Pubblicato il 10/06/2020

N. 00835/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00183/2020 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 Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 183 del 2020, proposto da HR Costruzioni Pubbliche S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Toscano e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Manfredonia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Teresa Siponta Totaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento, comunicato sulla piattaforma M.e.P.A. in data 8.1.2020, con cui il Comune di Manfredonia ha disposto l'esclusione di HR dalla gara indetta per l'affidamento dei lavori di "*ampliamento*

della scuola materna nell'area del 4° circolo didattico Madre Teresa di Calcutta - Edificio Via Miramare";

- della nota del 13.1.2020 con cui il Comune di Manfredonia ha respinto l'istanza di riammissione in autotutela formulata da HR;
- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Manfredonia;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza telematica del giorno 25 maggio 2020 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 7.2.2020 e depositato in Segreteria in data 14.2.2020, la società HR Costruzioni Pubbliche S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore* (d'ora innanzi anche HR), adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, al fine di ottenere le pronunce meglio indicate in oggetto.

Esponeva in fatto che, con Determinazione Dirigenziale n. 1565 del 11.12.2019, il Comune di Manfredonia indiceva una procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. c-bis), del D.Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dei lavori di "*ampliamento della scuola materna nell'area del 4° circolo didattico Madre Teresa di Calcutta – Edificio Via Miramare*", da affidarsi con il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 36, comma 9-bis del D.Lgs. n. 50/2016, per un importo totale dei lavori pari ad euro 559.075,00.

La procedura in esame si doveva svolgere mediante Richiesta di Offerta (R.D.O.) sul Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (M.E.P.A.).

Nel caricare in via telematica i documenti relativi alla propria offerta sul portale M.E.P.A., l'impresa ricorrente riscontrava, in tesi, che, nella pagina relativa alla documentazione amministrativa, mancavano gli appositi campi nei quali caricare la documentazione amministrativa richiesta al par. 11, lett. A), del Disciplinare di gara, con la sola eccezione del campo riservato al DGUE.

A proposito di tale carenza, in data 19.12.2019 il Responsabile Unico del Procedimento (RUP) forniva un chiarimento avente ad oggetto "*Documentazione amministrativa*", in cui veniva evidenziato che "*Potete inviare i files richiesti con un Link da voi istituito, così come è stato trasmesso da questa Amministrazione il progetto esecutivo*".

In tesi attenendosi alle indicazioni del RUP, la società HR trasmetteva la documentazione amministrativa attraverso un link di Google Drive.

In data 8.1.2020, la Stazione appaltante disponeva l'esclusione di HR dalla gara avendo rilevato la "*carenza della seguente documentazione amministrativa: A.1) la lettera di invito, firmata digitalmente per accettazione; A.4) la domanda di partecipazione alla gara, sottoscritta digitalmente dal legale rappresentante del concorrente, di cui dovrà essere allegata copia di un documento d'identità in corso di validità … A.7) una garanzia fideiussoria, di importo pari a € 11.181,50 (Euro undicimilacentottantuno/50), corrispondente al 2% dell'importo posto a base di gara … A.8) comprova dell'avvenuto versamento del contributo per l'ANAC*".

Svoltasi una infruttuosa parentesi amministrativa, volta a risolvere la problematica sollecitando l'esercizio del potere di autotutela

dell'Amministrazione resistente, con il ricorso introduttivo del presente giudizio la Società ricorrente insorgeva avverso detti esiti provvedimentali, articolando due motivi di doglianza.

"*I) Violazione dei principi ordinamentali di buon andamento ed imparzialità (art. 97 Cost.) Violazione e/o falsa applicazione di legge (art. 52 e 79, co. 5-bis, del d.lgs. n. 50/2016)*

Eccesso di potere per istruttoria assente, travisamento in fatto e diritto, ingiustizia manifesta".

Evidenziava parte ricorrente che la piattaforma M.E.P.A. non avrebbe consentito al concorrente di caricare i documenti amministrativi di cui al par. 11, lett. a) del Disciplinare, rendendo conseguentemente impossibile il rispetto della prescrizione di gara.

Su tale presupposto, rimarcava come non potessero certamente farsi ricadere su HR le conseguenze pregiudizievoli di un ritenuto deficit applicativo della piattaforma informatica utilizzata per la gara in esame e che, pertanto, la disposta esclusione doveva considerarsi manifestamente illegittima.

"*II) Violazione dei principi ordinamentali di buon andamento ed imparzialità (art. 97 Cost.) Violazione e/o falsa applicazione di legge (art. 89 del d.lgs. n. 50/2016) Eccesso di potere per istruttoria assente, travisamento in fatto e diritto, ingiustizia manifesta*".

Secondo la Società ricorrente, il Comune di Manfredonia avrebbe dovuto obbligatoriamente attivare il soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, onde consentire ad HR di trasmettere la menzionata documentazione attraverso le modalità ritenute più idonee, tenuto conto dell'avvenuto verificarsi di un malfunzionamento tecnico.

In data 21.2.2020, si costituiva in giudizio il Comune di Manfredonia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, istando per la reiezione del gravame in quanto infondato in fatto ed in diritto.

All'esito dell'udienza camerale del 26.2.2020, con l'ordinanza n. 104/2020 l'istanza cautelare veniva respinta con la seguente motivazione:

"R*ilevato, ad un sommario esame proprio della presente fase, che l'istanza cautelare così come introdotta non appare essere assistita né da un sufficiente* fumus boni iuris*, né da un congruo* periculum in mora*;*

R*ilevato, quanto al* fumus boni iuris*, che la documentazione amministrativa funzionale alla partecipazione alla gara risulta oggettivamente non trasmessa, in assenza di prova di qualsiasi effettivo malfunzionamento dell'infrastruttura informatica certificato dal gestore della medesima o dall'Amministrazione procedente;*

R*ilevato, altresì, che, fra tutte le ditte partecipanti, il problematico invio della menzionata documentazione è stato riscontrato solo ed esclusivamente a carico della società ricorrente;*

R*ilevato, quanto al* periculum in mora*, che entro il 15 ottobre 2020 dovranno essere concluse tutte le procedure tecnico-amministrative legate al finanziamento dell'opera - come attestato dall'Amministrazione resistente e non contestato dal ricorrente - con ciò imponendosi una stringente tempistica procedimentale e di esecuzioni dei lavori;*

R*ilevato, pertanto, che, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, tale assetto della fattispecie in esame fa propendere, allo stato degli atti, per una reiezione dell'istanza di sospensiva;*

R*itenuto, infine, che, in considerazione della natura e della peculiarità della presente controversia, sussistono gravi ed eccezionali ragioni di equità per compensare le spese della presente fase cautelare;*".

Detta ordinanza veniva impugnata in Consiglio di Stato, ma il proposto gravame veniva respinto con ordinanza n. 2614/2020 del 15.5.2020.

Previo scambio di memorie conclusive, all'udienza telematica del 25.5.2020, il ricorso veniva definitivamente trattenuto in decisione.

Tutto ciò premesso, il ricorso è infondato nel merito e, pertanto, non può essere accolto.

Parte ricorrente evidenzia che, nel caso di specie, l'esclusione operata dalla Stazione Appaltante sia stata illegittima, evidenziando di essersi trovata nell'impossibilità oggettiva di caricare i *files* dei documenti amministrativi di partecipazione alla gara sulla piattaforma M.E.P.A. e cionondimeno di avervi ottemperato - sia pure infruttuosamente, tramite un link di Google Drive - secondo le istruzioni fornite dallo stesso RUP.

Tale motivo di doglianza non può essere condiviso.

Invero, sul piano del fatto, non è stata fornita prova alcuna di qualsivoglia effettivo malfunzionamento informatico della piattaforma M.E.P.A. che si sia verificato in specifica correlazione con la procedura di gara in esame.

La piattaforma in questione consentiva a tutti i concorrenti invitati a partecipare alla gara di caricare, nella Sezione "Documentazione gara", la documentazione amministrativa richiesta dal disciplinare di gara e non risulta che nessun altro concorrente abbia riscontrato problematiche simili a quelle lamentate dal ricorrente.

Ove tali problematiche si fossero concretamente verificate, occorreva che delle medesime fosse fornita evidenza formale ad es. con la produzione in giudizio di un avviso di malfunzionamento o il rilascio di una certificazione fornita dal gestore dell'infrastruttura

informatica che detto malfunzionamento attestasse, in rigorosa applicazione di noti e quieti principi in materia di onere probatorio ex art. 2697 c.c.

In assenza di simili riscontri, non vi sono elementi per distinguere - in via di pura ipotesi - l'eventuale inadeguatezza del personale della società ricorrente nel presentare la domanda di partecipazione, dal caso di un effettivo malfunzionamento informatico con effetto "bloccante" sulle concrete possibilità di presentare domanda di partecipazione.

Il successivo utilizzo di un link di Google Drive ha costituito un espediente informatico ed, in ultima analisi, un vero e proprio ripiego rispetto alle modalità di presentazione della domanda previste nella *lex specialis* di gara e pacificamente utilizzate dagli altri partecipanti.

Dolersi del fatto che vi siano stati incomprensioni e difficoltà tecniche nell'utilizzo di questa forma succedanea di trasmissione della documentazione alla Stazione Appaltante resta una problematica imputabile a chi non ha potuto o saputo avvalersi delle procedure previste dalla piattaforma M.E.P.A., che erano da considerarsi come la porta d'accesso principale alla selezione in questione, sia pure rimasta non utilmente utilizzata per un ipotizzato disguido tecnico.

Con il secondo motivo di ricorso, parte ricorrente ha censurato la mancata attivazione nel caso di specie del soccorso istruttorio da parte della Stazione Appaltante.

Anche tale contestazione non può essere condivisa.

Come è noto, il dovere di soccorso istruttorio è sancito, nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, dall'art. 6, comma 1, lett. b) della legge n. 241 del 1990 in base al quale il

responsabile del procedimento è tenuto a chiedere "*il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete*", sollecitando il privato a porre rimedio ad eventuali dimenticanze o errori. Ciò tiene conto, tra l'altro, del principio, enunciato dall'art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241, di collaborazione, efficacia ed economicità dell'azione dell'Amministrazione pubblica.

Nelle procedure di gara è preclusa qualsiasi forma di integrazione documentale, pena la violazione non solo del canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione della P.A., ma anche del principio della *par condicio* di tutti i concorrenti.

Da qui anche l'ulteriore distinzione, ampiamente diffusa in giurisprudenza, tra i concetti di "regolarizzazione documentale" e di "integrazione documentale".

L'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione.

Il c.d. soccorso istruttorio, è un istituto procedimentale non adottabile tutte le volte in cui si configurino in capo al partecipante obblighi di correttezza e oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti.

Tale interpretazione rigorosa viene giustificata in nome del principio di autoresponsabilità in capo ai concorrenti, per il quale ciascuno di essi deve assumere le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione. Il soccorso istruttorio consente di completare o chiarire dichiarazioni o documenti già presentati, ma non di

introdurre documenti nuovi, né tantomeno che la norma possa essere utilizzata per supplire alla violazione di adempimenti procedimentali o all'omessa allegazione dei documenti richiesti a pena di esclusione.

In base a questo orientamento, quindi, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di una impresa concorrente, l'invito alla regolarizzazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio* (cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248; sez. V, 25 giugno 2007, n. 3645; sez. VI, 23 marzo 2007, n. 1423; sez. V, 20 maggio 2002, n. 2717).

Nel caso di specie, la società ricorrente, ad eccezione del DGUE, non ha caricato nulla della documentazione amministrativa richiesta dalla *lex specialis* di gara (lettera di invito firmata digitalmente per accettazione, attestazione SOA in corso di validità, domanda di partecipazione contenente le informazioni utili alla verifica dell'operatore economico, garanzia fideiussoria, PASSOE, patto di integrità, informativa in materia di trattamenti dei dati personali e la comprova dell'avvenuto versamento del contributo ANAC).

Il mancato deposito di questi atti, alcuni dei quali indispensabili finanche alla stessa identificazione precisa della società ricorrente, ha comportato, ai sensi del disciplinare di gara l'esclusione dell'operatore, atteso che gli stessi risultavano al RUP inesistenti.

L'inesistenza di tali documenti non poteva essere colmata con il soccorso istruttorio, in quanto, non avendo presentato neanche la domanda di partecipazione, l'impresa ricorrente non è riuscita sostanzialmente ad acquisire neanche lo *status* di partecipante alla gara nei cui confronti venire incontro con apposito soccorso

istruttorio; né si è trattato, come già evidenziato, di una impossibilità amministrativamente comprovata di depositare la documentazione in conformità alle prescrizioni di gara, essendosi determinata una situazione "soggettiva" di impossibilità, che non è potuta sfociare in una fattispecie "soccorribile".

Da quanto sin qui evidenziato consegue l'infondatezza nel merito delle censure di cui all'introdotto ricorso.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, tra le tante, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663; sez. I, 27 dicembre 2013 n. 28663).

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Da ultimo, data la complessità e novità delle questioni trattate possono ritenersi sussistenti i presupposti di legge per compensare integralmente le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Rita Tricarico, Consigliere

Alfredo Giuseppe Allegretta, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Alfredo Giuseppe Allegretta	**Angelo Scafuri**

IL SEGRETARIO