

## **Scusabilità di errori formali ed omissioni nelle gare telematiche.**

*di Cesare Caturani*

*Data di pubblicazione: 9-11-2018*

1. Nelle gare interamente telematiche la sussistenza di alcune irregolarità va valutata alla luce di una certa scusabilità degli errori compiuti.

### **Guida alla lettura**

La sentenza qui annotata viene resa dal T.A.R. in relazione ad un ricorso proposto attraverso il rito cd. superaccelerato di cui all'art. 120, co 2-*bis*. del Codice del processo amministrativo, con il quale veniva lamentata la mancata ammissione ad una procedura aperta svolta su di una piattaforma telematica per impossibilità di presentazione dell'offerta anche per più lotti.

Al di là della conferma del principio per cui la successiva ammissione alla gara in base ad una pronuncia cautelare del Giudice amministrativo non rende il ricorso improcedibile per cessata materia del contendere, gli aspetti d'interesse sono rappresentati dalle affermazioni con cui viene giustificato l'accoglimento del gravame.

Dalla breve descrizione dei fatti di causa si evince che la mancata ammissione era derivata da problematiche concernenti la chiusura e sottoscrizione del plico riconducibili alla sola ricorrente, dal momento che nello stesso arco temporale la medesima operazione da questi tentata era riuscita perfettamente ad altri concorrenti e, come tale, registrata dal sistema.

Secondo il T.A.R., tuttavia, la presenza di omissioni o, comunque, di irregolarità nella presentazione dell'offerta non giustifica l'esclusione del concorrente dalla procedura, dovendo essere valutata alla stregua del principio di scusabilità degli errori compiuti, considerata la tracciabilità di tutte le operazioni propria delle gare interamente telematiche, la cui non modificabilità ha escluso nella fattispecie il rischio di ogni alterazione nello svolgimento delle operazioni.

Un'interpretazione sostanzialistica - in linea, del resto, con gli stessi recenti approdi legislativi in materia - della quale, però, rimane da verificare il consolidarsi con una portata così ampia.

**Il Tribunale****Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna****(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ul ricorso numero di registro generale 38 del 2018, proposto da:

Acegasapsamga Servizi Energetici S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Vittorio Domenichelli, Paolo Neri, Alessandro Righini, con domicilio eletto presso lo studio Vittorio Domenichelli in Padova, Galleria G. Berchet, 8;

***contro***

Intercent - Er, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Rosaria Russo Valentini, Roberto Bonatti, con domicilio eletto presso lo studio Maria Rosaria Russo Valentini in Bologna, via G. Marconi 34;

***per l'annullamento***

-della mancata ammissione ovvero dell'esclusione del costituendo R.T.I. tra la mandataria Sinergie S.p.a. (ora AcegasApsAmga Servizi Energetici S.p.a.) e la mandante Zephyro S.p.a. alla procedura aperta indetta da INTERCENT-ER – Agenzia regionale per lo sviluppo dei mercati telematici per l'affidamento del multiservizio di manutenzione degli immobili in uso alle Aziende Sanitarie della Regione Emilia Romagna 2;

- della comunicazione del Direttore di INTERCENT-ER – Agenzia regionale per lo sviluppo dei mercati telematici id. IC/2017/31626 del 27/12/2017 di 'non accoglibilità dell'istanza di soccorso istruttorio' formulata dal costituendo R.T.I. tra Sinergie S.p.a. e Zephyro S.p.a.; - di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente, tra cui in particolare: (i) tutti gli atti costituenti lex specialis della procedura, ed in specie il Disciplinare di gara e i Manuali di utilizzo della piattaforma telematica SATER, laddove interpretati nel senso di non consentire l'ammissione alla procedura del costituendo R.T.I. tra Sinergie S.p.a. e Zephyro S.p.a. e laddove nell'ipotesi di partecipazione alla gara per più lotti non permettono l'invio separato dell'offerta per ogni singolo lotto; (ii) tutte le operazioni della Commissione di gara e tutte le determinazioni della stazione appaltante assunte nell'ambito della gara de qua successivamente alla mancata ammissione del costituendo R.T.I. ricorrente laddove lesivi della posizione di quest'ultimo e del suo interesse a conseguire l'aggiudicazione della procedura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Intercent - Er;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2018 la dott.ssa Maria Ada Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe è stato chiesto l'annullamento dei seguenti atti :

a). mancata ammissione ovvero della esclusione del costituendo RTI tra la mandataria Sinergie Spa (ora AcegasApsAmga servizi energetici spa) e la mandante Zephyro spa alla procedura aperta indetta da Intercent per l'affidamento del multiservizio di manutenzione degli immobili in uso alle aziende sanitarie della regione Emilia Romagna 2;

b). comunicazione del Direttore di Intercent IC/2017/31626 del 27.12.2017 di non accoglibilità della istanza di soccorso istruttorio;

c). altri atti connessi.

Il ricorso è stato supportato dal seguente motivo di diritto :

1). Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara con particolare riferimento agli artt. 4 e 5 del disciplinare; violazione e falsa applicazione art. 83, comma 9, DLGS 50/2016; violazione dei principi del favor participationis e di leale cooperazione tra PA e privati; eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erroneità dei presupposti.

In data si è costituita Intercent in replica.

Chiarisce che <nella mattinata del 12.12.2017 (ultimo giorno) ben otto concorrenti hanno utilmente e senza problemi caricato le rispettive offerte anche per più lotti (esattamente come avrebbe voluto fare la ricorrente); solo la ricorrente non ha concluso l'operazione con successo>.

Con ord. cautelare n. 20/2018 la ricorrente è stata ammessa con riserva.

In data 9.10.2018 la AcegasApsAmga servizi energetici spa ha depositato memoria in cui ha chiesto la cessazione della materia del contendere specificando di essere stata ammessa alla procedura di gara.

In data 5.10.2018 Intercent ha però depositato memoria in cui ha replicato circa la cessazione della materia del contendere.

Afferma in proposito che :

a). il provvedimento di ammissione contiene nella parte motivazionale un preciso riferimento al fatto che la partecipazione del RTI avviene “con riserva” (per effetto della ordinanza cautelare emessa nel giudizio);

b). in data 18.4.2018 con nota n. 13318 è stato comunicato alle Ditte Sinergie spa e Zephyro spa che l’ATI da loro formata è stata ammessa con riserva alla partecipazione ai lotti 1, 3, 4; tale provvedimento non è stato impugnato;

c). insiste nel sostenere nel merito che è mancata la chiusura e controfirma del plico contenente le buste amministrativa tecnica ed economica; e il conseguente invio del plico stesso.

I). In primo luogo, il Collegio ritiene che sul presente ricorso non può essere dichiarata l’improcedibilità perché l’ammissione è stata disposta solo “con riserva”.

II). Nel merito il ricorso è fondato.

Ad avviso del Collegio – pur ravvisandosi nel caso di specie la sussistenza di alcune irregolarità (in relazione alla descritta chiusura e controfirma del plico) – può essere considerata sufficiente l’attività eseguita dalla ricorrente che va valutata alla luce di una certa scusabilità degli errori compiuti.

Come noto, l’utilizzo di gare interamente telematiche comporta la tracciabilità di tutte le operazioni e modifica anche l’approccio e la soluzione di eventuali errori/omissioni formali-procedimentali.

Nella specie, si ritiene garantita dal sistema la correttezza e l’intangibilità, con esclusione di ogni rischio di alterazione nello svolgimento delle operazioni.

Dunque, il ricorso è da accogliere con annullamento degli atti impugnati.

Stante la peculiarità della questione le spese del giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia Romagna (Sezione Seconda) :

Accoglie il ricorso, come in epigrafe proposto e per l’effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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