



AGENS

Agenzia confederale dei Trasporti e Servizi

Roma, 16 ottobre 2019
Prot. n. 133/19/H.19.

Alle Aziende associate

L o r o s e d i

OGGETTO: Contratti pubblici – Aggiornamenti giurisprudenziali

Si segnalano alle associate alcuni aggiornamenti giurisprudenziali in materia di contratti pubblici.

• Tar Lazio, Sezione Prima, sentenza 1 ottobre 2019, n. 1636 - Interpretazione delle offerte di gara

Nella sentenza in esame il giudice amministrativo ricorda che «è principio consolidato che le offerte, intese come atto negoziale, devono essere interpretate al fine di ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082; Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2014, n. 5196).»

Inoltre il Tar precisa che «tale attività interpretativa può consistere anche nell'individuazione e nella rettifica di eventuali errori di scritturazione e di calcolo, ma sempre a condizione che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza, e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima o a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente (Cons. Stato, Sez. III, 28 maggio 2014, n. 1487). Più in particolare, la rettifica di eventuali errori è considerata ammissibile a condizione che si tratti di correzione di "errore materiale", necessariamente riconoscibile, e che non si sostanzi in operazioni manipolative e di adattamento dell'offerta, risultando altrimenti violati la par condicio, l'affidamento nelle regole di gara e le esigenze di trasparenza e certezza, con conseguente necessità di prevenire possibili controversie sull'effettiva volontà dell'offerente (ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 889; Cons. Stato, Sez. III, 22 agosto 2012, n. 4592).»

Conseguentemente, «alla stregua di tali coordinate, ritiene il Collegio (peraltro in conformità con quanto ritenuto dall'ANAC con parere precontenzioso – pur relativo ad altra procedura – n. 674 del 14 giugno 2017) che, in caso di discordanza tra il ribasso percentuale e il prezzo offerto in aumento rispetto alla base d'asta, l'indicazione inequivoca del ribasso percentuale consente di individuare l'effettiva volontà dell'impresa in ordine agli impegni negoziali che si intendevano assumere a seguito dell'aggiudicazione della gara, non potendo rappresentare una plausibile alternativa l'offerta di prezzi in aumento determinanti, secondo la lex specialis, l'esclusione dalla gara. In tale ipotesi, la riconduzione ad unità dell'offerta è ottenibile tramite la corretta

Aderente alla

CONFINDUSTRIA

Viale Pasteur, 10
00144 Roma
Tel. 06/5903974
Telefax 06/5903825
e-mail: agens@agens.it
C.f. 04276771005



applicazione del ribasso offerto e ciò non rappresenta una manipolazione dell'offerta ma la correzione di un errore materiale.»

La sentenza è consultabile sul sito “Giustizia Amministrativa” al seguente [link](#).

• Tar Emilia Romagna, Sezione Prima, sentenza 8 ottobre 2019, n. 765 - Gare telematiche: mutamento dell'algoritmo per l'individuazione delle offerte anomale e *lex specialis*

Il giudice amministrativo afferma in questa pronuncia che il mutamento dell'algoritmo per l'individuazione delle offerte anomale in conformità alle indicazioni fornite dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti (circolare MIT- Provveditorato interregionale OO.PP. Sicilia e Calabria del 5/7/2019), non costituisce una modificazione sostanziale della *lex specialis*, nel caso in cui la stessa *lex specialis* di gara non indichi o non richiami il suddetto algoritmo.

Nel caso specifico, «[...] *la lex specialis si limita infatti a indicare espressamente l'applicazione del complesso sistema di calcolo di cui all'art. 97 c. 2 del D. Lgs. n. 50 del 2016, come risulta dal bando di gara [...], ove è previsto che lo svolgimento della procedura aperta avvenga attraverso la piattaforma telematica di negoziazione [...], con necessità per le imprese che intendono partecipare alla gara, di registrarsi al sistema [...] secondo le modalità esplicitate nel sito Web della piattaforma e, più specificamente, come emerge dalla lettura dell'art. 10 del Disciplinare di gara, ove prescrive che “qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a 10, ai sensi dell'art. 97 comma 8 del D. Lgs. n. 50 del 2016, si provvederà all'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, individuando la soglia di anomalia secondo il calcolo di cui all'art. 97 c. 2 - 2 bis del D. Lgs. 50/2016, dichiarando l'aggiudicazione provvisoria in favore del soggetto che avrà presentato la migliore offerta non anormalmente bassa. Pertanto, in alcun modo la lex specialis di gara indica o richiama l'algoritmo per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte utilizzato fino a quel momento [...].»*

Osserva inoltre il Collegio, che è incontestata «[...] *la natura interpretativa della circolare ministeriale, con conseguente applicazione della stessa alle gare pubbliche in itinere al momento della sua entrata in vigore »*

La sentenza è consultabile sul sito “Giustizia Amministrativa” al seguente [link](#).

• Tar Lazio, Sezione Terza Quater, sentenza 17 settembre 2019, n. 11022 - Gara in forma telematica – Su chi grava il rischio della trasmissione della documentazione

Con riferimento ad un caso di gara effettuata in via telematica, richiamando la giurisprudenza precedente, il Tar Lazio ha ribadito in questa sentenza che il rischio connesso alle modalità di trasmissione della documentazione «[...] “*non può far carico che alla parte che unilateralmente sceglie il relativo sistema e ne impone l'utilizzo ai partecipanti; e se rimane impossibile stabilire se vi sia stato un errore da parte del trasmittente, o piuttosto la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che bandisce, organizza e gestisce la gara” cfr. TAR Puglia, Lecce, 10 giugno 2019, n. 977 [...].»*



Più dettagliatamente, «*Le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi debbono collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti fra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni, nei reciproci rapporti. Dalla natura meramente strumentale dell'informatica applicata all'attività della Pubblica Amministrazione discende, altresì, il corollario dell'onere per la P.A. di doversi accollare il rischio dei malfunzionamenti e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui la stessa si avvale, essendo evidente che l'agevolazione che deriva alla P.A. stessa, sul fronte organizzativo interno, dalla gestione digitale dei flussi documentali, deve essere controbilanciata dalla capacità di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che possano verificarsi, in particolare attraverso lo strumento procedimentale del soccorso istruttorio*» (TAR Puglia, Lecce, n. 977/2019 cit.).»

Ai sensi dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), il soccorso istruttorio è escluso in caso di mancanza, incompletezza o irregolarità “afferenti all’offerta economica e all’offerta tecnica” ma non, come nel caso all’esame del Tar, qualora l’irregolarità riguardi «[...] *la documentazione amministrativa che [...] risulta essere “danneggiata e non visualizzabile”* [...]».

Si ribadisce nella sentenza in rassegna che «*Nell'ambito di una gara pubblica la disciplina del soccorso istruttorio non può essere applicata all'offerta tecnica e all'offerta economica atteso che ciò consentirebbe all'offerente, in violazione della par condicio dei concorrenti di porre rimedio a eventuali carenze dell'offerta, successivamente alla scadenza del termine di presentazione della stessa.*» (TAR Lombardia Milano, sezione 1, 9 gennaio 2019, n. 40). »

Nel caso portato all’attenzione del giudice e che ha portato alla sentenza in commento, il ricorrente ha rappresentato che nonostante la piattaforma telematica avesse dato ricevuta di caricamento positiva della documentazione di gara, la stazione appaltante gli aveva comunicato l’esclusione in quanto la documentazione amministrativa caricata risultava essere “danneggiata e non visualizzabile”.

La sentenza è consultabile sul sito “Giustizia Amministrativa” al seguente [link](#).

Restando a disposizioni per fornire ulteriori approfondimenti, si inviano cordiali saluti.

p. AGENS