

Publicato il 30/04/2019

N. 00970/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00334/2019 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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm. nel giudizio introdotto con il ricorso numero di registro generale 334 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Blue Lemon Communication S.r.l. e da Edistampa Sud S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Giovanni Battista Di Matteo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la Fondazione Piccolo Teatro di Milano Teatro D'Europa, in persona del legale rappresentante pro tempore, assistita e difesa dall'avvocato Annalaura Giannelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Lattuada, 17;

nei confronti

Galli & C. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Soncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

quanto al ricorso introduttivo,

per l'annullamento

del provvedimento 17 gennaio 2019, con il quale l'impresa ricorrente non è stata ammessa al prosieguo della gara d'appalto;

del provvedimento 17 gennaio 2019, con il quale si è aggiudicata la gara d'appalto in favore della controinteressata;

3. ogni altro atto antecedente, presupposto, connesso, collegato e conseguente;

per l'accertamento del diritto del ricorrente a conseguire l'aggiudicazione definitiva,

per la declaratoria dell'inefficacia, del contratto d'appalto per l'espletamento del servizio di pulizia [sic] presso le sedi dell'Ente appaltante, e/o della nullità di detto contratto, o, in via subordinata, per l'annullamento di detto contratto.

per la condanna dell'Ente resistente, al risarcimento dei danni patiti dalla ricorrente,

in forma specifica, mediante suo avvicendamento, nell'aggiudicazione della gara alla controinteressata, e in via subordinata, al risarcimento per equivalente.

Quanto ai motivi aggiunti,

per l'annullamento

1. della determina di annullamento in autotutela del 22 febbraio 2019, con la quale è stata disposto il ritiro in autotutela della procedura di gara d'appalto per la fornitura di servizi di grafica, rilegatura e stampati bandita dall'Ente resistente;

2. ogni altro atto antecedente, presupposto, connesso, collegato e conseguente;
e per l'accertamento, la declaratoria e la condanna in conformità a quanto già chiesto con il ricorso introduttivo.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione Piccolo Teatro di Milano Teatro D'Europa e di Galli & C. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2019 il pres. cons. Angelo Gabbricci 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

1.1. Nel ricorso introduttivo, si espone che la Fondazione Piccolo Teatro di Milano ha indetto una procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro per la fornitura di servizi di grafica, rilegatura e stampati, ai sensi dell'art. 54, III comma del d. lgs. 50/16, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso.

1.2. Ha presentato offerta, tra le altre, Edistampa Sud S.r.l. che è stata esclusa dalla gara, dopo l'apertura dei plichi avvenuta il 21 dicembre 2018, con decisione comunicata il seguente 17 gennaio 2019.

La concorrente ha allora proposto il ricorso in esame, unitamente a Blue Lemon Communication S.r.l.: quest'ultima, secondo la documentazione prodotta, comunicava alla stazione appaltante, con atto datato 16 gennaio 2019, il proprio subentro ex art. 106 d. lgs.

50/2016, nella procedura, in forza del contratto per affitto d'azienda, stipulato il precedente 13 dicembre.

1.3. Il ricorso è stato notificato via pec alla Fondazione Piccolo Teatro il 16 febbraio; altra copia era trasmessa a Galli & C. S.r.l., quale controinteressata, e sempre a mezzo pec, ex art. 3 bis l. 21 gennaio 1994, n. 53, secondo quanto stabilito dall'art. 14 del d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40.

2.1. Peraltro, la Stazione appaltante, nel costituirsi in previsione dello svolgimento dell'udienza cautelare, depositava il provvedimento 22 febbraio 2019, con il quale aveva disposto il ritiro in autotutela dell'intera procedura di gara, sia per vizi di legittimità correlati al suo svolgimento, sia per la volontà di affidare il servizio secondo il criterio dell'offerta più vantaggiosa, e non più del prezzo più basso.

2.2. Le due ricorrenti hanno impugnato con motivi aggiunti la nuova determinazione; nel corso dell'udienza camerale del 4 aprile il presidente ha rilevato la possibile nullità del ricorso per motivi aggiunti, perché privo di sottoscrizione; la causa è stata rinviata alla camera di consiglio del 18 aprile, quando è stata assegnata a decisione, con riserva di sentenza semplificata.

3.1. Il ricorso per motivi aggiunti risulta essere stato depositato per via telematica una prima volta il 20 marzo 2019, ma nell'elenco atti contenuto nel fascicolo digitale visionabile in SIGA, è presente soltanto in formato .pdf ma privo sia di firma digitale, sia di firma autografa: dunque per tale si presenta nullo.

3.2. Sempre scorrendo il fascicolo digitale risulta che solo il 10 aprile successivo è stata inviata un'altra copia dello stesso ricorso, recante questa volta la sottoscrizione digitale apposta nella stessa data con modalità PAdES - PDF Advanced Electronic Signature (su questa, v.

amplius ultra): ma poiché il ricorso era stato notificato il precedente 20 marzo via pec, il nuovo deposito – pur a volerlo ritenere astrattamente idoneo - è comunque avvenuto oltre il termine di 15 giorni, stabilito dal combinato disposto degli artt. 45, I comma e 119, II comma, c.p.a., con la conseguente possibile improcedibilità degli stessi motivi aggiunti.

3.3. La questione si presenta peraltro assai più articolata.

Invero, va intanto ricordato che l'art. 44, I comma, lett. a), c.p.a. stabilisce che il ricorso è nullo se privo di sottoscrizione, e ciò vale evidentemente anche per i motivi aggiunti, cui “si applica la disciplina prevista per il ricorso” (art. 43, I comma, c.p.a.).

3.4. A sua volta l'art.136, comma 2-bis c.p.a. stabilisce che “tutti gli atti e i provvedimenti del giudice, dei suoi ausiliari, del personale degli uffici giudiziari e delle parti sono sottoscritti con firma digitale”; e l'art. 9, I comma, del d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40, prevede che, di norma, “il ricorso introduttivo, le memorie, il ricorso incidentale, i motivi aggiunti e qualsiasi altro atto del processo, anche proveniente dagli ausiliari del giudice, sono redatti in formato di documento informatico sottoscritto con firma digitale conforme ai requisiti di cui all'articolo 24 del CAD” (codice dell'amministrazione digitale).

3.5. Ciò posto, sempre nel fascicolo digitale del ricorso, dallo spazio denominato “notifica” è raggiungibile un'ulteriore copia dello stesso ricorso per motivi aggiunti, unitamente alla prova di consegna alla Stazione appaltante, avvenuta il 20 marzo: la copia è bensì in formato pdf, ma con estensione p7m, e contiene la sottoscrizione del difensore di tipo CADES (CMS Advanced Electronic Signatures), diversa da quella PAdES, prima ricordata.

3.6.1. Le due modalità PAdES e CAdES sono entrambe astrattamente idonee a garantire la provenienza del documento da un determinato soggetto (o da chi, comunque, dispone dei suoi codici identificativi), ma si differenziano sotto un profilo particolarmente rilevante.

3.6.2. Invero, nella modalità di firma CAdES il relativo programma genera una busta digitale di cui sono composti l'atto, o il documento – che in sé può avere i formati più diversi, come pdf, doc, xlm, jpeg e così via – da firmare e il file che ne garantisce la provenienza, il quale resta distinto dal primo: per leggere l'atto o il documento, oltre al programma specifico che lo apre, è altresì necessario un secondo tipo di programma – peraltro reperibile, anche gratuitamente, in Rete – che prima lo estragga dalla busta digitale, verificando insieme la presenza e l'autenticità del file di sottoscrizione digitale.

3.6.3. La modalità PAdES, invece, può essere utilizzata soltanto con files pdf, di cui la firma digitale diviene parte integrante, il quale non perde per questo le sue originarie caratteristiche, anche di leggibilità, anche se solitamente acquista un richiamo grafico alla presenza della firma e del sottoscrittore.

3.4.1. Ancora, l'art. 13 delle n.t.a. del c.p.a. dispone al I comma, che “Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri ... sono stabilite... le regole tecnico-operative per la sperimentazione, la graduale applicazione, l'aggiornamento del processo amministrativo telematico”: si tratta del d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40, prima citato, composto di un regolamento e di specifiche tecniche.

