

Scambio di comunicazioni tra stazione appaltante e operatore economico: obbligo di utilizzo PEC?

di Giuseppe Bruno

Data di pubblicazione: 31-10-2019

Gara – Comunicazioni – Utilizzo della piattaforma – Per richieste di soccorso istruttorio – Legittimo – Non sussiste obbligo di utilizzo della PEC - Ragioni

Lo scambio di comunicazioni tra stazione appaltante e operatore economico non richiede necessariamente l'utilizzo della PEC, potendosi ritenere legittimamente utilizzabile la piattaforma telematica della gara ove ciò sia espressamente previsto dalla legge di gara.

È questo il principio affermato dal TAR Roma con la sentenza in esame, originata dal mancato adempimento, da parte di un operatore economico, alla richiesta di soccorso istruttorio che era stata trasmessa esclusivamente tramite messaggistica della piattaforma di gestione telematica della gara. In particolare, nel contestare l'esclusione il ricorrente aveva addotto l'illegittimità di tale mezzo di comunicazione, dovendo la Stazione Appaltante procedere alla trasmissione dell'anzidetta comunicazione a mezzo PEC.

Il Collegio ha preliminarmente evidenziato che, nel caso di specie, in base alla *lex specialis* di gara: (i) il concorrente eleggeva domicilio presso l'apposita "Area Comunicazioni"; (ii) le comunicazioni venivano trasmesse ordinariamente attraverso la messaggistica della piattaforma; (iii) il ricorso alla PEC aveva carattere meramente accessorio e residuale, per i soli casi in cui una tale forma fosse stata ritenuta opportuna dalla Stazione appaltante, ad esempio in caso di malfunzionamento del sistema.

Il TAR ha condiviso tale lettura, confermando che gli atti e le comunicazioni dovevano ritenersi conoscibili sin dalla data di inserimento nel sistema in virtù dell'elezione del domicilio digitale, operata a monte in conformità alle *lex specialis*.

Più precisamente, non sussisterebbe, nell'ambito di una gara gestita mediante sistema informatico, un obbligo della P.A. di trasmissione via PEC delle comunicazioni (ivi incluse quelle relative al soccorso istruttorio); mentre tale obbligo risulterebbe configurabile solo ove previsto *expressis verbis* dal legislatore, per atti conclusivi del procedimento di gara ed immediatamente lesivi della sfera giuridica dei concorrenti (art. 76, comma 6 per le comunicazioni di aggiudicazione, avvenuta stipula del contratto, esclusione o decisione di non aggiudicare).

Per il TAR Roma, i partecipanti a una gara pubblica sono, per loro natura, operatori professionali e, come tali, sono certamente in grado di monitorare il sistema, al fine di prendere conoscenza delle comunicazioni ivi inserite. Pertanto, la trasmissione di note mediante l'inserimento in un'apposita area dedicata, nell'ambito del sistema informatico di gestione

della procedura, è stata ritenuta una modalità di comunicazione del tutto adeguata e idonea a consentire la piena e tempestiva conoscenza degli atti da parte del concorrente.

Su punto non v'è unanimità di vedute in giurisprudenza.

Ad esempio, il medesimo TAR Lazio, di recente, ha ritenuto che l'inserimento di una comunicazione sulla "piattaforma informatica" dedicata alla gara non costituisce forma idonea ai fini dell'adempimento degli oneri di comunicazione individuale cui la S.A. sia tenuta, in sede di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9 del Codice. In quell'occasione (Sez. III, 30 gennaio 2019 n. 1192), il Collegio ha dunque affermato l'opposto principio secondo cui la necessità di una comunicazione individuale a mezzo pec è l'unica idonea a garantire la piena conoscenza di una informativa decisiva, nei casi in cui la comunicazione individuale è prevista dalla legge.

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 09/08/2019

N. 10499/2019 REG.PROV.COLL.

N. 05983/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 5983 del 2019, proposto da Alfredo Cecchini s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI con CME – Consorzio Imprenditori Edili società cooperativa, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonietta Favale, Angelo Annibali, Gabriele Tricamo e Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio AOR in Roma, Via Sistina, 48;

contro

Consip s.p.a. a socio unico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Selvaggi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

giustizia e domicilio eletto presso lo studio del difensore in Roma, Via Adda, 55;
Sogei s.p.a., non costituita in giudizio;
Ministero dell'economia e delle finanze, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa concessione di misure cautelari

- del provvedimento assunto, comunicato e pubblicato da Consip s.p.a. il 9 aprile 2019, con il quale, all'esito della disamina della documentazione amministrativa, è stata disposta l'esclusione del RTI capeggiato da Alfredo Cecchini s.r.l. dalla gara (lotti 1 e 2) bandita per l'affidamento dei servizi di conduzione, manutenzione e presidio tecnico degli impianti tecnologici delle sedi Sogei;
- per quanto occorra, *in parte qua*, della nota prot. 34655/2018 del 26 ottobre 2018, con cui Consip ha attivato nei riguardi del RTI capeggiato da Alfredo Cecchini s.r.l., il soccorso istruttorio;
- per quanto occorrer possa, della *lex specialis* di gara e *in parte qua* del bando, del disciplinare, delle regole del sistema di *e-procurement* e delle regole tutte di registrazione al sistema, nella parte in cui sono disciplinati da una parte il soccorso istruttorio e gli inadempimenti che possono darvi luogo e, dall'altra, le modalità di comunicazione ai concorrenti;
- del verbale – sconosciuto negli estremi – in cui è stata esaminata la documentazione amministrativa prodotta in gara dal RTI capeggiato da Alfredo Cecchini s.r.l. ed è stata rilevata la carenza, nel DGUE della ricorrente, della dichiarazione di *pantouflage*, con conseguente richiesta del soccorso istruttorio;
- del silenzio-diniego formatosi sulla nota inviata da Cecchini, con cui chiedeva la riammissione in gara;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi compresa la programmazione, la progettazione della procedura e l'approvazione dei relativi atti, sconosciuti negli estremi e nel contenuto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip s.p.a. a socio unico;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2019 la dott.ssa Floriana Venera Di Mauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 9 maggio 2019 e depositato il successivo 23 maggio, Alfredo Cecchini s.r.l., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) con CME – Consorzio Imprenditori Edili società cooperativa, ha impugnato principalmente, unitamente agli atti antecedenti specificati in epigrafe, il provvedimento del 9 aprile 2019, con il quale Consip s.p.a. a socio unico ha disposto l'esclusione del predetto RTI da entrambi i lotti della *“Gara a procedura aperta ai sensi del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., per l'affidamento dei servizi di conduzione, manutenzione e presidio tecnico degli impianti tecnologici delle sedi Sogei, compresa la fornitura di apparecchiature impiantistiche”*.

2. Secondo quanto risulta agli atti del giudizio, il bando di gara è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. S 64 del 31 marzo 2018 e sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 40 del 6 aprile 2018.

La gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è articolata in due lotti, per ciascuno dei quali la durata dell'appalto è fissata in quarantotto mesi: il lotto 1, del valore di 23.200.000,00 euro IVA esclusa, e il lotto 2, del valore di 11.500.000,00 euro IVA esclusa.

Il bando prevede inoltre che *“La presente gara si svolgerà tramite Sistema informatico sul quale dovranno essere inserite le “offerte”*” (v. paragrafo VI.3, ultimo periodo).

3. Il costituendo RTI tra Alfredo Cecchini s.r.l. e CME società cooperativa ha presentato la propria offerta per entrambi i lotti.

In conformità alle previsioni del paragrafo 19.1 del disciplinare di gara (v. p. 50 del disciplinare), le buste telematiche contenenti la documentazione amministrativa presentata dai concorrenti sono state aperte in seduta pubblica, il 24 luglio 2018, dall'Ufficio a ciò deputato. Il medesimo Ufficio ha poi verificato la predetta documentazione nel corso di apposite sedute riservate.

In particolare, la documentazione prodotta dal RTI ricorrente è stata esaminata nella seduta del 1° ottobre 2018, in occasione della quale – secondo quanto risulta dal relativo verbale – è stato riscontrato che:

(1) la mandataria Alfredo Cecchini s.r.l., nella Parte III, Sezione D, del documento di gara unico europeo (DGUE), dedicata agli *“Altri motivi di esclusione eventualmente previsti dalla legislazione nazionale dello Stato membro dell'Amministrazione aggiudicatrice o dell'Ente*

aggiudicatore”, ha omesso di rispondere alla domanda al punto 7, ossia: “L’operatore economico si trova nella condizione prevista dall’art. 53 comma 16-ter del D.Lgs. 165/2001 (pantouflage o revolving door) in quanto ha concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e, comunque, ha attribuito incarichi ad ex dipendenti della stazione appaltante che hanno cessato il loro rapporto di lavoro da meno di tre anni e che negli ultimi tre anni di servizio hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto della stessa stazione appaltante nei confronti del medesimo operatore economico?”;

(2) due dei subappaltatori designati hanno compilato in maniera non esaustiva la Parte VI dei rispettivi nei DGUE, dedicata alle “Dichiarazioni finali”.

Per quanto riguarda il secondo rilievo, deve precisarsi che le “Dichiarazioni finali” richieste agli operatori consistono nell’assunzione della responsabilità di quanto dichiarato nel DGUE, nella presa d’atto delle modalità di verifica delle dichiarazioni sostitutive rese e nell’autorizzazione a Consip ad accedere ai documenti complementari alle informazioni fornite. In particolare, dalla lettura dei DGUE dei due subappaltatori risulta che quest’ultima autorizzazione sia stata omessa.

In considerazione di quanto riscontrato, il 26 ottobre 2018 il Responsabile dell’Ufficio verifica della documentazione amministrativa ha inviato alla ricorrente una nota, con la quale ha attivato il soccorso istruttorio in relazione alle predette carenze rilevate nella documentazione di gara. La richiesta è stata trasmessa mediante inserimento nel c.d. cruscotto, ossia l’apposita area riservata del sistema informatico di gestione della gara.

È stata così domandata la presentazione:

(i) da parte di Alfredo Cecchini s.r.l., di un’apposita “dichiarazione, resa ai sensi del d.P.R. n.445/2000 e sottoscritta con firma digitale dal legale rappresentante o da soggetto munito di poteri”, volta a rispondere alla domanda del DGUE sopra richiamata, “entro e non oltre il 05 Novembre 2018, attraverso l’invio in formato elettronico attraverso l’apposita “Area Comunicazioni” del Sistema, con l’avvertimento che, in caso di inutile decorso del predetto termine, si procederà all’esclusione del concorrente dalla procedura indicata in oggetto”;

(ii) da parte di ciascuno dei due subappaltatori che non avevano reso correttamente le “Dichiarazioni finali” del DGUE, di “una dichiarazione resa ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 e sottoscritta con firma digitale dal legale rappresentante o da soggetto munito di poteri”, di contenuto corrispondente alle dichiarazioni rese in modo incompleto, con la precisazione che “Tali predette dichiarazioni dovranno essere presentate entro il giorno 05 Novembre 2018, mediante invio in formato elettronico attraverso l’apposita “Area Comunicazione” del Sistema con l’avvertimento che, ove l’indicato termine non fosse rispettato, sarà fissato un ulteriore termine il cui mancato rispetto comporterà il divieto di subappalto”.

Le suddette richieste non hanno, tuttavia, avuto alcun riscontro.

Da ciò l’adozione dell’impugnato provvedimento del 9 aprile 2019, con il quale Consip, determinandosi in ordine alle ammissioni e alle esclusioni dalla gara, ha disposto l’esclusione

del RTI ricorrente, sulla base del rilievo che “*Tale mancato riscontro, entro il termine perentorio previsto, costituisce una causa di esclusione dalla partecipazione alla gara. In conclusione oltre a non aver riscontrato il soccorso istruttorio nel termine perentorio previsto, il Concorrente non ha prodotto un DGUE conforme in tutte le sue parti.*”.

4. Nel censurare il suddetto provvedimento, unitamente agli atti di gara specificati in epigrafe, la ricorrente ha allegato che:

I) il soccorso istruttorio non avrebbe dovuto essere attivato, in quanto le presunte omissioni non attenevano a profili essenziali e, in ogni caso, le dichiarazioni mancanti duplicavano altre dichiarazioni già presenti nella documentazione in possesso di Consip; in particolare: (i) la dichiarazione omessa dalla mandataria Alfredo Cecchini s.r.l. sarebbe stata già resa, in realtà, mediante la compilazione della domanda di partecipazione alla gara; conseguentemente, Consip non avrebbe dovuto chiedere alcuna integrazione documentale alla società e, ove avesse ritenuto di farlo, avrebbe dovuto rilevare di non versare in una ipotesi di soccorso istruttorio, bensì di mero soccorso procedimentale – ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241 – con la conseguenza che l’omessa produzione della dichiarazione richiesta non avrebbe comunque potuto determinare l’esclusione dalla gara; (ii) peraltro, la stessa Consip avrebbe dimostrato di avere ben chiara la distinzione tra i due istituti del soccorso istruttorio e del soccorso procedimentale, avendo espressamente affermato, con riferimento alle omissioni riscontrate nel DGUE dei due subappaltatori, che alla scadenza del primo termine ne avrebbe fissato un secondo, questo sì perentorio, e tuttavia il nuovo termine non sarebbe mai stato assegnato; (iii) anche l’autorizzazione dei subappaltatori ad accedere alle informazioni complementari alla documentazione depositata non sarebbe stata necessaria, perché Consip avrebbe avuto titolo ugualmente per effettuare il predetto accesso; anche in questo caso, comunque, l’autorizzazione sarebbe stata desumibile *aliunde*, e in particolare dalle dichiarazioni integrative al DGUE rese dai medesimi subappaltatori; del resto, anche laddove le dichiarazioni dei subappaltatori fossero state effettivamente necessarie e fossero state omesse anche a seguito del decorso del secondo termine (mai assegnato), in ogni caso l’unica conseguenza per il RTI ricorrente avrebbe dovuto essere l’impossibilità di avvalersi dei suddetti subappaltatori, e non invece l’esclusione dalla gara; (iv) in subordine, ove l’articolo 14 del disciplinare e le altre prescrizioni della *lex specialis* di gara dovessero essere intesi nel senso di prevedere il soccorso istruttorio (e non solo procedimentale) anche per eventuali carenze non essenziali, e la conseguente esclusione del concorrente in caso di mancato rispetto del termine perentorio assegnato, si tratterebbe di previsioni nulle o comunque illegittime, perché contrarie al principio della tassatività delle cause di esclusione e perché comunque abnormi, sproporzionate, illogiche e irrazionali;

II) la ricorrente si sarebbe accorta di non aver ottemperato alla richiesta di integrazione documentale di Consip del 26 ottobre 2018 solo nell’aprile 2019, quando ha preso visione del provvedimento di esclusione, perché la predetta richiesta sarebbe stata caricata unicamente sul c.d. cruscotto, senza inviare alla società un apposito avviso mediante comunicazione di posta elettronica certificata (PEC), all’indirizzo presso il quale il concorrente ha eletto domicilio ai fini della partecipazione alla procedura; la comunicazione mediante PEC sarebbe stata tuttavia necessaria, non potendo ragionevolmente pretendersi un costante monitoraggio del c.d. cruscotto telematico da parte dell’operatore; conseguentemente, tutte le parti del

disciplinare (articolo 2.3.) e/o delle regole tecniche di cui all'allegato 18 e/o contenute in altri atti regolanti le modalità di scambio tra Consip e i concorrenti, benché sconosciute, dovrebbero ritenersi del pari illegittime; peraltro, posto che la *lex specialis* di gara contemplerebbe effettivamente anche il ricorso alla PEC, subordinandone tuttavia l'utilizzo al giudizio discrezionale di Consip o al verificarsi di un mancato funzionamento del sistema informatico, nel caso di specie sarebbe stato irragionevole non avvalersi di tale modalità di comunicazione, considerato che dal mancato rispetto del termine assegnato sarebbe dipesa l'esclusione del concorrente; né avrebbe potuto essere ritenuta equipollente la comunicazione mediante posta elettronica ordinaria, stante l'assenza di alcun obbligo dell'operatore di presidiare le caselle di posta elettronica diverse da quella di PEC.

5. Consip, costituitasi in giudizio, ha controdedotto a ciascuna delle censure contenute nel ricorso, chiedendo il rigetto del gravame.

6. Il ricorso è stato chiamato alla camera di consiglio del 5 giugno 2019, in occasione della quale il Presidente ha dato avviso alle parti della possibile definizione del giudizio mediante sentenza in forma semplificata.

La causa è stata quindi trattenuta in decisione.

7. Il Collegio riscontra, anzitutto, che sussistono tutti i presupposti richiesti dall'articolo 60 cod. proc. amm. per la definizione del ricorso in camera di consiglio.

8. Ciò posto, il ricorso è infondato, per le ragioni che si espongono di seguito.

9. La ricorrente sostiene anzitutto, nel primo motivo di impugnazione, che la stazione appaltante non avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio, in quanto le dichiarazioni omesse sarebbero state non essenziali e, comunque, di contenuto corrispondente ad altre dichiarazioni già presenti nella documentazione prodotta dal RTI ricorrente ai fini della partecipazione alla gara.

9.1. Al riguardo, deve ricordarsi anzitutto che, come sopra illustrato, le omissioni riscontrate dall'apposito Ufficio di Consip riguardavano due profili del tutto diversi, ossia:

(i) la mancata dichiarazione, da parte di Alfredo Cecchini s.r.l., del rispetto del divieto di c.d. *pantouflage* o *revolvingdoor* nei confronti dei dipendenti della stazione appaltante; carenza per la cui integrazione era stato fissato un termine perentorio (5 novembre 2018);

(ii) l'incompletezza delle "Dichiarazioni finali" rese nel DGUE di due subappaltatori, in particolare quanto all'autorizzazione a Consip ad accedere ai documenti complementari alle informazioni rese, al fine di accertare la veridicità di tali informazioni; carenza per la quale era stato fissato un termine non perentorio (5 novembre 2018), decorso il quale sarebbe stato fissato un secondo termine, la cui infruttuosa scadenza avrebbe comportato il divieto di subappalto.

Benché entrambi i predetti incumbenti non siano stati assolti dal RTI ricorrente, dalla lettura del

provvedimento impugnato si evince che il concorrente è stato poi effettivamente escluso soltanto in relazione al profilo indicato *sub* (i), risultato assorbente, ossia per la mancata integrazione, entro il termine perentorio assegnato, della dichiarazione concernente il divieto di c.d. *pantouflage*.

Il provvedimento – sopra riportato – rileva infatti il mancato riscontro alla nota di soccorso istruttorio entro il termine perentorio previsto e la mancata produzione di un DGUE conforme in tutte le sue parti. Come detto, tuttavia, il termine perentorio era soltanto quello assegnato per il primo incumbente.

Consip ha dunque escluso il RTI ricorrente: (a) per il mancato riscontro nel termine perentorio alla prima richiesta di integrazione documentale; (b) perché tale omessa integrazione ha determinato la definitiva incompletezza del DGUE.

La stazione appaltante non ha invece preso in considerazione le conseguenze dell'inottemperanza alla seconda richiesta istruttoria, come correttamente evidenziato dalla difesa di Consip. Disatteso il termine perentorio fissato per la prima richiesta, si imponeva infatti l'esclusione dalla gara del concorrente, per cui non avrebbe avuto alcuna utilità assegnare un nuovo termine per presentare le dichiarazioni dei subappaltatori.

9.2. Sono, pertanto, inconferenti le censure articolate dalla ricorrente con riferimento al tema dell'incompletezza di queste ultime dichiarazioni, in quanto relative a un profilo che non è posto alla base del provvedimento impugnato.

9.3. Deve peraltro aggiungersi che pure laddove – contrariamente all'avviso del Collegio – dovesse ritenersi che la questione concernente la completezza dei DGUE dei subappaltatori abbia costituito anch'essa una motivazione a sostegno della disposta esclusione, nondimeno le censure proposte al riguardo dalla ricorrente sarebbero prive di interesse per la parte.

E ciò in quanto il provvedimento impugnato è comunque adeguatamente sorretto dalla prima ragione sopra indicata, costituente di per sé una motivazione sufficiente per l'esclusione del concorrente, come meglio si dirà più oltre. Trova, perciò, in ogni caso applicazione il consolidato principio secondo cui *“in caso di impugnazione giurisdizionale di determinazioni amministrative di segno negativo fondate su una pluralità di ragioni ciascuna delle quali di per sé idonea a supportare la parte dispositiva del provvedimento, è sufficiente che una sola di esse resista al vaglio giurisdizionale perché il provvedimento (...) nel suo complesso resti indenne dalle censure articolate ed il ricorso venga dichiarato infondato o meglio inammissibile per carenza di interesse alla coltivazione dell'impugnativa avverso l'ulteriore ragione ostativa, il cui esito resta assorbito dalla pronuncia negativa in ordine alla prima ragione ostativa (in tal senso: Cons. Stato, V, 10 febbraio 2015, n. 695; id., VI, 20 ottobre 2014, n. 5159; id., V, 9 ottobre 2013, n. 4969)”* (Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532).

10. Ciò posto, e venendo allo scrutinio nel merito delle censure articolate con riferimento alla mancata integrazione dell'omessa dichiarazione relativa al rispetto del divieto di c.d. *pantouflage*, deve osservarsi che tale dichiarazione era da ritenere effettivamente essenziale e non desumibile *aliunde*, contrariamente all'avviso della ricorrente.

10.1. Come, infatti, correttamente evidenziato dalla difesa di Consip, il paragrafo 15.2 del disciplinare di gara stabilisce che *“Il concorrente compila il DGUE di cui allo schema allegato al DM del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti del 18 luglio 2016 o successive modifiche messo a disposizione su www.consip.it e www.acquistinrete.it (...)”* (v. p. 29 del disciplinare); modello, quest’ultimo, che è stato a sua volta predisposto in conformità a quello approvato mediante il Regolamento 5 gennaio 2016, n. 2016/7/UE (*“Regolamento di esecuzione della Commissione che stabilisce il modello di formulario per il documento di gara unico europeo”*).

Non può, perciò, dubitarsi che l’operatore fosse tenuto a rendere tutte le dichiarazioni previste nel predetto documento, richiesto dalla *lex specialis* di gara in conformità alla disciplina di matrice europea. D’altro canto, le dichiarazioni contemplate nella Parte III del DGUE rivestono carattere essenziale, essendo dirette a riscontrare l’assenza di cause di esclusione dalla procedura, ai sensi dell’articolo 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

10.2. Nel caso oggetto del presente giudizio, la mandataria Alfredo Cecchini s.r.l. non ha risposto alla domanda contenuta nella Parte III, Sezione D, punto 7, del DGUE, ove si richiedeva di dichiarare l’assenza delle situazioni di c.d. *pantouflage* con riferimento dipendenti della *stazione appaltante*, ossia Consip.

Contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso, la dichiarazione omessa dall’operatore non è assorbita dalla compilazione del punto 23 della domanda di partecipazione alla gara, atteso che nella predetta domanda si chiedeva di rendere la dichiarazione relativa al divieto di *pantouflage* con riferimento ai dipendenti della *committente*, ossia Sogei.

La ragione di questa differenza è spiegata in modo convincente dalla difesa di Consip, la quale ha rimarcato che il DGUE corrisponde a uno schema unico, di derivazione europea, per cui il disciplinare di gara ha semplicemente mutuato il predetto modello, ove la dichiarazione inerente al divieto di *pantouflage* è riferita testualmente ai (soli) dipendenti della stazione appaltante. È stato, invece, autonomamente redatto da Consip il modello della domanda di partecipazione alla gara, nel quale è stata inserita la dichiarazione attinente al rispetto del medesimo divieto con riferimento ai dipendenti della committente.

Le due dichiarazioni erano, pertanto, entrambe necessarie, perché avevano un diverso oggetto. Conseguentemente, la mancata integrazione della dichiarazione richiesta dal DGUE, entro il termine perentorio a tal fine assegnato dalla stazione appaltante, è stata correttamente posta alla base del provvedimento di esclusione.

11. Sotto altro profilo, non può poi ritenersi che la nota di soccorso istruttorio dovesse necessariamente essere trasmessa mediante PEC, dovendo reputarsi sufficiente, a questo fine, l’inserimento della predetta nota nel c.d. cruscotto del sistema informatico deputato alla gestione della gara.

11.1. Occorre premettere che, secondo quanto previsto dal bando di gara, *“Ciascun operatore elegge domicilio, anche ai sensi dell’art. 52 del D. Lgs. n. 50/2016, nell’area del Sistema ad esso dedicata e all’indirizzo di posta elettronica certificata indicato nella domanda di partecipazione”* (così il paragrafo VI.3, secondo capoverso, del bando).

Al riguardo, il disciplinare specifica, poi che *“Anche ai sensi dell’art. 52 del D. Lgs.n. 50/2016 e s.m.i. l’operatore economico con la presentazione dell’offerta elegge automaticamente domicilio nell’apposita “Area comunicazioni” ad esso riservata ai fini della ricezione di ogni comunicazione inerente la presente procedura. L’operatore economico elegge altresì domicilio presso la sede e l’indirizzo di posta elettronica certificata che indica al momento della presentazione dell’OFFERTA.*

Nel caso di indisponibilità del Sistema, e comunque in ogni caso in cui Consip lo riterrà opportuno, Consip invierà le comunicazioni inerenti la presente procedura per mezzo di posta elettronica certificata, indicato dal concorrente.

Ai medesimi fini, in caso di RTI o Consorzio ordinario di concorrenti ogni impresa facente parte del RTI o del Consorzio con la presentazione dell’offerta elegge automaticamente domicilio nell’apposita area del Sistema ad essa riservata.” (v. paragrafo 2.3, p. 50).

11.2. Dalle suddette previsioni discende pianamente che, in base alla *lex specialis* di gara: (i) il concorrente è raggiungibile da Consip sia mediante l’apposita “Area comunicazioni” a lui riservata nel sistema informatico di gestione della procedura, che mediante PEC; (ii) tra tali modalità di comunicazione, quella da considerare ordinaria è soltanto la prima (ossia l’inserimento della comunicazione nell’area riservata), mentre la seconda (ossia il ricorso alla PEC) ha carattere meramente accessorio e residuale, essendo riservata ai soli casi in cui – alternativamente – sia ritenuta opportuna da Consip oppure si verifichi un malfunzionamento del sistema.

11.3. Nel caso oggetto del presente giudizio, è incontrovertito che la nota di soccorso istruttorio sia stata inserita nel sistema e resa disponibile all’operatore il 26 ottobre 2018.

Consip afferma inoltre di aver inviato un’apposita comunicazione di cortesia, recante l’avviso del caricamento della nota, ai due indirizzi di posta elettronica ordinaria (non certificata) indicati quali referenti di contatto dallo stesso concorrente. La difesa della stazione appaltante ha allegato, inoltre, che uno dei predetti referenti risulterebbe aver effettivamente aver prelevato la nota dal sistema, quando il termine perentorio assegnato era ancora aperto.

Queste ultime affermazioni sono contestate dalla ricorrente, che in camera di consiglio ha sottolineato l’assenza di prova agli atti del giudizio dell’accesso al sistema da parte di un incaricato del concorrente. La parte, inoltre, ha sostenuto nel ricorso – come sopra detto – l’irrilevanza di eventuali mere comunicazioni di posta elettronica ordinaria.

Le circostanze contestate non sono tuttavia rilevanti, atteso che, a prescindere dal fatto che l’operatore abbia o non abbia avuto conoscenza effettiva della nota di esercizio del soccorso istruttorio, l’atto doveva comunque reputarsi da lui conoscibile a ogni effetto sin dalla data di inserimento nel sistema. E ciò in virtù dell’elezione di domicilio operata dal concorrente in base al bando e in conformità alle previsioni del disciplinare, le quali individuano la trasmissione della nota mediante l’inserimento nell’apposita “Area comunicazioni” del sistema quale modalità necessaria e sufficiente di comunicazione, come sopra illustrato.

11.4. Non può poi ritenersi che quanto stabilito sul punto dalla legge di gara si ponga in contrasto con alcuna delle previsioni normative invocate dalla ricorrente.

11.4.1. La parte allega, anzitutto la violazione di una serie di disposizioni del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e segnatamente degli articoli 3 (“Definizioni”), 30 (“Principi per l’aggiudicazione e l’esecuzione di appalti e concessioni”), 40 (“Obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione”), 41 (“Misure di semplificazione delle procedure di gara svolte da centrali di committenza”), 44 (“Digitalizzazione delle procedure”), 52 (“Regole applicabili alle comunicazioni”), 58 (“Procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione”) e 83 (“Criteri di selezione e soccorso istruttorio”).

La doglianza così formulata non può, tuttavia, essere condivisa, atteso che da nessuna delle disposizioni invocate dalla ricorrente – disposizioni che la parte peraltro richiama genericamente e in blocco, menzionando soltanto il numero dei predetti articoli del decreto legislativo n. 50 del 2016 nella rubrica del secondo motivo – risulta evincibile un obbligo della stazione appaltante di inviare necessariamente mediante PEC una comunicazione volta a esercitare il soccorso istruttorio nei confronti del concorrente.

Al riguardo, deve anzi osservarsi che, in un precedente relativo a un caso del tutto analogo, dal quale non si ravvisa ragione per discostarsi, la Sezione ha già avuto modo di escludere che, nell’ambito di una gara gestita mediante sistema informatico, sia riscontrabile un obbligo di trasmettere via PEC le richieste formulate dalla stazione appaltante ai fini del soccorso istruttorio (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 19 luglio 2018, n. 8223).

A questo esito la pronuncia richiamata è pervenuta rilevando che l’articolo 76, comma 6, del decreto legislativo n. 50 del 2016 non indica tali richieste tra le comunicazioni per le quali è previsto l’uso della posta elettronica certificata. Si è, perciò, concluso che *“Il legislatore ha (...) inteso prevedere un mezzo di comunicazione rafforzata di alcuni atti rispetto ad altri, atti tutti idonei a concludere in senso positivo (aggiudicazione, avvenuta stipula del contratto) o negativo (esclusione o decisione di non aggiudicare) la procedura e che certamente non hanno natura endoprocedimentale.*

Si tratta, inoltre, di atti che hanno tutti capacità lesiva immediata rispetto al concorrente e ai terzi partecipanti alla gara, capacità lesiva che, invece, non si può riconoscere alla richiesta di soccorso istruttorio, se non in via ipotetica e meramente potenziale, non essendo dato sapere al momento della sua comunicazione se la stessa verrà o meno ottemperata.”.

11.4.2. La ricorrente allega, ancora, la violazione del Codice dell’amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

La doglianza è, tuttavia, da ritenere inammissibile, in quanto formulata in termini generici, senza fare riferimento al contenuto di specifiche disposizioni del predetto Codice, e senza che – perciò – sia dato evincere quale divieto normativo sia stato violato.

11.5. Sotto altro profilo, non può infine ritenersi che Consip, essendosi riservata, in base al

disciplinare, di inviare comunicazioni via PEC ove lo avesse ritenuto opportuno, fosse tenuta ad avvalersi di questa modalità di comunicazione ai fini dell'esercizio del soccorso istruttorio.

Occorre, infatti, tenere presente che i partecipanti a una gara pubblica sono, per loro natura, operatori professionali. E rispetto a questa categoria di soggetti, la trasmissione di note mediante l'inserimento in un'apposita area dedicata, nell'ambito del sistema informatico di gestione della procedura, deve ritenersi una modalità di comunicazione del tutto adeguata e idonea a consentire la piena e tempestiva conoscenza degli atti da parte del concorrente. L'operatore professionale è, infatti, certamente in grado di monitorare il sistema, al fine di prendere conoscenza delle comunicazioni ivi inserite. E ciò – deve aggiungersi – tanto più laddove si tratti di un soggetto che si candidi ad assumere commesse di elevato valore economico, come nel caso oggetto del presente giudizio, poiché la partecipazione a gare di tale rilevanza non può che presupporre una solida organizzazione aziendale, capace di assicurare la pronta ed efficace interazione con la stazione appaltante, secondo le modalità espressamente stabilite dalla *lex specialis* di gara.

12. In definitiva, alla luce di quanto sin qui esposto, il ricorso deve essere respinto.

13. La complessità delle questioni affrontate sorregge, peraltro, la compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), 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 Roma nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Rita Tricarico, Consigliere

Floriana Venera Di Mauro, Primo Referendario, Estensore