

Appalti

Con le gare telematiche più difficile basare i ricorsi su vizi della procedura

di Roberto Mangani

09 Marzo 2023

Tar e Consiglio di Stato bocciano tutte le contestazioni mosse da un'impresa esclusa per non aver rispettato i termini di caricamento dell'offerta

Nelle gare telematiche i termini indicati nel relativo disciplinare per lo svolgimento della procedura e in particolare quelli previsti per il caricamento dell'offerta sulla piattaforma informatica hanno carattere perentorio, con la conseguenza che il loro mancato rispetto determina l'esclusione dalla gara. Più specificamente, la mancata presentazione dell'offerta nel termine indicato nell'apposita comunicazione inviata dall'ente appaltante ai concorrenti non può essere sanata ricorrendo al soccorso istruttorio.

Sono queste le affermazioni più rilevanti contenute nella pronuncia del [Consiglio di Stato, Sez. III, 10 febbraio 2023, n. 1482](#), Stampa che offre interessanti puntualizzazioni sulle corrette modalità di svolgimento delle gare telematiche, presumibilmente destinate a trovare sempre maggiore spazio ai fini dell'affidamento dei contratti pubblici.

Il fatto

Una centrale di committenza aveva indetto una procedura di gara per l'affidamento della fornitura di dispositivi medici e diagnostici. La gara veniva espletata in forma telematica mediante apposita piattaforma di negoziazione. La disciplina di gara prevedeva una tempistica secondo cui in una prima fase i concorrenti dovevano caricare sulla piattaforma telematica la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e il numero di marcatura temporale precedentemente apposto all'offerta economica. Tale ultima offerta doveva rimanere custodita dai concorrenti per essere successivamente caricata sulla piattaforma secondo una tempistica che sarebbe stata successivamente comunicata dall'ente appaltante. Nell'ambito di questa procedura, veniva comunicata a uno dei concorrenti l'esclusione per non avere provveduto a caricare l'offerta economica nel termine precedentemente indicato. Il provvedimento di esclusione veniva impugnato davanti al giudice amministrativo.

A sostegno del ricorso il concorrente escluso deduceva che tale esclusione avrebbe violato il principio di trasparenza e quello di tassatività delle cause di esclusione. Nello specifico, nel ricorso veniva evidenziato che il disciplinare di gara non prevedeva esplicitamente che il caricamento dell'offerta entro il termine comunicato dall'ente appaltante dovesse avvenire a pena di esclusione. Peraltro, la

circostanza che la medesima offerta fosse già stata marcata temporalmente rendeva la stessa certa e immodificabile. Inoltre, il ricorrente contestava anche la validità della comunicazione con cui l'ente appaltante aveva indicato a tutti i concorrenti il termine entro cui caricare l'offerta. Sotto il profilo formale, tale comunicazione risultava in contrasto con la previsione del disciplinare di gara secondo cui tutte le comunicazioni ai concorrenti, per essere valide ed efficaci, dovevano essere veicolate tramite la piattaforma telematica. Sotto il profilo dei contenuti, veniva evidenziato che la comunicazione inviata riguardava principalmente la data della successiva seduta di gara e solo incidentalmente aveva indicato la possibilità di caricare sulla piattaforma l'offerta economica. Inoltre, non vi era mai stata una comunicazione individuale indirizzata alla ricorrente con cui quest'ultima veniva resa edotta del superamento della fase di valutazione dell'offerta tecnica rendendo evidente l'obbligo di caricare l'offerta economica. In sostanza, sia sotto il profilo formale che sotto quello dei contenuti la comunicazione dell'ente appaltante avrebbe finito per ingenerare una confusione e un'ambiguità tali da rendere del tutto illegittimo il conseguente provvedimento di esclusione. Infine, il ricorrente lamentava che, a fronte del mancato caricamento dell'offerta, tenuto conto delle circostanze evidenziate in presenza delle quali lo stesso si era verificato, l'ente appaltante avrebbe comunque dovuto attivare il soccorso istruttorio piuttosto che procedere all'immediata esclusione dell'offerta. Le censure avanzate dal ricorrente sono state integralmente respinte dal Tar Umbria. Contro la sentenza di primo grado l'originario ricorrente ha proposto appello davanti al Consiglio di Stato.

La posizione del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello, confermando quindi la decisione del giudice di primo grado. A rafforzamento delle censure già mosse nel precedente grado di giudizio, il ricorrente evidenziava che il disciplinare di gara prevedeva esplicitamente la sanzione dell'esclusione solo nel caso di mancato caricamento del numero seriale, e non anche nel diverso caso di mancato caricamento dell'offerta già munita di numero seriale. E il provvedimento di esclusione poteva essere legittimamente adottato solo nei casi tassativamente indicati dalla normativa di riferimento o da specifiche clausole del disciplinare che espressamente prevedevano l'adempimento prescritto a pena di esclusione.

Il Consiglio di Stato ha respinto questa prospettazione unitamente a tutte le altre censure riproposte dal ricorrente. Ha rilevato in primo luogo – come peraltro correttamente affermato dal giudice di primo grado – che il disciplinare di gara indicava chiaramente non solo il termine da rispettare per la marcatura temporale dell'offerta, ma anche che con successiva comunicazione sarebbe stata indicata a tutti i concorrenti la finestra temporale entro la quale caricare l'offerta economica già munita di marcatura. In questo senso, lo stesso disciplinare stabiliva in modo chiaro e inequivocabile gli adempimenti procedurali posti a carico dei concorrenti, prevedendo nel contempo termini perentori per il loro assolvimento. E prevedendo altresì, senza alcun margine di ambiguità, che il termine

perentorio per il caricamento dell'offerta sarebbe stato indicato con apposita comunicazione indirizzata ai concorrenti.

Né può essere accolta l'obiezione secondo cui l'ente appaltante avrebbe violato il principio di tassatività delle cause di esclusione. Tale principio infatti va inteso nel senso che l'esclusione dalla gara può essere legittimamente disposta non solo nelle specifiche fattispecie tipizzate dalle norme, ma anche nel caso in cui il disciplinare preveda adempimenti doverosi o specifici divieti, ancorché non esplicitamente qualificati a pena di esclusione. In questo contesto, nelle gare telematiche il caricamento dell'offerta entro il termine perentorio indicato dall'ente appaltante costituisce un adempimento essenziale, equiparabile alla presentazione della busta contenente l'offerta economica nelle gare tradizionali.

Anche le censure mosse in relazione alle modalità e ai contenuti della comunicazione inviata dall'ente appaltante sono state respinte dal Consiglio di Stato. Il disciplinare di gara prevedeva espressamente che i concorrenti dovessero indicare in sede di offerta l'indirizzo per cui l'ente appaltante era legittimato a inviare le comunicazioni relative al successivo svolgimento della procedura. E coerentemente a tale previsione l'ente appaltante aveva inviato via pec all'indirizzo indicato dal ricorrente la comunicazione con cui veniva stabilito il termine (perentorio) per il caricamento dell'offerta.

Quanto ai contenuti di tale comunicazione, seppure è vero che la stessa indicava in primo luogo la data e l'ora in cui si sarebbe tenuta la seduta pubblica per l'inserimento dei punteggi tecnici e la successiva apertura delle offerte economiche, precisava poi la finestra temporale in cui sarebbe stato possibile caricare le offerte economiche. La formulazione utilizzata appare sufficientemente chiara e inequivoca nel definire il termine (perentorio) entro cui i concorrenti potevano caricare le offerte economiche, non potendosi ritenere che l'indicazione di tale termine fosse operata in termini meramente incidentali e senza dargli il dovuto risalto. Ne consegue che la pretesa del ricorrente – alla base della censura mossa – volta a ricevere una puntuale comunicazione con contenuti e secondo modalità diverse da quelle utilizzate dall'ente appaltante non trova fondamento né nel quadro normativo che regola lo svolgimento delle gare telematiche né nel disciplinare di gara. Il mancato caricamento dell'offerta nel termine indicato è quindi imputabile esclusivamente al concorrente e non vi sono neanche i presupposti per riconoscere l'errore scusabile.

Infine, per ciò che concerne l'invocato ricorso al soccorso istruttorio da parte dell'ente appaltante per supplire al mancato caricamento dell'offerta, il Consiglio di Stato richiama in primo luogo la giurisprudenza consolidata che – sulla base della chiara indicazione contenuta nell'articolo 83, comma 9 del Dlgs 50 - esclude la possibilità di utilizzare l'istituto nel caso di irregolarità e incompletezza dell'offerta economica, e quindi a maggior ragione nell'ipotesi in cui tale offerta non sia stata proprio presentata.

L'affermazione che ripetutamente si ritrova nelle pronunce dei giudici amministrativi è che il soccorso istruttorio incontra un limite invalicabile nel principio di autoresponsabilità dei

concorrenti, in base al quale ciascuno sopporta le conseguenze degli eventuali errori commessi in sede di formulazione dell'offerta, anche in applicazione del più generale principio di par condicio. Ed è evidente che l'errore assume connotazioni radicali se si traduce non in un vizio dell'offerta ma addirittura nella mancata presentazione della stessa entro il termine stabilito.

I vizi procedurali nelle gare telematiche

La vicenda oggetto della pronuncia del Consiglio di Stato testimonia come nelle gare telematiche sia più difficile muovere contestazioni rispetto all'iter della procedura di gara. Il ricorso alla piattaforma telematica delinea una procedura le cui tempistiche e i cui adempimenti sono affidati a meccanismi di caricamento dei documenti che vengono tracciati senza possibilità di contestazioni. Tutti i vizi normalmente sollevati in relazione alla fase di apertura delle buste, al rispetto degli adempimenti formali, alla sottoscrizione della documentazione di gara trovano meno spazio in questa tipologia di gare. E come dimostra la pronuncia in commento, quando il ricorso al giudice amministrativo si fonda sulla applicazione alle gare telematiche di regole e istituti pensati per le gare ordinarie, è molto probabile che l'esito del contenzioso non sia favorevole. Sotto questo profilo la sempre maggiore diffusione delle gare telematiche può aiutare a diminuire il livello di contenzioso in materia di appalti pubblici e contemporaneamente impone agli operatori di rafforzare un cambiamento di prospettiva rispetto alle modalità ordinarie di svolgimento delle procedure.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

 Il Sole
24 ORE