3.4.2. Queste ultime, all'art. 5 stabiliscono che i provvedimenti del giudice sono redatti quali documenti informatici, in formato PDF, “sottoscritto con firma digitale in formato PAdES”; il seguente art. 6,

poi, riferendosi alla Redazione e deposito degli atti digitali, stabilisce che il deposito del ricorso, degli atti successivi e dei relativi allegati, è effettuato utilizzando determinati moduli scaricabili in formato PDF, “sottoscritti con firma digitale PAdES” che s’intende estesa a tutti i documenti allegati; di nuovo l’art. 12 (Formato degli atti e dei documenti processuali), VI comma, stabilisce che “La struttura del documento con firma digitale è PAdES-BES”.

3.5. Sembra evidente che il processo amministrativo telematico abbia adottato lo standard PAdES per la sottoscrizione degli atti e dei documenti: del resto né il citato regolamento, né altro provvedimento contiene il riferimento alla firma CADES; e gli uffici di Segreteria della Giustizia amministrativa non risultano dotati, almeno di norma, di programmi per l’apertura delle buste digitali CADES, rendendo – come si riscontra dal fascicolo informatico di questo ricorso – particolarmente difficoltoso individuare l’esistenza di documenti con firma CADES e accertare la regolarità delle sottoscrizioni.

3.6.1. A questo punto è da stabilire se un ricorso firmato in formato CADES si debba considerare nel processo amministrativo come mancante di sottoscrizione, e dunque nullo, con le conseguenze prima illustrate, ovvero soltanto irregolare, e dunque rinnovabile entro un termine a tal fine fissato, ex art. 44. II comma, c.p.a..

3.6.2. Ebbene, per quanto in precedenza osservato, e in difetto di una diversa espressa previsione di legge, va riconosciuto che anche la firma digitale CADES costituisce uno standard generalmente riconosciuto, in ciò equiparabile al tipo PAdES, come del resto affermato dalla Suprema Corte, per la quale «In tema di processo telematico, a norma dell’art. 12 del decreto dirigenziale del 16 aprile

2014, di cui all'art. 34 del d.m. n. 44 del 2011 - Ministero della Giustizia -, in conformità agli standard previsti dal Regolamento UE n. 910 del 2014 ed alla relativa decisione di esecuzione n. 1506 del 2015, le firme digitali di tipo "CADES" e di tipo "PAdES" sono entrambe ammesse e equivalenti, sia pure con le differenti estensioni ".p7m" e ".pdf"» (Cass., s.u., 27 aprile 2018, n.10266).

3.6.3. Ciò posto, si deve concludere che il ricorso per motivi aggiunti *de quo* era sottoscritto, sia pure irregolarmente (conf. Tar Lazio – Roma, sez. I bis, 25 maggio 2018, n. 5912); non è d'altronde necessario disporre qui un'attività di rinnovazione, essendo stato successivamente depositato in giudizio un ricorso per motivi aggiunti nel corretto formato, come già ricordato.

4.1. A questo punto, ne consegue come non sia divenuta inoppugnabile la decisione assunta dalla Stazione appaltante di procedere alla revoca della procedura; persiste dunque l'interesse alla decisione sul ricorso principale, per la parte in cui parte ricorrente aveva impugnato la decisione di escluderla dalla gara.

4.2. Le eccezioni preliminari possono essere trascurate, essendo il ricorso infondato nel merito.

4.3. I due motivi di ricorso sono entrambi rubricati nell'eccesso di potere, falso presupposto, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, errore, travisamento, sviamento, manifesta illogicità, manifesta ingiustizia; al primo si aggiunge la violazione della *lex specialis* e dell'art. 83 comma 9 d. lgs. 50/16; al secondo l'antieconomicità della procedura adottata.

5.1. Invero, secondo la comunicazione 17 gennaio 2019 della Stazione appaltante, Edistampa Sud S.r.l. è stata esclusa dalla gara per non "aver acquisito il codice AVCPASS sul portale di ANAC

rendendo impossibile per la scrivente Fondazione verificare, tramite la predetta piattaforma informatica, il possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara”.

5.2. Ebbene, secondo parte ricorrente la mancata presentazione del PassOE (ovvero la sua mancata generazione prima della scadenza prevista per la presentazione dell’offerta) non potrebbe comunque costituire motivo di esclusione da una procedura di gara, trattandosi di una mera carenza documentale: il PassOE potrebbe infatti essere prodotto in un momento successivo alla presentazione dell’offerta, e la stazione appaltante avrebbe “l’obbligo di ricorrere al soccorso istruttorio previsto dall’art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016”.

5.3. Oltre alla parte ricorrente, dalla gara sono stati esclusi altri due dei quattro partecipanti: il comportamento della Stazione appaltante contrasterebbe con il principio del favor participationis, tanto più che la ricorrente aveva presentato una offerta più conveniente di quella dell’unica ammessa.

6.1. Le censure sono infondate.

6.2.1. Lo AVCPASS - Authority Virtual Company Passport – è un sistema per la verifica online dei requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento, il quale consente alle stazioni appaltanti, attraverso un’interfaccia web, l’acquisizione della documentazione relativa ai concorrenti, comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento.

6.2.2. Gli operatori economici, effettuata la registrazione al servizio AVCPASS, tramite un’area dedicata inseriscono a sistema i documenti relativi alla dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico professionale che sono nella loro esclusiva disponibilità: gli stessi operatori possono poi utilizzare

tali documenti per tutte le successive procedure di affidamento alle quali partecipino.

6.2.3. Gli operatori registrati, individuata la procedura di affidamento cui intendono partecipare, ottengono dal sistema un “PASSOE” (cioè un documento il quale attesta che l’operatore economico può essere verificato tramite AVCPASS, in relazione a quella determinata procedura) da inserire nella busta contenente la documentazione amministrativa.

6.3.1. Ebbene, in specie, come rilevato dall’Amministrazione resistente e anche dal controinteressato Galli & C., l’esclusione di parte ricorrente non discende tanto dalla mancata presentazione del documento costituito dal PassOE, quanto dall’insussistenza, al momento di presentazione della domanda di partecipazione, della stessa registrazione AVCPASS presso il portale ANAC: circostanza che non è effettivamente contrastata da parte ricorrente, con riguardo tanto a Blue Lemon che ad Edistampa.

6.3.2. Così, non pare conferente il richiamo all’art. 83, IX comma, del d. lgs. 150/2016, per il quale “le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio”, mediante assegnazione di un termine “perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere”.

La registrazione AVCPASS non costituisce tanto una dichiarazione, quanto una procedura articolata, e la sua omissione rappresenta un’irregolarità essenziale e insanabile: invero, se “il PassOE può essere prodotto pure in seguito (in particolare, in esito alla procedura del soccorso istruttorio)”, ciò è possibile “purché il prerequisite

fondamentale (cioè la registrazione presso i servizi informatici dell'Anac, AVCpass) sia stato perfezionato. In caso contrario, ossia di registrazione non completata prima della scadenza del termine per partecipare alla gara, non si ravvisano margini per procedere al soccorso istruttorio, perché non si tratta più di rendere ex novo, ovvero di integrare o regolarizzare ex post, una dichiarazione, ma, viceversa, di adempiere tardivamente ad un obbligo di legge (cfr. Tar Palermo, 15 gennaio 2016, n. 150.)” (così T.A.R. Lazio Roma, III, 6 novembre 2017, n.11031).

6.4. Quanto ai residui profili d'illegittimità lamentati, è evidente che il principio del favor participationis va correlato con quello di par condicio, oltre che naturalmente, a quello di legalità e, in base a questi, il soccorso istruttorio non sarebbe stato consentito; è poi vero che altri due partecipanti sono stati esclusi, ma per ragioni del tutto differenti per cui la circostanza è del tutto insignificante ai fini d'interesse.

7. Il ricorso avverso l'esclusione è dunque infondato; e, conseguentemente, parte ricorrente non ha alcun interesse a censurare il successivo provvedimento di ritiro della gara: semmai, ha un interesse di fatto alla sua conservazione, giacché nello stesso si dà preavviso della volontà della Stazione appaltante di avviare una nuova procedura di affidamento.

I motivi aggiunti vanno dunque dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza d'interesse.

8. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo dichiara in parte infondato e in parte improcedibile.

Condanna in solido Blue Lemon Communication S.r.l. e Edistampa Sud S.r.l. alla rifusione delle spese di giudizio che liquida in € 2.500,00 in favore della Fondazione Piccolo Teatro di Milano Teatro D'Europa, ed in € 1.500,00 di Galli & C. S.r.l., oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio addì 18 aprile 2019 con l'intervento dei signori magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente, Estensore

Giovanni Zucchini, Consigliere

Oscar Marongiu, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO