

Gare telematiche: senza comunicazione via pec è illegittima la richiesta introduttiva del soccorso istruttorio della stazione appaltante

di Agostino Sola

Data di pubblicazione: 27-9-2021

“Nel caso di gara mediante piattaforma informatica deve ritenersi che, in assenza di diversa puntuale previsione, la richiesta introduttiva del soccorso istruttorio deve essere effettuata via pec, perché tale è il sistema di invio di comunicazioni con valore legale (ex art. 1, lett. v-bis, del d.lgs. n. 82 del 2005, secondo cui la posta elettronica certificata è il “sistema di comunicazione in grado di attestare l’invio e l’avvenuta consegna di un messaggio di posta elettronica e di fornire ricevute opponibili a terzi”) e l’unico idoneo a garantire la conoscenza delle comunicazioni a valenza individuale, con carattere necessariamente recettizio (che cioè, ai sensi dell’art. 1335 Cod. civ., si presumono conosciute nel momento in cui giungono all’indirizzo del destinatario), cui sono connessi non già “effetti ordinatori”, ma effetti potenzialmente espulsivi (si desume dall’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 che “in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara”).

Guida alla lettura

Durante lo svolgimento di una procedura di gara telematica, la stazione appaltante formulava una richiesta di soccorso istruttorio nei confronti di tutti gli operatori partecipanti. Tale richiesta non veniva trasmessa a mezzo pec ma “caricata” nella c.d. “Area Comunicazioni” della piattaforma telematica della gara; la stazione appaltante aveva poi inviato una mail ordinaria (c.d. di cortesia) all’indirizzo di posta elettronica ordinaria, indicato nella domanda di partecipazione alla gara, con cui si dava atto della presenza della predetta richiesta. La richiesta di soccorso istruttorio, formulata dalla stazione appaltante, prevedeva un termine perentorio di 10 giorni assegnato a pena di esclusione ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016.

La società ricorrente, non avendo preso visione di tale richiesta, veniva esclusa dalla gara.

Il provvedimento di esclusione veniva impugnato innanzi al TAR competente atteso che la società ricorrente non avrebbe avuto contezza della richiesta di soccorso istruttorio poiché non avrebbe né visionato in tempo utile la c.d. “Area Comunicazioni”, né ricevuto in tempo utile la mail ordinaria che sarebbe stata archiviata in via automatica dal gestore della propria casella postale nella c.d. cartella “posta indesiderata”.

Il giudice di prime cure, al pari del Consiglio di Stato, ha ritenuto fondata la pretesa dedotta in giudizio dalla società esclusa.

La questione giuridica su cui si sofferma la sentenza in commento consente di soffermarsi sulle **modalità di trasmissione delle comunicazioni di gara**.

Fatta esclusione di quei casi in cui la legge individua direttamente la posta elettronica certificata quale strumento di comunicazione individuale (cfr. art. 76, commi 5 e 6, d.lgs. n. 50/2016), la stazione appaltante, con valutazione discrezionale di opportunità e necessità, valuta quale sia lo strumento di comunicazione individuale più idoneo, previa indicazione nella documentazione di gara. L'assenza di una forma normativamente prevista di comunicazione dell'atto impone alla stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa, di scegliere la forma telematica più idonea di comunicazione, in relazione alla tipologia o al contenuto del provvedimento da comunicare, nel rispetto pur sempre dei principi imperativi posti dall'ordinamento a tutela del destinatario che si pongono quali limiti esterni all'esercizio della stessa discrezionalità.

Nel caso di specie, tuttavia, la *lex specialis* non indicava la modalità di attivazione del soccorso istruttorio e della relativa comunicazione.

Il Consiglio di Stato, dunque, ripercorrendo la giurisprudenza venutasi a creare in materia, ha infine stabilito che, in ragione della natura dell'atto, **la stazione appaltante debba comunicare via pec l'attivazione del soccorso istruttorio** in tutti quei casi in cui non vi sia una puntuale previsione della *lex specialis* che riconduca espressamente la richiesta introduttiva del soccorso istruttorio tra le comunicazioni effettuabili mediante la piattaforma informatica.

L'attivazione del soccorso istruttorio, infatti, presuppone una comunicazione di carattere **necessariamente recettizio**, cui sono connessi non già "effetti ordinatori", ma **effetti potenzialmente espulsivi** atteso che "*in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara*" (ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016). Occorre chiarire, infatti, che la richiesta di soccorso istruttorio non è atto lesivo e sfavorevole (poiché finalizzato ad evitare l'esclusione dalla gara di un operatore economico) ma produce effetti (potenzialmente) lesivi o sfavorevoli se la richiesta di soccorso istruttorio non viene riscontrata atteso che la mancata regolarizzazione nel termine assegnato, conduce all'esclusione del concorrente. Ed è in questi termini, allora, che il Consiglio di Stato ha chiarito che "*il rispetto del termine per l'integrazione documentale presuppone anzitutto l'intervenuta conoscenza, o, quanto meno, la conoscibilità, per presunzione legale, della richiesta*". Senza conoscenza o conoscibilità, non si può pretendere il rispetto del termine indicato.

Ulteriori argomentazioni di carattere assiologico depongono a sostegno della tesi per la quale l'attivazione del soccorso istruttorio deve essere comunicata a mezzo pec, onde evitare effetti sfavorevoli al concorrente che si vede escluso per non aver ricevuto, incolpevolmente, tale comunicazione.

Il riferimento assiologico è rivolto ai principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), ai principi di trasparenza, di parità di trattamento e di proporzionalità nell'affidamento dei contratti pubblici (art. 30 d.lgs. n. 50/2016)

nonché ai **principi di collaborazione e di buona fede nei rapporti con l'amministrazione** (artt. 1337 e 1375 c.c.; oggi espressamente dal nuovo comma 2bis dell'art. 1, l. n. 241/1990, secondo cui "*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*").

Ed ecco dunque che sarà onere della stazione appaltante garantire con ragionevole certezza che la comunicazione giunga a conoscenza del destinatario (tramite notifica a mezzo pec) in modo da poter desumere che il concorrente possa averne avuto contezza: ciò che rileva non è la natura lesiva *ex se* dell'atto da comunicare quanto piuttosto gli effetti che da questo derivano. In tal senso, ad esempio, si può osservare come il richiamato art. 76 d.lgs. n. 50/2016 prevede la comunicazione via pec solamente anche per atti privi di natura lesiva (quale l'aggiudicazione comunicata all'aggiudicatario).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9515 del 2020, proposto da Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Gi One s.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con Otima s.r.l. ed Estra s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Alpa, Patrizio Leozappa e Luca Di Donna, con domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Patrizio Leozappa in Roma, via Giovanni Antonelli, 15;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

C.P.M. Gestioni Termiche s.r.l., in proprio ed in qualità di mandataria del R.T.I. con FPM S.r.l. e CNP Energia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. II, n. 10550/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del R.T.I. Gi One;

Visto l'intervento *ad adiuvandum* del R.T.I. C.P.M. Gestioni Termiche s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2021 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Leozappa, Clarizia e dello Stato Adamo, in collegamento da remoto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La Consip s.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 16 ottobre 2020, n. 10550 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. II, che ha accolto il ricorso del R.T.I. con mandataria Gi One s.p.a. avverso il provvedimento in data 5 dicembre 2019, successivamente conosciuto, che ne ha disposto l'esclusione dalla procedura aperta telematica "*per l'affidamento di un accordo quadro per la gestione e l'efficientamento energetico degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà degli enti locali*", indetta nel dicembre 2018.

La controversia riguarda una gara suddivisa in 30 lotti per la stipula di altrettanti "accordi quadro"; rilevano qui però solamente i lotti da 1 a 21 (concernenti i c.d. "enti piccoli", cioè con popolazione inferiore a 2000 abitanti) per i quali il raggruppamento Gi.One ha presentato l'offerta (per un valore complessivo di euro 225.100.000,00).

Deduce l'appellante che, all'esito dell'esame della documentazione amministrativa presentata dai concorrenti, il competente ufficio Consip ha inoltrato ai vari concorrenti, in data 10 settembre 2019, la richiesta di chiarimenti e di soccorso istruttorio anche ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016; la richiesta è stata inviata tramite Sistema. Tutti i concorrenti (ad esclusione del raggruppamento Gi One) hanno tempestivamente riscontrato ed adempiuto alle richieste di Consip trasmettendo, tramite Sistema, quanto loro richiesto.

Con il ricorso di primo grado il raggruppamento Gi One ha impugnato il provvedimento di esclusione, motivato in considerazione del mancato riscontro nel termine perentorio (di 10 giorni) assegnato con la nota di soccorso istruttorio del 10 settembre 2019, deducendo l'illegittimità della trasmissione della richiesta documentale solamente attraverso Sistema (ed in particolare mediante inserimento nella c.d. "Area Comunicazioni" della piattaforma telematica riservata ai concorrenti, che peraltro genera automaticamente anche una *email* di

cortesia all'indirizzo di posta elettronica ordinaria indicato dai concorrenti stessi) e non anche tramite pec, che sarebbe, invece, stato l'unico strumento idoneo a garantire conoscenza legale della comunicazione ed a rendere imputabili al concorrente le conseguenze derivanti dal mancato riscontro della medesima. Ha allegato di non avere visionato in tempo utile la "Area Comunicazioni" e di non avere ricevuto la *email* di cortesia che sarebbe stata archiviata in via automatica dal gestore della propria casella postale tra la "posta indesiderata"; per le stesse ragioni ha impugnato, in via subordinata, anche la *lex specialis* di gara (in specie, l'art. 22 dell'Allegato 15 al bando di gara).

2. - La sentenza appellata, dopo avere richiesto ad entrambe le parti una relazione di chiarimenti, ha accolto il primo motivo di ricorso (mentre ha respinto il secondo ed assorbito il terzo). Precisato che la mancata comunicazione del provvedimento di esclusione mediante pec non ha inciso sulla validità dell'atto, ha ritenuto fondata la censura volta a contestare l'operato della stazione appaltante riguardante la trasmissione della richiesta di soccorso istruttorio di cui alla nota Consip del 10 settembre 2019. Sebbene il codice dei contratti pubblici non predetermini una specifica forma telematica di comunicazione della richiesta di soccorso istruttorio, la stessa doveva essere prevista dalla stazione appaltante. Ha rilevato la sentenza che una previsione siffatta non è contenuta nella *lex specialis* di gara con riguardo alla richiesta di soccorso istruttorio; *«difatti, sebbene l'art. 22 dell'Allegato 15 al Bando di gara ("Regole del sistema di e-procurement") stabilisce che "le eventuali richieste di chiarimenti, documenti, certificazioni, dovranno di regola essere effettuate utilizzando il Sistema ovvero l'Area Comunicazioni", non può ritenersi che tra le "richieste di chiarimenti" ivi contemplate rientri anche quella relativa al soccorso istruttorio disciplinata dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016. A tale conclusione vi si oppone la peculiare natura intrusiva e sfavorevole dell'atto, nonché lo speciale regime giuridico per esso previsto [...]»*. La sentenza ha precisato che *«la richiesta di soccorso istruttorio deve essere comunicata con forme telematiche tali da garantire con ragionevole certezza che la comunicazione sia giunta presso il domicilio elettronico del destinatario in modo da poter desumere che questi possa averne avuto contezza, salvo fornire idonea prova contraria»*. Ciò in quanto la richiesta di soccorso istruttorio ha natura di atto unilaterale recettizio a destinatario determinato, con la conseguenza che produce effetto nel momento in cui perviene al medesimo. L'assenza di certezza in ordine al recepimento della richiesta di soccorso istruttorio (mediante inserimento nella "Area Comunicazioni" e successiva *email* ordinaria) vizia la comunicazione in ragione delle conseguenze che discendono dalla natura e dal regime giuridico proprio dell'istituto.

3.- Con l'appello la Consip s.p.a. ha dedotto l'erroneità della sentenza per violazione del par. 2.3 del capitolato d'onere, ed anche dell'art. 22, comma 2, dell'Allegato 15 al capitolato (Regole generali dell'*e-Procurement*), clausole che prevedono espressamente che l'operatore economico con la presentazione dell'offerta elegga automaticamente domicilio nell'apposita "Area Comunicazioni" ai fini della ricezione di ogni comunicazione inerente la procedura, inclusa la richiesta di soccorso istruttorio. Assume ancora Consip che il Sistema opera come una pec, registrando, nei Log applicativi, la data e l'ora certa dell'invio della comunicazione, nonché la data della consegna. Inoltre la richiesta di soccorso è stata prelevata dall'utente, cioè inserita dal Sistema anche nel cruscotto personale dell'utente a seguito del suo *login* in data 11 settembre 2019. Consip ha altresì dedotto, quale ulteriore motivo, la violazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, nell'assunto che la richiesta di soccorso

istruttorio non sia un atto sfavorevole all'operatore economico, ma finalizzato al rispetto del *favor participationis*.

4. - Si è costituito in resistenza il R.T.I. Gi One chiedendo la reiezione del ricorso in appello e riproponendo, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., il terzo motivo del ricorso di primo grado, che è stato dichiarato assorbito dalla sentenza, e proposto, in via subordinata, avverso la *lex specialis* della gara (in particolare, avverso l'art. 22 dell'Allegato 15 al bando di gara) per violazione dell'art. 76, commi 5 e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016.

5. - E' intervenuto *ad adiuvandum* il R.T.I. tra la C.P.M. Gestioni Termiche s.r.l., la FPM s.r.l. e la CNP Energia s.p.a., aggiudicatario dei lotti nn. 5, 6, 7, 9, 11 e 13 della gara, contestati dall'appellato raggruppamento Gi One con apposita impugnativa dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio; l'interveniente ha inoltre eccepito la carenza di interesse al ricorso di primo grado nell'assunto che Gi One non possieda i requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016

6. - All'udienza pubblica del 24 giugno 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo di appello critica anzitutto la sentenza di primo grado laddove ha affermato che la *lex specialis* nulla dicesse in ordine alle modalità di trasmissione delle comunicazioni di gara, nell'assunto che, al contrario, sia il par. 2.3 del capitolato d'onori, sia l'art. 22, comma 2, delle Regole generali dell'*e-Procurement* (costituenti l'Allegato 15 al bando) prevedono, quale criterio generale, che la procedura telematica si svolga interamente nel Sistema, comprese le comunicazioni e gli scambi di informazioni; ciò in quanto l'Area Comunicazioni del Sistema, ove è previsto l'invio, costituisce il domicilio eletto dal concorrente con la presentazione dell'offerta. Per l'appellante, anche la richiesta di soccorso istruttorio rientra nell'alveo delle comunicazioni inerenti la procedura, dovendosi ritenere meramente esemplificativa l'elencazione di cui al predetto art. 22; se l'Area Comunicazioni costituisce domicilio eletto, le comunicazioni ivi effettuate devono considerarsi non solo correttamente effettuate, ma anche conosciute dal concorrente, o comunque conoscibili usando la dovuta diligenza. Nel caso di specie, la data di prelievo (in cui, cioè, la comunicazione è stata messa a disposizione dell'operatore economico mediante inserimento nel "cruscotto personale"), da parte dell'appellato raggruppamento, risale all'11 settembre 2019, mentre la data di lettura è quella del 13 dicembre 2019. Del resto, anche la pec, se non si accede al relativo *account* di posta elettronica, non garantisce che il destinatario prenda effettiva visione di quanto comunicatogli; in ogni caso, necessita un onere di diligenza, espressamente prescritto dall'art. 22, comma 5, delle regole di *e-Procurement* al fine di monitorare l'Area Comunicazione del Sistema.

Il motivo, pur nella serietà delle argomentazioni sviluppate, non appare meritevole di positiva valutazione.

Giova premettere una ricognizione della *lex specialis* al fine di meglio capire se nella stessa sia rinvenibile una disciplina specifica delle modalità di comunicazione concernenti il soccorso

istruttorio.

Procedendo per ordine, l'art. 2.3 del capitolato d'onere dispone 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».

Si desume dalla disposizione del capitolato d'onere anzitutto che con l'offerta l'operatore economico elegge domicilio nella "Area Comunicazioni" ai fini della ricezione delle comunicazioni relative alla procedura; ma detta elezione di domicilio non è esclusiva, essendo contestualmente effettuata presso la sede e l'indirizzo di posta elettronica certificata; inoltre Consip si riserva la valutazione se effettuare la comunicazione mediante pec, enucleando dunque una discrezionalità nelle modalità di comunicazione.

Procedendo ora alla disamina delle *"Regole del sistema di e-Procurement della pubblica amministrazione"*, di cui all'Allegato 15 al bando di gara, dotate ovviamente di maggiore specificità, anche sotto il profilo della competenza per materia, l'art. 22 conferma che, ai fini dell'utilizzo del Sistema, l'operatore elegge domicilio nella Area Comunicazioni e nelle altre sezioni del Sistema medesimo, nonché presso gli altri recapiti dichiarati, l'indirizzo di posta elettronica certificata e la sede legale. Il comma 2 dispone poi che *«tutte le comunicazioni effettuate dal Soggetto Aggiudicatore e dal Fornitore quali, a titolo esemplificativo, eventuali richieste di chiarimenti, documenti, certificazioni, dovranno di regola essere effettuate utilizzando il Sistema ovvero l'Area Comunicazioni e le altre sezioni del Sistema medesimo tramite le quali vengono fornite informazioni agli utenti. Il Fornitore e il Soggetto Aggiudicatore prendono atto che l'utilizzo dell'Area Comunicazioni nonché delle surrichiamate sezioni è esclusivamente riservato alle comunicazioni inerenti le operazioni compiute nel Sistema di e-Procurement. Non è pertanto ammesso l'impiego di tale Area o di dette sezioni per comunicazioni estranee o comunque non direttamente inerenti l'utilizzo predetto»*; il comma 3 aggiunge che *«Consip [...] utilizza di regola l'Area Comunicazioni e le altre sezioni informative del sistema per inviare e ricevere le comunicazioni con il Fornitore e il Soggetto Aggiudicatore inerenti gli strumenti di Acquisto/Negoziazione per i quali il Fornitore e il Soggetto Aggiudicatore sono abilitati o registrati. Laddove il Soggetto Aggiudicatore o Consip lo ritengano necessario (come ad esempio nel caso delle comunicazioni di cui all'art. 76, comma 6, del Codice dei Contratti Pubblici) od opportuno, le comunicazioni di cui al comma 2, potranno essere inviate al Fornitore presso altri recapiti da questo dichiarati, quali l'indirizzo di Posta Elettronica Certificata [...]»*.

Anche l'Allegato 15 conferma che, di regola, le comunicazioni avvengono utilizzando il sistema, mediante l'Area Comunicazioni, salvo che il soggetto aggiudicatore o Consip ritengano necessario (in conformità della disposizione di legge : art. 76, comma 6, del d.lgs. n.

50 del 2016) od opportuno effettuare le comunicazioni mediante altri recapiti, quali l'indirizzo pec; si prevede dunque il ricorso, da parte, della stazione appaltante, alla pec, non solo come scelta di opportunità, ma anche nei casi in cui è prevista dalla legge.

La *lex specialis* non contiene dunque una regolamentazione specifica della comunicazione della richiesta introduttiva della procedura di soccorso istruttorio; è vero che, per regola, la richiesta di chiarimenti deve essere effettuata attraverso il Sistema, ma è altrettanto vero che tale regola viene derogata nei casi in cui la norma impone una specifica forma di comunicazione, come pure nei casi in cui se ne ravvisi l'opportunità.

Ciò comporta, come primo passaggio, che i vari atti componenti la *lex specialis* (in particolare il capitolato d'onori, ed, ancora di più, le regole del sistema di *e-procurement*) non forniscono un quadro certo delle modalità in cui il soccorso istruttorio deve essere attivato, imponendosi, per la soluzione della questione, un approfondimento che tenga conto della natura del soccorso istruttorio.

Al riguardo, rileva anzitutto il Collegio che è ravvisabile, soprattutto nella giurisprudenza di primo grado, una diversità di opinioni; da una parte è ravvisabile l'orientamento secondo cui, specie nelle gare gestite mediante sistema informatico, non sussiste l'obbligo di trasmettere via pec le richieste rivolte ai concorrenti ai fini del soccorso istruttorio, nella considerazione che i partecipanti alla gara sono operatori professionali, per i quali la trasmissione della richiesta mediante l'inserimento in un'apposita area dedicata, deve ritenersi modalità adeguata ed idonea a consentire la piena e tempestiva conoscenza da parte del concorrente (T.A.R. Lazio, II, 9 agosto 2019, n. 10499), od anche nella considerazione che la richiesta di integrazione documentale di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 non è espressamente ricompresa tra gli atti cui è direttamente applicabile l'art. 76, comma 6, dello stesso *corpus* legislativo, in quanto atto con natura endoprocedimentale (T.A.R. Lazio, II, 19 luglio 2018, n. 8223). Un altro orientamento giurisprudenziale afferma invece che la richiesta di soccorso istruttorio debba avvenire mediante pec, imponendo degli incumbenti il cui mancato rispetto comporta come sanzione l'esclusione dalla gara (T.A.R. Toscana, III, 26 aprile 2017, n. 609), o comunque perché l'inserimento della richiesta di chiarimenti sulla piattaforma informatica dedicata alla gara non è oggettivamente sufficiente ad integrare adempimento degli oneri di comunicazione individuale a cui la stazione appaltante è tenuta trattandosi di informativa decisiva per evitare alla concorrente l'esclusione dalla gara (T.A.R. Lazio, III, 30 gennaio 2019, n. 1192).

Questa Sezione, in un caso fattualmente particolare in quanto caratterizzato dalla richiesta di soccorso successiva ad una seduta pubblica, ha affrontato il problema interpretativo, ritenendo l'insussistenza di un obbligo normativo di comunicazione del soccorso istruttorio mediante pec, nell'assunto che i partecipanti alla gara pubblica sono operatori professionali per i quali il sistema di gestione della gara in un'apposita area dedicata risultava adeguato (Cons. Stato, V, 9 novembre 2020, n. 6852).

Il Collegio ritiene, all'esito di ulteriore approfondimento, che la soluzione preferibile, in assenza di una previsione (nella specie, come detto, mancante), della *lex specialis* che riconduca espressamente la richiesta introduttiva del soccorso istruttorio tra le comunicazioni

effettuabili mediante la piattaforma informatica, sia quella per cui detta richiesta debba essere effettuata via pec, perché tale è il sistema di invio di comunicazioni con valore legale (ex art. 1, lett. v-bis, del d.lgs. n. 82 del 2005 la posta elettronica certificata è il “*sistema di comunicazione in grado di attestare l’invio e l’avvenuta consegna di un messaggio di posta elettronica e di fornire ricevute opponibili a terzi*”) e l’unico idoneo a garantire la conoscenza delle comunicazioni a valenza individuale, con carattere necessariamente recettizio (che cioè, ai sensi dell’art. 1335 Cod. civ., si presumono conosciute nel momento in cui giungono all’indirizzo del destinatario), cui sono connessi non già “effetti ordinatori”, ma effetti potenzialmente espulsivi (si desume dall’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 che “*in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara*”).

2. - Il secondo motivo di appello deduce poi la violazione dell’ora ricordato art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 con riguardo alla statuizione di primo grado che qualifica la richiesta di soccorso istruttorio come “atto unilaterale intrusivo sfavorevole”, assumendo come la stessa non abbia natura lesiva per il concorrente (essendo anzi ispirata al *favor participationis*), non potendosi dunque ricondurre nel novero degli atti, a carattere lesivo, per i quali l’art. 76, commi 5 e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 richiede la trasmissione via pec; ciò comporterebbe altresì che all’interprete non è consentito applicare modalità di relativa trasmissione equivalenti a quelle prescritte per gli atti lesivi.

Anche tale motivo è infondato.

Si è già trattato, al punto *sub* 1), lo stato della giurisprudenza in ordine alla comunicazione della richiesta di soccorso istruttorio, e si è addivenuti ad una soluzione basata al contempo sulla natura recettizia della richiesta di soccorso istruttorio, sulla disciplina legale delle comunicazioni digitali e sugli effetti potenzialmente espulsivi.

Appare al Collegio opportuno evidenziare che il soccorso istruttorio è un istituto di carattere generale, attuativo dell’art. 97 Cost., al fine dell’emanazione di un giusto provvedimento, idoneo a contemperare nel migliore modo tutti gli interessi, pubblici e privati, in gioco (Cons. Stato, II, 28 aprile 2021, n. 3432).

E’ dunque vero che la richiesta soccorso istruttorio non sia atto di per sé lesivo. Ma viene in questa sede in rilievo la modalità della comunicazione della richiesta di soccorso istruttorio, che è profilo parzialmente diverso sul piano propriamente effettuale. Invero, se il soccorso istruttorio di per sé è finalizzato ad evitare l’esclusione dalla gara di un operatore economico per la produzione di documentazione incompleta od irregolare sotto il profilo formale, e dunque istituto effettivamente ispirato al *favor participationis*, è altrettanto vero che in caso di mancata regolarizzazione nel termine (non superiore a dieci giorni) assegnato, il concorrente è escluso.

Evidentemente, il rispetto del termine per l’integrazione documentale presuppone anzitutto l’intervenuta conoscenza, o, quanto meno, la conoscibilità, per presunzione legale, della richiesta; ciò evidenzia come le modalità di comunicazione si pongono in rapporto biunivoco con l’esclusione, e dunque proprio con un effetto (potenzialmente) lesivo o sfavorevole.

Vale la pena comunque di sottolineare come l’art. 76 non stabilisca la comunicazione via pec

solamente per gli atti lesivi (tale non è l'aggiudicazione comunicata all'aggiudicatario : comma 5, lett. a), quanto piuttosto, a bene intendere il fondamento di razionalità della norma, con riguardo a provvedimenti importanti in relazione agli effetti (favorevoli o sfavorevoli) che producono. La disposizione si pone cioè nella prospettiva dell'idoneità del provvedimento (da comunicare via pec) ad esplicitare effetti costitutivi od estintivi (in senso lato) nella dinamica del procedimento di gara ed in tale direzione appare difficilmente contestabile che, ove non diversamente disposto in modo esplicito ed accompagnato da cautele dalla *lex specialis*, lo strumento di comunicazione proporzionato e coerente con gli immanenti principi della collaborazione e della buona fede (art. 1, comma 2-*bis*, della legge n. 241 del 1990), per la richiesta di soccorso istruttorio sia proprio la pec.

3. - La reiezione dell'appello di Consip ed in particolare l'assunto motivazionale secondo cui non è ravvisabile una clausola della *lex specialis* che imponga per la comunicazione della richiesta di soccorso istruttorio il caricamento nell'Area Comunicazioni della piattaforma telematica priva di interesse il motivo riproposto, in via gradata, dal R.T.I. Gi One s.p.a., avverso la *lex specialis* (ed in particolare avverso l'art. 22 dell'Allegato 15 al bando di gara).

4. - Resta da aggiungere che è inammissibile, sotto molteplici profili (che prescindono anche dalla tardività), attinenti sia al fatto che ineriscono attività valutativa non ancora svolta dalla stazione appaltante, sia al profilo soggettivo della legittimazione dell'interveniente, il motivo, svolto nell'intervento *ad adiuvandum*, con cui si eccepisce l'inammissibilità del ricorso di primo grado di Gi One s.p.a., che sarebbe priva dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo quanto risulterebbe attestato dall'esclusione subita in una pluralità di pregresse gare.

5. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va respinto.

La complessità della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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