

## **Inserimento dell'offerta economica nella busta amministrativa nell'ipotesi di aggiudicazione attraverso il criterio del minor prezzo**

*di Benedetta Scaglia*

*Data di pubblicazione: 9-8-2019*

### **Offerta economica inserita nella busta amministrativa – esclusione – legittimità – anche nelle gare al prezzo più basso**

È legittima l'esclusione da una procedura di gara del concorrente che abbia inserito l'offerta economica nella busta amministrativa, anche nell'ipotesi in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del minor prezzo. È questa la conclusione cui è giunto il Tar Sardegna, con la sentenza in epigrafe segnalata.

Il Collegio ha in particolare ritenuto che, indipendentemente dal criterio di aggiudicazione prescelto, l'anticipazione di elementi dell'offerta economica in una fase in cui non si conoscono ancora e devono essere valutate sia la documentazione amministrativa che le offerte di tutti i concorrenti è illegittima, perché contraria ai più basilari principi che governano le procedure ad evidenza pubblica e, in particolare, al principio di imparzialità. E ciò - spiega bene il TAR Cagliari - anche e soprattutto in considerazione del fatto che la conoscenza dell'offerta economica potrebbe in una qualche misura "influenzare" le decisioni che la commissione di gara (o seggio di gara) è tenuta ad adottare - non solo sugli aspetti tecnici, nelle gare rette dal sistema del miglior rapporto qualità/prezzo, ma anche - in relazione all'ammissione, o meno, del concorrente, alle successive fasi di gara.

La sentenza merita particolare attenzione, non essendo l'orientamento espresso dal TAR Cagliari del tutto univoco.

La posizione della prevalente giurisprudenza è anzi di segno opposto, ritenendosi prevalentemente che il principio di segretezza delle offerte economiche non operi nelle gare da aggiudicarsi al minor prezzo, in ragione degli automatismi che caratterizzano tal tipo di procedure (così, Consiglio di Stato, sez. III, n. 5057/2014; TAR Catania, sez. III, n. 2737/2017). Secondo questo orientamento, dunque, la conoscenza del prezzo (nella fase di apertura della documentazione amministrativa e, quindi, prima dell'apertura delle offerte) potrebbe legittimare l'esclusione dalla gara solo nelle procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; e ciò in quanto solo in tal caso la conoscenza anticipata del dato sarebbe idonea ad influenzare i commissari nella formazione del giudizio tecnico di valutazione delle offerte (*ex multis*, Tar Palermo, n. 2195/2017; TAR Roma, III ter, n. 13384/2015).

**LEGGI LA SENTENZA**

Publicato il 03/07/2019

**N. 00604/2019 REG.PROV.COLL.**

**N. 00194/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 194 del 2019, proposto da MAGGIOLI S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Piergiuseppe Venturella, Giovanni Maria Lauro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Maria Lauro in Cagliari, via Salaris n. 29;

***contro***

COMUNE DI DECIMOMANNU, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Martelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via San Lucifero 56;

***nei confronti***

SAPIDATA S.P.A. non costituita in giudizio;

***per l'annullamento,***

*previa sospensione cautelare degli atti impugnati*

- del bando di gara avente ad oggetto "*procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione del ciclo globale delle contravvenzioni derivanti dall'attività del servizio di Polizia Locale del Comune di Decimomannu, per tre anni (36 mesi) tramite RDO sulla piattaforma telematica MEPA. CIG: 76179589CE*";

- dell'allegato disciplinare nella parte in cui, in conformità al bando di gara stabilisce che l'appalto sarebbe stato affidato secondo il criterio del prezzo più basso;

- dei verbali n. 1 del 28 dicembre 2019 e n. 2 del 22 gennaio 2019, nella parte in cui si dispone l'aggiudicazione della procedura a favore della Società SAPIDATA SpA e, per quanto occorrer possa, si dispone L'ESCLUSIONE DALLA PROCEDURA DI GARA DELLA DITTA MAGGIOLI S.P.A.;

- per quanto occorre possa della Comunicazione del Responsabile Unico del Procedimento, ex art. 76, comma 5, lett. b), D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., prot. 1831 del 24 gennaio 2019, (che per mero errore materiale reca la data del 24 dicembre 2019) con la quale, la Stazione appaltante ha comunicato alla Maggioli S.p.A. la sua esclusione dalla procedura di gara;

- della Determinazione del Responsabile del Settore II del Comune di Decimomannu, n. 58 del 24 gennaio 2019, recante "procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione del ciclo globale delle contravvenzioni derivanti dall'attività del servizio di Polizia Locale del Comune di Decimomannu, per tre anni (36 mesi) tramite RDO sulla piattaforma telematica MEPA. CIG: 76179589CE approvazione verbali di gara- esclusione della ditta Maggioli S.p.A. – aggiudicazione alla ditta Sapidata";

- di ogni altro atto presupposto, ivi compreso la Determinazione 1489 del 15 ottobre 2018 con la quale è stata avviata la procedura d'acquisto, di ogni atto conseguente e connesso anche se non materialmente conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Decimomannu;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 maggio 2019 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

*La controversia verte in materia di selezione del concorrente per l'affidamento del "servizio di gestione del ciclo globale delle contravvenzioni derivanti dall'attività del servizio di Polizia Locale del Comune di Decimomannu, per tre anni (36 mesi) tramite RDO sulla piattaforma telematica MEPA".*

La ricorrente Maggioli ( gestore uscente) è stata esclusa dalla gara, retta dal principio del massimo ribasso.

La società ricorrente ha chiesto:

- in primo luogo, l'annullamento della "propria esclusione", disposta a causa dell'inserimento

dell'offerta economica nella busta della documentazione amministrativa (con indicazione della percentuale di ribasso proposta);

- in secondo luogo, l'annullamento della gara in quanto disciplinata, solo, dal principio del "massimo ribasso", anziché tramite l'acquisizione di offerte articolate (miste, tecnico-economiche), con griglia di attribuzione dei punteggi, in base alla tipologia dei servizi offerti.

Il Comune ha sostenuto che:

- l'esclusione è stata pronunciata legittimamente, avendo la Commissione, anticipatamente appreso, al momento dell'apertura della busta contenente i documenti amministrativi (prima fase), anche il dato economico offerto da Maggioli;

- inoltre, il servizio da affidare ben poteva essere governato dalla solo esame della consistenza dell' <offerta economica> (al ribasso), in quanto non caratterizzato da "elevata difficoltà"; e tale elemento risulterebbe pacificamente confermato anche dalla circostanza che pure nella precedente gara, che era stata aggiudicata alla ricorrente, vi era stato l' affidamento con il medesimo criterio del (solo) massimo ribasso (senza previsione di esame di offerte tecniche).

La difesa del Comune ritiene, inoltre, in rito, che la procura conferita dall'Amministratore della società Maggioli ai difensori sarebbe nulla in quanto generica, essendo priva del riferimento allo specifico contenzioso (con menzione, solo, di "un ricorso al Tar").

La ricorrente controbatte ritenendo la procura sarebbe idonea; e in ogni caso (qualora vi fosse condivisione del vizio) il Collegio sarebbe tenuto ad applicare l'art. 182, comma 2, del cpc. alla luce del rinvio esterno contenuto all'art. 39 c.p.a..

Per l'effetto eventuali vizi che determinino "la nullità della procura al difensore" sarebbero suscettibili di sanatoria, con effetto retroattivo, sin dal momento della proposizione del ricorso.

Con obbligo, da parte del giudice, di disporre la "rinnovazione" dell'atto, entro un termine perentorio; per la quale la difesa formula istanza.

\*\*

Il ricorso è stato redatto il 22 febbraio 2019 e consegnato per la notifica il 25.2.2019.

La procura è datata 20.2.2019 ed è stata conferita dal Procuratore speciale di Maggioli ai 2 avvocati prescelti in riferimento al "ricorso da proporsi innanzi al TAR".

La procura risulta allegata e spillata al ricorso (in calce) prima della parte relativa alla notifica.

Il mandato alle liti è, indubbiamente, generico e non rispetta l'obbligo di procura speciale, necessaria nel processo amministrativo.

Si evidenzia che l'incarico, generico, è stato conferito ai difensori anteriormente alla redazione del ricorso.

La redazione successiva del ricorso non consente di attribuire la volontà della parte privata di proporre lo specifico contenzioso (che non è stato fatto proprio, neppure ex post).

Neppure le modalità di "accorpamento" del mandato all'atto (in forma unitaria, con collegamento fra procura e testo del ricorso) rendono ammissibile l'impugnazione.

La peculiarità del contenzioso presso la giustizia amministrativa impone, per norma ad hoc, ex art. 40, comma 1, lett. g), cod. proc. Amm., la redazione di un mandato "speciale", specifico in relazione al correlato contenzioso ben determinato (*"Il ricorso deve contenere distintamente:....g) la sottoscrizione del ricorrente, se esso sta in giudizio personalmente, oppure del difensore, con indicazione, in questo caso, della PROCURA SPECIALE."*).

Nel caso di specie la formula utilizzata non soddisfa i canoni "minimi" redazionali, in quanto il procuratore speciale di Maggioli (Angelo Bianchi) ha delegato due avvocati (P. Venturella e GM Lauro) a *"rappresentare, assistere e difendere la Società nel ricorso da proporsi innanzi al Tar della Sardegna-Cagliari con ogni facoltà di legge...., eleggendo domicilio presso lo Studio lauro in Cagliari"*.

La procura è stata rilasciata in modo generico e non è correlata al contenzioso preventivamente identificato, nei suoi connotati essenziali, ed datata 20 febbraio 2019.

Il ricorso è stato redatto il 22 febbraio 2019 ed il mandato è stato successivamente autenticato dall'avv. Lauro il 6.3.2019 (stessa data del deposito del ricorso).

Per quanto attiene la problematica del rinvio, in forza dell'art. 39 del cpa all'art 182 comma 2, del c.p.c (c.d. rinvio esterno) il Collegio ritiene che, in questo peculiare contesto, non possa essere assegnato un nuovo termine per la "rinnovazione" della procura, posto che il difetto originario non è suscettibile di sanatoria, in corso di causa, difettando un elemento imprescindibile (non trattandosi di una carenza di forma, ma di sostanza).

L'art. 182, co. 2, cod. proc. civ. consente la concessione di un termine non solo per sanare il difetto di rappresentanza o di assistenza, ma anche per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ma ciò è reso possibile solo qualora non si sia avverata una decadenza.

E' vero che la giurisprudenza della Cassazione ha recentemente ampliato la possibilità di "recuperare" la notifica non rispondente ai necessari canoni, affermando che:

- in generale, *"eventuali vizi, che determinino la nullità della procura al difensore, sono suscettibili di sanatoria con effetto retroattivo sin dal momento della proposizione del ricorso"* (così Consiglio di Stato, sez. III del 2/05/2018 n. 2606 e Consiglio Sez. V, n. 1178/2018; anche T.A.R. Piemonte sez. II, 19/12/2014, n. 2052);

- e, nello specifico, che:

\* “non occorre che la procura menzioni il contenuto del ricorso da proporre, né specificamente la causa cui è riferita” ( Cons. Stato 11/03/2019 n. 1613);

\*”la procura è valida purché sia conferita in epoca anteriore alla notificazione del ricorso (nel quale deve essere fatta menzione della procura speciale ai sensi dell’art. 40, co.1, lett. g, cod. proc. amm.), essendo, per definizione, speciale ogniqualvolta sia apposta in calce o a margine del ricorso cui è riferita, formando materialmente corpo con quest’ultimo (cfr. Cass., 17 marzo 2017, n. 7014 e Cons. Stato, V, 20 dicembre 2018, n. 6168, nonché, in riferimento alla procura rilasciata con foglio spillato, già Cons. Stato, IV, 13 gennaio 2010, n.69)”.

Ma tali elementi attengono ad elementi che abbiano, già, il presupposto della manifestazione di volontà dettagliata, con possibilità di sanatoria di elementi (diversi) viziati in termini di forma.

Né è applicabile l’orientamento espresso dalla Corte di Cassazione civile (cfr. sez. VI, 22/01/2015, n.1205), che ha affermato che “ il mandato apposto in calce o a margine del ricorso per cassazione è, per sua natura, speciale, senza che occorra per la sua validità alcuno specifico riferimento al giudizio in corso od alla sentenza contro la quale si rivolge, poiché il carattere di specialità è deducibile dal fatto che la procura al difensore forma materialmente corpo con il ricorso o il controricorso al quale essa si riferisce”. Ma il caso trattato dalla Corte attiene ad una fattispecie ove il “collegamento” (materiale e temporale) fra procura e ricorso risultava effettivamente rinvenibile, in considerazione della contemporaneità della redazione dell’impugnazione.

Con conseguente piena consapevolezza della parte privata del contenzioso promosso (con adesione alla formulazione di quel giudizio).

Nel caso di specie, invece, sussiste , come elemento impeditivo, l’incertezza sostanziale in ordine alla riferibilità del mandato al giudizio che è stato poi , in concreto, promosso.

Con impossibilità di applicare lo strumento della rinnovazione/sanatoria, stante la rilevanza sostanziale e l’intervenuta decadenza.

In ogni caso il Collegio evidenzia, nel merito, che parte ricorrente è stata (doverosamente) esclusa dalla gara in quanto , per proprio errore, ha inserito l’offerta economica (percentuale di ribasso) nella busta amministrativa. Rendendo in tal modo edotta la Commissione e le parti presenti di un dato che doveva, in quella prima fase, rimanere obbligatoriamente segreto.

Solo nella seconda fase, dopo l’ammissione di tutti i concorrenti in regola con la documentazione, avrebbero dovuto essere aperte le relative offerte economiche.

La circostanza che , con l’applicazione del solo criterio del “ribasso”, non vi sarebbe esplicitazione di alcuna discrezionalità nella decisione finale (il che renderebbe irrilevante la conoscenza “anticipata” di un dato oggettivo), non è argomentazione convincente in quanto non è ammissibile “confondere” elementi attinenti alle due fasi, anche perché, potenzialmente, potrebbero sussistere riflessi sulle decisioni di ammissioni/esclusioni da parte della Commissione.

Ed, in ogni caso, la posizione di parità fra concorrenti è stata oggettivamente turbata da un elemento estraneo, con violazione dei basilari principi che la legislazione impone in materia di gare pubbliche.

Ne consegue che, correttamente, la società Maggioli è stata esclusa.

Ciò determina la carenza di legittimazione attiva a contestare una procedura (pretesa applicazione del diverso criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) alla quale la società risulta ormai estranea.

In ogni caso, qualora la pretesa fosse qualificabile in termini di interesse "*strumentale*" all'annullamento dell'intera gara, il Collegio evidenzia che il Comune ha adottato una disciplina appropriata e coerente (oggi, come nella precedente selezione, di cui era stata aggiudicataria la stessa Maggioli), ritenendo che il servizio triennale "*per l'affidamento del servizio di gestione del ciclo globale delle contravvenzioni del servizio di Polizia Locale del Comune*" non fosse tale, in termini di complessità e difficoltà, da richiedere l'elaborazione di <offerte tecniche> da parte degli aspiranti all'aggiudicazione del servizio.

Trattandosi di servizio già elaborato e collaudato (svolto con dotazioni informatiche personalizzabili dall'aggiudicatario), che non richiedeva integrazioni o modifiche (con garanzia del risultato), essendo prevalente l'aspetto economico di risparmio delle risorse pubbliche.

Le spese di giudizio, come di regola, seguono la soccombenza e vengono quantificate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento di euro 3.500, oltre accessori di legge, in favore del Comune, per spese processuali.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 15 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Scano, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere