

Pubblicato il 08/11/2024

N. 08947/2024REG.PROV.COLL.
N. 04035/2024 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4035 del 2024, proposto in relazione alla procedura CIG 96518617A9 da

Consorzio Hera Società Cooperativa Sociale in proprio e quale mandataria del costituendo rti con Sardiello Service Società Cooperativa Sociale - mandante, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Amedeo Savino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Francavilla Fontana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Patarnello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

C.U.C. Unione dei Comuni “Montedoro”, non costituito in giudizio;

nei confronti

Cooperativa Sociale il Melograno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Adriano Tolomeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Terza) n. 00646/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Francavilla Fontana e Cooperativa Sociale il Melograno;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 ottobre 2024 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti l'Avv. Tolomeo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte su una procedura di gara per l'affidamento dei “servizi di accoglienza di titolari di protezione internazionale”.

Nel corso della prima seduta pubblica la stazione appaltante rilevava l'impossibilità di apertura della busta amministrativa “A”, demandando ogni ulteriore verifica all'ingegnere informatico del Comune di Francavilla Fontana.

In particolare emergeva, dopo il suddetto riscontro tecnico: “l'impossibilità da parte del RUP di visionare la documentazione, eventualmente, allegata”.

Stante l'impossibilità di aprire i suddetti file, giudicati difformi e illeggibili, la stazione appaltante decretava l'esclusione del RTI Hera ritenendo non applicabile alla fattispecie l'istituto del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016.

2. La suddetta esclusione veniva impugnata dinanzi al TAR Lecce che ha rigettato il ricorso in quanto si tratterebbe di irregolarità essenziale inidonea, come tale, a individuare il contenuto della documentazione (la quale risultava illeggibile per fatto imputabile alla stessa ricorrente HERA che, a sua volta, aveva caricato documentazione con c.d. marcatura temporale, laddove il

regolamento di gara prescriveva espressamente di non utilizzare tale modalità): di qui l'impossibilità di fare applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio.

3. La sentenza ha formato oggetto di appello per i motivi di seguito indicati:

3.1. Erroneità nella parte in cui la stazione appaltante non avrebbe ritenuto applicabile il soccorso istruttorio. L'appellante cita a sostegno della propria tesi, ossia circa l'applicabilità del soccorso istruttorio, il precedente della III[^] Sezione n. 1492 del 13 febbraio 2023;

3.2. Erroneità nella parte in cui non sarebbe stata rilevata la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Si impugna in via cautelativa la clausola di cui all'art. 3.5. del regolamento di gara telematico nella parte in cui esonera da qualsivoglia responsabilità l'amministrazione da possibili malfunzionamenti del sistema informatico.

4. Si costituivano in giudizio l'appellata amministrazione comunale e la controinteressata Cooperativa "Il Melograno", entrambe per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione.

5. Alla pubblica udienza del 3 ottobre 2024 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

6. Tutto ciò premesso, l'appello è infondato per le ragioni che saranno di seguito esposte.

7. Con il primo motivo di appello si deduce in estrema sintesi che: a) la disposizione di cui all'art. 83, comma 9, ultimo periodo, del decreto legislativo n. 50 del 2016, a norma del quale sono comunque insanabili, mediante soccorso istruttorio, "le carenze della documentazione che non consentono la individuazione del contenuto" della stessa documentazione, si riferirebbe in ogni caso alla sola offerta tecnica ed all'offerta economica, non anche alla documentazione amministrativa; b) il precedente della terza sezione di questo Consiglio di Stato n. 1492 del 13 febbraio 2023 ammette il soccorso istruttorio proprio in ipotesi di documentazione amministrativa inviata per via telematica

che, al momento della apertura, “si presentava vuota”; c) la modalità di invio telematico della suddetta documentazione indicata dalla normativa di gara (ossia “senza marca temporale”) non era espressamente prevista a pena di esclusione; d) il fatto che, nella specie, l’illeggibilità della documentazione sia da ascrivere ad una inosservanza della parte appellante e non piuttosto ad un malfunzionamento del sistema informatico sarebbe “tutt’altro che pacifico ed anzi totalmente indimostrato” (pag. 26 atto di appello introduttivo). Al riguardo osserva il collegio che:

7.1. In linea generale:

7.1.1. La normativa di gara (si veda art. 9 del disciplinare riguardante il contenuto della “Busta amministrativa”) prevedeva che: “l’istanza di partecipazione ... e la documentazione richiesta nel bando/disciplinare di gara dovranno essere caricate sul portale telematico ... secondo le modalità descritte nell’allegato regolamento (allegato M)”. A sua volta il ridetto regolamento di gara telematica (allegato M) prevedeva espressamente che il “Caricamento ed Invio Telematico della documentazione amministrativa” dovesse essere effettuato “Senza Marca temporale” (pag. 4 del richiamato regolamento telematico);

7.1.2. Pur a fronte di tale espressa e inequivoca regola di gara, il consorzio appellante ha inviato la suddetta documentazione “con marca temporale”, il che ha reso impossibile l’apertura del file – nonostante ripetuti tentativi da parte dei tecnici comunali onde risolvere tale *impasse* – e dunque la lettura del suo contenuto che, in quanto del tutto indeterminato e soprattutto concretamente *non individuabile*, ha comportato nella prospettiva del giudice di primo grado una *irregolarità essenziale non altrimenti sanabile* mediante applicazione dell’istituto del soccorso istruttorio;

7.1.3. Va richiamato in proposito il consolidato orientamento della giurisprudenza secondo cui vige, in tema di gare pubbliche, un generale principio di autoresponsabilità per cui ciascuno dei concorrenti “*sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell’offerta e nella presentazione*”

della documentazione” (Cons. Stato, Ad. pl., 25 febbraio 2014, n. 9). In questo senso la richiamata decisione della Plenaria ha in effetti evidenziato (punto 7.4.2. lett. a) che: *“si configurano in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza - specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità - rivenienti il fondamento sostanziale negli art. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione: si pensi al dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti”*. In base a tale chiaro principio si deduce agevolmente che: *“il soccorso istruttorio va attivato solamente qualora dalla documentazione presentata dal candidato residuino margini di incertezza facilmente superabili (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 257; V, 8 agosto 2016, n. 3540; II, 28 gennaio 2016, n. 838; IV, 7 settembre 2004, n. 5759) rispondendo tale scelta amministrativa ad un principio di esercizio dell'azione amministrativa ispirata a buona fede e correttezza”* (Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2020, n. 1904);

7.1.4. Accanto a questo generale principio di autoresponsabilità nelle pubbliche gare si affianca un più particolare principio di autoresponsabilità nelle pubbliche gare che si svolgono con modalità telematiche. Al riguardo è stato infatti affermato che si innesca, in tali ipotesi, una *“dinamica fisiologica e ampiamente prevedibile dei fattori impiegati per la comunicazione elettronica, che dev'essere conosciuta, data per presupposta e accettata nei suoi vantaggi e nei suoi (pochi) svantaggi una volta che il legislatore ha dato ad essa validità”*. Ed ancora che: *“In tale chiave ricostruttiva, l'esperienza e abilità informatica dell'utente, ... la preliminare e attenta lettura delle istruzioni procedurali, il verificarsi di fisiologici rallentamenti conseguenti a momentanea congestione del traffico, sono tutte variabili che il partecipante ad una gara telematica deve avere presente, prevenire e "dominare" quando si accinge all'effettuazione di un'operazione così importante per la propria attività di operatore economico, non potendo il medesimo pretendere che l'amministrazione, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione operante su efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni”* (così Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 448; Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2020, n. 7352);

7.1.5. Tanto premesso sulla *autoresponsabilità* che grava sul concorrente con particolare riguardo alle gare telematiche si evidenzia, quanto al perimetro ed ai limiti del *soccorso istruttorio*:

a) che ai sensi dell'art. 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016: *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*;

b) la giurisprudenza ha al riguardo affermato che sussistono due ben precise *“circostanze ostative alla esperibilità del soccorso istruttorio, correlate, da un lato, alla inerenza della irregolarità (essenziale) alla offerta economica o a quella tecnica, dall'altro lato, alla impossibilità, da quella irregolarità determinata, di individuare il contenuto o il soggetto responsabile della documentazione”* (Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2018, n. 4065);

c) pertanto, il soccorso istruttorio non può essere applicato in due ben specifiche ipotesi:

1. Irregolarità essenziali riguardanti l'*offerta tecnica* oppure quella *economica*;
2. Irregolarità essenziali che non consentano l'individuazione del contenuto oppure del soggetto responsabile della *documentazione amministrativa*;

d) la stessa giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2018, n. 4065, cit.) ha inoltre evidenziato in questa seconda evenienza (impossibilità di individuare e dunque di ricostruire il contenuto della documentazione, proprio come nel caso di specie) che *“la ratio della previsione è agevolmente individuabile nella inammissibilità, inevitabile sul piano logico prima ancora che giuridico, della possibilità di*

sanare le irregolarità che non consentano di risalire al contenuto (o all'autore) del documento che ne sia affetto, traducendosi in tale evenienza, l'eventuale integrazione postuma del documento irregolare, nella produzione ex novo dello stesso”;

7.1.6. Ebbene, proprio in questa direzione è stato affermato che è legittima l'esclusione disposta nei confronti dell'operatore che ha depositato un supporto informatico, nella specie si trattava un CD, che avrebbe dovuto contenere la documentazione amministrativa, completamente vuoto, perché ciò equivale a non aver prodotto la dichiarazione richiesta. In questo caso nessun documento riferibile all'impresa concorrente può ritenersi essere pervenuto al seggio di gara. Non può, invero, dubitarsi del fatto che il mero involucro esterno così come la scritta riportata sul disco costituiscano elementi strutturalmente inidonei a veicolare all'interno del procedimento di gara sia l'univoca volontà della società di partecipare alla procedura, correttamente esternata dalle persone a ciò qualificate con capacità di impegnarla nei rapporti esterni, sia la certa provenienza e riferibilità di una siffatta (mancante) dichiarazione alla società medesima. Né parimenti può ritenersi predicabile il ricorso al soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, d.lg. n. 50 del 2016 per difetto dei presupposti in presenza dei quali esso può essere applicato, atteso che la presentazione del CD vuoto genera *“una situazione di obiettiva ed irreversibile incertezza quanto a contenuto e provenienza della documentazione trasmessa ... di fatto così integrando quella situazione limite di irregolarità essenziale che nella disciplina di settore non è suscettiva di sanatoria”* (Cons. Stato, sez. III, 5 novembre 2019, n. 7545). Precedente, quello appena richiamato, che ben si adatta alla fattispecie in esame atteso che il file inviato con modalità che rendevano illeggibili il suo contenuto equivaleva ad un “file vuoto”, del tutto paragonabile anche ad un “CD vuoto”;

7.1.7. La stessa giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2018, n. 4065, cit.) ha avuto cura di rilevare che in ogni caso, a fronte di file illeggibili per qualsivoglia ragione, la stazione appaltante deve appurare che *“il formato utilizzato per la compilazione e l'invio della domanda di partecipazione dalle imprese*

suindicate non ... (sia) tale da impedirne, in maniera assoluta, la corretta visualizzazione e lettura: sarebbe infatti ... sufficiente, a tal fine, utilizzare in maniera appropriata un software che appartiene allo strumentario digitale "di base" di qualunque soggetto (pubblico o privato) che utilizzi la modalità digitale per lo svolgimento della sua attività". Ciò deve naturalmente avvenire *"sulla scorta della disponibilità di quei mezzi da parte di una stazione appaltante mediamente attrezzata e della comune capacità dei suoi addetti di utilizzarli"*. In altre parole, la effettuazione di *"operazioni ulteriori ... rispetto ... alla mera apertura dei files inviati dai concorrenti mediante la stessa piattaforma elettronica sulla quale erano stati "caricati"*", da un lato non deve costituire *"un serio intralcio per il regolare svolgimento della gara"* e, dall'altro lato, deve risultare *"agevolmente espletabili da qualunque operatore dotato di medie conoscenze informatiche"*. Secondo questo orientamento, pertanto, in caso di file illeggibili la stazione appaltante, in ossequio ad elementari principi di buona amministrazione e di leale collaborazione, deve compiere ogni possibile sforzo onde aprire i documenti e ricavarne il contenuto. Ciò nel rispetto di tre specifiche condizioni: a) il supplemento di attività non deve andare ad eccessivo detrimento della durata della procedura di gara; b) le soluzioni alternative debbono essere compiute sulla base di conoscenze ordinarie di carattere informatico; c) le stesse soluzioni possono essere utilmente percorse sulla base dello strumentario comunemente posseduto dalle amministrazioni medesime. Nel caso in esame, difettava come detto quest'ultima condizione atteso che i tecnici del Comune si sono prodigati al fine di risolvere il problema ma senza riuscirvi per impossibilità obiettiva sulla base dei mezzi informatici in dotazione (dotazione non inferiore a quella media e sulla quale la difesa di parte appellante non ha mosso contestazione alcuna di carattere organizzativo e gestionale);

7.1.8. Pertanto, nel caso di specie:

a) la illeggibilità della documentazione non è stata causata da malfunzionamento del sistema informatico della PA (la questione, almeno in questi termini, non è stata peraltro mai posta seriamente in contestazione dalla difesa di parte appellante);

b) la ridetta illeggibilità della documentazione è piuttosto da ascrivere alla inosservanza delle regole di gara da parte del consorzio appellante (documenti inviati “con marcatura temporale” e non “senza”, come prescritto dalla normativa di gara, il che ha finito per produrre un “file vuoto”);

c) la PA, anche attraverso propri tecnici informatici, ha compiuto ogni sforzo possibile onde risolvere tale problema di lettura ma ciò è risultato oggettivamente impossibile sulla base dei mezzi in dotazione, mezzi la cui idoneità minima non è stata mai messa in contestazione (di qui la applicazione del principio secondo cui *ad impossibilia nemo tenetur*);

d) il “file vuoto”, dal canto suo, equivale ad inesistenza del contenuto della documentazione amministrativa richiesta e dunque assenza integrale della relativa dichiarazione;

e) dalla inesistenza del contenuto della documentazione discende l'impossibilità di attivare il rimedio del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, ultimo periodo, del decreto legislativo n. 50 del 2016;

7.2. In linea più particolare la difesa di parte appellante ha poi dedotto che:

7.2.1. La disposizione di cui all'art. 83, comma 9, ultimo periodo, del decreto legislativo n. 50 del 2016, a norma del quale sono comunque insanabili, mediante soccorso istruttorio, “le carenze della documentazione che non consentono la individuazione del contenuto” della stessa documentazione, si riferirebbe in ogni caso alla sola offerta tecnica ed all'offerta economica, non anche alla documentazione amministrativa. Il rilievo non è condivisibile in quanto, sulla base della richiamata giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2018, n. 4065, cit.), la disposizione di cui all'art. 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016, laddove fa riferimento ad irregolarità essenziali non altrimenti sanabili mediante soccorso istruttorio contempla nella sostanza due distinte ipotesi: a) irregolarità essenziali afferenti alle offerte tecniche e a quelle economiche; b) irregolarità essenziali afferenti alla documentazione amministrativa e tali da non consentire “l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa” documentazione. Nel caso

di specie si rientra pacificamente in questa seconda distinta ipotesi (si vedano sul punto anche le conclusioni di questa stessa sezione che, con sentenza n. 7870 del 21 agosto 2023, ha ribadito che non è comunque sanabile la “documentazione di incerta imputazione soggettiva”). Il profilo censurato si rivela dunque infondato;

7.2.2. Sostiene ancora la difesa di parte appellante che il precedente della terza sezione di questo Consiglio di Stato n. 1492 del 13 febbraio 2023 ammette il soccorso istruttorio proprio in ipotesi di documentazione amministrativa inviata per via telematica che, al momento della apertura, “si presentava vuota”. Osserva al riguardo il collegio che, a differenza dell’invocata decisione della terza sezione, dove il concorrente escluso aveva seguito la “procedura prescritta dal Disciplinare” (par. 9 della sentenza), nel caso di specie la società appellante “ha seguito una procedura diversa e incompatibile con quella indicata nel disciplinare di gara” (cfr. sentenza di primo grado). Anche tale argomento non può dunque trovare ingresso;

7.2.3. Ed ancora, secondo la difesa di parte appellante la modalità di invio telematico della suddetta documentazione indicata dalla normativa di gara (ossia “senza marca temporale”) non era espressamente prevista a pena di esclusione. Osserva il collegio come tale perentoria previsione non fosse necessaria in quanto l’inosservanza della prescrizione di cui al regolamento di gara telematico (secondo cui la documentazione amministrativa doveva essere inviata “senza marca temporale”) ha determinato la illeggibilità del file e dunque la mancata integrale individuazione del suo contenuto. Di qui la sussistenza di una irregolarità essenziale non altrimenti sanabile con soccorso istruttorio che in quanto tale, per comportare l’esclusione della appellante, di certo non necessitava di una espressa comminatoria in tal senso;

7.2.4. Infine il consorzio appellante evidenzia che, nella specie, il fatto che l’illeggibilità della documentazione sia da ascrivere ad una inosservanza della parte appellante e non piuttosto ad un malfunzionamento del sistema informatico sarebbe “tutt’altro che pacifico ed anzi totalmente indimostrato”

(pag. 26 atto di appello introduttivo). Il profilo risulta descritto in modo del tutto generico e dubitativo, dunque inammissibile in quanto non vengono allegati più seri e circostanziati elementi di prova onde dimostrare quanto soltanto ipotizzato.

7.3. In conclusione, il primo motivo di appello è infondato e deve essere rigettato.

8. Con il secondo motivo di appello si ripropone la impugnazione del Regolamento di Gara Telematica nella parte in cui (art. 3, punto 5) si dispone che: “Tutte le Imprese che partecipano alla presente gara telematica, esonerano espressamente l’Ente, il Gestore del Sistema e i loro dipendenti e collaboratori da ogni responsabilità relativa a qualsiasi malfunzionamento o difetto relativo ai servizi di connettività necessari a raggiungere il sistema attraverso la rete pubblica di telecomunicazioni”.

Come si evince alla pag. 27 dell’atto di appello: “L’impugnazione è stata proposta in via tuzioristica, per l’eventualità ... che tale clausola, peraltro neppure richiamata nella motivazione del provvedimento impugnato, potesse in qualche modo essere invocata ex adverso a giustificazione del provvedimento di esclusione”.

Il motivo deve dunque ritenersi inammissibile in quanto squisitamente ipotetico, ossia strettamente condizionato alla circostanza che tale “esonero da responsabilità” potesse essere invocato dalla appellata amministrazione comunale la quale, anche nel corso di questo giudizio, ha sempre sostenuto che la suddetta esclusione sia dipesa non da malfunzionamenti del sistema informatico ma, piuttosto, dalla inosservanza per mano dell’appellante delle regole di gara. Inosservanza che, a sua volta, avrebbe determinato l’illeggibilità della documentazione e dunque la sua incerta imputazione soggettiva.

Il motivo specifico deve pertanto essere rigettato.

9. In conclusione il ricorso in appello è infondato e deve essere rigettato, con conseguente conferma della sentenza di primo grado.

10. Le spese di lite possono essere integralmente compensate tra tutte le parti costituite in considerazione della particolare complessità, in fatto e in diritto, delle esaminate questioni.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Massimo Santini

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO