

Publicato il 08/01/2019

N. 00012/2019 REG.PROV.COLL.
N. 01332/2018 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 1332 del 2018, proposto da Di Fil S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Benedetta Caruso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Università degli Studi di Catania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Agata Danzuso e Vincenzo Reina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Edile V.N.A. Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro De Luca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Catania, viale A. De Gasperi 93;

per l'annullamento

- 1) dei verbali di gara del 15, 16 e 21 maggio 2018 nella parte in cui dispongono l'ammissione con riserva, con relativa richiesta di soccorso istruttorio, nei confronti delle imprese che non hanno prodotto il DGUE su supporto informatico, nonostante avessero prodotto il DGUE in formato cartaceo;
 - 2) del verbale di gara del 30 maggio 2018 nella parte in cui esclude dalla gara le imprese FOX srl, Pilato Calogero ed Eurovega;
 - 3) del verbale di gara dell'11 giugno 2018 nella parte in cui aggiudica provvisoriamente la gara de qua all'impresa Edile V.N.A. soc. coop;
 - 4) dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva nei confronti dell'impresa Edile V.N.A. soc. coop.;
 - 5) della nota prot. n. 95322 del 13 luglio 2018 con la quale l'Università di Catania rigetta l'istanza di annullamento dell'odierna ricorrente con il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto in favore dell'impresa Di Fil srl;
- B. La declaratoria di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato;
- C. In subordine, la condanna dell'amministrazione al risarcimento in favore dell'odierna ricorrente del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Catania e di Edile V.N.A. Società Cooperativa;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2018 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. L'Università di Catania ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di “realizzazione di un nuovo edificio da adibire ad archivio nel C.U. di Santa Sofia – Catania” per un importo posto a base di gara pari a € 935.040,65.

La lettera di invito precisava: “Costituiscono parte integrante della presente lettera di invito i seguenti documenti: 1. DGUE (Documento di gara unico europeo) predisposto da questa Amministrazione (allegato A)”.

Richiedeva, altresì, alle imprese partecipanti di inserire nella busta A “documentazione amministrativa” i seguenti documenti: “DGUE (Documento di gara unico europeo) (all. A) predisposto da questa amministrazione, disponibile attraverso l'accesso al link www.unict.it/it/bandi-di-gara-e-contratti/73852927C0 Il predetto DGUE dovrà essere trasmesso dall'impresa in formato elettronico – PDF A su supporto informatico e sottoscritto digitalmente”.

Al link sopra indicato, l'amministrazione rendeva disponibile un file word contenente un DGUE da compilare.

Su 26 imprese partecipanti alla gara de qua, ben 13, tra cui l'impresa Pilato Calogero, la Fox srl e la Eurovega, producevano il DGUE cartaceo.

Durante le sedute di gara del 15,16 e 21 maggio 2018, tutte e 13 venivano ammesse con riserva dalla stazione appaltante, che attivava

nei loro confronti il soccorso istruttorio, richiedendo “il predetto DGUE su supporto informatico (CD o chiavetta USB) in formato PDF/A e sottoscritto digitalmente”.

In data 30 maggio 2018, la Commissione di gara procedeva alla verifica della documentazione integrativa richiesta alle imprese ammesse con riserva, a seguito della quale ammetteva 9 imprese alla prosecuzione della gara, mentre escludeva le imprese FOX srl, Calogero Pilato, Eurovega e Ciro Menotti.

In particolare, le quattro imprese sopra menzionate venivano escluse con la seguente motivazione:

- “l’impresa Calogero Pilato è esclusa in quanto la predetta non ha sottoscritto digitalmente il DGUE trasmesso su supporto informatico,
- L’impresa Fox srl è esclusa in quanto non ha prodotto la documentazione integrativa entro il termine assegnato (ore 12,00 del 29 maggio 2018),
- L’impresa Consorzio Ciro Menotti è esclusa in quanto l’impresa consorziata Sicania soc. coop. non ha sottoscritto digitalmente il DGUE trasmesso su supporto informatico;
- L’impresa Eurovega è esclusa in quanto ha trasmesso un supporto informatico CD vuoto, pertanto non contenente il documento DGUE, come richiesto a pena di esclusione”

Durante la medesima seduta di gara, la Commissione disponeva l’apertura delle offerte economiche, calcolava la soglia di anomalia e aggiudicava provvisoriamente la gara all’odierna ricorrente.

A seguito di contestazione da parte del Consorzio Ciro Menotti, la gara veniva riaperta, in data 11 giugno 2018, per procedere alla

riammissione dello stesso, avendo dimostrato che il file trasmesso in sede di integrazione era effettivamente sottoscritto digitalmente.

A seguito della riammissione del Consorzio Ciro Menotti, veniva ricalcolata la soglia di anomalia, risultando, così l'impresa con il ribasso che più si avvicina per difetto alla predetta media l'impresa Edile V.N.A..

Nessuno dei verbali di gara veniva pubblicato sul profilo del committente, né comunicato in alcun modo alle imprese concorrenti alla gara.

L'impresa ricorrente, essendo venuta a conoscenza asseritamente in maniera informale della riapertura della gara, con istanza del 6 giugno 2018, faceva richiesta di accesso ai verbali, che veniva evasa solamente in data 18 giugno 2018.

Tuttavia, già in data 15 giugno 2018, proponeva istanza di annullamento del provvedimento di esclusione nei confronti delle imprese Calogero Pilato, Fox srl ed Eurovega, avendo appreso, anche se informalmente, i ribassi delle imprese escluse e i motivi di esclusione ed essendosi reso conto di essere aggiudicataria della gara de qua nel caso di ricalcolo della soglia di anomalia a seguito della loro riammissione.

Con ricorso notificato il 16.7.2018 e depositato il 31.7.2018 ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, affidandosi alle seguenti censure:

- 1) errata applicazione dell'art. 85 e dell'art. 83 del d.lgs. 50/2016 – violazione dell'art. 97 Costituzione – violazione dei principi di leale collaborazione tra P.A. e privato – violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza - violazione della lex specialis di gara – violazione del principio di affidamento - eccesso di potere per

ingiustizia manifesta – eccesso di potere per travisamento del fatto – eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione – contraddittorietà e manifesta illogicità.

Sostiene la ricorrente, e la circostanza non è smentita, che la declaratoria di illegittimità del procedimento di soccorso istruttorio instaurato dalla Stazione Appaltante e, conseguentemente, dei provvedimenti di esclusione nei confronti delle tre imprese Pilato Calogero, Fox srl ed Eurovega determinerebbe, a seguito della loro riammissione (anche di una sola o di due di esse), l'aggiudicazione in suo favore.

Tanto premesso, asserisce parte ricorrente che né la lettera di invito, né altro documento di gara conteneva un'espressa previsione di esclusione per la mancata presentazione del DGUE in formato elettronico negli atti di gara.

Infatti, 13 imprese su 26 ritenevano di poter produrre in sede di gara il DGUE in formato cartaceo, come messo a disposizione dalla stazione appaltante, debitamente compilato e sottoscritto.

Per altro, nel caso di specie, la questione posta all'esame del Collegio da parte ricorrente non è riferita alla necessità o meno di produrre un documento (tutte le imprese hanno presentato in sede di gara il DGUE), ma di imporre una determinata modalità di presentazione, ovvero il supporto informatico.

Vi sarebbe una totale equivalenza tra il DGUE cartaceo sottoscritto dall'impresa e lo stesso DGUE scansionato, sottoscritto digitalmente e inserito in un supporto informatico, quale un CD o una chiavetta USB.

Anzi, a rigore, tale ultimo adempimento, non avrebbe alcun senso in una procedura di gara tradizionale, non telematica e, pertanto,

contrasterebbe con i principi di ragionevolezza e proporzionalità, traducendosi in un adempimento inutilmente gravoso per le imprese. Asserisce parte ricorrente che tale adempimento non sarebbe neanche richiesto dalla legge.

E infatti, l'art. 85 del d.lgs. 50/2016, che prevede di fornire il DGUE in formato elettronico a partire dal 18 aprile 2018, oltre a essere rivolto alle amministrazioni, chiamate ad adeguarsi, mettendo a disposizione un indirizzo di sito internet in cui rendere disponibile il servizio per la compilazione e le modalità con le quali il DGUE elettronico deve essere trasmesso dall'operatore economico alla stazione appaltante, riguarda non un documento su supporto informatico, ma uno elettronico.

Conseguirebbe l'illegittimità della richiesta di integrazione documentale, quale conseguenza del soccorso istruttorio azionato ai sensi dell'art. 83, comma 9, del codice appalti, posto, per altro, che la carenza in questione non sarebbe relativa a un elemento essenziale dell'offerta.

Il non avere prodotto il DGUE su supporto informatico, ma in formato cartaceo, infatti, non concretizzerebbe di certo un'irregolarità essenziale, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Ed infatti, tutte le dichiarazioni richieste dalla legge sarebbero comunque state rese, essendo stato prodotto il DGUE in formato cartaceo.

2) Violazione dell'art. 83 D. Lgs. n. 50/2016 – Violazione dei principi di leale collaborazione tra P.A. e privato – violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza - violazione della lex specialis di gara – violazione del principio di affidamento - eccesso di

potere per ingiustizia manifesta – eccesso di potere per travisamento del fatto – eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione – contraddittorietà e manifesta illogicità.

In subordine, asserisce parte ricorrente che l'impresa Pilato Calogero non avrebbe dovuto essere esclusa, avendo integrato la documentazione richiesta.

E infatti, l'impresa in questione ha prodotto su supporto informatico il DGUE redatto in forma analogica e sottoscritto con firma autografa, ciononostante è stata esclusa per non averlo sottoscritto digitalmente.

Ebbene, l'art. 1, comma 1, lettera s), del D. Lgs. n. 82/2005 definisce la firma digitale quale sistema che consente “di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici”.

Il DGUE prodotto dall'impresa Pilato è stato redatto in forma analogica sottoscritto con firma autografa, trasformato in pdf e prodotto alla stazione appaltante su un supporto informatico.

L'apposizione della firma autografa al documento prodotto dall'impresa Pilato sarebbe in grado di assicurare la provenienza e l'integrità del documento stesso.

Del resto, nel caso di specie, non si tratterebbe di un documento nativo informatico, ma di un documento nativo analogico, che quindi è stato sottoscritto con firma autografa.

Parte ricorrente, in ultimo, ha concluso con la richiesta subordinata di risarcimento del danno, nell'ipotesi di mancata aggiudicazione dell'appalto.

Costituitesi, sia l'amministrazione intimata che la controinteressata hanno concluso per la tardività del ricorso, oltre che per la sua

infondatezza, sottolineando anche l'inammissibilità per mancata impugnazione della lettera di invito.

Con Ordinanza n. 595/18, la Sezione ha accolto la domanda cautelare di sospensione dei provvedimenti impugnati.

All'Udienza Pubblica del 6.12.2018, la causa è stata trattenuta in decisione.

II. La questione posta all'esame del Collegio può essere sintetizzata nella necessità che il Documento di gara unico europeo (DGUE) previsto dal Codice dei contratti pubblici debba essere, quale documento essenziale o meno, allegato all'offerta in formato elettronico, piuttosto che in cartaceo e se, in quest'ultimo caso, sia possibile azionare il soccorso istruttorio, al fine di regolarizzare il deposito elettronico, in mancanza del quale l'impresa interessata va esclusa.

Vanno preliminarmente affrontate le questioni pregiudiziali.

Asseriscono le parti resistenti che il ricorso è tardivo, posto che al momento della verbalizzazione dell'esclusione delle imprese indicate in punto di fatto, 11 giugno 2018, con conseguente soglia di aggiudicazione sfavorevole alla ricorrente, erano presenti due rappresentanti di quest'ultima, sicché il ricorso notificato soltanto il 16.7.2018 sarebbe irricevibile.

Va condiviso quanto affermato da parte ricorrente, posto che dal verbale dell'11.6.2018, redatto sia pure alla presenza di suoi rappresentanti, emerge in premessa che si è proceduto a riassumere quanto accaduto nelle sedute precedenti, affermazione, questa, che non consente di avere certezza circa l'effettiva conoscenza dei motivi posti a fondamento del ricorso in esame.

Tanto sarebbe sufficiente per ritenere tempestivo il ricorso.

La Sezione si è già pronunciata più volte in tema di esclusione o ammissione da una gara per l'affidamento di un appalto pubblico, regolate dal comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a..

Con decisione del 17.7.2018, n. 1522, è stato rammentato che <<l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. prevede l'impugnativa immediata dei provvedimenti di esclusione e di ammissione alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, prescrivendo che "il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11".

<<Ben conosce il Collegio che sulla questione della decorrenza del termine per impugnare gli atti di ammissione ed esclusione alla procedura di gara, secondo il cosiddetto rito super-accelerato, si registrano opposti orientamenti.

<<Al riguardo, un primo orientamento giurisprudenziale rileva che il termine per ricorrere decorre, in ogni caso, dall'avvenuta conoscenza dell'atto di ammissione o esclusione, anche a prescindere dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione sul profilo del committente ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50. Ciò purché siano percepibili i profili che ne rendono evidente l'immediata e concreta lesività per la sfera giuridica dell'interessato (T.A.R. Toscana Firenze, Sez. I, 18-04-2017, n. 582; T.A.R. Puglia Bari, Sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262).

<<Un secondo orientamento giurisprudenziale, evidenzia al contrario, come il termine per l'impugnativa decorra esclusivamente dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione sul profilo del committente ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (T.A.R. Campania Napoli, Sez. V, 6 ottobre 2017, n. 4689; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 22 agosto 2017 n. 9379; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II quater, 19 luglio 2017 n. 8704; T.A.R. Puglia - Bari I, 7 dicembre 2016 n. 1367; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843; T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 13 gennaio 2017 n. 24).

<<Ciò in quanto la disposizione di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. prevede espressamente ed inequivocabilmente che il dies a quo per proporre tale particolare impugnativa coincide con la data di pubblicazione del provvedimento che determina l'esclusione o l'ammissione sul profilo della stazione appaltante, stante la specialità di una simile previsione, che prevarrebbe su ogni altra previsione o applicazione di tipo giurisprudenziale (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 22 agosto 2017 n. 9379).

<<Viene indicato il carattere derogatorio dei principi in materia di impugnativa di cui all'art. 120, comma 2-bis del c.p.a., che ha previsto un meccanismo notevolmente oneroso per i potenziali ricorrenti e deve quindi essere interpretato in maniera restrittiva.

<<Si ritiene, in altri termini, che il rito speciale in materia di impugnazione degli atti di esclusione e ammissione costituisca un'eccezione al regime "ordinario" processuale degli appalti (che a sua volta è un'eccezione rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato ex art. 119 c.p.a.) e, in quanto tale, debba essere applicato solo nel caso espressamente previsto (T.A.R. Puglia Bari I, 7

dicembre 2016 n. 1367), ovverosia quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016. In caso contrario l'impugnativa dell'ammissione dell'aggiudicatario deve essere formulata congiuntamente con quella del provvedimento di aggiudicazione (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843).

<< Questo Tribunale, del resto, aderendo a detto orientamento, ha chiarito (cfr. TAR Catania, III, 24.1.2017, n. 2737) che i condivisi principi sono stati confermati dalla modifica intervenuta in ordine all'art. 29 del Codice degli appalti, per altro, espressamente richiamato dal comma 2 bis scrutinato.

<<Nella stesura originaria, lo stesso così recitava:

< 1. Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito

delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali>.

<<Con la modifica apportata al predetto comma 1 dell'art. 29, dall'art.19, comma 1, del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, il testo, dopo la dicitura “delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33”, così recita: <al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione>.

<< Quindi risulta “meglio precisato” l'onere, già sussistente nella originaria stesura dell'art. 29 del Codice e, ancor più, dello stesso comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., della necessità della pubblicazione della esclusione o ammissione, al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso.

<< Del resto, in presenza di pressanti dubbi ermeneutici, cui opportunamente il Legislatore dovrebbe porre rimedio, il Collegio condivide l'assunto di quella Giurisprudenza secondo la quale (cfr. Tar Piemonte, sez. II, 26 febbraio 2018, n. 262) “in presenza di dubbi esegetici sull'applicabilità del più rigoroso regime decadenziale, gli stessi devono essere risolti preferendo l'opzione meno sfavorevole per l'esercizio del diritto di difesa e, quindi, maggiormente conforme ai principi costituzionali espressi dagli artt. 24, 111 e 113 Cost., nonché al principio di effettività della tutela giurisdizionale nel settore degli appalti pubblici secondo le direttive europee”>>.

La mancata pubblicazione di cui sopra non può determinare la tardività del ricorso, anche alla luce di ulteriori più recenti considerazioni altrettanto condivise dal Collegio (cfr. TAR Napoli, IV. 28.8.2018, n. 5292), secondo le quali <<il combinato – disposto dagli artt. 29 d.lgs. 50/2016 e 120 comma 2 bis c.p.a. è tale da escludere la tardività di un ricorso presentato oltre i suindicati termini “accelerati” in casi analoghi a quello oggetto del presente giudizio, posto che l'onere di ordinaria diligenza nell'acquisire la documentazione da parte del soggetto interessato all'impugnazione della procedura non può prevalere sugli obblighi imposti appositamente dal legislatore in capo alla stazione appaltante, i quali, a loro volta, non possono essere considerati assolti attraverso l'espletamento di incombenze formali diverse da quelle prescritte dalla disposizione suindicata.

<<Vale a dire, in conclusione, che la comunicazione “ufficiale” in seduta pubblica delle imprese le cui offerte sono ammesse al prosieguo della procedura non può sortire l'effetto di surrogare tale

avviso agli incombenti di cui all'art. 29 d.lgs. 50/2016., pur se avvenuta alla presenza dei rappresentanti dell'impresa che successivamente agisce in giudizio, anche in ragione del fatto che se dalla irrituale enunciazione resa in sede di seduta di gara si facesse derivare in capo alle concorrenti l'onere di accedere agli atti della procedura onde procedere alla contestazione del provvedimento di ammissione (o di esclusione), si finirebbe con l'eludere il sistema disegnato dalla norma che impone alla Stazione Appaltante di rendere disponibili, come descritto, i relativi atti.

<< Sul punto si veda, recentissima, la decisione n. 1902 del 27 marzo 2018 della III sezione del Consiglio di Stato, la quale ha, per l'appunto, ribadito che i) l'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l'aggiudicazione, prevista dal comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a., è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso "al buio" (Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565; id., sez. III 20 marzo 2018 n. 1765); ii) nella materia degli appalti, l'applicabilità del principio della piena conoscenza ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, presuppone un particolare rigore nell'accertamento della sussistenza di tale requisito (TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 18 gennaio 2018 n. 394); iii) si deve tener conto, infatti, sia della specialità della normativa dettata dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., sia dei presupposti cui il legislatore ha ricondotto la decorrenza del termine per l'impugnazione: in base al comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., infatti, il termine inizia a decorrere solo dopo la pubblicazione, ex art. 29 d.lgs. 50/2016, della determinazione sulle ammissioni/esclusioni dei concorrenti, pubblicazione che assicura la

piena ed effettiva conoscenza degli atti di gara; da ciò consegue che, il principio della piena conoscenza acquisita aliunde può applicarsi solo ove vi sia una concreta prova dell'effettiva conoscenza degli atti di gara, acquisita in data anteriore alla pubblicazione o comunicazione degli atti della procedura medesima; iv) pertanto, non può ritenersi sufficiente a far decorrere l'onere di impugnare il provvedimento di ammissione alla gara la mera presenza di un rappresentante della ditta alla seduta in cui viene decretata l'ammissione, in mancanza della specifica prova sulla percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove sussistenti, possano aver inficiato le relative determinazioni>>.

Va adesso esaminata l'ulteriore questione della inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione della clausola dell'atto di autoregolamentazione che giustificherebbe sia il soccorso istruttorio che l'esclusione nell'ipotesi mancato assolvimento nei termini perentori alla richiesta di deposito del DGUE nel formato dallo stesso previsto.

Il Collegio ritiene di dover trattare la questione unitamente al merito del ricorso.

La lettera di invito stabilisce:

“Costituiscono parte integrante della presente lettera di invito i seguenti documenti:

1. DGUE (Documento di gara unico europeo) predisposto da questa Amministrazione (allegato A) ... omissis ...

Nella busta "A - Documentazione amministrativa" devono essere contenuti i seguenti documenti:

1."DGUE (Documento di gara unico europeo) (All. A) predisposto da questa amministrazione, disponibile attraverso l'accesso al link www.unict.it/it/bandi-di-gara-e-contratti/738S2927C0

Il predetto DGUE dovrà essere trasmesso dall'impresa in formato elettronico - PDF A su supporto informatico e sottoscritto digitalmente.”

La mancanza anche di una sola delle dette ultime prescrizioni, successivamente all'avviato soccorso istruttorio, è stata ritenuta sufficiente per escludere le imprese la cui presenza avrebbe determinato l'aggiudicazione in favore della ricorrente.

In sede cautelare, la Sezione si è così espressa: <<il ricorso presenta profili di fondatezza, in considerazione del Comunicato del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 5.4.2018, secondo il quale “dal 18 ottobre, il DGUE dovrà essere predisposto esclusivamente in conformità alle regole tecniche che saranno emanate da AgID ai sensi dell’art. 58 comma 10 del Codice dei contratti pubblici. Per tutte le procedure di gara bandite a partire dal 18 ottobre, eventuali DGUE di formati diversi da quello definito dalle citate regole tecniche saranno considerati quale documentazione illustrativa a supporto.

I requisiti di integrità, autenticità e non ripudio del DGUE elettronico devono essere garantiti secondo quanto prescritto dal Codice dell'Amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82”;

Ritenuto, pertanto, che le modalità digitali richieste dal 18.4.2018 appaiono, quale disciplina transitoria, non supportate dalla medesima coerenza prescritta dal 18.10.2018>>.

L'art. 85, comma 1, del codice dei contratti così dispone: “al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il documento di gara unico europeo (DGUE), redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea. Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica a partire dal 18 aprile 2018, e consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni:

- a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80;
- b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'articolo 83;
- c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'articolo 91”.

L'esclusività stabilita dalla detta norma avente la data di decorrenza del 18.4.2018 concerne la “fornitura” (espressione, invero, quanto meno ambigua) del DGUE e, certamente non la trasmissione, differita al 18.10.2018, secondo il principio generale stabilito dall'art. 40 del codice appalti, a mente del quale “le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte da centrali di committenza sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici ai sensi dell'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale.

2. A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici”.

Ed invero, ove il termine “fornitura” debba essere interpretato letteralmente, va ritenuto che lo stesso si riferisca a un obbligo dell’Amministrazione, non già delle partecipanti, le quali, semmai, avrebbero dovuto avere un obbligo di redazione, comunicazione, di deposito, o ancora più rettamente, di trasmissione.

In presenza di una delle dette espressioni, non sembra potervi essere dubbio che la modalità elettronica non solo di formazione del documento, ma anche di trasmissione, per la necessità di una semplificazione generale delle procedure, interesse pubblico certamente rilevante, dovesse essere richiesta, anche in una fase successiva di soccorso istruttorio, in quanto fase imprescindibile del completamento dell’offerta.

Ritiene, invece, il Collegio che soltanto dalla contestualità delle prescrizioni (redazione e trasmissione) derivi quella cogenza ricavabile dal combinato disposto delle norme (art. 85 e 40 del codice appalti).

Una volta, però, che il termine di trasmissione è slittato al 18.10.2018, tale cogenza va riferita alla modalità di redazione, secondo il modello “fornito” informaticamente.

Come è possibile evincere dal Comunicato del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti Linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di gara unico europeo (DGUE) approvato dal regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016 (16°05350) in (GU n.170 del 22-7-2016), <<La finalità del DGUE è semplificare e ridurre gli oneri amministrativi che gravano sulle amministrazioni aggiudicatrici, sugli enti aggiudicatori e sugli operatori economici attraverso l’adozione di un modello autodichiarativo, previsto in modo

standardizzato a livello europeo, e basato sul possesso dei requisiti di carattere generale e speciale, destinato a sostituire i singoli moduli predisposti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori per la partecipazione ad ogni singola procedura ad evidenza pubblica

<<Il DGUE, compilato dall'operatore economico con le informazioni richieste, accompagna l'offerta nelle procedure aperte e la richiesta di partecipazione nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione, nei dialoghi competitivi o nei partenariati per l'innovazione.

<< Esso è utilizzato anche nei casi di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 63 del Codice, comma 2, lettera a); negli altri casi previsti dal predetto art. 63 la valutazione circa l'opportunità del suo utilizzo è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante procedente.

<< A decorrere dal 18 aprile 2018, il DGUE è reso disponibile esclusivamente in forma elettronica.

<< Prima di tale data, il documento di gara unico europeo potrà essere compilato in forma cartacea oppure in formato elettronico, avvalendosi di sistemi nazionali informatizzati all'uopo dedicati ovvero del servizio DGUE elettronico messo, gratuitamente, a disposizione dalla Commissione in favore delle amministrazioni o enti aggiudicatori e degli operatori economici. Tale servizio consente di compilare il DGUE in forma elettronica, in caso di procedure che *ammettano l'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronici*, o di stampare il documento compilato elettronicamente per ottenerne una versione cartacea da utilizzare in tutti gli altri casi>>.

Quindi, la forma elettronica, in maniera del tutto logica, è stata collegata alle procedure che ammettano l'utilizzo dei mezzi di *comunicazione* elettronici.

Con successivo Comunicato del 05/04/2018, il medesimo Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha precisato che <<dal prossimo 18 aprile il Documento di gara unico europeo (DGUE) dovrà essere reso disponibile esclusivamente in forma elettronica, nel rispetto di quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici (art. 85, comma 1).

<<Per le procedure di gara bandite dal 18 aprile, le stazioni appaltanti predisporranno ed accetteranno il DGUE in formato elettronico secondo le disposizioni *del DPCM 13 novembre 2014*.

<<I documenti di gara dovranno contenere le informazioni sullo specifico formato elettronico del DGUE, l'indirizzo del sito internet in cui è disponibile il servizio per la compilazione del DGUE e le modalità con le quali il DGUE elettronico deve essere trasmesso dall'operatore economico alla stazione appaltante.

<< Fino al 18 ottobre 2018 - data di entrata in vigore dell'obbligo delle comunicazioni elettroniche ex art. 40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici - le stazioni appaltanti che non dispongano di un proprio servizio di gestione del DGUE in formato elettronico, o che non si servano di altri sistemi di gestione informatica del DGUE, richiederanno nei documenti di gara all'operatore economico di trasmettere il documento in formato elettronico, compilato secondo le modalità ivi indicate, su supporto informatico all'interno della busta amministrativa o mediante la piattaforma telematica di negoziazione eventualmente utilizzata per la presentazione delle offerte.

<< Dal 18 ottobre, il DGUE dovrà essere predisposto esclusivamente in conformità alle regole tecniche che saranno emanate da AgID ai sensi dell'art. 58 comma 10 del Codice dei contratti pubblici. Per tutte le procedure di gara bandite a partire dal 18 ottobre, eventuali DGUE di formati diversi da quello definito dalle citate regole tecniche saranno considerati quale documentazione illustrativa a supporto.

<< I requisiti di integrità, autenticità e non ripudio del DGUE elettronico devono essere garantiti secondo quanto prescritto dal Codice dell'Amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82>>.

Quindi, mentre secondo una indicazione ministeriale originaria vi era indifferenza tra il deposito cartaceo e quello elettronico (disposizione che, ad avviso del Collegio, è da ritenersi “prorogata “ al 18.10.2018, termine in riferimento al quale il deposito in formati diversi da quello definito dalle citate regole tecniche sarà considerato quale documentazione illustrativa a supporto, circostanza, questa, non derivabile prima di tale data), successivamente, è stato stabilito che prima di tale data e dopo il 18.4.2018, il DGUE dovesse essere redatto in supporto informatico, ma potesse essere trasmesso nelle forme ordinarie.

Come premesso, tale adempimento non pare ritraibile dall'art. 85, tanto meno se collegato all'art. 40 del codice appalti, poiché, si ribadisce, la norma stabilisce l'accettazione del modello compilato in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea (onere ricadente sulle imprese partecipanti), mentre la “fornitura” (obbligo dell'amministrazione) va osservata esclusivamente in forma elettronica a far data 18.4.2018.

Si vuole, in altri termini, dire, secondo la formulazione della norma, al netto delle istruzioni fornite dal Ministero, che la compilazione secondo il modello fornito in formato elettronico (non in formato elettronico), in assenza di alcun obbligo di trasmissione elettronica, è l'unico onere incombente sulle ditte partecipanti, sicché non può essere comminata l'esclusione (per altro non espressamente prevista dalla lettera di invito) delle imprese che si siano avvalse del modello cartaceo.

Invero, il Regolamento di Esecuzione (Ue) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016, che stabilisce il modello di formulario per il documento di gara unico europeo, espressamente prevede nelle proprie istruzioni, che « Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica, in ottemperanza all'articolo 59, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE; l'applicazione di tale disposizione può però essere rinviata al più tardi fino al 18 aprile 2018. Ciò significa che le due versioni del DGUE, quella interamente elettronica e quella su carta, possono coesistere al più tardi fino al 18 aprile 2018. Il citato servizio DGUE permetterà agli operatori economici di compilare il DGUE in forma elettronica in tutti i casi, mettendoli così in grado di avvalersi pienamente delle funzionalità offerte (non ultima quella di riutilizzare le informazioni). Per l'utilizzo nelle procedure di appalto per le quali l'utilizzo dei mezzi di *comunicazione elettronici* è stato rinviato (anche questo è possibile al più tardi fino al 18 aprile 2018) il servizio DGUE permette agli operatori economici di stampare il DGUE compilato elettronicamente per ottenere un documento cartaceo che può quindi essere *trasmesso all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore mediante mezzi di comunicazione diversi da quelli elettronici?* ».

E nella pertinente nota al detto inciso: “Si potrà inoltre generare il DGUE come file in formato.pdf che può *essere trasmesso elettronicamente come allegato*. Per poter riutilizzare le informazioni successivamente gli operatori economici devono salvare il DGUE compilato in un formato elettronico idoneo (quale il formato.xml)”. L'utilizzo del modello in formato elettronico in forma diversa dal cartaceo, quindi, ad avviso del Collegio (con una evidente logica) è stato associato dalla norma comunitaria alla contestuale necessità di comunicazione in forma elettronica.

Invero, solo tale contestualità garantisce, oltre alla evidente semplificazione mediante un modello unico, complessivo di autodichiarazioni, l'effettiva immodificabilità di quanto prodotto, poiché solo il contestuale invio in formato elettronico (tracciabile) può assicurare che il file immodificabile non sia stato sostituito.

Inserire in una busta un supporto informatico contenente un documento immodificabile è un non senso, avente la mera utilità di una possibile acquisizione della documentazione negli archivi informatici dell'Amministrazione.

Diversamente, secondo la procedura di derivazione ministeriale, non prevista dalla norma e/o dal combinato disposto con l'art. 40 del codice contratti, che fa slittare al 18.10.2018 l'obbligo di trasmissione in formato elettronico, la comunicazione in supporto informatico di un file immodificabile, mediante ordinaria spedizione contenuta in una busta amministrativa, non garantisce, si ribadisce, la possibilità di sostituzione e, quindi, non sembra avere alcuna effettiva logica, sussistente soltanto in presenza di contestualità della formazione del documento immodificabile (e riutilizzabile) e spedizione tracciabile e altrettanto immodificabile.

Se così è, sia la prescrizione ministeriale che quella contenuta nella lettera di invito non trovano alcun sostegno normativo, sicché quest'ultima (ove mai fosse predisposta a comportare un motivo di esclusione dalla gara, circostanza, questa, non chiaramente presente nell'atto di autoregolamentazione) sarebbe tamquam non esset, da considerare come ipotesi non prevista da alcuna disposizione e, come tale, nulla ai sensi dell'art. 83, comma 8, del codice appalti

Invero, l'ultimo inciso di detta disposizione stabilisce che "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

E certamente la prescrizione in esame, può, al più, per altro solo in parte, farsi discendere da istruzione ministeriale, non certamente dal dettato normativo.

Va rammentato, e in tal senso il Collegio esamina l'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione della clausola della lettera di invito (ove mai la stessa abbia prescritto l'esclusione delle partecipanti, nel caso di omessa produzione in formato elettronico del DGUE, per giunta firmato digitalmente, circostanza, quest'ultima, della quale ci si occuperà successivamente), che la legge di gara, che, in violazione del principio di tassatività, introduca cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali è nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice (cfr. Consiglio di Stato A.P. 25.2.2014, n. 9; T.A.R. Catania, IV, 19.12.2014); invero, clausole introdotte dalla *lex specialis* "a pena di esclusione" ulteriori rispetto a quelle

tassativamente previste dal codice appalti e da altre disposizioni di legge vigenti sono nulle, ex art. 83, comma 8 ult. inciso del codice appalti, nullità rilevabile d'ufficio ex art. 31, comma 4, c.p.a. (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 19/03/2018, n.3081).

Invero (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 03/01/2018, n.28), il giudice amministrativo può d'ufficio procedere a dichiarare la nullità di atti amministrativi (ovviamente in un giudizio diverso da quello ex art. 31, co. 4 c.p.a.) se tale declaratoria risulti funzionale alla pronuncia sulla domanda introdotta in giudizio (e quindi, nel giudizio impugnatorio, alla declaratoria di illegittimità dell'atto impugnato e al suo conseguente annullamento, ovvero, al contrario, al rigetto della domanda di annullamento) e, nel caso di specie, ritenuto il combinato disposto delle norme citate, dove la prima (art. 83) pone un espresso caso di nullità per violazione di legge, la stessa può essere deliberata nei limiti dell'impugnazione, vale a dire della clausola escludente.

Per altro, va rilevato che parte ricorrente non ha ommesso di considerare in ricorso che la produzione del DGUE non su supporto informatico, ma in formato cartaceo, non concretizzerebbe di certo un'irregolarità essenziale, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Per quanto sopra chiarito, il ricorso non solo è ammissibile, ma la clausola va dichiarata nulla, con conseguenziale accoglimento del ricorso.

III. Il Collegio ritiene di dover esaminare anche la seconda censura, poiché anch'essa fondata.

Con la stessa viene censurata l'illegittimità dell'esclusione di una delle imprese, la Pilato Calogero, poiché, pur rispettando in sede di

soccorso istruttorio il chiesto deposito in forma digitale, ha omesso di firmare con firma digitale il DGUE.

L'art. 3 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 novembre 2014, recante "Regole tecniche in materia di formazione, trasmissione, copia, duplicazione, riproduzione e validazione temporale dei documenti informatici nonché di formazione e conservazione dei documenti informatici delle pubbliche amministrazioni ai sensi degli articoli 20, 22, 23 -bis , 23 -ter , 40, comma 1, 41, e 71, comma 1, del Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005", espressamente richiamato anche dalle istruzioni fornite con il sopra rappresentato Comunicato del 05/04/2018 dal Ministero, stabilisce che << Il documento informatico è formato mediante una delle seguenti principali modalità:

- a) redazione tramite l'utilizzo di appositi strumenti software;
- b) acquisizione di un documento informatico per via telematica o su supporto informatico, acquisizione della copia per immagine su supporto informatico di un documento analogico, acquisizione della copia informatica di un documento analogico;
- c)

2. Il documento informatico assume la caratteristica di immodificabilità se formato in modo che forma e contenuto non siano alterabili durante le fasi di tenuta e accesso e ne sia garantita la staticità nella fase di conservazione.

3 Il documento informatico, identificato in modo univoco e persistente, è memorizzato in un sistema di gestione informatica dei documenti o di conservazione la cui tenuta può anche essere delegata a terzi.

4. Nel caso di documento informatico formato ai sensi del comma 1, lettera a), le caratteristiche di immutabilità e di integrità sono determinate da una o più delle seguenti operazioni:

- a) *la sottoscrizione con firma digitale ovvero con firma elettronica qualificata;*
- b) l'apposizione di una validazione temporale;
- c) il trasferimento a soggetti terzi con posta elettronica certificata con ricevuta completa;
- d) la memorizzazione su sistemi di gestione documentale che adottino idonee politiche di sicurezza; e) il versamento ad un sistema di conservazione.

5. Nel caso di documento informatico formato ai sensi del comma 1, lettera b), le caratteristiche di immutabilità e di integrità sono determinate dall'operazione di memorizzazione in un sistema di gestione informatica dei documenti che garantisca l'inalterabilità del documento o in un sistema di conservazione.

Deriva che solo nell'ipotesi sub a), vale a dire di redazione tramite l'utilizzo di appositi strumenti software, è richiesta la firma digitale, mentre in quella sub b), rilevante nel caso di specie, in quanto assimilabile all'“acquisizione di un documento informatico per via telematica o su supporto informatico, acquisizione della copia per immagine su supporto informatico di un documento analogico, acquisizione della copia informatica di un documento analogico”, tale firma non è prevista.

Del resto, a rigor di logica, considerato che è stata richiesta la trasmissione in via ordinaria di un documento acquisito in formato elettronico, lo stesso, come possibile, è stato stampato e sottoscritto con lo stesso valore di autenticità, non contestata dal seggio di gara,

del medesimo documento firmato digitalmente e poi, previa scannerizzazione, semplicemente trasmesso con forme ordinarie.

Come chiarito, la mancata trasmissione per via telematica rende inutile l'autenticità mediante firma digitale, potendosi accedere alle forme ordinarie di autenticazione (firma del documento attestata da documento di identità, la cui mancanza non è stata rilevata dal seggio di gara).

Consegue che va condivisa anche la prospettata seconda censura, che da sola sarebbe in grado di sostenere le ragioni di parte ricorrente e, quindi, la conferma della fondatezza del ricorso.

Le spese del giudizio, tuttavia, in ragione della novità della materia e delle istruzioni ministeriali, cui in gran parte l'amministrazione intimata si è attenuta, vanno integralmente compensate tra le parti, ad eccezione del rimborso del c.u., che, se corrisposto, va posto a carico dell'Amministrazione resistente.

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 e, per l'effetto, annulla i provvedimenti di esclusione delle imprese indicate in parte motiva, onerando l'Amministrazione di procedere alla rivalutazione delle offerte in conseguenza di tale riammissione.

Spese compensate, nei modi e nei sensi di cui alla parte motiva.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente, Estensore

Maria Stella Boscarino, Consigliere

Raffaella Sara Russo, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO