

Publicato il 13/09/2021

N. 00266/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00215/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 215 del 2021, proposto da

Codess Friulivenezia Giulia Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Paviotti, Fabrizio Paviotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Roberto Paviotti in Udine, viale Duodo n. 52;

contro

Comune di Manzano non costituito in giudizio;

nei confronti

Gemeaz Elixir S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Anania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare

della Determina della Responsabile del Servizio del Comune di Manzano n. 41 del 15 luglio 2021 con la quale, in approvazione della proposta della Commissione giudicatrice, il servizio di gestione del Nido d'Infanzia 'Cjase di Catine' è stato aggiudicato alla Gemeaz Elijor S.p.A. e dei Verbali ad essa presupposti delle riunioni della Commissione giudicatrice dell'8 luglio, svoltasi in seduta riservata, anziché pubblica, e del 9 e 12 luglio e, quindi, dell'intera procedura di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gemeaz Elijor S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2021 il dott. Luca Emanuele Ricci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La cooperativa ricorrente domanda l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione ad altro operatore del servizio di gestione del Nido d'Infanzia *Cjase di Catine*, all'esito di procedura di gara aperta espletata in modalità telematica, con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Evidenzia che la stazione appaltante, pur essendosi auto-vincolata allo svolgimento "*in seduta pubblica*" dell'apertura dell'offerta tecnica e della verifica dei documenti richiesti, ha poi compiuto tali operazioni in seduta riservata, con conseguente violazione dell'auto-vincolo e invalidità dell'intera procedura.

1.1. Deduce, nello specifico i vizi di "*violazione della lex specialis di gara; violazione della regola del Disciplinare (pag. 26) per la quale, all'esito del controllo della documentazione amministrativa, la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto procedere all'apertura della busta telematica concernente l'offerta tecnica ed alla verifica della presenza dei documenti richiesti dallo stesso Disciplinare in seduta pubblica; violazione*

dell'autovincolo". Il ricorrente, pur consapevole che il principio di pubblicità delle sedute di apertura delle offerte tecniche è derogato nelle procedure telematiche, ritiene la procedura comunque viziata per inosservanza di un vincolo liberamente assunto dall'amministrazione.

2. La controinteressata evidenzia che il ricorso ad una piattaforma telematica, garantendo l'inviolabilità della documentazione caricata e la tracciabilità dei flussi di dati, è di per sé strumento in grado di garantire la regolarità della procedura. La violazione dell'asserito auto-vincolo è dunque in radice priva di alcuna potenzialità lesiva, anche potenziale, rispetto agli interessi tutelati dal principio di pubblicità delle sedute. Aggiunge poi che la gara telematica costituisce di per sé una modalità alternativa di svolgimento della procedura, la quale – secondo quanto dispone l'art. 58 del Codice dei contratti (d.lgs. 50 del 2016 - non contempla alcuna fase pubblica.

3. Il giudizio viene definito nel merito all'esito della trattazione dell'istanza cautelare ai sensi degli artt. 60 e 120, comma 6, c.p.a., come rappresentato in occasione dell'udienza in camera di consiglio, sussistendone i presupposti di legge.

4. Il ricorso è infondato.

5. L'apertura in seduta pubblica delle buste risponde all'esigenza di assicurare ai partecipanti alla gara una ricognizione trasparente, oltre che dell'integrità dei plichi, anche del relativo contenuto documentale, al fine di garantire ciascun concorrente dal rischio di manipolazioni successive delle offerte proprie e di quelle altrui, eventualmente dovute ad inserimenti, sottrazioni o alterazioni di documenti (*Cons. St., A.P., 28 luglio 2011, n. 13*).

5.1. Tali patologiche eventualità risultano scongiurate in radice dallo svolgimento della gara in modalità telematica, le cui caratteristiche escludono di per sé il rischio di una manipolazione delle offerte successiva alla loro presentazione (*Cons. St., sez. V 29 ottobre 2014, n. 5377, Cons. St., sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990*). Il caricamento della documentazione sulla piattaforma informatica messa a disposizione dei concorrenti consente, infatti, di tracciare

in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti e la stazione appaltante, oltre a garantire un'immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione, di ogni eventuale tentativo di alterazione (*Cons. St., sez. I, V, 1° marzo 2021, n. 1700*).

5.2. Nella procedura telematica, pertanto, il principio di pubblicità delle operazioni di gara subisce un decisivo ridimensionamento, giacché l'interesse sostanziale tutelato dal principio – quello all'integrità e immodificabilità delle offerte – è già adeguatamente presidiato dalle caratteristiche oggettive della gara (*Cons. St., sez. V, 21 novembre 2017, n. 5388*). Proprio in ragione di ciò, l'art. 58 del d.lgs. 50 del 2016, nel disciplinare le procedure gestite in questa forma, non ha codificato alcuna fase pubblica (*Tar Veneto, sez. III, 13 marzo 2018, n. 307*).

6. Ciò premesso, nella procedura *de quo* la *lex specialis* (pag. 26) prevedeva espressamente che la commissione aggiudicatrice dovesse procedere “*in seduta pubblica ... all'apertura della busta TELEMATICA concernente l'offerta tecnica ed alla verifica della presenza dei documenti richiesti dal presente disciplinare*”. La disposizione non è stata rispettata dalla stazione appaltante, che ha proceduto alle suddette operazioni in seduta riservata, come risulta dal verbale dimesso *sub doc. 5*.

6.1. Il Tribunale ritiene tuttavia che la violazione non possa ritenersi idonea ad inficiare la validità dell'aggiudicazione, ma costituisca una mera irregolarità non viziante. Acclarato, infatti, che l'apertura delle buste in seduta pubblica perde la propria ragion d'essere nell'ambito di una procedura telematica, la menzionata disposizione della *lex specialis* nulla aggiungeva in termini di garanzia per la regolarità della gara, configurando piuttosto un irragionevole aggravamento del procedimento. L'aver agito in difformità a tale previsione ha quindi integrato un vizio procedurale privo di qualsiasi impatto, anche solo potenziale, sulla posizione sostanziale dei partecipanti, giacché l'integrità delle offerte è garantita di per sé – e al più ampio livello - dagli strumenti telematici

adoperati (né il ricorrente, in proposito, ha formulato alcuna specifica contestazione).

6.2. I principi di strumentalità delle forme, di conservazione degli atti e dei valori giuridici e di raggiungimento del risultato, che hanno portato la giurisprudenza e lo stesso legislatore (cfr. art. 21-*octies*, comma 2 della l. 241 del 1990) a considerare ininfluenti eventuali vizi formali o procedurali privi di impatto sul contenuto della determinazione finale, non possono che valere anche con riferimento alle violazioni del Disciplinare di gara, non essendovi ragione per distinguere in proposito tra *lex generalis* e *lex specialis*. Così, laddove l'onere formale o procedimentale previsto dal Disciplinare risulti privo di qualsiasi strumentalità rispetto alla tutela di un interesse sostanziale, la relativa violazione deve ritenersi dequotata a mera irregolarità, inidonea a invalidare la procedura.

6.3. Nel caso di specie, peraltro, l'inidoneità della violazione a ledere il bene giuridico tutelato non si afferma solo in esito ad una valutazione operata *ex post*, ma è conseguenza generale ed indefettibile della metodologia telematica adottata, che – come visto – svuota di significato la pubblicità delle operazioni di gara. La violazione dell'auto-vincolo risulta, dunque, priva di qualsiasi connotato di offensività, anche solo potenziale e ipotetico.

6.4. In definitiva, ritenere invalida l'aggiudicazione di una gara telematica per violazione di un'irragionevole auto-vincolo all'apertura pubblica delle buste, solo in ragione del principio di doveroso rispetto della *lex specialis* di gara e in assenza di una qualsiasi prospettazione di possibili irregolarità o alterazioni, significherebbe riconoscere la prevalenza delle forme sugli interessi sostanziali, in radicale difformità con i canoni del diritto amministrativo contemporaneo.

7. Per le ragioni esposte, il ricorso deve essere respinto.

7.1. La riscontrata commissione di un'irregolarità, pur priva di effetto viziante, da parte del Comune, giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli-Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Manuela Sinigoj, Consigliere

Luca Emanuele Ricci, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Emanuele Ricci

IL PRESIDENTE
Oria Settesoldi

IL SEGRETARIO