessità del rispetto del principio di segretezza delle offerte, a pena di esclusione, sancendo il carattere sostanziale e non meramente formale della sua violazione.

6.3 Sotto altro distinto profilo, infine, va rimarcato che non è sufficiente richiamare, come pure fa la ricorrente, le peculiarità delle gare telematiche per ritenere assicurata sempre e comunque l’inviolabilità dell’offerta economica.

La ricorrente, infatti, trascura in tal modo di considerare che la garanzia di segretezza dell'offerta economica nelle gare che si svolgono mediante l'utilizzo di piattaforma *on line* non può comunque prescindere dal corretto caricamento dell'offerta economica nel sistema, essendo il regolare inserimento della documentazione necessario per garantire che l'accesso e, dunque, la conoscibilità dell'offerta da parte degli addetti alla procedura di gara, avvenga solo alla data e all'ora di seduta di gara specificata in fase di creazione della procedura, allorquando il sistema redige in automatico la graduatoria, anche tenendo conto dei punteggi tecnici attribuiti dalla Commissione (*cfr.* in termini Cons. di Stato n. 4050/2016).

Nel caso in esame, la produzione dell'offerta economica unitamente alla documentazione amministrativa ha fatto sì che il ribasso offerto dalla ricorrente fosse astrattamente conoscibile oltre che da coloro che hanno preso parte alla seduta pubblica, anche da qualsiasi utente munito delle credenziali di autenticazione per operare sulla piattaforma Empulia, con possibilità di diffusione incontrollata che non consente di scongiurare il rischio di conoscibilità della stessa da parte dell'organo valutativo.

Dunque, essendo venuta meno l'imprescindibile garanzia di segretezza dell'offerta economica presentata, la ricorrente è stata correttamente esclusa dalla gara.

7. In conclusione, dunque, il ricorso avverso l'esclusione della Ru.mi Auto Service dalla procedura di gara *de qua* deve essere respinto.

8. La novità e peculiarità della controversia giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Desirée Zonno, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Referendario, Estensore