

Pubblicato il 02/11/2017

N. 01112/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00966/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 966 del 2017, proposto da:
OMISSIS s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato
Danilo D'Arpa, con domicilio eletto presso lo studio Tobia Renato Binetti in Bari, via G. Amendola
n. 172/C;

contro

Regione Puglia, in persona del Presidente della G.R. legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dall'avvocato Marina Altamura, con domicilio eletto presso gli uffici dell'Avvocatura
Regionale in Bari, Lungomare N. Sauro n.31;

nei confronti di

OMISSIS s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati
Massimiliano Mangano, Lucia Interlandi, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Grimaldi in
Bari, via Alessandro Maria Calefati n. 15/A;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare

- della comunicazione (protocollo comunicazione PI134754-17) del 20.07.2017 (pervenuta in pari
data) del Responsabile della procedura di gara indetta dalla Regione Puglia, dott.ssa Raffaella
Ruccia, di notifica, alla ricorrente:

a) dell'esclusione dalla "Gara Comunitaria Telematica a procedura ristretta ai sensi dell'art. 61 del d.lgs. n. 50/2016 finalizzata all'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 95 co. 4 del citato decreto per l'affidamento della fornitura di "Foresterie per lavoratori migranti stagionali nelle provincie di Foggia e Lecce", per la seguente motivazione: "avendo omesso codesta impresa di allegare il prescritto elenco prezzi";

b) dell'intervenuta (proposta di) aggiudicazione dei lotti 2 e 3 al concorrente OMISSIS s.r.l.;

- dell' A.D. n. 31/2017 della Regione Puglia, Sezione Gestione Integrata Acquisti – A.P. Appalti di forniture e servizi, nei limiti in cui questo dispone l'esclusione dalla gara della OMISSIS s.p.a. e l'aggiudicazione (proposta) in favore della OMISSIS s.r.l.; tanto, sia in rapporto ai presupposti (illegittimi) della esclusione, sia in rapporto all'assenza di pubblicità e trasparenza delle sedute e delle operazioni di gara;

- della comunicazione (protocollo comunicazione PI126901-17) del 10.07.2017, del Responsabile della procedura di gara indetta dalla Regione Puglia, dott.ssa Raffaella Ruccia, di notifica, alla ricorrente, della circostanza che, "all'esito dell'apertura della busta documentazione tutti i concorrenti che hanno presentato istanza sono risultati ammessi", in quanto (e nella misura in cui) questa indica, quale seduta di gara, la data del 10.07.2017; data mai resa nota e mai preceduta da adeguata pubblicità/comunicazione;

- dei verbali di gara, tutti, nei limiti dell'interesse e delle censure del presente ricorso;

- di ogni altro atto, connesso e/o collegato, presupposto e/o coevo e/o consequenziale, anche non noto;

- della lettera invito, nella misura in cui le prescrizioni ivi contenute sulla formazione e sull'invio della documentazione per via telematica vengono lette ed applicate pregiudizievolemente alla posizione assunta dalla ricorrente;

- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato e

per il risarcimento del danno per equivalente monetario per l'ipotesi che, nelle more dell'adozione del provvedimento di giustizia, venga eseguita, in tutto o in parte, la pubblica commessa illegittimamente sottratta all'odierna ricorrente;

e contestuale istanza ex art 116, co. 2, del D.lgs n. 104/2010;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Puglia e della OMISSIS s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2017 la dott.ssa Viviana Lenzi e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1 – Con il presente ricorso OMISSIS s.p.a impugna la A.D. n. 31/17 (unitamente alla comunicazione del 20/7/17 - prot. PI134754-17) recante la sua esclusione dalla gara comunitaria telematica a procedura ristretta avente ad oggetto la fornitura di foresterie per lavoratori migranti stagionali nelle provincie di Foggia e Lecce e contestuale proposta di aggiudicazione dei lotti 2 e 3 in favore di OMISSISs.r.l., odierna controinteressata.

Quanto alla disposta esclusione (motivata con riferimento alla mancata allegazione nell'offerta economica dell'elenco dei prezzi unitari della fornitura), la ricorrente ne deduce l'illegittimità in considerazione della natura di appalto a corpo della fornitura oggetto di gara; deduce – altresì - di non essersi, comunque, avveduta del fatto che l'allegato 3 (Schema di offerta economica) includeva un ulteriore sub-allegato in cui indicare i prezzi unitari. La sanzione escludente, in altri termini, non risulta - a detta della ricorrente – chiaramente collegata a tale sub-allegato.

Lamenta, inoltre, che diversamente da quanto previsto al par. 9.4 della lettera di invito (Il campo "Esito riga" mostrerà eventuali errori di importazione) nessun "alert" è stato ricevuto in sede di compilazione dell'offerta.

1.1 - Con il secondo – subordinato – motivo di ricorso, la ricorrente lamenta violazione delle regole di trasparenza e pubblicità, per non aver avuto notizia della data della prima seduta di gara (svoltasi il 7/7/17), né della successiva tenutasi il 10/7/17.

1.2 - Insiste, quindi per l'annullamento degli atti gravati e per il risarcimento del danno in forma specifica e, in subordine, per equivalente, previo accoglimento dell'istanza ex art. 116 co. 2 c.p.a. relativa all'acquisizione di tutti i file di log inerenti le pubblicazioni effettuate sulla piattaforma telematica, in parte non consentita dalla S.A.

2 - Hanno resistito al ricorso la Regione Puglia e OMISSIS s.r.l.

3 – Alla camera di consiglio del 25/10/17 la causa è stata trattenuta in decisione.

4 - Sussistono i presupposti per la definizione del giudizio con sentenza resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a.: di tanto è stato dato avviso alle parti, come prescritto dalla medesima disposizione.

5 - Il gravame è infondato.

5.1 - L'art. 6.3 della lettera d'invito prescrive che l'operatore economico – a pena di esclusione – dovrà inserire (oltre ai costi per la sicurezza e per la manodopera):

1) il prezzo complessivamente offerto risultante dalla compilazione dello schema di cui all'allegato 3;

2) l'allegato economico preferibilmente secondo lo schema dell'allegato 3 ... In tale allegato l'operatore economico dovrà indicare l'importo complessivo offerto ... e specificare i relativi prezzi unitari offerti.

Risulta quindi prescritto in termini oltremodo chiari ed inequivoci che l'offerente è onerato della duplice indicazione del prezzo complessivo della fornitura e di quelli unitari che concorrono a comporlo; risulta altrettanto chiaramente che la sanzione escludente è ricollegata alla mancata indicazione sia del prezzo complessivo che di quelli unitari.

Va, altresì, evidenziato che il legale rappresentante dell'odierna ricorrente ha sottoscritto – in relazione ai lotti 2 e 3 - la dichiarazione di offerta di cui all'allegato 3, il cui incipit è del seguente tenore: "l'offerta economica dovrà essere redatta, pena l'esclusione dalla gara, conformemente al fac simile di seguito riportato". Nel modello è inoltre precisato: "L'offerente dovrà specificare nell'allegata tabella "Lista offerta prezzi" – lotto 2", parte integrante dell'offerta economica, i relativi prezzi unitari offerti, la cui somma dovrà corrispondere al corrispettivo complessivo offerto per l'esecuzione della fornitura relativa al lotto 2".

Identica prescrizione appare nella dichiarazione relativa al lotto 3.

Da ciò si ricava ulteriore conferma del fatto che l'elenco dei prezzi unitari sia parte integrante dell'offerta economica e che parte ricorrente avrebbe potuto (dovuto) inferire l'indispensabilità di tale indicazione dalla piana lettura della dichiarazione che ha provveduto a sottoscrivere.

5.2 - Né, d'altro canto, in presenza di tale specifica previsione escludente nella *lex specialis*, alla commissione di gara era consentito di disapplicarla, con conseguente violazione della *par condicio* tra i concorrenti.

D'altronde, parte ricorrente ha ommesso di impugnare specificamente la lettera di invito nella parte in cui prevede l'indicazione dei prezzi unitari a pena di esclusione.

Neppure appare condivisibile l'assunto di OMISSIS s.p.a. relativo al mancato funzionamento del sistema di alert, non potendosi ritenere che tra gli "errori di importazione" che il sistema avrebbe mostrato in sede di inserimento di documenti ed informazioni (secondo quanto previsto al par. 4.9 della lettera di invito) rientrino anche elementi essenziali dell'offerta. Quanto opinato dalla ricorrente, infatti, si tradurrebbe - a ben vedere - in un inammissibile soccorso istruttorio applicato per una carenza sostanziale e non già per una mera incompletezza formale (cfr. art. 83 co. 9 d. lvo n. 50/2016).

5.3 - Infondato (oltre che inammissibile) risulta, altresì, il motivo di ricorso in cui viene dedotta la mancanza di trasparenza nelle operazioni di gara.

5.3.1 - In punto di fatto, si osserva che la data della prima seduta pubblica (7/7/17) risulta inserita sulla piattaforma Empulia, secondo quanto stabilito al par. 8 della lettera di invito, mentre nessuna ulteriore seduta ha avuto luogo successivamente, dovendo ritenersi un mero refuso l'indicazione della data del 10/7/17 contenuto nella comunicazione pervenuta alla RI: la Commissione – infatti – ha proceduto all'ammissione dei concorrenti nella seduta (prima ed unica) del 7/7/17, secondo quanto risulta dal relativo verbale versato in atti.

All'esito di tale seduta, espletato il controllo sul contenuto della "busta amministrativa", il Seggio di gara ha proceduto alla verifica del contenuto della "busta economica", esauendo – così – l'attività di valutazione delle offerte. L'intera procedura risulta sintetizzata nell'A.D. gravata, in cui non vi è menzione alcuna di un'ulteriore seduta del 10/10/17.

5.3.2 - In punto di diritto, poi, si rileva in ogni caso che OMISSIS ha ommesso di precisare in che modo l'asserita violazione degli obblighi di pubblicità e trasparenza (già non ravvisabili in punto di

fatto – per quanto innanzi detto) abbia inciso negativamente sulla sua partecipazione alla procedura, ciò che sarebbe stato quanto mai necessario considerando che la procedura oggetto della presente controversia è stata gestita con sistemi telematici, per i quali l'art. 58 d. lgs. 50/2016 non ha infatti codificato alcuna fase pubblica.

Ed invero, “La gara telematica, per le modalità con cui viene gestita, consente di tracciare qualsivoglia operazione di apertura dei file contenenti offerte e documenti di gara, assicurando, in tal modo, il rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità che devono presiedere le procedure di gara pubbliche. Alla luce delle superiori considerazioni, la giurisprudenza amministrativa si è espressa nel senso che, in siffatte ipotesi, quandanche la lex specialis recasse la previsione di una distinta fase pubblica destinata all'apertura delle offerte, l'eventuale omissione sarebbe comunque irrilevante (T.a.r. Lombardia, Brescia, 12 gennaio 2016, n. 38). In definitiva, il principio è che la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data ed all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura; le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990)” - TAR Sardegna, sez. 1, sent. 23/10/17 n. 665.

5.4 - Per tali ragioni, anche il secondo motivo di gravame va disatteso. L'infondatezza del motivo, unitamente all'attestazione (a firma del dirigente della Sezione Integrata Acquisti della Regione Puglia) di conformità agli originali dei file di log delle operazioni di gara trasmessi alla ricorrente determinano il respingimento della richiesta di accesso x art. 116 co. 2 c.p.a.

6 - L'infondatezza nel merito del gravame esonera il Collegio dallo scrutinio delle preliminari eccezioni sollevate dalla Regione Puglia e dalla società controinteressata.

7 - Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna OMISSIS s.p.a. alla refusione delle spese di lite in favore della Regione Puglia e della controinteressata, che liquida in euro 1.000,00 per ciascuna, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Francesco Cocomile, Consigliere

Viviana Lenzi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Viviana Lenzi

IL PRESIDENTE
Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO