



AGENS

Agenzia confederale dei Trasporti e Servizi

Roma, 6 novembre 2019
Prot. n. 139/19/H.19.

Alle Aziende associate

L o r o s e d i

OGGETTO: Contratti pubblici - Procedure negoziate negli affidamenti sotto soglia e offerte in forma telematica e marcatura temporale – Aggiornamenti giurisprudenziali

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

- **Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione V, sentenza 12/09/2019 n. 6160 - Procedure negoziate negli affidamenti sotto soglia**

Con questa sentenza il Consiglio di Stato riforma la sentenza del giudice di primo grado e si allontana dalla giurisprudenza richiamata da quest'ultimo a supporto della sua decisione.

Secondo il Consiglio di Stato l'operatore economico non invitato alla procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti) che ne sia venuto a conoscenza e che abbia presentato la propria offerta, è legittimamente escluso dalla stazione appaltante, senza alcuna valutazione dell'offerta da parte della commissione giudicatrice.

Osserva il giudice amministrativo che l'art. 36 (Contratti sotto soglia) comma 2, lett. c) del codice dei contratti prevede «[...] una prima fase – di individuazione degli operatori tramite indagine di mercato ovvero consultazione di elenco di operatori economici precedentemente costituito – e una seconda fase, di vera e propria contrattazione, nella quale sono esaminate le offerte degli operatori precedentemente invitati a partecipare.

La procedura descritta si distingue, pertanto, dalle ordinarie procedure di affidamento per essere l'amministrazione ad avviare il dialogo con il singolo operatore economico attraverso la lettera di invito individuale a presentare la sua offerta e non, come normalmente accade, l'operatore economico a proporsi con la domanda di partecipazione in adesione al bando di gara.

Consentire [...] ad ogni operatore economico, non invitato dall'amministrazione, ma che sia venuto a conoscenza degli inviti (e, dunque, dell'esistenza di una procedura), di



presentare la propria offerta significa, di fatto, ribaltare la sequenza descritta e ripristinare l'ordinarietà, ma in palese contrasto con le indicazioni normative.»

Le disposizioni normative inoltre si giustificano per consentire che la procedura possa svolgersi con maggiore rapidità.

Precisa infine che «Contrasta con il favor participationis la regola che il numero degli operatori economici sia limitato e fa temere per il principio di parità di trattamento che la loro scelta sia rimessa all'amministrazione e, tuttavia, il sacrificio della massima partecipazione che deriva dal consentire la presentazione dell'offerta ai soli operatori economici invitati è necessitato dall'esigenza di celerità, essa, poi, non irragionevole in procedure sotto soglia comunitarie; quanto, invece, alla scelta dell'amministrazione il contrappeso è nel principio di rotazione. [...] Ricorre, dunque, nel sistema delineato dall'attuale codice dei contratti pubblici un adeguato bilanciamento tra potere di scelta delle amministrazioni degli operatori economici da invitare e rotazione degli inviti; l'introduzione dell'eccezione per l'operatore non invitato che sia, però, venuto a sapere della procedura e nutra interesse a prendervi parte, introdurrebbe una inevitabile distonia rispetto al descritto impianto normativo, e certo sarebbe elusa la necessaria rotazione degli operatori sin dalla fase dell'invito dei partecipanti.»

Non vi è neppure contrasto con il principio di parità di trattamento « [...] che imporrebbe di considerare tutti gli operatori, invitati o meno, sullo stesso piano per aver presentato un'offerta, per l'evidente ragione che le situazioni di partenza sono diverse: l'uno è stato scelto dall'amministrazione affinché presentasse la sua offerta, l'altro si è insinuato nella procedura senza esservi stato chiamato.»

Il testo della sentenza è consultabile sul sito “Giustizia Amministrativa” al seguente [link](#)

- **Tar Basilicata, Sezione Prima, sentenza 11 ottobre 2019, n. 746 – Gare: offerte in forma telematica e marcatura temporale**

Il giudice amministrativo, premesso che la cosiddetta “marcatura temporale” consente di dare certezza all'ora e al minuto di chiusura dell'offerta, rileva che la trasmissione di un file d'offerta privo della marcatura richiesta dal bando e dal disciplinare di gara determina l'esclusione dalla gara e non consente il soccorso istruttorio.

In particolare, il Tar osserva che «[...] una volta apposta ad un'offerta economica la marcatura temporale, identificata da un apposito numero di serie, risulta garantita la certezza del tempo entro cui l'offerta è stata redatta, anche se il file dell'offerta economica viene inviato dopo l'esame della documentazione amministrativa e delle offerte tecniche, entro il termine successivamente indicato dalla stazione appaltante, la quale verifica la corrispondenza del numero di serie di marcatura temporale con quello, comunicato dagli offerenti entro il termine perentorio prestabilito dalla lex specialis di gara, in quanto con la predetta coincidenza del numero di serie di marcatura temporale vi è l'assoluta certezza che l'offerta, formulata entro il termine perentorio prestabilito dalla lex specialis di gara, non è stata successivamente modificata.



Ed invero, senza l'invio del numero di serie di marcatura temporale entro il termine perentorio prestabilito dalla lex specialis di gara, i partecipanti ad una gara di appalto potrebbero redigere più offerte economiche entro il predetto termine e scegliere quale offerta trasmettere alla stazione appaltante dopo l'esame della documentazione amministrativa e delle offerte tecniche.»

La disposizione del bando e disciplinare di gara (oggetto di impugnazione) che prevede che le offerte economiche debbano essere successivamente inviate con marcatura temporale, non può essere dichiarata nulla ai sensi dell'art. 83, comma 8, del D.lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici) «[...] in quanto la marcatura temporale è un elemento costitutivo dell'offerta telematica e da ciò discende che il successivo invio da parte della ricorrente dell'offerta telematica, priva di marcatura temporale, non poteva non essere sanzionato con l'esclusione della gara, anche perché, [...] ai sensi dell'art. 83, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016 le carenze delle offerte economiche non possono essere sanate con il soccorso istruttorio.»

Nel caso di specie la società ricorrente aveva regolarmente apposto la marcatura temporale all'offerta economica nei tempi previsti dal bando di gara ma aveva poi erroneamente trasmesso (o caricato sulla) piattaforma informatica della Centrale di committenza l'offerta stessa priva della predetta marcatura temporale e per questo motivo era stata esclusa dalla gara. Tale esclusione è stata ritenuta legittima dal Tar che ha respinto il ricorso presentato dalla società interessata in base alle argomentazioni sopra descritte.

Il testo della sentenza è consultabile sul sito "Giustizia Amministrativa" al seguente [link](#).

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

p. AGENS