

APPALTI: Contratti della P.A. – Gara – Concorrenti – Sono operatori professionali – Conseguenze in tema di obbligo di diligenza nella conoscenza delle comunicazioni della P.A. mediante inserimento in apposita area dedicata, nell’ambito del sistema informatico di gestione della procedura di gara e di malfunzionamento della casella di posta elettronica del concorrente interessato.

Tar Piemonte – Torino, Sez. I, 4 luglio 2022, n. 616

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

2. “[...] il mancato adempimento alla richiesta di soccorso istruttorio non può, pertanto, essere fatto risalire ad una causa di forza maggiore, in quanto il ricorrente avrebbe potuto ovviare all’evento esterno integrato dal blocco della casella postale – e quindi venire a conoscenza della predetta richiesta – mediante il diligente assolvimento degli oneri ad esso prescritti dalla lex di gara, appositamente preposti alla risoluzioni di siffatte problematiche e al corretto svolgimento della procedura di gara.

Invero, in ossequio al ridetto principio di auto-responsabilità incombente su tutti gli operatori economici, le conseguenze del malfunzionamento, dipese dalla negligenza, imprudenza o disattenzione del raggruppamento, devono rimanere ad esso imputabili (imputet sibi). Vieppiù considerato che la previsione di siffatti obblighi in capo ai partecipanti appare pienamente proporzionata e ragionevole alla luce della qualità di operatori professionali dei destinatari cui è rivolta e al canone di diligenza qualificata da essi esigibile in tutte le fasi contrattuali – prodromiche, genetiche ed esecutive [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di SCR Piemonte s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2022 il dott. Angelo Roberto Cerroni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

1. – L'odierno ricorrente, arch. Norberto Vairano, in proprio ed in qualità di mandatario del raggruppamento tra professionisti costituendo tra Alma S.r.l., Ingeco STP S.r.l., Furnari Restauri S.a.s., Luca Airone, Riccardo Guglielmo e Lucia Genovese, ha impugnato con il ricorso in epigrafe il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara indetta da SCR Piemonte S.p.a. sulla piattaforma di *e-procurement Sintel* per l'affidamento *“dei servizi di architettura e ingegneria, con relative indagini, per la redazione della progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva, esecutiva ed il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione per il “recupero e valorizzazione del complesso di proprietà regionale denominato villa dei laghi – lotto 1, sito nel parco regionale la mandria in comune di Druento” – fondo per lo sviluppo e la coesione 2014.2020, piano stralcio “cultura e turismo” – delibera Cipe 10/2018 – obiettivo strategico 1 – linea di azione 1.c. – Intervento villa dei laghi, con opzione per la direzione lavori e il coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e assistenza al collaudo”*.

2. – L'esclusione veniva motivata dal mancato adempimento da parte del costituendo RTP ricorrente alla richiesta di integrazione documentale *ex art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016*, trasmessa dall'Amministrazione sulla piattaforma Sintel in data 16 marzo 2022, entro il termine prescritto di sette giorni. Segnatamente, il ricorrente produceva la documentazione richiesta – fuori termine – in data 24 marzo 2022.

3. – Dagli accertamenti tecnici espletati dall'Amministrazione resistente e riportati nel provvedimento di esclusione emergeva che: *“- la comunicazione indirizzata al concorrente “Architetto Norberto Vairano” (PEC: n.vairano@architettitorinopec.it) era stata correttamente inviata il 16/03/2022 alle ore 12:41 dal sistema ma non consegnata; da verifiche sul gestore PEC la mail non è stata consegnata al destinatario per “errore: 5.2.2 – Aruba Pec S.p.A. – casella piena”;* – *per quanto riguarda le verifiche richieste per la giornata del 23/03/2022, da controlli non sono stati rilevati disservizi nel corso della giornata che potrebbero aver interferito con le operazioni dell'OE. Controlli approfonditi segnalano che l'OE Architetto Norberto Vairano non ha effettuato nel corso della giornata nessuna operazione riconducibile alla procedura in esame 150213973”*.

4. – Il ricorrente con un unico motivo di ricorso lamenta che *“l’esclusione è illegittima giacché il mancato rispetto del termine per la produzione dei documenti richiesti con il soccorso istruttorio è dovuto a causa di forza maggiore e, comunque, la misura espulsiva risulta irragionevole e sproporzionata: violazione di legge in relazione agli artt. 1 co. 2 bis l. 7.8.1990 n. 241 e 93 d.lgs. 18.4.2016 n. 50 nonché degli artt. 2 e 14 Disciplinare di gara. Violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, buona fede e collaborazione”*.

In buona sostanza, l’evento esterno non imputabile al ricorrente, integrante la causa di forza maggiore, sarebbe da riscontrare nel blocco della casella postale elettronica dell’architetto Vairano intervenuto nella giornata del 16 marzo 2022 da cui è dipesa la perdita di tutti i messaggi ricevuti nella medesima data, tra cui anche la PEC dell’Amministrazione resistente avente ad oggetto la richiesta di soccorso istruttorio.

Il ricorrente rileva, inoltre, che la sola trasmissione della richiesta di soccorso istruttorio sulla piattaforma Sintel nell’area dedicata alle *“comunicazioni della procedura”* non sarebbe sufficiente ad assolvere all’onere informativo incumbente in capo alla stazione appaltante, essendo necessaria la contestuale comunicazione tramite PEC.

Sotto diverso profilo, l’illegittimità del provvedimento di esclusione deriverebbe dalla previsione di un termine di sette giorni per l’adempimento della richiesta di integrazione documentale, in quanto più breve rispetto al termine massimo previsto dall’art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016.

5. 5. – Si è costituita in giudizio S.C.R. Piemonte S.p.a. in data 13 maggio 2022, contestando nel merito la censura *ex adverso* dedotta.

6. – La causa è stata trattenuta in decisione all’esito della camera di consiglio del 9 giugno 2022 tenutasi per la trattazione della domanda cautelare previa avvertenza della definizione con sentenza in forma semplificata, ravvisata la sussistenza dei presupposti di cui all’art. 60 cod. proc. amm..

7. – Il ricorso è infondato per le motivazioni che si illustrano dappresso.

8. – Ebbene, diversamente da quanto perorato da parte ricorrente, le conseguenze della mancata conoscenza della richiesta di ricorso istruttorio non possono che essere ad essa imputabili a fronte degli specifici oneri prescritti agli operatori economici partecipanti alla gara sia dal disciplinare di gara, sia dalle *“Modalità tecniche per l’utilizzo della piattaforma Sintel”*, il cui contenuto avrebbe dovuto essere conosciuto dal ricorrente in quanto accettato in sede di partecipazione alla gara e di registrazione alla piattaforma (*cf.* TAR Lombardia, Brescia, 10 febbraio 2020, n. 117).

8.1. – Più nello specifico, da un lato, il disciplinare al paragrafo 2.3. disponeva, con riguardo alle modalità di comunicazione, che *“tutte le comunicazioni nell’ambito della procedura di gara, ad eccezione di quelle di cui agli artt. 29 e 76, del D.Lgs 50/2016 e sm.i., avvengono tramite il sistema*

telematico e si danno per eseguite con la pubblicazione delle stesse nel canale “Comunicazioni procedura” relativa alla gara riservata al concorrente e accessibile previa identificazione da parte dello stesso sulla piattaforma Sintel. Le comunicazioni sono altresì inviate alla casella di posta elettronica certificata dichiarato dall’operatore economico al momento della registrazione alla piattaforma, secondo quanto previsto all’art. 8 delle “Modalità tecniche per l’utilizzo di Sintel”. L’Amministrazione Aggiudicatrice non risponde della mancata ricezione delle comunicazioni inviate”.

Dall’altro lato, le modalità tecniche di utilizzo di Sintel che il ricorrente, sottoscrivendo l’offerta, si è impegnato a rispettare prevedono che: *“salvo diversamente indicato nella documentazione di gara, tutte le comunicazioni nell’ambito della procedura, avverranno di regola per via telematica, attraverso l’apposita funzionalità di Sintel denominata “Comunicazioni procedura”, disponibile per l’operatore economico nell’interfaccia “Dettaglio” della procedura di gara. L’operatore economico elegge dunque, quale domicilio principale per il ricevimento delle comunicazioni inerenti le procedure e, in generale, le attività svolte nell’ambito di Sintel l’apposita area riservata ad accesso sicuro “Comunicazioni procedura” e l’indirizzo di posta elettronica certificata (PEC) dichiarato dallo stesso al momento della registrazione (o successivamente con l’aggiornamento del profilo utente). A tale fine, l’operatore economico si impegna a verificare costantemente e tenere sotto controllo la funzionalità “Comunicazioni procedura” all’interno di Sintel. Tutte le comunicazioni della procedura inviate attraverso Sintel da Enti pubblici ed operatori economici, sono inviate anche all’indirizzo PEC dichiarato dall’operatore economico al momento della registrazione”.*

La Stazione Appaltante era, pertanto, tenuta a procedere alle comunicazioni sia mediante l’apposita area riservata *“comunicazioni procedura”* presente sulla piattaforma Sintel, sia mediante messaggio di posta elettronica certificata.

8.2. – Ebbene, nel caso oggetto del presente giudizio, è incontrovertibile che la richiesta di soccorso istruttorio sia stata inserita nella piattaforma Sintel in data 16 marzo 2022 e che, contestualmente, sia stata inviata comunicazione della richiesta all’indirizzo di posta elettronica certificata del ricorrente, non rilevando la mancata ricezione di quest’ultima, ai fini dell’assolvimento del predetto onere prescritto dalla *lex specialis* in capo all’Amministrazione, essendo derivata dal blocco della casella postale del ricorrente e non anche da un malfunzionamento della piattaforma di *e-procurement*.

Va considerato, peraltro, che l’Amministrazione con tale previsione ha voluto garantire maggiore certezza a siffatte comunicazioni atteso che l’articolo 76, comma 6, d.lgs. 50/2016 non indica la

richiesta di soccorso istruttorio tra le comunicazioni per le quali è previsto l'uso della posta elettronica certificata. Sul punto la giurisprudenza ha chiarito che *“il legislatore ha (...) inteso prevedere un mezzo di comunicazione rafforzata di alcuni atti rispetto ad altri, atti tutti idonei a concludere in senso positivo (aggiudicazione, avvenuta stipula del contratto) o negativo (esclusione o decisione di non aggiudicare) la procedura e che certamente non hanno natura endoprocedimentale. Si tratta, inoltre, di atti che hanno tutti capacità lesiva immediata rispetto al concorrente e ai terzi partecipanti alla gara, capacità lesiva che, invece, non si può riconoscere alla richiesta di soccorso istruttorio, se non in via ipotetica e meramente potenziale, non essendo dato sapere al momento della sua comunicazione se la stessa verrà o meno ottemperata”* (T.A.R. Lazio, sez. II, 19/07/2018, n. 8223).

8.3. – Ciò considerato, il paragrafo 2.3. del disciplinare di gara prescriveva, altresì, uno specifico obbligo di controllo in capo al concorrente il quale *“è tenuto a verificare costantemente e tenere sotto controllo la funzionalità “Comunicazioni procedura” all'interno di Sintel. Inoltre, i concorrenti sono tenuti a controllare che le mail inviate dal sistema non vengano respinte né trattate come spam dal proprio sistema di posta elettronica e, in ogni caso, a verificare costantemente sul sistema la presenza di comunicazioni”*.

Dalla lettura di siffatta disposizione appare privo di pregio quanto dedotto da parte ricorrente in punto di asserita insufficienza della pubblicazione della comunicazione sulla sezione apposita della piattaforma *Sintel* atteso che il concorrente era specificamente onerato di un periodico controllo delle comunicazioni presenti nella già menzionata area riservata, nonché di una puntuale verifica di eventuali respingimenti delle *e-mail* ricevute all'indirizzo di posta certificata indicato.

A riprova di ciò soccorre quanto statuito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui *“la conoscibilità degli atti di procedure di affidamento gestite interamente in via informatica, mediante l'uso di metodi di digitalizzazione ai sensi dell'art. 40, comma 2, D.lgs. n. 50 del 2016, trova la propria disciplina nelle norme di cui al Codice dell'amministrazione digitale (D.lgs. n. 82/2005) e nelle previsioni regolamentari relative alla piattaforma di e-procurement utilizzata, negozialmente vincolanti per le parti. Conseguentemente, posto che, a fronte dell'onere della p.a. di utilizzare la piattaforma per tutte le comunicazioni relative alla procedura, sussiste in capo all'operatore economico l'onere di procedere all'attivazione di un'utenza, con elezione di domicilio speciale presso la medesima piattaforma per la corrispondenza relativa alle gare di appalto (Regolamento del Sistema di e-procurement MEF-Consip), conformemente all'art. 3-bis, comma 4-quinquies, D.lgs. n. 82/2005, il quale consente di eleggere domicilio speciale ai sensi dell'art. 47 c.c. anche presso un domicilio digitale diverso dalla PEC, l'impresa “accreditata” non può legittimamente*

invocare l'assenza di pubblicità né lamentare il mancato invito alla procedura negoziata, nella misura in cui l'invito e la documentazione di gara siano state oggetto di comunicazioni indirizzate al suddetto domicilio e siano ivi disponibili per il destinatario tenuto ad attivarsi al fine di una loro tempestiva conoscenza” (Consiglio di Stato sez. VI, 12/11/2019, n. 7765).

Ne consegue che, a prescindere dal mancato ricevimento della PEC, la richiesta di soccorso istruttorio doveva, comunque, reputarsi conoscibile da parte del ricorrente a ogni effetto sin dalla data di inserimento nel sistema *Sintel* da parte dell'Amministrazione.

8.4. – L'infondatezza di quanto contestato da parte ricorrente trova specifica conferma da quanto ulteriormente precisato nel disciplinare di gara che – sempre al punto 2.3. – chiarisce che, ai sensi dell'art. 76, comma 6, d.lgs. 50/2016, i concorrenti sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, l'indirizzo PEC da utilizzare ai fini delle comunicazioni di cui all'art. 76, comma 5, d.lgs. 50/2016 e che eventuali “*modifiche dell'indirizzo PEC/posta elettronica o problemi temporanei nell'utilizzo di tali forme di comunicazione, dovranno essere tempestivamente segnalate all'Amministrazione Aggiudicatrice, diversamente la medesima declina ogni responsabilità per il tardivo o mancato recapito delle comunicazioni*”.

Ebbene, dalla disposizione soprarrichiamata è di lapalissiana evidenza come il ricorrente, a seguito della scoperta del blocco della propria casella di posta elettronica, indicata ai fini del ricevimento delle comunicazioni di gara, avrebbe dovuto tempestivamente informare la stazione appaltante dell'intervenuto malfunzionamento nella giornata del 16 marzo 2022.

9. – Ne consegue che, in ragione del principio di auto-responsabilità – che impone ai concorrenti delle procedure pubbliche di adempiere a precisi obblighi di correttezza e oneri minimi di cooperazione – non può che rilevarsi la violazione del duplice obbligo incombente in capo al ricorrente da declinarsi nella necessaria verifica periodica sulla piattaforma *Sintel* della sezione “*Comunicazioni procedura*”, nonché nella tempestiva segnalazione alla stazione appaltante del malfunzionamento della casella di posta elettronica certificata.

10. – Alla luce di quanto considerato, il mancato adempimento alla richiesta di soccorso istruttorio non può, pertanto, essere fatto risalire ad una causa di forza maggiore, in quanto il ricorrente avrebbe potuto ovviare all'evento esterno integrato dal blocco della casella postale – e quindi venire a conoscenza della predetta richiesta – mediante il diligente assolvimento degli oneri ad esso prescritti dalla *lex* di gara, appositamente preposti alla risoluzione di siffatte problematiche e al corretto svolgimento della procedura di gara.

11. – Invero, in ossequio al ridetto principio di auto-responsabilità incombente su tutti gli operatori economici, le conseguenze del malfunzionamento, dipese dalla negligenza, imprudenza o

disattenzione del raggruppamento, devono rimanere ad esso imputabili (*imputet sibi*). Vieppiù considerato che la previsione di siffatti obblighi in capo ai partecipanti appare pienamente proporzionata e ragionevole alla luce della qualità di operatori professionali dei destinatari cui è rivolta e al canone di diligenza qualificata da essi esigibile in tutte le fasi contrattuali – prodromiche, genetiche ed esecutive. In tale senso, la giurisprudenza consolidata sul punto ha chiarito che occorre tenere presente che *“i partecipanti a una gara pubblica sono, per loro natura, operatori professionali. E rispetto a questa categoria di soggetti, la trasmissione di note mediante l’inserimento in un’apposita area dedicata, nell’ambito del sistema informatico di gestione della procedura, deve ritenersi una modalità di comunicazione del tutto adeguata e idonea a consentire la piena e tempestiva conoscenza degli atti da parte del concorrente. L’operatore professionale è, infatti, certamente in grado di monitorare il sistema, al fine di prendere conoscenza delle comunicazioni ivi inserite. E ciò – deve aggiungersi – tanto più laddove si tratti di un soggetto che si candidi ad assumere commesse di elevato valore economico, come nel caso oggetto del presente giudizio, poiché la partecipazione a gare di tale rilevanza non può che presupporre una solida organizzazione aziendale, capace di assicurare la pronta ed efficace interazione con la stazione appaltante, secondo le modalità espressamente stabilite dalla lex specialis di gara”* (T.A.R. Lazio, sez. II, 09/08/2019, n. 10499).

12. – Parimenti, appare ragionevole la scelta di individuare un termine di sette giorni, anziché il termine massimo di dieci giorni, per l’adempimento della richiesta di soccorso istruttorio, considerato l’oggetto concreto della stessa, concernente la regolarizzazione delle dichiarazioni mancanti relative al possesso dei requisiti di partecipazione del mandante arch. Riccardo Guglielmo (Ispettore di cantiere) e alla completezza del DGUE della mandante ALMA S.r.l..

Siffatta scelta rientrante, invero, nella discrezionale valutazione dell’Amministrazione, è rispettosa del canone della proporzionalità, considerato che il termine massimo deve essere ragionevolmente previsto nei casi in cui l’integrazione istruttoria possa risultare gravosa e complessa. Sul punto occorre, altresì, considerare che la previsione di un termine superiore non avrebbe comunque agevolato l’adempimento della richiesta di soccorso istruttorio da parte della ricorrente stante l’avvenuta conoscenza della stessa solo a seguito del sollecito di SCR, ovvero a fronte della rilevata mancata ottemperanza.

13. – Tutto ciò considerato, l’esclusione della ricorrente si appalesa scevra dal vizio denunciato in quanto è stata assunta a presidio dell’irrinunciabile *par condicio competitorum*, ed in questi termini la stessa è espressione della corretta e trasparente applicazione delle disposizioni cristallizzate nella *lex* di gara.

14. – Il ricorso è, pertanto, complessivamente infondato e deve essere respinto.

15. – La peculiarità della vicenda fattuale sottesa al provvedimento impugnato giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti costituite.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paola Malanetto, Presidente FF

Flavia Risso, Consigliere

Angelo Roberto Cerroni, Referendario, Estensore