

APPALTI: Opere pubbliche - Bando di gara - Procedura di gara - Domanda di partecipazione - Trasmissione telematica - Modalità - Rispetto - Necessità - Violazione - Esclusione - Legittimità.

Tar Lazio - Roma, Sez. I quater, 30 marzo 2021, n. 3836

- in *Guida al diritto*, 2021, 17, pag. 86, con commento di Davide Ponte, *Allegare alla Pec i singoli documenti è pratica rispettosa della disciplina*.

“[...] La questione centrale oggetto del presente giudizio è, tuttavia, proprio quella di stabilire se le modalità di trasmissione telematiche (unilateralmente) determinate dal Comune [...] tramite indicazione all'interno del messaggio PEC di un link di accesso ad una cartella dropbox contenente la domanda e i documenti, possa ritenersi giuridicamente equivalente alla diretta allegazione alla PEC dei singoli documenti informatici.

La risposta, ad avviso del Collegio, è negativa, in virtù della richiamata disciplina contemplata dalla lex specialis, che al mancato rispetto delle “modalità” di invio della PEC e della allegazione della domanda e dei documenti, per come sopra descritta, commina espressamente e senza dubbio alcuno l'esclusione dalla partecipazione.

Ed invero, quando un bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella lex specialis, alla cui osservanza la stessa amministrazione si è autovincolata al momento del bando [...].”

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Lazio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio da remoto del giorno 9 marzo 2021 il Cons. Ines Simona Immacolata Pisano;

Visto l'art. 60 cod. proc. amm.;

La presente decisione può essere assunta con sentenza succintamente motivata, sussistendone i presupposti di legge. Il Collegio, inoltre, nel rispetto del principio di sinteticità al quale anche il Giudice è tenuto ai sensi dell'art.3 c.p.a., ritiene di prescindere dal riportare la descrizione dei fatti di causa, per i quali rinvia agli atti, documenti e informazioni del fascicolo tenuto con modalità

informatiche ai sensi del d.P.C.S. n.134/2020 del 22 maggio 2020, come modificato dal d.P.C.S. del 28 dicembre 2020, All.1 art.5.

Evidenzia parte ricorrente che con Determinazione n. G05347 del 06.05.2020, la Regione Lazio ha approvato l'Avviso Pubblico avente ad oggetto "la valorizzazione dei luoghi della cultura del Lazio"

L'art. 7 di tale Avviso, recante "Modalità di presentazione delle domande" stabiliva che "La domanda di contributo, conforme agli Allegati A1 e A2 del presente Avviso e comprensiva dei sopraindicati documenti, sottoscritta dal soggetto richiedente, dovrà essere trasmessa, pena l'esclusione, entro e non oltre le ore 23,59 del 30 luglio 2020, esclusivamente mediante posta elettronica certificata (PEC) all'indirizzo: cultura@regione.lazio.legalmail.it. La domanda e i relativi allegati devono essere compilati, sottoscritti, scansionati ed allegati alla suddetta PEC".

Di qui, ad avviso di parte ricorrente, l'obbligo di trasmettere la domanda e gli allegati esclusivamente a mezzo PEC, senza tuttavia la previsione di alcuna specifica ulteriore.

Evidenzia inoltre parte ricorrente che il successivo art. 8 dell'Avviso Pubblico, recante "Motivi di esclusione", nell'indicare le specifiche ragioni per cui "le domande saranno ritenute inammissibili", (ossia solamente in caso di: a) mancato invio entro i termini fissati dall'art. 7; b) trasmissione della domanda e degli allegati con modalità o a indirizzo difformi da quanto indicato all'art. 7; c) presentazione da parte di soggetti privi dei requisiti previsti dall'art. 3 e indicati nell'Allegato A1; d) mancata integrazione/regolarizzazione nei termini appositamente assegnati ai sensi dell'art. 7") non contemplerebbe fattispecie analoghe a quella in esame.

Al riguardo, evidenzia parte ricorrente che in data 30.07.2020 il Comune di Montalto di Castro – con PEC delle ore 11:02 – tentava di trasmettere l'istanza di partecipazione, unitamente a nr. 25 allegati (doc. 7 allegato al ricorso, relativo a "Protocollo di partenza" n. 19935 del 30.07.2020), non riuscendovi in ragione delle elevate dimensioni degli stessi (nella specie, 71,4 MB), che comportavano il superamento della quota limite dello spazio disponibile.

Sicché, al fine di superare tale problematica, sempre in data 30.07.2020, il Comune inseriva la domanda e gli allegati in una cartella Dropbox e provvedeva a trasmettere il tutto con comunicazione PEC delle ore 15:47 (doc. 8 allegato al ricorso relativo a "Protocollo di partenza" n. 19459 del 30.07.2020).

In concreto, all'interno della comunicazione PEC trasmessa dal Comune alla Regione Lazio, veniva inserito anche lo specifico link (https://www.dropbox.com/sh/s6j8ew8rdhalfjz/AAadeEa77MMz_q6YDHO7NGha?dl=0), da cui la Commissione avrebbe potuto (e, potrebbe tuttora) scaricare la domanda e i sottesi allegati.

Con il ricorso in epigrafe parte ricorrente lamenta l'illegittimità della determinazione di esclusione della domanda adottata dalla Regione Lazio così motivata: "Istanza priva dei requisiti previsti agli artt. 7 e 8 dell'Avviso. Modalità d'invio difforme all'Avviso".

Parte ricorrente impugna, contestualmente, oltre agli ulteriori atti indicati in epigrafe, la successiva Determinazione Dirigenziale n. G15703 del 18.12.2020 con cui la Regione approvava una modifica alla graduatoria, inserendovi alcuni progetti risultati in un primo tempo esclusi che, in seguito ad una più approfondita analisi, riteneva essere regolarmente pervenuti, senza che analogo trattamento sia stato, invece, riservato al Comune di Montalto di Castro.

In particolare la Regione Lazio, nel disporre l'esclusione della ricorrente ai sensi degli artt.7 e 8 dell'Avviso, contestava l'inammissibilità della "domanda" presentata da parte ricorrente sotto un duplice profilo di violazione dell'art.7 dell'Avviso: a) sia perché si tratta di un messaggio di posta certificata riconducibile ad un settore amministrativo del Comune di Montalto di Castro (lpp.comune.montaltodicastro@legalmail.it), senza che lo stesso indichi l'organo e/o la persona fisica che aveva proceduto a detto recapito; b) sia, soprattutto, perché a tale PEC non è stata allegata la documentazione con le modalità richieste, contenendo il messaggio PEC esclusivamente il testo "Avviso pubblico per la valorizzazione dei luoghi della cultura del Lazio - "Realizzazione e allestimento del museo della scultura e dell'arte etrusca nel complesso monumentale di San Sisto". Per visualizzare gli allegati relativi alla richiesta di finanziamento in oggetto, collegarsi al seguente link: https://www.dropbox.com/sh/s6j8ew8rdhalfjz/AAAdEa77MMz_q6YD-HO7NGha?dl=0".

I motivi di censura sono affidati a:

I) Violazione degli artt. 7 e 8 dell'avviso pubblico. Violazione dell'art. 65, d.lgs. n. 82/2005 e ss. mm. ii. Erroneità nella motivazione. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta. Disparità di trattamento. Violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità amministrativa. Violazione del principio del *favor participationis*. Violazione del principio della *par condicio competitorum*.

Lamenta parte ricorrente che la determinazione di escludere la domanda del Comune di Montalto di Castro dall'elenco delle domande valutabili, non solo sarebbe lesiva delle disposizioni della *lex specialis*, ma anche dell'art.65 del "Codice dell'amministrazione digitale" (Istanze e dichiarazioni presentate alle pubbliche amministrazioni per via telematica), determinando una illegittima disparità di trattamento tra i diversi concorrenti.

II) Violazione del dovere di soccorso istruttorio di cui agli artt. 7 e 8 dell'avviso pubblico, nonché di cui all'art. 6, lett. b), L. n. 241/1990 e ss. mm. ii. Violazione del principio del *favor participationis*. Violazione del principio della *par condicio competitorum*. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta. Violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità amministrativa.

III) Violazione del principio del *favor participationis*. Violazione del principio della *par condicio competitorum*. Eccesso di potere sotto vari profili e, in particolare, per violazione dei principi di proporzionalità, adeguatezza, irragionevolezza ed illogicità. Violazione dei principi in materia di cause di esclusione.

Parte ricorrente lamenta, inoltre, il divieto di utilizzare il sistema Dropbox ai fini dell'invio della domanda di partecipazione a mezzo PEC, oltre che dall'Avviso Pubblico, non veniva neppure sancito nelle cc.dd. "FAQ in caso di difficoltà nell'invio delle domande" (doc. 6), pubblicate sulla pagina istituzionale della Regione Lazio (doc. 6 bis): invero, tali presunte "FAQ in caso di difficoltà nell'invio delle domande", con riguardo alle modalità di trasmissione delle domande di partecipazione, non recano alcuna ulteriore indicazione rispetto a quanto previsto nell'Avviso Pubblico, andando invece a riprodurre il medesimo – e, tuttavia, ai fini in esame, inconferente contenuto – di altro identico documento denominato "FAQ".

I motivi dedotti sono nel loro insieme infondati e, pertanto, il ricorso non può essere accolto.

Giova, in proposito, riportare le modalità di presentazione della domanda di cui trattasi, così come indicate all'art.7 del suindicato Avviso:

1) "La domanda di contributo, conforme agli Allegati A1 e A2 del presente Avviso e comprensiva dei sopraindicati documenti, sottoscritta dal soggetto richiedente, dovrà essere trasmessa, pena l'esclusione, entro e non oltre le ore 23,59 del 30 luglio 2020, esclusivamente mediante posta elettronica certificata (PEC) all'indirizzo: cultura@regione.lazio.legalmail.it ... La domanda e i relativi allegati devono essere compilati, sottoscritti, scansionati ed allegati alla suddetta PEC." (cfr. art. 7 – All. A – rubricato 'Modalità di Presentazione delle Domande');

2) "Le domande saranno ritenute inammissibili in caso di ... trasmissione della domanda e degli allegati con modalità ... difformi da quanto indicato all'art. 7 ... In tutti gli altri casi la Regione Lazio procederà, ove necessario, a chiedere apposita regolarizzazione o integrazione o chiarimenti, come indicato nell'art. 7." (cfr. art. 8 – All. A – rubricato 'Motivi di Esclusione').

Quanto alle FAQ predisposte per eventuali problemi nella presentazione della domanda per via telematica, il Collegio non è stato posto in grado di esaminarne il contenuto - comunque, non determinante per le ragioni che si dirà - avendo tanto parte ricorrente che l'amministrazione allegato agli atti del fascicolo un documento "FAQ" relativo ad altre problematiche che non appare inerente alla questione.

Tanto premesso, rileva il Collegio che, diversamente da quanto argomentato da parte ricorrente, l'Avviso di cui trattasi evidenziava esattamente le modalità di presentazione della domanda e dei relativi documenti, specificando che "La domanda e i relativi allegati devono essere compilati,

sottoscritti, scansionati ed allegati alla suddetta PEC”. Ciò significa, traducendo il significato di “scansione” nei più appropriati termini utilizzati dal Codice dell’amministrazione digitale, che alla PEC avrebbe dovuto essere allegata una particolare tipologia di documento informatico, e cioè la copia informatica dell’originale analogico della domanda sottoscritta con firma autografa (cfr.art.23 del CAD). Analoga modalità di allegazione era esplicitamente prevista anche per i “documenti” da allegare alla domanda.

Ciò posto, non è contestato che il Comune di Montalto di Castro abbia inviato in data 30.07.2020, alle ore 15:50, una PEC dall’indirizzo llpp.comune.montaltodicastro@legalmail.it all’indirizzo PEC cultura@regione.lazio.legalmail.it abilitato a ricevere le domande.

Tuttavia, a tale PEC non è stata direttamente allegata né la domanda di partecipazione né i documenti allegati, avendo parte ricorrente ritenuto di ovviare a quello che a suo avviso era un problema di “peso” della PEC - anziché, ad esempio, inviando più PEC- indicando nel contenuto del messaggio della PEC inviata alle ore 15.50 il link ad una cartella di dropbox, all’interno dei quali erano contenuti sia la domanda di concessione dell’aiuto, sottoscritta con firma autografa dal legale rappresentante del Comune (All.A2), identificato con scansione di documento identificativo, sia gli altri documenti di causa.

Va innanzitutto premesso che, ad avviso del Collegio, l’utilizzo per la trasmissione di un indirizzo PEC(llpp.comune.montaltodicastro@legalmail.it) corrispondente a quello di un settore amministrativo del Comune - ad avviso della Regione inidoneo ad identificare il soggetto richiedente- in assenza di diverse indicazioni nella *lex specialis* non invaliderebbe una domanda correttamente presentata in formato di copia informatica di originale analogico, dovendosi tenere conto del fatto che proprio l’invocato art.65, comma 1, del CAD stabilisce che “in caso di assenza di un domicilio digitale iscritto, la trasmissione costituisce elezione di domicilio digitale ai sensi e per gli effetti dell’articolo 3-bis, comma 1-ter” (ma, in senso contrario, v. T.A.R. Lazio Roma Sez. II quater, Sent.,14-03-2019, n. 3402).

La questione centrale oggetto del presente giudizio è, tuttavia, proprio quella di stabilire se le modalità di trasmissione telematiche (unilateralmente) determinate dal Comune di Montalto di Castro, tramite indicazione all’interno del messaggio PEC di un link di accesso ad una cartella dropbox contenente la domanda e i documenti, possa ritenersi giuridicamente equivalente alla diretta allegazione alla PEC dei singoli documenti informatici.

La risposta, ad avviso del Collegio, è negativa, in virtù della richiamata disciplina contemplata dalla *lex specialis*, che al mancato rispetto delle “modalità” di invio della PEC e della allegazione della

domanda e dei documenti, per come sopra descritta, commina espressamente e senza dubbio alcuno l'esclusione dalla partecipazione.

Ed invero, quando un bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa amministrazione si è autovincolata al momento del bando (Cons. Stato Sez. IV, 19/02/2019, n. 1148).

In ogni caso, rileva il Collegio che le disposizioni in materia di presentazione della domanda per via telematica adottate nell'Avviso di cui trattasi non soltanto sono perfettamente rispettose della vigente disciplina dettata dal Codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. 07/03/2005, n. 82) in materia di trasmissione dei documenti informatici all'amministrazione, ma rispondono a precise esigenze di garantire la certezza giuridica del momento dell'invio e della ricezione della domanda di partecipazione e di ciascuno dei documenti informatici trasmessi dal concorrente, oltre che dell'immodificabilità degli stessi, sia da parte del soggetto mittente che dell'amministrazione ricevente, a garanzia proprio del rispetto del principio della *par condicio* tra i concorrenti e della trasparenza della gara, il cui rispetto è a maggior ragione necessario in procedure finalizzate all'erogazione di denaro pubblico.

Sebbene tali garanzie di certezza dell'invio e della ricezione (nonché della immodificabilità dei "documenti informatici" allegati, secondo la definizione fornita dall'art.20 bis del CAD) siano state recentemente riconosciute dal CAD, tra i vari possibili strumenti di trasmissione telematica pur astrattamente contemplati dal primo comma dell'art.45 del CAD), non solo alla Posta elettronica certificata di cui all'art.48 del CAD e al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, ma anche a "altre soluzioni tecnologiche individuate con le Linee guida", non solo nel caso in esame parte ricorrente non ha argomentato che la trasmissione telematica di documenti mediante dropbox sia conforme alle linee-guida, ma in ogni caso avrebbe dovuto essere l'amministrazione ad individuare la modalità telematica di trasmissione alternativa alla PEC, con criteri uniformi per tutti i concorrenti.

In particolare, quanto al caso in esame, anche in via di fatto l'affermazione contenuta in ricorso secondo cui "il link di accesso alla cartella sarebbe immodificabile," va comunque precisata nel senso che se, come nel caso in esame, il link fa riferimento non ad un singolo documento ma ad una cartella di dropbox, il contenuto di tale cartella, contrariamente a quanto dato ad intendere da parte ricorrente, non soltanto può essere modificato dal mittente, ma una volta "scaricati"

dall'amministrazione ricevente i singoli documenti, non sarebbe comunque identificabile la loro esatta corrispondenza a quelli ab origine inviati, non sussistendo alcuna ricevuta di invio e di ricezione dello specifico contenuto ma solo del contenitore.

Ne consegue che nel caso in esame, in cui neppure la sola domanda è stata correttamente allegata alla PEC di cui all'art.48 del CAD, in quanto strumento prescelto dall'amministrazione per la trasmissione telematica, non può invocarsi alcuna violazione del dovere di soccorso istruttorio, perché il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui collide con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione, con la conseguenza che in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente (si tratti di gara o di altro tipo di concorso), l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando (Cons. Stato Sez. IV, 19/02/2019, n. 1148; Cons. Stato Sez. V, 24/06/2020, n. 4031).

Per completezza di trattazione - e ferma restando comunque la prevalenza della lex specialis rispetto al CAD- la PEC inviata dal Comune di Montalto di Castro alla Regione Lazio, anche a ritenersi valida ai sensi dell'art.65 del CAD medesimo, non potrebbe valere a consentire l'ammissione del comune ricorrente alla procedura di che trattasi, trattandosi di mera "istanza" rivolta all'apertura di una cartella di dropbox, ben altri essendo, come già evidenziato, requisiti della trasmissione di una "domanda" (ivi compresa la "domanda di aiuto") a mezzo PEC, la cui disciplina è contenuta nell'art.48 del CAD.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

Le spese di lite, attesa la complessità della questione, possono essere interamente compensate tra le parti

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Alessandro Tomassetti, Consigliere

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere, Estensore