

Publicato il 15/07/2022

N. 01911/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00583/2022 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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 583 del 2022, proposto da Globalgeo S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ambrogio Panzarella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Nizza di Sicilia, non costituito in giudizio;

nei confronti

Isa Restauri e Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Magistro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Vito Bellia in Catania, via Aloi, n. 54/A;

Consip S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) del verbale di procedura telematica n. 3 del 4.3.2022, pubblicato sull'Albo pretorio del Comune di Nizza di Sicilia in data 7.3.2022, con il quale è stata

esclusa l'offerta presentata dall'odierna ricorrente e aggiudicato l'appalto alla controinteressata;

b) della nota prot. 3058 dell'1.4.2022, con la quale il RUP ha rigettato l'istanza di riesame in autotutela delle determinazioni assunte dalla Stazione appaltante nel verbale di procedura telematica n. 3 del 4.3.2020, confermando l'esclusione dell'offerta presentata dalla società odierna ricorrente;

c) ove occorra e per quanto di ragione, della determinazione a contrarre, della lettera di invito, del disciplinare di gara (ivi inclusi gli artt. 16 e 18), delle “Regole del sistema di e-procurement della pubblica amministrazione” e di in ogni altro atto inerente alla procedura di gara presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto, in cui si preveda che, a pena di esclusione, il documento contenente l'offerta economica debba essere sottoscritto con firma digitale,

nonché per la declaratoria

ai sensi degli artt. 121 e ss. del D.Lgs. n. 104/2010, dell'inefficacia del contratto ove nelle more stipulato, del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione ed il contratto o a subentrare nel contratto medesimo, dichiarandosi disponibile a tal fine, ovvero del diritto al risarcimento dei danni per equivalente ove il subentro non risulti consentito, o comunque, per la parte del servizio già eseguita.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Isa Restauri e Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2022 il dott. Pancrazio Maria Savasta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. Il Comune di Nizza di Sicilia, a mezzo di lettera trasmessa all'odierna ricorrente tramite portale MEPA (www.acquistinretepa.it) in data 10.2.2022, la invitava a partecipare alla «Procedura negoziata senza previa pubblicazione bando per l'affidamento dei lavori inerenti Completamento e la messa in sicurezza del campo di calcio in c\da Landro nel Comune di Nizza di Sicilia», ai sensi art.1 comma 2 lettera b) legge 120/2020 (decreto semplificazioni) così come modificato dal decreto legge n. 77 del 31/05/2021 pubblicato sulla GURI n. 129 del 31/05/2021. CODICE CUP: G89H18000910005, CODICE CIG: 90927273B1», costituita da lotto unico, con importo dei lavori a base d'asta di € 321.556,58, di cui € 1.293,19 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, con le modalità previste dall'art. 1 comma 3 della legge 120/2020 e successive modificazioni introdotte dal decreto legge n. 77 del 31/05/2021 pubblicato sulla GURI n. 129 del 31/05/2021.

L'odierna ricorrente presentava istanza di partecipazione alla suddetta procedura, con domanda inoltrata tramite portale www.acquistinretepa.it in data 21.2.2022, alle ore 18:02:54.

Con verbali di procedura telematica nn. 1 e 2 (rispettivamente, del 22.2.2022 e 25.2.2022), la Stazione appaltante, per ciò che concerne l'odierna ricorrente, esaminata la documentazione contenuta nella Busta A (Documentazione amministrativa), ne constatava la completezza, la riteneva conforme alle prescrizioni del disciplinare di gara e dichiarava ammessa la relativa domanda di partecipazione.

Con verbale di procedura telematica n. 3 del 4.3.2022, pubblicato in data 7.3.2022, sull'Albo pretorio del Comune di Nizza di Sicilia, la medesima Stazione Appaltante, in sede di esame dell'offerta economica dell'odierna ricorrente, accertava “la mancata verifica di validità della firma digitale sul portale MEPA; al fine di approfondire i controlli l'Ente Appaltante ha eseguito la verifica della validità della firma digitale sull'offerta economica su altri tre sistemi web (Vol postcert, Go-sign dike ed infocert) con esisto

negativo” e, per tale ragione, dava “atto dell'esclusione dell'operatore economico GLOBALGEO s.r.l. per mancata sottoscrizione della firma digitale”, aggiudicando provvisoriamente l'appalto all'operatore economico ISA RESTAURI E COSTRUZIONI s.r.l., che aveva presentato un'offerta economica pari ad € 286.315,47 oltre gli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso pari ad € 1.293,19 e oltre IVA al 10%.

In data 7.3.2022, l'odierna ricorrente formulava istanza di accesso agli atti.

Nella medesima istanza di accesso agli atti rilevava altresì che la disposta esclusione doveva ritenersi illegittima, così come doveva ritenersi illegittima la consequenziale aggiudicazione in favore dell'operatore economico ISA RESTAURI E COSTRUZIONI s.r.l., atteso che dal report estratto in data 7.3.2022 dal portale telematico risultava che la Globalgeo aveva offerto il prezzo di € 276.707,57, dal che era dato desumere che l'offerta economica della Globalgeo s.r.l. era stata correttamente ricevuta e che il seggio di gara ne aveva preso visione e aveva ritenuto fosse la più vantaggiosa.

Dalla documentazione trasmessa dalla Stazione appaltante, risultava che le verifiche di validità della firma digitale del documento contenente l'offerta economica della Globalgeo erano state condotte su un file .pdf e non sul file .p7m che l'odierna ricorrente assume di aver caricato sul portale e che aveva trasmesso alla stazione appaltante sia in allegato alla mail del 4.3.2022, ore 16:57, inviata all'indirizzo mail manutenzione.nizza@virgilio.it su richiesta telefonica della medesima Stazione appaltante, sia in allegato all'istanza di accesso agli atti del 7.3.2022.

Preso atto di quanto sopra, con istanza di riesame in autotutela trasmessa alla Stazione appaltante in data 23.3.2022, l'odierna ricorrente rilevava che, in ogni caso, anche ove la detta offerta economica non fosse stata firmata digitalmente, la Stazione appaltante avrebbe potuto consentire la regolarizzazione dell'offerta, mediante esercizio dei poteri di soccorso istruttorio e chiedeva di riesaminare i provvedimenti, contenuti nel verbale di procedura telematica n. 3 del 4.3.2020.

Con nota prot. n. 3058 dell'1.4.2022, la Stazione appaltante rigettava l'istanza di riesame in autotutela e confermava l'esclusione dell'offerta della ricorrente, che, quindi, con ricorso notificato il 4.4.2022 e depositato il 13.4.2022, ha impugnato siffatto provvedimento, affidandosi alle seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto dei presupposti.

Assume la ricorrente di aver correttamente caricato sul portale telematico il file contenente l'offerta economica firmato digitalmente.

Come rappresentato alla Consip s.p.a., nell'istanza di accesso agli atti alla stessa trasmessa in data 8.3.2022, la stessa è impossibilitata ad effettuare il download della documentazione di gara, che è stata caricata nel portale al momento dell'inoltro telematico della domanda di partecipazione, atteso che i files caricati sul portale, scaduto il termine di presentazione della domanda, non sono più disponibili nella pagina riservata.

Tuttavia, la Consip non ha trasmesso la documentazione richiesta, invitando la società istante a rivolgersi alla Stazione appaltante.

Quest'ultima, in riscontro all'istanza di accesso agli atti, ha trasmesso un file .pdf che non risulta firmato digitalmente e, peraltro, con una stampigliatura sovrascritta sul file "COMUNE DI NIZZA DI SICILIA - Prot 0002207 del 08/03/2022 Tit VI Cl 5 Fasc", che confermerebbe che questo non corrisponde al file nativo digitale caricato sul portale MEPA.

Non sarebbe da escludere che la Stazione appaltante abbia errato nel condurre le verifiche di validità della firma digitale apposta sull'offerta economica della ricorrente, anziché sul file corretto (.p7m) sul file rinominato in sola visualizzazione (.pdf), sicché la ricorrente ha chiesto disporsi apposta istruttoria.

2) Violazione e falsa degli artt. 14, commi 1 e 2, e 23, commi 1, 2 e 3, delle "regole del sistema di e-procurement della pubblica amministrazione", nonché dell'art. 20, comma 1-bis, del d.lgs. 82/2005 (c.d. cad, codice dell'amministrazione digitale) - violazione e falsa applicazione dell'art. 2702

c.c. in combinato disposto con l'art. 20, comma 1- bis , del codice dell'amministrazione digitale - violazione e falsa dell'art. 30, comma 1, secondo periodo del d.lgs. 50/2016 - violazione e falsa applicazione degli artt. 16 e 18 del disciplinare di gara e dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 - eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto dei presupposti, irragionevolezza, ingiustizia grave e manifesta.

In ogni caso, anche ove dovesse accertarsi che la detta offerta economica non fosse stata sottoscritta con firma digitale, la Stazione Appaltante avrebbe dovuto comunque ritenere valida l'offerta economica presentata dall'odierna ricorrente e/o comunque consentirne la regolarizzazione, mediante esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

Nel caso di specie, la sicura riconducibilità dell'offerta economica all'operatore economico Globalgeo s.r.l. in modo da escludere l'incertezza assoluta sulla sua provenienza sarebbe desumibile dai seguenti elementi:

- la domanda di partecipazione alla gara è stata presentata mediante procedura telematica (predisposta dalla Consip s.p.a. attraverso il portale www.acquistinretepa.it), che ha richiesto il preventivo accreditamento della Globalgeo s.r.l., previa trasmissione dei documenti identificativi e sottoscrizione della relativa modulistica, e la conseguente generazione di un Account personale;
- alla Globalgeo s.r.l. sono state rilasciate le credenziali di accesso al portale e tale circostanza garantisce la sicura riconducibilità dell'offerta economica alla medesima;
- tutta la documentazione amministrativa e la stessa domanda di partecipazione alla gara risultano regolarmente sottoscritte (come accertato nel verbale di procedura telematica n. 2 del 25.2.2022), ivi incluso il PASSOE generato e sottoscritto proprio con riferimento alla specifica procedura in questione e, pertanto, considerato il carattere unitario dell'offerta che viene trasmessa contestualmente in tutte le sue componenti con un unico invio,

anche l'offerta economica (ove in ipotesi non sottoscritta con firma digitale) sarebbe sicuramente riferibile alla ricorrente;

le stesse “Regole del sistema di e-procurement della pubblica amministrazione”, che disciplinano le modalità di presentazione delle domande di gara attraverso il portale telematico gestito dalla Consip, prevedono all’art. 14 quanto segue:

“1. L’utilizzo dell’Account vale ad attribuire incontestabilmente al titolare, nonché al soggetto da questo rappresentato, tutte le manifestazioni di volontà, ed in generale tutte le azioni, gli atti e i fatti posti in essere nell’ambito del Sistema, che si intendono compiute nell’ora e nel giorno risultanti dalle Registrazioni di Sistema, ai sensi e per gli effetti dell’art. 1, comma 1, lett. u-ter) del D.Lgs. 7 marzo 2005 n. 82.

2. L’Account costituisce altresì strumento di Firma Elettronica e il suo utilizzo comporta e produce gli effetti previsti dal D.Lgs. 7 marzo 2005 n. 82 in materia di documento informatico”.

Inoltre, l’art. 23 stabilisce:

◦“1. Il Sistema di e-Procurement è realizzato con modalità e soluzioni che impediscono di operare variazioni sui documenti, sulle registrazioni di sistema e sulle altre rappresentazioni informatiche e telematiche degli atti e delle operazioni compiute nell'ambito delle procedure, sulla base della tecnologia esistente e disponibile.

2. Le attività e le operazioni effettuate nell'ambito del sistema informatico di negoziazione sono attribuite ai soggetti attraverso l’Account, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera u-ter), del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e si intendono compiute nell'ora e nel giorno risultanti dalle registrazioni di sistema.

Le registrazioni di sistema sono effettuate, conservate ed archiviate in conformità di quanto previsto dall'articolo 43 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, fermo restando quanto previsto dal seguente art. 24. Il tempo del sistema è sincronizzato sull'ora italiana riferita alla scala di tempo UTC (IEN),

di cui al decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato 30 novembre 1993, n. 591. Il tempo del Sistema è aggiornato con un collegamento diretto presso l'Istituto Galileo Ferraris di Torino secondo le metodologie descritte sul Sito.

3. Il Fornitore e il Soggetto Aggiudicatore dichiarano e riconoscono che le RegISTRAZIONI di Sistema fanno piena prova dei rapporti tra le parti. Tali RegISTRAZIONI hanno carattere riservato e non verranno divulgate a terzi, al di fuori delle ipotesi espressamente consentite, quali ad esempio l'esercizio del diritto di accesso ai sensi della Legge n. 241/90 e s.m. e la richiesta dell'Autorità Giudiziaria.”

In conclusione, assume parte ricorrente che l'espressa previsione contenuta negli artt. 14, commi 1 e 2, e 23, commi 1, 2 e 3, garantirebbe che il documento informatico (nel caso di specie, l'offerta economica) formato e caricato sul portale telematico tramite l'utilizzo dell'Account «è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immutabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore».

Conseguirebbe che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2702 c.c. e 20, comma 1-bis, CAD, il documento contenente l'offerta economica, ancorché eventualmente non sottoscritto con firma digitale, sarebbe comunque certamente riconducibile alla Globalgeo s.r.l. (certezza sulla provenienza mediante l'utilizzo dell'Account), integro e immutabile (caratteristiche garantite dal sistema MEPA e dall'impronta del file assegnata al documento in fase di caricamento nel sistema).

3)Violazione e falsa applicazione dei principi e criteri direttivi determinati dalla legge delega n. 11 del 2016, sulla cui base è stato emanato il d.lgs. n. 50 del 2016 - violazione e falsa dell'art. 30, comma 1, primo e secondo periodo del d.lgs. 50/2016 - violazione e falsa applicazione dell'art. 2702 c.c. in combinato disposto con l'art. 20, comma 1- bis, del codice

dell'amministrazione digitale - eccesso di potere per irragionevolezza, ingiustizia grave e manifesta violazione dei principi di adeguatezza dei termini, proporzionalità, libera concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento, correttezza, economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa.

La ricorrente ha impugnato tutte le disposizioni contenute nella determinazione a contrarre, nella lettera di invito, nel disciplinare di gara (ivi inclusi gli artt. 16 e 18), nelle “Regole del sistema di e-procurement della pubblica amministrazione”, in ogni altro atto inerente alla procedura di gara presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto, in cui si preveda che, a pena di esclusione, il documento contenente l'offerta economica debba essere sottoscritto con firma digitale, in dipendenza a quanto sostenuto con la precedente censura circa la riferibilità dell'offerta comunque all'operatore attraverso la generazione di un account personale.

Tali disposizioni «si pongono in contrasto con i principi e criteri direttivi determinati dalla legge delega n. 11 del 2016, sulla cui base è stato emanato il d.lgs. n. 50 del 2016, e in particolare del divieto di “gold plating” di cui alla lett. a), del principio di semplificazione delle procedure di cui alla lett. i), e del criterio di riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti di cui alla lett. z), i quali tutti esprimono una preferenza del legislatore per la riduzione degli “oneri non necessari” a carico delle imprese – ossia degli adempimenti che non siano giustificati dal perseguimento di obiettivi di carattere generale».

Sotto un secondo profilo, assume parte ricorrente che l'interpretazione “sostanzialistica” sostenuta si pone in armonia con i principi di economicità e di libera concorrenza di cui all'art. 30, co. 1, primo periodo, del codice dei contratti pubblici.

Con Ordinanza istruttoria del 2.5.2022, n. 1237 è stato disposto a carico sia del comune che di Consip il deposito di una documentata relazione contenente i pertinenti allegati dimostrativi, in ordine al file effettivamente

caricato da parte ricorrente nella piattaforma telematica in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione dell'avvenuta apposizione, o meno, della firma digitale.

Consip ha ottemperato in data 18.5.2022, chiarendo che «Dall'analisi effettuata e dal rapporto verifica firma ivi allegato, presente nella cartella denominata "21778_2022_Allegati.zip.p7m" si evidenzia che per il documento di offerta economica denominato "Offerta Economica Globalgeo Srl T2956163 L1.pdf", il Sistema non è stato in grado di eseguire le verifiche di validità della firma ("Rapporto_GLOBALGEO_S.R.L.pdf").

Si segnala, da ultimo, che tutta la documentazione inviata dall'OE in fase di partecipazione alla negoziazione è presente nella citata cartella.

Il Comune ha ottemperato con deposito del 27.5.2022, confermando che le verifiche effettuate non hanno consentito di rinvenire la firma digitale nell'offerta economica.

Parte ricorrente, in vista dell'udienza di trattazione nel merito del ricorso, ha precisato che se il sistema avesse eseguito la verifica di validità della firma al momento del caricamento (come avvenuto per la documentazione amministrativa) e avesse prontamente segnalato all'Operatore economico l'anomalia riscontrata, questo se ne sarebbe potuto avvedere tempestivamente e avrebbe avuto tutto il tempo per ripetere la procedura, considerato che il termine di scadenza per la presentazione delle offerte era fissato per l'indomani, 22.2.2022 alle ore 10:00.

In ogni caso, conclude la ricorrente, è stato effettivamente caricato il file firmato digitalmente e ove dovesse ritenersi che, nel caso di specie, alla luce della documentazione depositata da Consip s.p.a., il file contenente l'offerta economica di Globalgeo s.r.l. non fosse firmato digitalmente, ricorrerebbe l'ipotesi della impossibilità di stabilire con certezza se vi sia stato un errore del trasmittente, tenuto conto che la Globalgeo è in possesso del file firmato digitalmente, con firma di data certa apposta prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

Costituitasi, la controinteressata ha concluso per l'infondatezza del ricorso.

Il Comune, seppur regolarmente evocato, non si è costituito in giudizio.

All'Udienza pubblica dell'8.6.2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

II. Il ricorso è fondato.

La questione posta all'esame del Collegio, invero complessa in quanto priva di solide basi di certezza in considerazione di numerosi contrasti giurisprudenziali, si può riassumere nella possibilità di ritenere sufficiente, ovvero integrabile mediante soccorso istruttorio, un'offerta economica priva di firma digitale da rendere in una procedura telematica di selezione per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, laddove gli atti di regolamentazione, impugnati sul punto, stabiliscano, in questo caso, l'esclusione dell'operatore economico.

Premette il Collegio che la disposta istruttoria non ha restituito elementi di assoluta certezza.

Così come indicato dalla consultata Consip, «dall'analisi effettuata e dal rapporto verifica firma ivi allegato, presente nella cartella denominata "21778_2022_Allegati.zip.p7m" si evidenzia che per il documento di offerta economica denominato "Offerta Economica Globalgeo Srl T2956163 L1.pdf", il Sistema non è stato in grado di eseguire le verifiche di validità della firma ("Rapporto_GLOBALGEO_S.R.L.pdf").

Si segnala, da ultimo, che tutta la documentazione inviata dall'OE in fase di partecipazione alla negoziazione è presente nella citata cartella».

La Sezione ha già avuto modo di chiarire (cfr. TAR Catania, I, 5.5.2020, n. 949), sia pure in fattispecie analoga, che è «illegittima l'esclusione della ricorrente fondata sulle dette ragioni formali a fronte della presentazione completa della referenza bancaria già al momento della presentazione della domanda, con riferimento alla quale "il sistema non è stato in grado di eseguire le verifiche di validità della firma". Invero, il soccorso istruttorio trova applicazione laddove la documentazione prodotta in gara necessiti di un'integrazione o di una regolarizzazione. Secondo la normativa in esame (art.

83, comma 9) le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio».

La decisione ha trovato il conforto del Giudice di seconde cure (cfr. CGA 1.10.2020 n. 840), che ha chiarito come «con statuizione di principio pienamente traslabile nel caso di specie, che “se rimane impossibile stabilire con certezza 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 ha bandito, organizzato e gestito la gara” (Cons. St., III, n. 86/2020.

Dai citati precedenti è agevole dedurre il principio che il malfunzionamento dei sistemi informatici non può mai negativamente riverberare a carico del cittadino e dell’operatore economico».

In ogni caso, la Consip certifica, e quanto riprodotto in giudizio conferma, che il seggio di gara ha avuto esatta contezza, all’interno di una procedura di registrazione dell’operatore economico, del tenore dell’offerta economica, che avrebbe reso aggiudicataria parte ricorrente, sol che, come premesso, la stessa fosse stata completa della sottoscrizione.

Ciò posto, il Collegio è ben consapevole della impossibilità di integrazione dell’offerta economica, unico elemento che resta al di fuori della sanabilità mediante il soccorso istruttorio secondo quanto espressamente stabilito dall’art. 83, comma 9, del codice degli appalti.

Così come è ben consapevole che la Giurisprudenza legata all’aspetto “formalistico”, laddove ritiene che non è sanabile tale deficienza, muove oltre che dal detto dato testuale anche per la necessità di attribuire la “paternità” dell’offerta all’operatore economico, mediante, appunto, la necessaria sottoscrizione.

In altri termini, la sottoscrizione dell’offerta costituisce un suo elemento essenziale la cui mancanza determina l’impossibilità di verificarne la sicura provenienza al suo autore (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. III, 24 maggio 2017, n. 2452; id., sez. V, 27 gennaio 2017, n. 555).

Tuttavia, il Collegio ritiene sia più aderente alla procedura “telematica” una visione sostanzialistica del problema.

Invero, «le piattaforme informatiche (...) garantiscono la piena tracciabilità dei dati immessi in procedura e della tempistica del relativo trattamento; i flussi di dati inseriti dai singoli operatori partecipanti possono essere dunque integralmente controllati, garantendo un’immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica; la garanzia di conservazione dell’integrità degli atti (files contenenti la documentazione amministrativa e l’offerta) è dunque insita, a monte, nelle stesse modalità telematiche di svolgimento e neppure richiederebbero, a rigore, una seduta “pubblica” per l’apertura delle offerte, già assicurata dalle dette peculiarità di svolgimento (cfr. Cons. di Stato, III, n. 627/2021), che di fatto rendono conoscibili tutte le fasi della procedura e tutti gli atti che in essa sono confluiti, con piena garanzia di immodificabilità, segretezza e inviolabilità delle offerte» (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 30 novembre 2021, n. 7692).

In questo senso, l’ANAC, con delibera n. 392 del 19 maggio 2021, in un caso praticamente sovrapponibile, con un percorso argomentativo che il Collegio condivide, ha premesso «che consolidato orientamento interpretativo secondo cui l’esigenza di imputare gli effetti dell’atto al soggetto giuridico che se ne assume la paternità è essenziale sia per le domande di partecipazione che per le offerte e che la firma digitale garantisce l’identificabilità di tale soggetto e che, conseguentemente, un difetto di sottoscrizione equivale all’inesistenza stesso che non può essere considerato completo ed è pertanto incapace di produrre effetti giuridici, quindi nullo per mancanza dell’elemento essenziale della forma, determinando l’inammissibilità delle offerte prive di sottoscrizione e la conseguente esclusione dei candidati che non abbiano sottoscritto l’offerta».

La detta delibera ANAC ha poi precisato che «l’articolo 83, comma 9, rende dunque doverosa l’attivazione del procedimento di soccorso in caso di i)

carenza di qualsiasi elemento formale della domanda, ii) mancanza, incompletezza e/o altre irregolarità essenziali degli elementi e del documento di gara unico europeo. In particolare, il meccanismo del soccorso istruttorio può essere utilizzato per sanare le incompletezze della documentazione di gara (ad esclusione di quelle afferenti l'offerta tecnica ed economica), nonché per colmare le omissioni nelle dichiarazioni e/o documentazione richieste dalla legge di gara, con il limite dell'ineludibile possesso dei requisiti di partecipazione alla data di presentazione dell'offerta. Costituisce, infatti, un dato ormai pacifico la necessità di dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (la completezza delle dichiarazioni e della documentazione presentate dai concorrenti), con la conseguenza che l'esclusione dalla gara può essere disposta non in presenza di una dichiarazione incompleta oppure omessa, ma esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante ovvero non possieda, effettivamente, il requisito richiesto dalla *lex specialis* (cfr. Determinazione ANAC n. 1 del 8 gennaio 2015, nonché Bando Tipo ANAC n. 1, approvato con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 1228 del 22 novembre 2017, il quale anche se relativo all'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, detta principi di carattere generale; da ultimo, *ex multis*, ANAC delibera n. 841 del 21 ottobre 2020);

«... il fine perseguito dal legislatore con la disposizione in esame è quello di evitare l'esclusione dalla gara per mere carenze documentali (ivi compresa la mancanza assoluta delle dichiarazioni), imponendo a tal fine un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni, prima della valutazione dell'ammissibilità dell'offerta o della domanda (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 30 luglio 2014, n. 16; da ultimo, *ex multis*, ANAC delibera n. 841 del 21 ottobre 2020);

«... il meccanismo del soccorso istruttorio opera anche nel caso di totale omissione di una dichiarazione richiesta dalla *lex specialis* “a pena di

esclusione” dalla gara. Come chiarito dall’Autorità nella citata Determinazione n. 1/2015, il procedimento di soccorso istruttorio ha operato un’inversione radicale di principio rispetto alla disciplina contenuta nell’articolo 46 del d.lgs. 163/2006 (prima della modifica apportata dall’art. 39 del d.l. n. 90/2014), in base alla quale è divenuta generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, con il solo limite intrinseco dell’inalterabilità del contenuto dell’offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara (cfr. da ultimo, ex multis, ANAC delibera n. 841 del 21 ottobre 2020)».

Le decisioni dell’ANAC hanno quindi concluso che è stata «definitivamente superata la risalente distinzione di matrice giurisprudenziale tra regolarizzazione (ammessa) e integrazione (non ammessa) documentale, in base alla quale il soccorso istruttorio avrebbe consentito di completare solo le dichiarazioni o i documenti già presentati, ma non avrebbe permesso in alcun modo di supplire a carenze documentali dell’offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando (cfr. ANAC delibera n. 763 del 4 settembre 2019 e n. 841 del 21 ottobre 2020).

« . . . Dunque il meccanismo del soccorso istruttorio opera uno spostamento dell’operatività delle cause di esclusione “a valle” dell’attivazione del procedimento di regolarizzazione documentale o dichiarativa. «Infatti, laddove vi sia una omissione, incompletezza o irregolarità della domanda di partecipazione alla gara, del DGUE o di un suo elemento essenziale (ai fini della partecipazione alla gara), la stazione appaltante non può più procedere direttamente alla esclusione del concorrente, ma deve avviare il procedimento di soccorso istruttorio per consentire all’operatore di integrare la documentazione o la documentazione carente (cfr. ANAC delibera n. 578 del 1 luglio 2020).

«... in relazione alla carenza della sottoscrizione, l'Autorità ha da tempo aderito all'orientamento sostanzialistico affermato anche dalla giurisprudenza, e ha quindi in molteplici occasioni affermato il principio per cui la sottoscrizione della domanda o dell'offerta costituisce un elemento essenziale; tuttavia, non impattando sul contenuto e sulla segretezza dell'offerta, la sua eventuale carenza si ritiene sanabile, ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente che escluda l'incertezza assoluta sulla provenienza.

«L'ANAC ha sostenuto quindi l'illegittimità dell'esclusione nei casi in cui, in base alle circostanze concrete, l'offerta risultava con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico (cfr. delibera n. 265 del 17 marzo 2020). La carenza strutturale dell'atto viene in tal caso superata in considerazione del superiore interesse dell'amministrazione nella procedura di gara a non escludere un concorrente che è identificabile con assoluta certezza sulla base di altri elementi acquisiti aliunde, nell'ambito della documentazione prodotta. Ciò sulla base del fatto che nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione dell'offerta è quella di renderla riferibile al presentatore, vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulti in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara. E pertanto, qualora la mancanza della sottoscrizione non precluda la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporti un'incertezza assoluta sulla stessa, il vizio è da ritenere sanabile mediante soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva (cfr. ANAC, delibere n. 98 del 3 febbraio 2021, n. 46 del 22 gennaio 2020; n. 685 del 18 luglio 2018; n. 1358 del 20 dicembre 2017; n. 432 del 27 aprile 2017; n. 1298 del 12 dicembre 2017; n. 953 del 7 settembre 2016; n. 10 del 4 febbraio 2015; determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015; in giurisprudenza, cfr. ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 giugno 2020 n. 3973; 9 marzo 2020 n. 1655; 21 novembre 2016 n. 4881; TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 3 dicembre

2019 n. 13812 e Sez. I, 16 giugno 2016 n. 6923; TAR Toscana, 31 marzo 2017 n. 496)».

La decisione in esame ha, quindi, concluso con il «ritenere esperibile il soccorso istruttorio nell'ipotesi in cui la documentazione di partecipazione prodotta sia priva di sottoscrizione (ove) la domanda di partecipazione e la relativa documentazione allegata siano in qualche modo riconducibili al concorrente e che quindi la mancata sottoscrizione non precluda la riconoscibilità della provenienza della documentazione di partecipazione e non comporti un'incertezza assoluta sulla stessa».

Nel caso in esame, così come in quello scrutinato dall'ANAC, le modalità di partecipazione alla gara erano di per sé «caratterizzate da elementi idonei a far desumere la riconducibilità della domanda di partecipazione presentata all'odierno istante: infatti, ciascun concorrente per poter partecipare alla procedura necessitava di una registrazione al portale e un successivo accesso con le credenziali ottenute in fase di registrazione, idonee a consentire il caricamento della documentazione di partecipazione. Circostanza questa che, unitamente ai dati del concorrente in possesso dell'amministrazione, appare idonea a superare l'incertezza sulla provenienza dell'atto e che, conseguentemente, nonostante la mancanza della firma digitale della domanda di partecipazione, la stessa possa essere imputata al concorrente istante;

. . . pertanto che sulla base di tali considerazioni inerenti la possibile riconducibilità della domanda di partecipazione al concorrente istante, l'amministrazione avrebbe dovuto procedere, prima di escludere il concorrente, all'attivazione del soccorso istruttorio per l'integrazione della sottoscrizione mancante».

Come premesso, non vi sono dubbi, in considerazione di quanto stabilito nello stesso disciplinare, che ogni documento versato (in maniera unitaria e con invio contestuale) e segnatamente la domanda di partecipazione sottoscritta regolarmente dalla ricorrente, siano alla stessa riconducibili.

A pag. 9 del disciplinare, infatti, è espressamente stabilito che “il Sistema utilizzato dall’Amministrazione adotta una modalità di esecuzione delle predette azioni e attività tale da consentire il rispetto della massima segretezza e riservatezza dell’OFFERTA e dei documenti che la compongono, e tale da garantire la provenienza, l’identificazione e l’inalterabilità dell’offerta medesima”.

Se così è, coerentemente con le premesse, a ben vedere, non si pone neanche la questione della necessità o meno del soccorso istruttorio, quanto, e soprattutto, quello di riconoscere che il sistema di gara adottato è di per sé sufficiente per attribuire il compendio documentale all’operatore economico e ciò tanto più, come nel caso in esame, ove la domanda di partecipazione è stata comunque regolarmente sottoscritta.

In altri termini, la contestualità dell’offerta con atti (rilevanti, quali la domanda di partecipazione) debitamente sottoscritti e la certa sua riferibilità (senza alcun possibile dubbio) all’operatore economico costituiscono elementi utili per consentire di attribuire a quest’ultimo la (inequivoca) paternità della stessa.

Non può condurre a diverso risultato la circostanza che l’esclusione dalla gara era comminata dagli atti di autoregolamentazione e dallo stesso modello di offerta, in quanto gli stessi sono stati oggetto di espressa contestazione da parte della ricorrente, con argomentazioni che il Collegio condivide nelle sue premesse.

Conclusivamente, per un verso, l’incertezza circa il malfunzionamento del sistema, per un altro, soprattutto, la riconducibilità inequivoca dell’offerta economica alla ricorrente, depongono per l’illegittimità della sua esclusione dalla gara e, quindi, per la fondatezza del gravame.

Consegue, l’obbligo di rivalutazione dell’offerta della ricorrente da parte del seggio di gara, in conformità alla presente statuizione, con la conseguenziale, ove ne sussistano tutti i presupposti, aggiudicazione alla medesima della selezione.

La complessità della vicenda e i contrastanti orientamenti giurisprudenziali giustificano l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti costituite e l'irripetibilità nei confronti di quelle non costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui alla parte motiva.

Spese compensate tra le parti costituite e irripetibili tra quelle non costituite.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente, Estensore

Agnese Anna Barone, Consigliere

Giuseppina Alessandra Sidoti, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO