

Sull'applicabilità dell'istituto del soccorso istruttorio in caso di anomalie del sistema telematico di gara

di Federico Muzzati

Data di pubblicazione: 1-2-2024

Il principio di leale collaborazione tra l'amministrazione e il privato, codificato nell'art. 1, comma 2-bis, l. n. 241/1990 e s.m.i., induce a ritenere applicabile l'istituto del soccorso istruttorio laddove, nello svolgimento delle operazioni di presentazione per via telematica della domanda di partecipazione, il candidato incontra ostacoli oggettivi, non imputabili in via esclusiva al privato (...) anche nel caso in cui egli non abbia dimostrato una brillante dimestichezza nell'utilizzo della metodologia digitale, ma l'amministrazione non abbia messo in campo idonei strumenti di accompagnamento alla procedura e di avvertenza in merito alle insidie che alcune dinamiche di avviamento della presentazione della candidatura avrebbe potuto evidenziare, laddove combinate con concomitanti operazione di altri candidati idonee a determinare uno stress di sistema.

N. 00295/2024 REG.PROV.COLL.

N. 04481/2023 REG.RIC.

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 4481 del 2023, proposto da Forint S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 904989626F, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Massignani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Bari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Chiara Lonero Baldassarra, Anna Lucia De Luca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Modit Group S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) n. 00351/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Bari;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2023 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Massignani e De Luca;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Forint S.p.A. (di seguito anche solo Forint) interpone appello avverso la sentenza del Tar Puglia, sede di Bari, sez. I, 22 febbraio 2023 n. 351, con cui si è rigettata l'impugnativa (con richiesta di subentro nel contratto eventualmente stipulato) proposta dalla stessa società avverso la determinazione dirigenziale n. 2022/10/00151 del 29 settembre 2022 del Dirigente della Ripartizione Stazione Unica Appaltante, Contratti e Gestione Lavori Pubblici del Comune di Bari, relativa all'aggiudicazione del lotto n. 1 alla controinteressata Modit Group S.r.l (di seguito Modit Group) della gara mediante procedura aperta telematica F22001 per l'affidamento dell'accordo quadro per la fornitura di vestiario pluristagionale del personale della Polizia Locale di Bari.

2. Dagli atti di causa risulta quanto di seguito indicato.

2.1. Il comune di Bari ha indetto una gara di appalto per l'affidamento della fornitura del vestiario pluristagionale (ivi compresi gli accessori, fregi e segni distintivi di ciascun Istruttore, Ufficiale e Dirigente/Comandante) del personale della Polizia locale di Bari, ripartito (cfr. la determinazione dirigenziale della Ripartizione Corpo di Polizia Municipale e Protezione civile del comune di Bari 2021/17770 del 29 dicembre 2021) in cinque lotti (lotto 1 - copricapo, camicie, maglieria, uniformi, soprabito ufficiali, lotto 2 - calzature, guanti, cinturoni, cinture, panciere, indumenti sottotuta termici, lotto 3 - giacconi operativi, lotto 4 - buffetteria, calze, lotto 5 - elmetti), per l'importo complessivo massimo stimato di euro 1.564.060,00, oltre I.V.A. (di cui euro 922.100,00 per il lotto 1, euro 229.800,00 per il lotto 2, euro 340.000,00 per il lotto 3, euro 31.010,00 per il lotto 4, euro 41.150,00 per il lotto 5), mediante esperimento di procedura aperta telematica, ai sensi degli artt. 59 e 60 del d.lgs. n. 50 del 2016, per la conclusione dei relativi distinti Accordi - quadro della durata di trentasei mesi, da aggiudicarsi per singoli lotti secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (costituita dall'offerta tecnica, in parte a valutazione discrezionale e in parte a valutazione automatica, nonché dall'offerta economica), sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ex art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016.

2.2. La società Forint, odierna appellante, ha partecipato alla selezione per l'affidamento del lotto n. 1 (copricapo, camicie, maglieria, uniformi, soprabito ufficiali), classificandosi al secondo posto (con totali punti 66,027, di cui punteggio tecnico 66,00 e punteggio economico 0,027, punteggio totale riparametrato 70,027), dopo la società Modit Group, risultata aggiudicataria prima graduata (con totali punti 88,5, di cui punteggio tecnico 58,5 e punteggio economico 30,00, punteggio totale riparametrato 92,045/100), in virtù della determinazione dirigenziale del comune di Bari Registro Direzione 2022/10/00151 del 29 settembre 2022, comunicata in pari data.

2.3. Avverso il provvedimento di aggiudicazione Forint è insorta con ricorso innanzi al Tar Puglia, sede di Bari, articolando le seguenti censure:

Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 1, 6, 7, 13, 16, 17 e 18 del bando di gara, 6 e 9 del disciplinare, art. 8 disciplinare tecnico, artt. 58 e 59 del d.lgs. n. 50 del 2016 - Eccesso di potere (disparità di trattamento - erronea valutazione dei fatti - difetto di istruttoria - carenza del presupposto - ingiustizia manifesta - violazione del giusto procedimento).

In tesi attorea il provvedimento di aggiudicazione in favore di Modit Group era da considerarsi illegittimo, attesa l'invalidità dell'offerta di tale concorrente in ragione della mancata presentazione (costituente obbligo insostituibile, nonché inequivoco e chiaro) sul portale telematico dell'offerta tecnico - qualitativa a valutazione discrezionale, sottoscritta digitalmente, in violazione della prescrizione dell'art. 18 del Bando di Gara (ragione per cui la stessa era stata inizialmente esclusa dalla Commissione Giudicatrice dal prosieguo delle operazioni di gara) nonché in considerazione del rilievo che all'interno dei cartoni contenenti il campionario, presentati da detta offerente, il documento intitolato "schede tecniche" era privo di qualsivoglia sottoscrizione.

2.3.1. Segnatamente Forint contestava le motivazioni in base alle quali, nonostante dette

violazioni, la Modit Group era stata infine ammessa al prosieguo della procedura di gara, assumendo in primo luogo l'inidoneità della giustificazione fornita dalla stessa Modit Group di non avere inserito l'offerta tecnica discrezionale a sistema - fondata sul presupposto che l'adempimento non era richiesto dalla piattaforma informatica come obbligatorio (non essendo stata flaggata la relativa opzione, come invece correttamente avvenuto per l'offerta tecnica quantitativa) - in quanto le imprese concorrenti avrebbero dovuto interpretare correttamente le disposizioni di gara, in specie le prevalenti previsioni del Bando, ed in secondo luogo che la circostanza che Modit Group avesse depositato, unitamente ai campioni, anche le schede tecniche, non consentiva di ritenere queste ultime equivalenti all'offerta tecnica a valutazione discrezionale, da presentarsi in via telematica, attesa anche l'assenza di sottoscrizione.

2.4. Con la memoria difensiva del 9 gennaio 2023, la Società ricorrente, preso atto dell'esecuzione anticipata in via di urgenza di parte della prestazione (cfr. la produzione documentale del comune di Bari del 4 gennaio 2023), ferma restando la domanda di subentro, richiedeva il ristoro per equivalente riguardo alla prestazione già eseguita, con rimessione al comune di Bari della formulazione della proposta di risarcimento, ex art. 34, comma 4, c.p.a..

3. Il giudice di *prime cure* ha respinto il ricorso facendo riferimento in particolare alle prescrizioni dell'art. 9 del disciplinare di gara ("*Procedura di gara e criterio di aggiudicazione*"), nonché all'art. 6 del medesimo Disciplinare, cui espressamente rinviava l'art. 13 del Bando di gara, rilevando inoltre che la Stazione appaltante non aveva indicato sulla piattaforma telematica, nell'apposita Sezione destinata all'allegazione dell'offerta tecnica, come obbligatoria la presentazione a mezzo piattaforma telematica dell' "*offerta tecnico-qualitativa a valutazione discrezionale*" (assenza del *flag* - circostanza concreta incontestata e, anzi, espressamente evidenziata - assumendone l'irrilevanza - dalla Società ricorrente): e ciò aveva sicuramente (e oggettivamente) configurato un' "*anomalia*" della configurazione telematica della gara, imputabile alla stessa Stazione appaltante.

3.1. Il Tar ha inoltre evidenziato che con la risposta alla FAQ in data 22 febbraio 2022, alla specifica richiesta di confermare se le schede tecniche descrittive dei capi dovessero essere inviate in cartaceo insieme ai campioni, l'Amministrazione rispondeva che: "*L'articolo 6 del Disciplinare reca precise indicazioni sulle modalità di presentazione dei campioni, disponendo che ciascun campione, inserito in singolo involucro, sia accompagnato ovvero inserito nei rispettivi contenitori unitamente ad apposita corrispondente scheda tecnica descrittiva*".

3.2. Ciò posto, il primo giudice ha rigettato il ricorso, osservando che nel termine prescritto di ricezione delle offerte, la Modit Group:

- aveva regolarmente caricato a sistema, in via telematica, la sua offerta, per la parte amministrativa, economica e tecnico-qualitativa a valutazione automatica (servizi post-vendita), cioè per le parti indicate sulla piattaforma telematica predisposta dalla stessa Stazione appaltante come "documento obbligatorio";
- aveva fatto pervenire, a completamento dell'offerta presentata in via telematica, quanto alla parte di offerta tecnico - qualitativa a valutazione discrezionale, nei perentori termini imposti dalla *lex specialis* (cfr. il verbale del 18 marzo 2022 del Seggio di gara), in contenitore sigillato,

la campionatura, in uno alle apposite corrispondenti schede tecniche descrittive in formato cartaceo, prescritte dalla stessa legge di gara (adempimento, d'altro canto, imposto con espressa e testuale comminatoria di esclusione - cfr. l'art. 13 del Bando e l'art. 6 del Disciplinare), contenenti, appunto, la descrizione tecnica dei capi di vestiario proposti, le cui qualità e caratteristiche estetico - funzionali, costituenti i parametri della valutazione tecnico discrezionale della Commissione, potevano essere da quest'ultima apprezzate unicamente tramite l'esame dei campioni richiesti dalla *lex specialis*, idonei di per sé, in uno e contestualmente alle prescritte schede tecniche, a consentire alla Stazione appaltante il consapevole e compiuto svolgimento del giudizio tecnico - discrezionale sull'offerta e, qualora necessario, anche di equivalenza dei requisiti del prodotto offerto alle specifiche tecniche.

Il Tar ha pertanto ritenuto che le clausole della *lex specialis* di gara, delle quali la Società ricorrente censurava la violazione, non attenessero, nel complesso della legge di gara come in concreto formulata, alla completezza dell'offerta, ma alle sole modalità di presentazione della medesima, con riferimento alle quali - però - era stata la stessa Amministrazione ad aver indotto in errore i partecipanti (attesa l'assenza di *flag* con riferimento alla presentazione obbligatoria in via telematica dell'offerta tecnica a valutazione discrezionale e l'analogo errore in cui era incorso altro operatore economico nella selezione per diverso lotto).

Pertanto, secondo il giudice di *prime cure*, la stazione appaltante aveva correttamente operato nel rispetto del principio di leale collaborazione e del principio eurounitario di massima partecipazione.

E' stata parimenti disattesa la dedotta violazione dei principi relativi al "soccorso istruttorio", evidenziando che l'offerta era stata regolarmente caricata sulla piattaforma informatica rispetto a tutti i documenti ivi indicati come "obbligatorie" e che la campionatura, in uno alle schede tecniche descrittive, era pervenuta all'indirizzo fisico dell'Amministrazione in contenitore sigillato, senza che il contenuto dell'offerta fosse stato modificato o integrato dopo il suo deposito (cfr. i verbali del 26 maggio 2022 e del 15 giugno 2022, in presenza in seduta pubblica): la Stazione appaltante aveva, quindi, accettato una parte dell'offerta in modalità diversa da quella telematica (secondo le prescrizioni della stessa *lex specialis*), già comunque avvenuta in forma segreta e nei termini perentori prescritti.

4. Avverso tale sentenza con l'odierno atto di appello la Forint ha articolato le seguenti censure:

Error in iudicando: erroneità e difetto di motivazione della sentenza, che ha ritenuto corretta l'ammissione alla procedura selettiva della Modit Group srl e regolare e completa l'offerta presentata dalla controinteressata, in violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara (artt. 1, 6, 7, 13, 16, 17 e 18 del bando di gara, 6 e 9 del Disciplinare, art. 8 Disciplinare Tecnico) e del d.lgs. n. 50 del 2016, artt. 58 e 59, dei principi di autovincolo, di *par condicio competitorum*, di autoresponsabilità dei concorrenti e di divieto di soccorso istruttorio; erronea valutazione dei fatti ed ingiustizia manifesta.

5. Si è costituito il Comune di Bari con articolata memoria difensiva, instando per il rigetto dell'appello.

6. In vista dell'udienza di discussione parte appellante ha prodotto memoria di discussione diretta ex art. 73 comma 1 c.p.a. per replicare alle difese del Comune contenute nella memoria di costituzione, cui il Comune ha controdedotto con la memoria di replica depositata in data 20 settembre 2023.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 5 ottobre 2023.

DIRITTO

8. Con l'unico articolato motivo di gravame la Forint critica la sentenza di *prime cure* per avere ritenuto corretto l'operato della Commissione Giudicatrice che aveva disposto l'ammissione al prosieguo della procedura di gara del concorrente Modit Group, risultato poi aggiudicatario del lotto n. 1 *de quo agitur*, incorso in errore in sede di presentazione sulla piattaforma telematica di una parte/componente della offerta (quella tecnica qualitativa a valutazione discrezionale) per la mancata apposizione sulla piattaforma telematica del relativo *flag* indicante l'obbligatorietà di tale presentazione.

8.1. Segnatamente, secondo parte appellante, la sentenza sarebbe innanzitutto il frutto di una lettura parziale ed incompleta delle regole di gara, condotta in difformità dai principi ermeneutici consolidati e costantemente ribaditi dalla giurisprudenza, per cui il primo giudice aveva disatteso le chiare prescrizioni del Bando di gara in ordine alla presentazione dell'offerta tecnica ed *in primis* l'art. 18, ritenendole non attinenti "*alla completezza dell'offerta, ma alle sole modalità di presentazione della medesima*", concludendo infine nel senso che "*la diversa modalità formale telematica prevista dal bando per la presentazione della singola componente dell'offerta risulta in concreto irrilevante*" (punto 3.5).

8.2. In tesi attorea il complesso delle disposizioni che regolano la procedura di gara indicava per contro con nettezza l'obbligo di presentazione telematica dell'offerta, composta dall'offerta tecnica (qualitativa e quantitativa) e da quella economica; né tale obbligo poteva intendersi surrogabile con alcuna diversa ed alternativa formalità ("*cartacea o a mezzo pec o qualsivoglia altra modalità*"), ritenuta per ciò stesso invalida.

8.2.1. Pertanto - come aveva inizialmente e con immediatezza constatato la stessa Commissione Giudicatrice nel verbale n. 3 del 16.05.2022 – risulterebbe innanzitutto violato l'art.18 del Bando di gara, relativo alle "*Modalità di presentazione dell'offerta*".

8.3. Era inoltre stabilito in detto disposto del Bando di gara che "*Il concorrente dovrà firmare digitalmente*" entrambe le componenti dell'offerta, tecnico-qualitativa a valutazione discrezionale e tecnico quantitativa a valutazione automatica, ed effettuare il relativo "caricamento a sistema".

8.3.1. Tale disposizione, in tesi di parte appellante, andrebbe altresì letta in raccordo con il precedente art. 1 del medesimo Bando, che precisava che "*non saranno ritenute valide le offerte presentate in forma cartacea o a mezzo pec o qualsivoglia altra modalità di presentazione*", tenuto conto della "*modalità telematica di svolgimento delle procedure di gara bandite dal Comune di Bari, che assicura l'integrità delle offerte nonché la tracciabilità di ogni*

operazione compiuta” (a sua volta motivata anche dal permanere dello stato di emergenza e dell’esigenza di contenimento dell’epidemia).

8.3.2. Il medesimo principio era ribadito all’art.6 del Bando “(termine di ricezione delle offerte)” che prescriveva che *“il plico telematico per l’ammissione alla gara dovrà pervenire mediante l’utilizzo della piattaforma telematica ... entro il termine perentorio”* e che *“oltre tale termine il sistema non consentirà la trasmissione dell’offerta e non sarà ritenuta valida alcun’altra offerta...”*

8.3.3. A sua volta l’art. 7 del bando specificava che *“le operazioni di verifica formale della documentazione prodotta dai ricorrenti ai fini dell’ammissione alla gara”* si svolgeranno in remoto, procedendo preliminarmente la Commissione Giudicatrice alla *“verifica formale del contenuto del plico “offerta tecnico qualitativa” rispetto alle prescrizioni del presente Bando e del Disciplinare di gara”*.

8.3.4. Ancora l’art.16 elencava *“la documentazione per la partecipazione alla gara da presentare esclusivamente attraverso la piattaforma informatica”*, segnalando che *“per eventuali difficoltà in fase di caricamento della documentazione e di invio dell’offerta si invita a contattare il Servizio Supporto Operatori Economici”*.

8.3.5. La necessità della completezza e regolarità formale dell’offerta tecnica si desumerebbe, in tesi di parte appellante, anche dall’art. 8 del Capitolato Tecnico (*“conclusione dell’accordo quadro e stipula del relativo contratto”*) laddove stabilisce che, del contratto quadro stipulato dall’amministrazione, faranno *“parte integrante”*, il capitolato, il disciplinare di gara, nonché, appunto, *“l’offerta tecnica ed economica dell’aggiudicatario”*.

8.4. Pertanto la stazione appaltante essendosi autovincolata all’osservanza delle prescrizioni della *lex specialis di gara* non poteva ammettere offerte presentate con diversa modalità.

La sanzione di invalidità dell’offerta presentata in forme diverse da quella effettuata tramite la piattaforma telematica assumerebbe infatti, in tesi attorea, portata e significato del tutto equivalenti all’espressa previsione di esclusione.

8.5. Il primo giudice per contro aveva mostrato di attribuire erroneamente alla piattaforma telematica di gara, ed all’omessa indicazione in essa del *flag* di obbligatorietà sull’offerta tecnica qualitativa discrezionale, un valore pari o superiore alle prescrizioni del Bando, in contraddizione con i chiari principi di sovraordinazione e prevalenza dello stesso rispetto ad altre fonti, espressamente affermati nel Bando medesimo.

8.6. Erronea del pari in tesi attorea sarebbe l’affermazione formulata in sentenza della *“ambiguità”* del Bando, sempre desunta dalla *“assenza del flag di obbligatorietà”*, ignorando di considerare le menzionate disposizioni del Bando, dalle quali emergeva con nettezza l’obbligo di presentazione telematica dell’offerta dei concorrenti, composta dall’offerta tecnica - sia qualitativa, sia quantitativa, da firmare entrambe digitalmente e da inserire mediante caricamento a sistema in due separate sezioni della busta telematica dell’offerta tecnica - e da quella economica (soggetta alle medesime forme), obbligo non surrogabile con

alcuna diversa ed alternativa formalità (“cartacea o a mezzo pec o qualsivoglia altra modalità”), ritenuta per ciò stesso invalida.

8.7. Il Tar, addebitando erroneamente alla Stazione appaltante la responsabilità esclusiva dell'incompletezza dell'offerta di Modit Group srl (“...è la stessa Amministrazione ad aver indotto in errore i partecipanti...”), aveva disconosciuto anche il principio di autoresponsabilità dei concorrenti, che impone agli stessi di leggere ed interpretare il bando di gara e di conformare ad esso la propria azione.

Era pertanto poi indubbio che, in caso di discordanza, le previsioni del Bando dovessero prevalere su diverse previsioni, trattandosi di principio espressamente ribadito nello stesso Bando di gara con riferimento al Disciplinare ed al Capitolato, neppure essendo ovviamente contemplata come fonte regolamentare la piattaforma informatica.

8.8. La sentenza aveva qualificato come "anomalia" del sistema la mancanza nella piattaforma telematica del *flag* di obbligatorietà, giudicando che essa fosse tale da indurre “in errore i partecipanti”.

Nell'affermare ciò il Tar pugliese aveva errato, non considerando che l'assenza del *flag* non costituiva un malfunzionamento del sistema, e segnatamente non precludeva affatto agli operatori la presentazione di un'offerta conforme alle regole di gara, quali innanzi esposte.

8.9. Inoltre il Tar non aveva considerato il fatto che, con i chiarimenti resi tramite FAQ, la Stazione appaltante aveva ribadito che i concorrenti dovevano provvedere alla presentazione sia dell'offerta tecnica telematica, a valutazione discrezionale ed automatica, sia del campionario fisico con le schede

tecniche, secondo le rispettive modalità previste dalla disciplina di gara.

Il primo giudice aveva al riguardo fatto unicamente richiamo alla comunicazione n.11 del 22.02.2022, relativa all'invio delle schede tecniche unitamente ai campioni, non considerando immotivatamente in alcun modo la successiva comunicazione n. 22 dell'11.03.2022, con la quale si era chiarito, in specifico riguardo all'offerta tecnica a valutazione discrezionale che “*Il contenuto è quello indicato nei documenti di gara. La tempistica e le modalità di caricamento per la presentazione delle offerte sono quelle indicate agli art. 18 e 19 del Bando di gara.*”

8.10. Il primo giudice affermando che la Commissione Giudicatrice aveva “*correttamente operato ammettendo alla procedura selettiva l'operatore Modit Group*” aveva ritenuto legittima la presentazione da parte di un operatore economico di un'offerta in modalità diversa da quella prevista dalla *lex specialis* di gara (“...*ha accettato una parte dell'offerta in modalità diversa da quella telematica...*”), disattendendo i principi di *par condicio competitorum*.

8.11. La circostanza che Modit Group avesse depositato, unitamente ai campioni, anche le schede tecniche, non consentiva di ritenere queste ultime equivalenti all'offerta tecnica discrezionale da presentarsi in via telematica.

Ciò per un duplice ordine di motivi: *in primis* perché il Disciplinare già prevedeva che, unitamente al campionario, fossero depositate anche le schede tecniche, non potendo dunque le stesse assolvere, al contempo, al diverso ed ulteriore onere della presentazione dell'offerta tecnico qualitativa; in secondo luogo perché, per ritenere correttamente formulata l'offerta tecnica discrezionale di cui all'art.18, era inoltre necessaria la sottoscrizione della stessa, nel caso di specie del tutto assente.

8.12. In tesi attorea il percorso argomentativo seguito dal giudice pugliese avrebbe in sostanza inammissibilmente avallato una interpretazione parzialmente abrogatrice delle prescrizioni di gara, consentendo alla Stazione appaltante di modificare, a posteriori, le determinazioni assunte al momento della formazione delle regole della procedura concorsuale, dalle quali si desumeva, senza incertezza, che la presentazione dell'offerta discrezionale in via telematica era necessaria, al pari della

presentazione del campionario e delle schede cartacee, la quale si aggiungeva ad essa, e non certo la sostituiva.

Ed infatti, l'art. 13 del Bando e gli articoli 6 e 9 del Disciplinare, nello stabilire le regole di presentazione del campionario, non derogavano affatto all'art. 18 in ordine alla presentazione dell'offerta telematica.

La dedotta circostanza che la Commissione Giudicatrice potesse comunque compiere la valutazione dei capi e dei loro requisiti non era sufficiente a disattendere la necessità che l'offerta telematica presentata dai concorrenti fosse completa e conforme ai requisiti previsti dal Bando, a pena di invalidità.

8.13. La "validazione" da parte della Stazione appaltante dell'offerta tecnica discrezionale di Modit Group srl, nonostante la conclamata inammissibilità della stessa, presentata con modalità divergenti rispetto a quella prevista come unica ed esclusiva dal Bando e tali da doverne necessariamente determinare l'esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica, costituirebbe dunque, in tesi attorea, sia una manifesta violazione della legge di gara, sia un aggiramento dei principi di trasparenza e parità di trattamento dei partecipanti.

8.14. La decisione di *prime cure* sarebbe inoltre viziata laddove, ritenendo legittima l'accettazione da parte della Commissione Giudicatrice di una parte dell'offerta di Modit Group in modalità diversa da quella telematica, aveva disatteso il divieto normativo di soccorso istruttorio sull'offerta tecnica.

Posto che la completezza dell'offerta implicava la necessaria presentazione telematica sia dell'offerta tecnica a valutazione discrezionale, sia di quella a valutazione automatica, nonché di quella economica, ognuna firmata digitalmente e caricata nella rispettiva sezione della piattaforma, risultava inevitabile concludere che l'accettazione di "*parte dell'offerta in modalità diversa da quella telematica*" configurava esattamente un inammissibile soccorso istruttorio.

8.15. La pronuncia di *prime cure* inoltre, secondo parte appellante, sarebbe altresì errata nella parte in cui aveva ritenuto riconducibile alla concorrente un'offerta tecnica che, quanto alla

parte soggetta a valutazione discrezionale, era priva di sottoscrizione, sia digitale sia analogica.

8.16. Erronea sarebbe del pari l'affermazione secondo cui la garanzia di "segretezza" non era violata, non essendo in contestazione "l'integrità dei plichi pervenuti" essendo la lesione comunque integrata anche dalla minore affidabilità della presentazione cartacea e dal connesso maggior rischio o sospetto di possibili violazioni.

9. Preliminarmente, onde delibare le censure articolate da parte appellante, giova richiamare la giurisprudenza in materia di interpretazione della *lex specialis* di gara.

9.1. Giova precisare, come anche ritenuto da questa Sezione (ex multis Cons. Stato Sez. V, 31/10/2022, n. 9386) che nelle gare pubbliche, nell'interpretazione della *lex specialis* di gara devono trovare applicazione le norme in materia di contratti, e dunque anzitutto i criteri letterale e sistematico previsti dagli artt. 1362 e 1363 cod. civ..

Ciò significa che ai fini dell'interpretazione della *lex specialis* devono essere applicate anche le regole di cui all'art. 1363 cod. civ., con la conseguenza che le clausole previste si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo ad esse il senso che risulta dal complesso dell'atto. Pertanto se un'aporia tra i vari documenti costituenti la *lex specialis* impedisce l'interpretazione in termini strettamente letterali, è proprio la tutela dei principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti che conduce all'interpretazione complessiva o sistematica delle varie clausole.

Le preminenti esigenze di certezza, connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti, impongono pertanto in primo luogo di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale. Secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara, aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (cfr. Cons. Stato, IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; V, 15 aprile 2004, n. 2162)" (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017 n. 4307).

9.2. Peraltro, se il dato testuale presenti evidenti ambiguità, l'interprete, in forza del principio di *favor participationis*, deve prescegliere il significato più favorevole al concorrente (ex multis, Consiglio di Stato sez. V, 20 luglio 2023 n. n.7113; 29 novembre 2022, n. 10491; 4 ottobre 2022, n. 8481; 2 marzo 2022 n. 1486; 6 agosto 2021, n. 5781; 8 aprile 2021, n. 2844; 8 gennaio 2021, n. 298; III, 24 novembre 2020, n. 7345; 15 febbraio 2021, n. 1322; VI, 6 marzo 2018, n. 1447; V, 27 maggio 2014, n. 2709).

Pertanto in presenza di clausole ambigue o di dubbio significato della *lex specialis* delle procedure di evidenza pubblica, in ossequio al principio del *favor participationis* - che sottende anche l'interesse pubblico al massimo dispiegarsi del confronto concorrenziale, inteso all'individuazione dell'offerta maggiormente vantaggiosa e conveniente per l'Amministrazione

appaltante - deve privilegiarsi l'interpretazione che favorisca l'ammissione alla gara piuttosto che quella che la ostacoli (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14.5.2018, n. 2852; in senso analogo Cons. giust. amm. Sicilia, 20/12/2010, n. 1515 secondo cui *"In caso di clausole equivoche o di dubbio significato, debba preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara piuttosto che quella dalla quale derivino ostacoli, e sia meno favorevole alle formalità inutili; ciò anche al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'amministrazione"*). Inoltre, le clausole ambigue del bando di gara vanno interpretate anche in coerenza con le previsioni del codice dei contratti pubblici, a partire dal principio di tassatività delle cause di esclusione, con conseguente nullità degli atti adottati in contrasto con lo stesso.

9.2.1. In tale ottica è stato anche di recente condivisibilmente osservato al riguardo da questa Sezione che a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale" (*ex multis*, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26/05/2023 n. 5203; Id 5.10.2017, n. 4644; id. 5.07.2017, n. 3302).

10. Sempre preliminarmente giova riportare le disposizioni della *lex specialis* prescriventi le modalità di presentazione e di valutazione dell'offerta, sia economica che tecnica, a sua volta distinta in offerta tecnica a valutazione discrezionale – in relazione alla quale l'attribuzione dei punteggi è da relazionarsi alla disamina dei campioni e delle correlative schede tecniche, venendo in rilievo una gara campionata – e in offerta tecnica quantitativa a valutazione automatica, fondata sull'offerta dei servizi postvendita.

10.1. L'art. 1 del Bando "Oggetto": gara telematica per F22001 *"fornitura di vestiario per il personale del corpo di polizia locale del comune di Bari"* in esecuzione della Determinazione Dirigenziale Ripartizione Corpo di Polizia Municipale e Protezione Civile n. 2021/220/00729 del 29.12.2021, da realizzarsi mediante la conclusione di cinque Accordi Quadro[...] prescrive *"Al momento della pubblicazione del presente bando, nel permanere dello stato di emergenza presente sull'intero territorio nazionale correlato alla diffusione del COVID -19 e tenuto conto della modalità telematica di svolgimento delle procedure di gara bandite dal Comune di Bari, che assicura l'integrità delle offerte nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta, tutti i concorrenti sono invitati ad assistere da remoto alle sedute di gara nella Sezione "Bandi di gara e Contratti" del sito internet dell'Ente, tramite l'autenticazione nella Sezione "Accesso Operatore Economico" al fine di contenere e gestire l'emergenza epidemiologica come disposto dall'art 87, D.L. 17.03.2020 n. 18 s.m.i. e dagli ulteriori provvedimenti normativi di contenimento dell'epidemia da COVID-19.*

Non saranno ritenute valide le offerte presentate in forma cartacea o a mezzo pec o qualsivoglia altra modalità di presentazione.

In caso di discordanza tra le previsioni del presente bando e quelle del disciplinare e del capitolato, prevarranno le prime.

Per partecipare occorre:

-collegarsi al sito www.comune.bari.it e registrarsi al Portale Appalti, attivando la funzione "Registrati" presente nella sezione Bandi di gara e contratti - "Accesso Operatori Economici";

-accedere nella sezione "Accesso Operatori Economici" con le credenziali ottenute in fase di iscrizione;

-prendere visione delle istruzioni per partecipare alla gara telematica fornite nel "Manuale Operativo partecipazione Gare Telematiche" allegato al presente bando di gara;

- firma digitale valida del soggetto che sottoscrive l'istanza di partecipazione e l'offerta.

[...].

10.2. L'art. 13 "Campionario" del medesimo Bando di gara prescrive "Ciascun operatore economico dovrà consegnare il Campionario per ciascun lotto per il quale partecipa, a pena di esclusione, entro il termine stabilito nel bando di gara per la presentazione delle offerte, in apposito contenitore/i sigillato/i riportante all'esterno etichetta con i dati dell'operatore economico partecipante, i riferimenti alla gara e la precisazione "Contiene campioni Lotto n. 1/2/3/4/5" (precisare numero lotto al quale sono riferiti) al Comando di Polizia Locale Ufficio Approvvigionamenti Comune di Bari, in Bari - via Paolo Aquilino n° 1.

Circa la modalità di presentazione del campionario si rinvia integralmente all'art. 6 del Disciplinare".

10.3. L'art. 6 del Disciplinare del pari rubricato "Campionario", cui rinvia detta prescrizione, a sua volta prevede "Ciascun operatore economico dovrà consegnare il Campionario per ciascun lotto per il quale partecipa, a pena di esclusione, entro il termine stabilito nel bando di gara per la presentazione delle offerte, in apposito contenitore/i sigillato/i riportante all'esterno etichetta con i dati dell'operatore economico partecipante, i riferimenti alla gara e la precisazione "Contiene campioni Lotto n. 1/2/3/4/5" (precisare numero lotto al quale sono riferiti) al Comando di Polizia Locale Ufficio Approvvigionamenti Comune di Bari, in Bari - via Paolo Aquilino n° 1.

Per ciascun lotto, in relazione al quale viene formulata offerta, nei rispettivi contenitori dovranno essere inseriti i campioni corrispondenti a ciascun dei seguenti capi, nella misura indicata nelle tabelle di seguito riportate unitamente ad apposita corrispondente scheda tecnica descrittiva [...].

Ogni campione, completo di accessori qualora previsti, dovrà essere inserito in un singolo involucro con applicato all'esterno etichetta riportante i dati dell'operatore economico partecipante e al campione contenuto nell'involucro stesso specificando sullo stesso il codice articolo indicato nelle schede prodotto allegate al capitolato. I campioni prodotti dovranno essere conformi alle prescrizioni tecniche del Capitolato e a quelle migliorative offerte in sede di gara, e dotati dell'etichettatura prescritta dalla legge e dai CAM.

[...].

L'Amministrazione, al fine di verificare la qualità e la rispondenza ai parametri previsti, ha la facoltà di sottoporre gli articoli campionati o parte di essi, a propria discrezione, a prove, che potrebbero provocare danneggiamenti agli stessi, senza nulla a pretendere da parte dell'impresa.

[...].

10.4. L'art. 18 del Bando "Modalità di presentazione dell'offerta" prescrive: "l'offerta dovrà essere costituita dall'offerta tecnica e dall'offerta economica.

L'offerta tecnica dovrà essere redatta separatamente per ciascun lotto di gara per il quale si partecipa, in riferimento a ciascun elemento e sub-elemento di valutazione, tenendo conto di tutte le prescrizioni di cui all'art. 9 del Disciplinare, cui si fa espresso rinvio.

L'offerta tecnica a valutazione discrezionale di cui all'art. 9 criteri sub 1) Qualità dei beni campionati e sub 2) Caratteristiche estetico funzionali (comodità), andrà inserita nella busta telematica "offerta tecnica", nella sezione denominata "offerta tecnico-qualitativa a valutazione discrezionale".

L'offerta tecnica a valutazione automatica riferita al criterio sub 3) Servizi post vendita e ai relativi sub criteri previsti per ciascun lotto di cui al predetto art. 9 andrà inserita nella busta telematica "Offerta tecnica", nella sezione denominata "Offerta tecnico-quantitativa a valutazione automatica".

L'apertura dell'offerta tecnico-quantitativa a valutazione automatica di ciascun concorrente e l'attribuzione del punteggio automatico avverrà in remoto secondo le modalità sopra esposte, dopo aver reso noto l'esito della valutazione delle offerte tecnico-qualitative.

Il concorrente dovrà firmare digitalmente l'offerta tecnico-qualitativa a valutazione discrezionale e, quindi, effettuare il caricamento a sistema (c.d. upload) del file ottenuto nella sezione recante la dicitura "Offerta tecnico-qualitativa a valutazione discrezionale".

Del pari, dovrà firmare digitalmente l'offerta tecnico-quantitativa a valutazione automatica e, quindi, effettuare il caricamento a sistema (c.d. upload) del file ottenuto nella sezione recante la dicitura "Offerta tecnico-quantitativa a valutazione automatica".

L'offerta economica dovrà essere formulata separatamente e per ciascun lotto di gara per il quale si intende partecipare, mediante compilazione del modello "Offerta economica" secondo quanto disposto dall'art. 9 del disciplinare, cui si rinvia.

L'offerta economica, a pena di esclusione, non dovrà essere contenuta nella sezione dedicata all'offerta tecnica [...].

10.5. L'art. 9 del Disciplinare "Procedura di gara e criterio di aggiudicazione" cui rinvia il citato

art. 18 del Bando prevede: *“L’aggiudicazione dell’accordo per ciascuno dei cinque lotti di gara della fornitura del vestiario e dei relativi accessori del personale della Polizia Locale di Bari sarà effettuata con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base dei criteri e sub criteri sotto indicati, per ciascun lotto come indicato nella tabella di seguito riportato:*

Criterio Qualità dei beni campionati, punteggio 30, valutazione discrezionale;

Criterio Caratteristico estetico funzionali (comodità), punteggio 20, valutazione discrezionale;

Criterio Servizio post- vendita, punteggio 20, valutazione automatica.

Il punteggio relativo all’offerta tecnica sarà assegnato ad insindacabile giudizio da una Commissione, valutato per ciascun lotto, relativamente

- alla qualità dei beni campionati - criteri sub 1 (materiali utilizzati, cuciture robuste e dritte, etc -)

- alle caratteristiche estetico funzionali - criteri sub 2 (aspetto corretto del capo, vestibilità e comodità dello stesso);

- ai servizi post vendita offerti - criteri sub. 3 con punteggio che verrà assegnato come di seguito descritto per ciascun lotto.

[...].

10.6. L’art. 19 del Bando, al pari del precedente, rubricato *“Modalità di presentazione dell’offerta”* prescrive infine *“Al termine dell’inserimento sulla piattaforma telematica della “Documentazione amministrativa” nonché dell’“Offerta tecnica” e della “Offerta economica”, il sistema consente l’invio telematico del plico attraverso l’apposita funzione “Conferma e invia offerta”.*

A conferma dell’avvenuta trasmissione l’impresa riceverà una pec a titolo di ricevuta, generata automaticamente dalla piattaforma, recante data e ora di presentazione della propria.

Si ribadisce che non saranno accettate offerte pervenute con differenti modalità”.

10.7. Irrilevanti, ai fini che interessano in quanto di carattere neutro rispetto alla problematica sollevata da parte appellante, relativa alla dedotta necessità di presentazione in via telematica, a pena di esclusione dell’offerta tecnica qualitativa a valutazione discrezionale, sono per contro le ulteriori prescrizioni del Bando di gara invocate dalla medesima parte appellante (art. 6, 7 e 16) essendo peraltro incontestato che anche il plico sigillato, contenente la campionatura e le schede tecniche, ritenuto dal primo giudice in grado di integrare tale componente dell’offerta tecnica, sia pervenuto nei termini prescritti dalla *lex specialis* di gara.

11. Le indicate prescrizioni della *lex specialis* di gara, da interpretarsi avuto riguardo al loro

disposto letterale ma anche nel loro complesso ed alla luce della loro *ratio*, nonché alla luce del principio di massima partecipazione, a fronte di più interpretazioni possibili (in applicazione degli orientamenti giurisprudenziali innanzi richiamati), confermano peraltro la correttezza del ragionamento logico-giuridico seguito dal giudice di *prime cure* (“*Orbene, nella peculiare e particolare fattispecie concreta in esame, entro il prescritto termine di ricezione delle offerte, la Modit Group:*

- ha regolarmente caricato a sistema, in via telematica, la sua offerta, per la parte amministrativa, economica e tecnico-qualitativa a valutazione automatica (servizi post-vendita), cioè per le parti indicate sulla piattaforma telematica predisposta dalla stessa Stazione appaltante come “documento obbligatorio”;

- ha fatto pervenire, a completamento dell’offerta presentata in via telematica, quanto alla parte di offerta tecnico - qualitativa a valutazione discrezionale, nei perentori termini imposti dalla lex specialis (cfr. il verbale del 18 marzo 2022 del Seggio di gara), in contenitore sigillato, la campionatura, in uno alle apposite corrispondenti schede tecniche descrittive in formato cartaceo, prescritte dalla stessa legge di gara (adempimento, d’altro canto, imposto con espressa e testuale comminatoria di esclusione - cfr. l’art. 13 del bando e l’art. 6 del disciplinare), contenenti, appunto, la descrizione tecnica dei capi di vestiario proposti, le cui qualità e caratteristiche estetico - funzionali, costituenti i parametri della valutazione tecnico discrezionale della Commissione, potevano essere da quest’ultima apprezzate unicamente tramite l’esame dei campioni richiesti dalla lex specialis (si pensi, ad esempio, ai parametri di robustezza, di estetica, di vestibilità e di comodità), idonei di per sé, in uno e contestualmente alle prescritte schede tecniche, a consentire alla Stazione appaltante il consapevole e compiuto svolgimento del giudizio tecnico - discrezionale sull’offerta e, qualora necessario, anche di equivalenza dei requisiti del prodotto offerto alle specifiche tecniche (arg. ex Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 25 marzo 2020, n. 2093).

Ciò posto, osserva il Collegio che le clausole della lex specialis di gara, delle quali la Società ricorrente censura la violazione, non attengono, nel complesso della legge di gara come in concreto formulata, alla completezza dell’offerta, ma alle sole modalità di presentazione della medesima, con riferimento alle quali - però - è la stessa Amministrazione ad aver indotto in errore i partecipanti (cfr., come detto, l’assenza di flag con riferimento alla presentazione obbligatoria in via telematica dell’offerta tecnica a valutazione discrezionale, nonché l’analogo errore in cui è incorso altro operatore economico nella selezione per diverso lotto).

L’offerta prodotta dalla controinteressata aggiudicataria è, nel caso in questione, completa così come presentata: invero, la presentazione dei campioni dei prodotti offerti, uniti alla contestuale e interconnessa produzione delle prescritte relative schede tecniche descrittive in formato cartaceo (richieste dalla stessa legge di gara), da far pervenire - e in effetti pervenuti - entro il medesimo termine perentorio previsto per il caricamento della documentazione telematica, soddisfa, in concreto, la completezza dell’offerta (nonché la funzione di documentazione al riguardo) e, segnatamente, dell’offerta a valutazione tecnico - discrezionale; è, in concreto, riconducibile all’operatore economico proponente, essendo stata presentata con le prescritte modalità di cui alla lex specialis (entro i termini perentori stabiliti, in apposito contenitore sigillato riportante i dati dell’operatore economico partecipante, i

riferimenti alla gara e la precisazione del lotto, e tanto, in uno al contestuale invio telematico dell'ulteriore documentazione di gara, comporta la riconducibilità dell'intera offerta, così come complessivamente presentata, all'aggiudicataria controinteressata Modit Group, a prescindere dalla contestata omessa sottoscrizione delle schede tecniche descrittive in formato cartaceo, considerato pure che la lex specialis non prescriveva la specifica sottoscrizione di dette schede, né viene disconosciuta la "paternità" delle stesse), con le correlate garanzie di par condicio competitorum e segretezza (non è, infatti, in contestazione l'integrità dei plichi pervenuti); risulta, in concreto, sostanzialmente equivalente al corrispondente documento telematico non presentato (si ribadisce, pure in conseguenza dell'incontestato errore applicativo della piattaforma - assenza del flag, imputabile esclusivamente alla Stazione appaltante), rivestendo essenzialmente gli stessi contenuti dell'offerta tecnico - qualitativa telematica a valutazione discrezionale, nonché parimenti - e, anzi, ancor meglio - in grado di specificare e qualificare l'offerta tecnica a valutazione discrezionale (senza scalfire - appunto - la segretezza della stessa parte di offerta), da associarsi in ogni caso al contestuale e imprescindibile giudizio sui campioni; produzione, quindi, anche più qualificata e maggiormente idonea a consentire la compiuta e consapevole valutazione della Commissione, rispetto alla presentazione telematica dell'offerta tecnica a valutazione discrezionale.

In definitiva, la Commissione di gara ha correttamente operato ammettendo alla procedura selettiva l'operatore Modit Group, poiché, in base alle norme richiamate, la presentazione del campionario nei termini e con le modalità di cui all'art. 6 del disciplinare di gara, "unitamente ad apposita corrispondente scheda tecnica descrittiva", rendeva comunque possibile la valutazione dell'offerta tecnico qualitativa a valutazione discrezionale di cui ai criteri sub 1 - "Qualità dei ben campionati" e sub 2 - "Caratteristiche estetico funzionali (comodità)", sostanziando in tal modo l'offerta tecnico-qualitativa a valutazione discrezionale di cui all'art. 18 del bando di gara e consentendo nel contempo, con salvezza della procedura di gara telematica, di superare l'errore in cui la ditta è incorsa (come, peraltro, altro operatore economico in distinto lotto), anche in considerazione dell'ambiguità della lex specialis complessivamente considerata (in particolare, si pensi all'illustrata assenza del flag di obbligatorietà).

E tanto anche nella logica del principio di leale collaborazione che regola i rapporti tra Amministrazione e amministrati, atteso che la stessa P.A., avendo indicato la presentazione dell'offerta tecnica a valutazione discrezionale quale adempimento non obbligatorio, ha dato essa stessa oggettivamente causa a una non corretta implementazione del sistema telematico: errore, questo, della stessa procedura informatizzata in concreto emendabile e - appunto - emendato, senza alcuna apprezzabile violazione dei principi di par condicio e segretezza.

Quanto innanzi pure in concreta applicazione del principio euro-unitario del favor participationis, considerato che, stante la regolarità sostanziale dell'offerta, "va comunque sempre data sostanziale prevalenza, rispetto alla mera procedimentalizzazione formale, alla garanzia della piena concorrenzialità e massima partecipazione alle gare, cui la stessa digitalizzazione è preordinata.

In altri termini la gara telematica e la digitalizzazione della procedura che essa presuppone non è il fine ultimo della disciplina in materia di pubblici affidamenti: fine ultimo è e resta

sempre quello di attuare la massima concorrenza nel mercato, selezionando la migliore offerta in rapporto alle concrete esigenze della stazione appaltante.

Altrimenti opinando, la gara telematica, da mezzo strumentale ad assicurare tali fondamentali finalità, si presterebbe a diventare una modalità restrittiva di partecipazione alle procedure di affidamento dei pubblici contratti, in frontale contrasto con l'interesse unitario di massima partecipazione e concorrenzialità che, nella ponderata gerarchia degli interessi tutelati dall'ordinamento in subiecta materia, è a fondamento dell'intero sistema normativo in materia di pubbliche gare di appalto" (si vedano i condivisibili principi espressi con riferimento alle gare telematiche da Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 3 gennaio 2023, n. 68).

Né - peraltro - la Società ricorrente ha circostanziato il pregiudizio concretamente sofferto in gara, tenuto conto che la componente a valutazione discrezionale dell'offerta della Modit Group è pervenuta alla Stazione appaltante con le modalità prescritte dalla lex specialis e che la valutazione discrezionale di cui ai menzionati criteri sub 1 e 2 dell'art. 9 del disciplinare andava condotta sulla scorta delle informazioni contenute propriamente nelle schede tecniche dei prodotti offerti, da allegare alla campionatura entro lo stesso termine perentorio di cui alla legge di gara; sicchè la diversa modalità formale telematica prevista dal bando per la presentazione della singola componente dell'offerta risulta in concreto irrilevante, laddove le schede tecniche siano state, come nel caso di specie, tempestivamente allegate, in uno alla prescritta correlata campionatura").

12. Ed invero le censure di parte appellante non sono in grado di scalfire il limpido ragionamento seguito dal giudice di *prime cure*, che nell'ottica del principio eurounitario di massima partecipazione nonché del principio di leale collaborazione *expressis verbis* sancito dall'art. 1 comma 2 bis della l. 241 del 1990, unitamente al principio di buona fede nel rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, ha ritenuto corretto l'operato dalla stazione appaltante.

12.1. Giova al riguardo precisare che tale principio è dalla giurisprudenza applicato anche in riferimento alla partecipazione alle procedure di gara con modalità telematiche in ipotesi di anomalie del sistema, a fronte delle quali, non essendo invocabile il principio di autoresponsabilità citato da parte appellante, è applicabile anche il soccorso istruttorio (Cons. Stato, Sez. VII, 02/05/2022, n. 3418 secondo cui il principio della c.d. "autoresponsabilità" della ditta partecipante per le ipotesi di mancata (o tardiva) presentazione, con modalità telematiche, della domanda di partecipazione ad una procedura di gara non può considerarsi assoluto, essendo inevitabilmente condizionato dalla idoneità delle piattaforme informatiche predisposte dalla amministrazione, al fine di assicurare il regolare e tempestivo inoltro delle domande da parte dei candidati; il principio di leale collaborazione tra l'amministrazione e il privato, ora codificato nell'art. 1, comma 2-bis, L. n. 241 del 1990 e s.m.i., induce a ritenere applicabile l'istituto del soccorso istruttorio laddove, nello svolgimento delle operazioni di presentazione per via telematica della domanda di partecipazione, il candidato incontra ostacoli oggettivi, non imputabili in via esclusiva al privato; in senso analogo Cons. Stato, Sez. VI, 01/07/2021, n. 5008 secondo cui il principio di leale collaborazione tra l'amministrazione e il privato, ora scolpito nell'art. 1, comma 2-bis, L. n. 241/1990, evidente precipitato del principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost., induce senza ombra di dubbio a ritenere applicabile

l'istituto del soccorso istruttorio laddove un candidato incontri ostacoli oggettivamente non superabili nello svolgimento delle operazioni di presentazione della domanda di partecipazione ad una selezione quando queste siano, obbligatoriamente, eseguibili esclusivamente con modalità digitali, anche nel caso in cui egli non abbia dimostrato una brillante dimestichezza nell'utilizzo della metodologia digitale, ma l'amministrazione non abbia messo in campo idonei strumenti di accompagnamento alla procedura e di avvertenza in merito alle insidie che alcune dinamiche di avviamento della presentazione della candidatura avrebbero potuto evidenziare, laddove combinate con concomitanti operazioni di altri candidati idonee a determinare uno stress di sistema).

12.2. Ed invero la mancata indicazione nella piattaforma telematica predisposta per la partecipazione alla procedura di gara *de qua* dell'obbligatorietà della trasmissione telematica dell'offerta tecnica qualitativa a valutazione discrezionale, in uno all'accettazione telematica dell'offerta dell'aggiudicatario, nonostante la mancata trasmissione telematica di tale componente dell'offerta tecnica, nonché il mancato invio di un *alert* circa l'incompletezza dell'offerta presentata in via telematica, ben possono, secondo quanto di seguito indicato, avuto riguardo alla prescrizione dell'art. 19 del Bando di gara, configurare l'anomalia del sistema telematico riscontrato dal primo giudice.

12.3. Nè appare condivisibile la prospettazione attorea circa la prevalenza delle disposizioni del Bando riguardanti le modalità di presentazione dell'offerta e la sua valutazione (art. 1 e 18), rispetto a quelle del Disciplinare (art. 6 e 9) valorizzate dal primo giudice, posto che gli art. 6 e 9 del Disciplinare, in quanto *expressis verbis* richiamati dal Bando (art. 13 e 18), si pongono sullo stesso Piano delle Disposizioni del Bando.

12.4. Peraltro i disposti del Disciplinare posti a base del *decisum* dal primo giudice e valorizzati nell'ottica di una lettura sostanziale della *lex specialis* di gara, non si pongono in contrasto con le prescrizioni del Bando in quanto:

-l'art. 18 del Bando nella parte in cui dispone che "*L'offerta tecnica a valutazione discrezionale di cui all'art. 9 criteri sub 1) Qualità dei beni campionati e sub 2) Caratteristiche estetico funzionali (comodità), andrà inserita nella busta telematica "offerta tecnica", nella sezione denominata "offerta tecnico-qualitativa a valutazione discrezionale"* nonché nella parte in cui prevede che "*Il concorrente dovrà firmare digitalmente l'offerta tecnico-qualitativa a valutazione discrezionale e, quindi, effettuare il caricamento a sistema (c.d. upload) del file ottenuto nella sezione recante la dicitura "Offerta tecnico-qualitativa a valutazione discrezionale"* detta una prescrizione non prevista a pena di esclusione, a differenza di altre prescrizioni previste dal pari nel medesimo articolo ("*L'offerta economica, a pena di esclusione, non dovrà essere contenuta nella sezione dedicata all'offerta tecnica [...]*"), per cui al riguardo non può applicarsi che il criterio dell'interpretazione letterale in uno al criterio di cui al brocardo "*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*";

- dall'art. 13 del Bando e dall'art. 9 del Disciplinare in esso richiamato si evince, quanto all'offerta tecnico qualitativa a valutazione discrezionale, che dovesse per contro intendersi a pena di esclusione la presentazione del campionario, nelle modalità e nei termini indicati, munito delle correlative schede tecniche;

- l'art. 1 del Bando nella parte in cui prescrive *“Non saranno ritenute valide le offerte presentate in forma cartacea o a mezzo pec o qualsivoglia altra modalità di presentazione”* e l'art. 19 ultima parte del medesimo Bando secondo cui *“Si ribadisce che non saranno accettate offerte pervenute con differenti modalità”* vanno a loro volta letti in coordinato disposto con la prima parte dell'art. 19 secondo cui *“Al termine dell'inserimento sulla piattaforma telematica della “Documentazione amministrativa” nonché dell’”Offerta tecnica” e della “Offerta economica”, il sistema consente l'invio telematico del plico attraverso l'apposita funzione “Conferma e invia offerta”. A conferma dell'avvenuta trasmissione l'impresa riceverà una pec a titolo di ricevuta, generata automaticamente dalla piattaforma, recante data e ora di presentazione della propria”,* nonché con il disposto contenuto nell'art. 1 del Bando, laddove precisa che per partecipare alla gara occorre *“prendere visione delle istruzioni per partecipare alla gara telematica fornite nel “Manuale Operativo partecipazione Gare Telematiche” allegato al presente bando di gara”*.

Dalla lettura combinata di tali ultimi disposti si evince per un verso che la mancata accettazione di offerte presentate in modalità diverse da quella telematica dovesse essere necessariamente riscontrata dal sistema, che, ove non avesse accettato l'offerta, non avrebbe dovuto inviare la pec di conferma recante la data ed ora della ricezione, per altro verso che le istruzioni riferite al funzionamento della piattaforma telematica – che come osservato dal primo giudice ed incontestato dalle parti non prevedeva come obbligatoria la presentazione dell'offerta tecnico qualitativa a valutazione discrezionale, al contrario di quella tecnico quantitativa a valutazione automatica – dovessero intendersi parte integrante della *lex specialis* di gara, da interpretare complessivamente e sullo stesso piano, avuto riguardo agli espressi richiami contenuti nel Bando.

Essendo incontestato che il sistema ha consentito la ricezione dell'offerta, essendovi nella piattaforma telematica l'indicazione di obbligatorietà della presentazione telematica solo dell'offerta tecnico quantitativa a valutazione automatica e dell'offerta economica, le prescrizioni contenute nel Bando circa la non accettazione di offerte con modalità diverse da quella telematica, non possono che intendersi riferite a queste due offerte, con esclusione di quella tecnico qualitativa a valutazione discrezionale, in riferimento alla quale uniche prescrizioni a pena di esclusione erano quelle contenute nei richiamati artt. 13 del Bando e 6 del Disciplinare.

12.5. Peraltro è indubbio, anche a ragionare diversamente, che il sistema telematico, nel momento in cui ha accettato l'offerta, sebbene priva della parte di offerta tecnica qualitativa a valutazione discrezionale, senza neanche inviare un *alert* al riguardo, fosse al riguardo anomalo ed in grado di indurre in errore l'operatore, come avvenuto nell'ipotesi di specie, ove in tale errore sono incorsi ben due operatori.

Pertanto, avuto riguardo all'anomalia del sistema e al principio di leale collaborazione, quale innanzi enunciato, illegittimo, alla stregua degli indicati orientamenti giurisprudenziali, sarebbe stato semmai l'operato della stazione appaltante che avesse escluso la Modit Group, risultata poi aggiudicataria.

13. Avuto riguardo a tali precisazioni, volte ad una lettura sistematica della *lex specialis* di

gara, alcuna valenza hanno i chiarimenti resi dalla stazione appaltante con comunicazione n. 22 dell'11.03.2022, richiamati da parte appellante, con i quali si era specificato, con riguardo all'offerta tecnica a valutazione discrezionale che *"Il contenuto è quello indicato nei documenti di gara. La tempistica e le modalità di caricamento per la presentazione delle offerte sono quelle indicate agli art. 18 e 19 del Bando di gara."*, non potendosi all'evidenza con detti chiarimenti assegnarsi agli indicati disposti, quali innanzi richiamati, una portata escludente dagli stessi non evincibile, in violazione del principio della tassatività delle clausole di esclusione, che, come innanzi precisato, assume valenza anche in sede di interpretazione della *lex specialis* di gara.

13.1. Costituisce infatti *ius receptum* che i chiarimenti non sono ammissibili allorché, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire a una disposizione del bando un significato e una portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo, in quanto, in tema di gare pubbliche, le uniche fonti della procedura sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati: ne consegue che i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle né integrarle, assumendo le previsioni della legge di gara carattere vincolante (Cons. St., sez. V, 23 settembre 2015, sent. n. 4441). Dette fonti devono essere interpretate e applicate per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi dell'amministrazione aggiudicatrice. Con i chiarimenti, quindi, non sono possibili operazioni manipolative, potendo essi solo contribuire, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato o la *ratio*. (Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6026).

14. Neppure coglie nel segno la censura di parte appellante volta a criticare il *decisum di prime cure* nella parte in cui ha ritenuto che l'offerta tecnica a valutazione discrezionale dovesse intendersi completa alla luce della presentazione dei campioni e delle schede tecniche nelle modalità e nei termini indicati dalla *lex specialis* di gara e che non fosse ravvisabile nell'ipotesi di specie alcun soccorso istruttorio, avendo la stazione appaltante provveduto non all'integrazione in via postuma dell'offerta ma all'accettazione della presentazione dell'offerta tecnico qualitativa a valutazione discrezionale in modalità diversa da quella telematica.

14.1. Ed invero, come ritenuto dal primo giudice, l'offerta tecnica a valutazione discrezionale doveva intendersi completa alla luce delle schede tecniche presentate in allegato alla campionatura e della medesima campionatura, posto che la valutazione della Commissione non poteva che avvenire sugli stessi, come *claris verbis* evincibile dal combinato disposto degli artt. 13 del Bando e 6 del Disciplinare e degli artt. 18 del Bando e 9 del Disciplinare, alla luce di quanto in precedenza indicato e correttamente ritenuto dal primo giudice.

Pertanto l'offerta tecnico qualitativa a valutazione discrezionale da allegare in via telematica – non prevista a pena di esclusione dalla *lex specialis* di gara al contrario della campionatura e delle allegate schede tecniche – non poteva all'evidenza che risolversi in una ripetizione delle caratteristiche dei prodotti quale indicata nel dettaglio dalle schede tecniche.

Correttamente il primo giudice, a fronte della completezza dell'offerta tecnica a valutazione

discrezionale quale data dalla presentazione dei campioni con le allegate schede tecniche, ha dunque ritenuto come non fosse ravvisabile alcun soccorso istruttorio, in violazione del principio di inammissibilità del soccorso istruttorio sull'offerta tecnica, quale prescritto dall'art. 83 comma 9 d.lgs. 50 del 2016.

14.2. Ciò in disparte dalla considerazione, *ad abundantiam* e per completezza, che la giurisprudenza di questo Consiglio in (Cons. Stato, Sez. VII, 02/05/2022, n. 3418 e Cons. Stato, Sez. VI, 01/07/2021, n. 5008 cit.) ammette il soccorso istruttorio finanche sulla domanda di partecipazione a fronte di anomalia del sistema telematico e che la giurisprudenza, anche di questa sezione, con richiamo alla giurisprudenza eurounitaria, ritiene ammissibile il soccorso istruttorio sull'offerta tecnica a fronte di imprecisioni degli atti di gara (Cons. Stato, sez. V, 27703/2020 n. 2146 secondo cui *“Sul soccorso istruttorio relativo ad elementi dell’offerta si è pronunciata la Corte di Giustizia dell’Unione europea (nella sentenza sez. VIII, 10 maggio 2017, nella causa C-131/16 Archus) enunciando le seguenti regole: a) consentire all’amministrazione di chiedere ad un candidato la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d’oneri, chiarimenti, violerebbe il principio della par condicio (poiché sembrerebbe che, ove il privato rispondesse positivamente, l’amministrazione abbia con questi negoziato l’offerta in via riservata); b) non è in contrasto con il principio della par condicio tra i concorrenti la richiesta di correzione o completamento dell’offerta su singoli punti, qualora l’offerta necessiti in modo evidente di un chiarimento o qualora si tratti di correggere errori materiali manifesti, fatto salvo il rispetto di alcuni requisiti; c) una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un’informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell’appalto, se non nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell’offerta o rettifica di un errore manifesto dell’offerta e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta.*

Va aggiunto l’ulteriore principio enunciato dalla Corte di Giustizia (nella sentenza sez. VI, 2 giugno 2016, nella causa C-27/15 Pippo Pizzo), secondo cui (par. 51): “...il principio di trattamento e l’obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all’esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un’interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all’operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall’amministrazione aggiudicatrice”.

Le carenze documentali nelle quali il giudice di primo grado ha accertato essere incorsa l’appellante incidentale non costituiscono imprecisioni dell’offerta o difformità di essa rispetto alle prescrizioni del capitolato prestazionale, quanto, piuttosto, inesattezze documentali frutto di meri errori ovvero di imprecisioni imputabili alla formulazione degli atti di gara.

Alla luce delle regole precedentemente enunciate ne va ammesso il recupero mediante

soccorso istruttorio; la sentenza di primo grado, che ciò ha escluso per aver ritenuto trattarsi di mancanze, incompletezze o irregolarità essenziali dell'offerta tecnica, merita, dunque, di essere riformata").

15. Destituita di fondamento è infine la censura di parte appellante secondo la quale le schede tecniche allegate alla campionatura non potevano intendersi equipollenti all'offerta tecnica qualitativa a valutazione discrezionale da presentare in via telematica, non essendo munite della firma digitale prescritta dall'art. 18 del Bando di gara, posto che l'indicata prescrizione, come innanzi precisato, non è prevista a pena di esclusione.

15.1. Del pari da alcuna prescrizione della *lex specialis* di gara si evince che le schede tecniche dovessero essere sottoscritte a pena di esclusione con firma digitale [ex multis al riguardo Cons. Stato sez. V, 01/02/2022, n.696 secondo cui in sede di gara pubblica, la carenza della sottoscrizione (peraltro delle sole schede tecniche allegate all'offerta) non è rilevante, le quante volte il contenuto dell'atto o del documento risulti integro e di provenienza certa ed incontrovertibile].

15.2. Peraltro nell'ipotesi di specie, come correttamente ritenuto dal primo giudice, la provenienza dell'offerta tecnica a valutazione discrezionale presentata mezzo delle schede tecniche e della campionatura, nelle forme e modalità previste dalla *lex specialis* a pena di esclusione dall'aggiudicatario nel termine prescritto (cfr il verbale del 18 marzo 2022 del Seggio di gara) si evince incontrovertibilmente dal rispetto delle indicate modalità, in grado di assicurare anche la segretezza e l'immodificabilità dell'offerta, quale accertate dalla Commissione Giudicatrice all'atto dell'apertura (cfr. il verbale del 15 giugno 2022, in presenza in seduta pubblica).

16. Alla luce di tali rilievi l'appello va respinto.

17. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni avuto riguardo alla peculiarità della fattispecie per la compensazione integrale delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, attraverso il pronunciamento della sentenza n. 295, pubblicata il 9 gennaio u.s., ha vagliato – *inter alia* – la concreta possibilità di poter ricorrere all'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio in caso di insorgenza di anomalie tecniche affliggenti il sistema telematico che gestisce lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica.

In nuce, un Operatore economico dopo aver partecipato ad una procedura aperta telematica per l'affidamento di un accordo quadro, si era graduando secondo in classifica, alle spalle della Società affidataria.

Ravvisando quest'ultimo svariati profili di illegittimità nell'operato dell'Amministrazione, procedeva, pertanto, a rassegnare molteplici censure, avverso il provvedimento di aggiudicazione, dinnanzi al T.A.R. Puglia (Sez. di Bari), dolendosi, in special modo, del fatto che l'aggiudicatario non avesse correttamente adempiuto alle cogenti prescrizioni di cui alla *lex specialis* (*melius*: di avervi proceduto inopinatamente, grazie al ricorso al soccorso istruttorio) inerenti al completo caricamento della documentazione sul portale telematico di gestione della procedura, in aperto spregio, dunque, a quanto indicato dalla stessa regolamentazione di gara.

L'adito T.A.R. rigettava l'esegesi interpretativa delle clausole oggetto di disputa svolta dalla ricorrente, e, conseguentemente il ricorso sottopostogli, affermando che le prescrizioni "controverse" non attenessero al profilo della completezza dell'offerta da presentare, bensì alle effettive modalità di presentazione della stessa.

Viepiù, è fondamentale evidenziare anche che l'Amministrazione procedente "aveva indotto" in errore i partecipanti, attesa l'assenza di *flag* con riferimento al caricamento obbligatorio in via telematica dell'offerta tecnica.

Sicché, la soccombente, non condividendo nemmeno gli approdi raggiunti dal Giudice di *prime cure*, insorgeva dinnanzi al Supremo Consesso Amministrativo con un unico, ma articolato, motivo di gravame, in cui, in buona sostanza, valorizzava il principio di autoresponsabilità dell'Operatore economico.

Di talché, alla luca di tutto quanto sinora rappresentato, emerge con evidenza come il

“*punctum dolens*” centrale della controversia attenga, non soltanto alla corretta interpretazione delle prodromiche prescrizioni di gara, ma, anche, al necessario temperamento e bilanciamento dei – conseguentemente scaturenti – principi di autoresponsabilità, “*par condicio*” e “*favor participationis*”.

Indi per cui, in altre parole, il Consiglio di Stato si è trovato chiamato, come già più volte accaduto in passato, a dirimere un’inveterata *quaestio*: il principio di autoresponsabilità può essere temperato, e dunque, il concorrente che incorre in anomalie tecniche del sistema telematico che gestisce la procedura di gara, può ricorrere all’istituto del soccorso istruttorio, ovvero ciò non è in alcun modo possibile?

Il quesito è stato sciolto – rifacendosi a un consolidato filone giurisprudenziale dello stesso Supremo Giudice Amministrativo – affermando che le censure di parte appellante non fossero adeguate a scalfire il cristallino *iter* logico-argomentativo seguito dal Collegio barese all’interno della sentenza impugnata, che in ossequio al principio euronutario di massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, e a logico corollario di quello di leale collaborazione e buona fede nei rapporti tra Amministrazioni e cittadini, ha ritenuto corretto l’operato della Stazione Appaltante.

A tal proposito, il punto saliente della pronuncia di cui in commento, rammenta che i suddetti principi di buona fede e leale collaborazione (sanciti dalla l. n. 241/1990, e frutto del portato di cui all’art. 97 Cost.) sono certamente applicabili anche alle procedure di gara telematiche in caso di anomalie del sistema, a fronte delle quali non è invocabile il principio di autoresponsabilità, mentre risulta correttamente azionabile il soccorso istruttorio.

Infatti, come già ben evidenziato in precedenza da Cons. Stato, Sez. VII, 2 maggio 2022, n. 3418, il richiamato principio di autoresponsabilità dell’Operatore partecipante per le ipotesi di mancata (o tardiva) presentazione, con modalità telematiche, della domanda di partecipazione ad una procedura di gara non può considerarsi assoluto, essendo inevitabilmente condizionato dalla idoneità della piattaforma informatiche predisposta dall’Amministrazione procedente, al fine di assicurare il regolare e tempestivo inoltro delle domanda da parte dei candidati.

In conclusione, se ne ricava – *expressis verbis* – che, qualora il partecipante ad una procedura da svolgersi in modalità telematica incorra in disservizi del sistema, ad egli non imputabili e del tutto improvvisi e inaspettati, derivanti dall’inidoneità della piattaforma apprestata dalla Stazione Appaltante (o da altre cause tecniche di forza maggiore), il principio di autoresponsabilità non può certamente trovare applicazione, mentre, per converso, è ben possibile e legittimo il ricorso al soccorso istruttorio in favore del concorrente che si sia imbattuto nelle succitate problematiche.