

Publicato il 03/07/2018

**N. 04065/2018REG.PROV.COLL.
N. 02149/2018 REG.RIC.**



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2149 del 2018, proposto da Digid Solutions s.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con Digid s.p.a. e Software & Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Orlando, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sistina n. 48;

contro

Lombardia Informatica s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimo Preti e Aldo Lopez, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Massimo Preti in Milano, viale Bianca Maria n. 21;

Regione Lombardia, A.R.C.A. - Azienda Regionale Centrale Acquisti - Lombardia s.p.a., non costituite in giudizio;

nei confronti

Bv Tech s.p.a., Aizoon Consulting s.r.l., Comdata s.p.a., Dedagroup Public Services s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Antonio Catricalà, Damiano Lipani, Francesca Sbrana e Fabio Baglivo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna n. 40;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 00412/2018, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Lombardia Informatica s.p.a., di Bv Tech s.p.a., di Aizoon Consulting s.r.l., di Comdata s.p.a. e di Dedagroup Public Services s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2018 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli Avvocati Marco Orlando, Massimo Preti, Francesca Sbrana e Fabio Baglivo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La parte originariamente ricorrente, ed odierna appellante, veniva esclusa dalla gara ristretta indetta ai sensi dell'art. 61 del d.lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento dei servizi di assistenza del Sistema Informativo Socio Sanitario Lombardo (SISS) e del Sistema Informativo Regionale (SIRE), da Lombardia Informatica s.p.a. (società interamente partecipata dalla Regione Lombardia) con bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. del 12 aprile 2017.

L'esclusione dalla gara, espletata attraverso il sistema telematico denominato Sintel, è derivata dal fatto che due società componenti il R.T.I. appellante avevano presentato le domande di partecipazione in formato

.doc e non .pdf, come invece prescritto dalla lettera d'invito, seppure sottoscrivendole con firma digitale.

Il T.A.R., con l'ordinanza n. 73/2018, ha ordinato a Lombardia Informatica s.p.a. di produrre documentazione attestante le concrete modalità di presentazione dell'offerta esclusa ed il suo effettivo contenuto.

Il medesimo T.A.R. quindi, dopo aver richiamato le clausole della lettera di invito le quali prescrivevano che, prima dell'invio, tutti i *files* costituenti la documentazione amministrativa, che non fossero già originariamente in formato .pdf, dovevano essere convertiti in formato .pdf, dato atto che, alla luce delle risultanze della disposta ed eseguita istruttoria, era emerso che la domanda di partecipazione delle società Digid Solutions s.p.a. e Digid s.p.a. era stata presentata in formato .doc, seppure con la firma digitale valida in formato CADES, rilevato altresì che la stazione appaltante non era tenuta ad avere a disposizione, al momento dell'apertura delle offerte, un *software* idoneo alla apertura dei *files* in formato .doc e che l'irregolarità riscontrata non poteva essere sanata in sede di soccorso istruttorio, poiché, ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lvo n. 50/2016, "l'utilizzo di un *file* con estensione e formato diverso da quello prescritto non può, almeno ordinariamente, considerarsi relativo a un "elemento formale della domanda", quanto, invece, ad un elemento intrinseco ed essenziale della stessa", ha respinto il ricorso con la sentenza appellata: avverso quest'ultima si appuntano quindi i motivi di appello che si esamineranno compiutamente nella parte in diritto della presente sentenza. Si sono costituiti in giudizio, per opporsi all'accoglimento del gravame, la società Lombardia Informatica s.p.a. ed il R.T.I., avente come mandataria l'impresa BV Tech s.p.a., divenuto aggiudicatario definitivo (in virtù di un provvedimento che la parte appellante ha gravato con autonomo ricorso dinanzi al T.A.R.) successivamente alla sentenza di primo grado. L'appello quindi, all'esito dell'udienza di discussione, è stato trattenuto dal collegio per la decisione di merito.

DIRITTO

La controversia, nei termini in cui è stata portata all'attenzione del giudice di appello, ha ad oggetto i limiti alla sanabilità, mediante lo strumento del cd. soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, d.lvo n. 50/2016, delle difformità, rispetto alle prescrizioni della *lex specialis*, caratterizzanti le concrete modalità di presentazione della documentazione finalizzata ad estrinsecare la volontà di partecipazione alla gara del concorrente, con particolare riguardo all'ipotesi - qui ricorrente - in cui questa sia espletata telematicamente.

Nella fattispecie in esame, la difformità contestata dalla stazione appaltante – e dalla quale è discesa l'applicazione della sanzione espulsiva – riguarda le domande di partecipazione presentate da due delle tre imprese componenti il R.T.I. appellante, in quanto, come si evince dalla motivazione del provvedimento di esclusione, “contrariamente a quanto previsto nella *lex specialis* di gara, la suddetta documentazione è stata presentata in formato doc. anziché pdf., ciò ha comportato la mancata apertura dei relativi *files* sia nel corso della seduta pubblica che nella successiva seduta riservata, con conseguente impossibilità di verificarne il contenuto”.

Non essendo contestati dalla parte appellante i termini fattuali della vicenda, così come emergenti dal citato provvedimento di esclusione, l'indagine ermeneutica imposta dal *thema decidendum*, come dianzi succintamente enucleato, deve naturalmente prendere le mosse dal disposto dell'art. 83, comma 9, d.lvo n. 50/2016, ai sensi del quale “le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un

termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”.

Premessa la portata generale della previsione, occorre soffermare l'attenzione sul significato – oltre che, immediatamente dopo, sulla sussistenza in concreto – delle circostanze ostative alla esperibilità del soccorso istruttorio, correlate, da un lato, alla inerenza della irregolarità (essenziale) alla offerta economica o a quella tecnica, dall'altro lato, alla impossibilità, da quella irregolarità determinata, di individuare il contenuto o il soggetto responsabile della documentazione.

Quanto alla prima questione, è agevole osservare che l'irregolarità contestata alla parte appellante, inerendo alla domanda di partecipazione (e non, quindi, all'offerta economica o a quella tecnica), rientra pianamente entro il perimetro applicativo del soccorso istruttorio.

Con riguardo, invece, alla seconda, deve preliminarmente rilevarsi che la *ratio* della previsione è agevolmente individuabile nella inammissibilità, inevitabile sul piano logico prima ancora che giuridico, della possibilità di sanare le irregolarità che non consentano di risalire al contenuto (o all'autore) del documento che ne sia affetto, traducendosi in tale evenienza, l'eventuale integrazione postuma del documento irregolare, nella produzione *ex novo* dello stesso (e non nella sanatoria di un documento già presentato e definitivamente acquisito agli atti di gara), in patente violazione dei principi di *par condicio*, di trasparenza e di imparzialità che devono ispirare lo svolgimento del procedimento di gara. Tale situazione ostativa, deve ritenersi, non ricorre nella fattispecie in esame.

Come si evince dalla relazione istruttoria acquisita agli atti del giudizio di primo grado, in esecuzione della corrispondente ordinanza del T.A.R., l'operazione di apertura dei *files* in formato .doc trasmessi dalla parte appellante (*rectius*, allegati alla documentazione amministrativa da due delle tre imprese costituenti il R.T.I.), posta in essere dall'organo verificatore, si è svolta con esito positivo, essendo stati essi regolarmente aperti e resi leggibili mediante "lo strumento in uso presso la stazione appaltante (Digital Sign)", previa autorizzazione all'attivazione di un "viewer esterno", ovvero, come chiarito dalla parte appellante, mediante un programma ("Word") normalmente presente nel sistema operativo denominato "Mycrosoft Windows".

Pertanto, indipendentemente dalle ulteriori deduzioni di parte appellante (intese a sostenere che i *files* suindicati sarebbero stati leggibili anche da parte della Commissione di gara, sebbene non attraverso la piattaforma telematica Sintel ma previo trasferimento su terminale, ed anche prescindendo dall'autorizzazione all'operatività del "viewer esterno" al sistema "Digital Sign" ovvero dalla presenza all'interno del sistema operativo utilizzato del programma "Word", qualora l'operatore avesse effettuato lo *scroll* della videata e non si fosse fermato alla prima parte della pagina visualizzata sullo schermo) e dalle controdeduzioni articolate dalla parte controinteressata (in particolare con la memoria del 14 giugno 2018), oltrech  dall'eccezione di inammissibilit  di quelle deduzioni formulata dalla Amministrazione appellata (siccome asseritamente violative del divieto di produrre nuovi mezzi di prova in appello), non pu  non rilevarsi, anche sulla scorta della verifica espletata in primo grado, che il formato utilizzato per la compilazione e l'invio della domanda di partecipazione dalle imprese suindicate non era tale da impedirne, in maniera assoluta, la corretta visualizzazione e lettura: sarebbe infatti stato sufficiente, a tal fine, utilizzare in maniera appropriata un *software* che appartiene allo strumentario digitale "di base" di

qualunque soggetto (pubblico o privato) che utilizzi la modalità digitale per lo svolgimento della sua attività, o comunque da esso facilmente acquisibile e di cui la stessa stazione appaltante aveva evidentemente la concreta disponibilità (come dimostrato, si ripete, dalla verifica svolta in primo grado).

Da questo punto di vista, del resto, la valutazione della possibilità o meno di accesso al contenuto di un documento, agli effetti applicativi delle disposizioni in tema di soccorso istruttorio, non può essere rigidamente compiuta in concreto, ovvero con riferimento alla disponibilità *hic et nunc* da parte della stazione appaltante degli strumenti all'uopo necessari ed alla capacità dei suoi addetti di utilizzarli conformemente alle loro potenzialità operative, ma, coerentemente con la connotazione generale ed astratta della pertinente previsione normativa, che definisce "non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto" del documento irregolare, sulla scorta della disponibilità di quei mezzi da parte di una stazione appaltante mediamente attrezzata e della comune capacità dei suoi addetti di utilizzarli, secondo il parametro generale dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*: condizione che - si ribadisce - può ritenersi acclarata, oltre che sulla base di nozioni di comune esperienza e conoscenza, alla luce delle risultanze dell'istruttoria disposta dal giudice di primo grado e dianzi sintetizzate.

Né potrebbe sostenersi che la necessità di effettuare operazioni ulteriori, rispetto a quella connessa alla mera apertura dei *files* inviati dai concorrenti mediante la stessa piattaforma elettronica sulla quale erano stati "caricati", avrebbe rappresentato un serio intralcio per il regolare svolgimento della gara: a prescindere dal rilievo secondo cui le attività implicate dalla apertura dei *files* aventi l'estensione .doc non sono caratterizzate da profili di particolare gravosità o dispendio temporale, essendo agevolmente espletabili da qualunque operatore dotato di medie conoscenze informatiche, deve osservarsi che la stessa Commissione di

gara non si è sottratta al compito di porre in essere i tentativi necessari per la lettura degli stessi (sebbene, per circostanze contingenti e non del tutto chiarite, senza riuscirvi).

Quanto poi ai rilievi del verificatore, secondo cui “in assenza di un’apposita perizia informatica, non può confermarsi che il contenuto del suddetto documento sia stato o resti stabile, essendo possibile che le dichiarazioni in esso contenute, proprio per l’operare delle macro, di formati anomali e/o pacchetti compressi, si modificano nel tempo”, aggiungendo che “è per tale ragione che la legge di gara e le regole tecniche di utilizzo della piattaforma Sintel, pubblicate preventivamente e peraltro sottoscritte dal concorrente, così come imposte dalla Centrale Acquisti Regionale – ARCA e da Regione Lombardia, richiedono l’invio dei *files* in formato pdf” (rilievi ulteriormente avvalorati dall’impresa aggiudicataria mediante la relazione tecnica a firma del prof. Stefano Zanero, depositata in data 8 giugno 2018), deve osservarsi quanto segue.

Non è in discussione la preferibilità del formato .pdf rispetto al formato .doc ai fini della predisposizione e della trasmissione dei documenti di gara, in quanto maggiormente idoneo, rispetto al secondo, a garantire la “stabilità” degli stessi.

Nella specie tuttavia, anche in considerazione della natura del documento irregolare (la domanda di partecipazione alla gara: diverso e più approfondito discorso dovrebbe farsi, evidentemente, ove il vizio riguardasse l’offerta tecnica o economica, che peraltro si è visto essere sottratte *a priori* al meccanismo sanante), l’esigenza di immodificabilità non si pone in termini così stringenti, non contenendo essa dati suscettibili di influire sullo svolgimento della selezione, da indurre a ritenere che l’irregolarità incida sulla stessa “individuazione del contenuto” del documento medesimo o del suo autore, siccome sfornito di idonee garanzie di “stabilità”.

Tale esigenza del resto sarebbe stata agevolmente e tempestivamente salvaguardata mediante l'attivazione del soccorso istruttorio, il quale, attraverso l'acquisizione del documento nel formato .pdf richiesto dalla *lex specialis*, avrebbe garantito *pro futuro* ed in termini ragionevolmente rapidi (rispetto alla trasmissione originaria dei documenti da parte dell'impresa ed alla loro acquisizione da parte della Commissione di gara) l'integrità del documento (previa verifica della corrispondenza del suo contenuto a quello acquisito in formato .doc, come una stazione appaltante mediamente diligente, come si è detto, sarebbe stata in condizioni di fare).

Nemmeno apporta significativi elementi, a favore della tesi interpretativa fatta propria dal giudice di primo grado, la giurisprudenza da esso citata, ed in particolare il precedente di questa Sezione n. 3329 del 2 luglio 2014, concernente una ipotesi di illeggibilità della documentazione di gara (imputabile, come accertato dal giudice, all'impresa e non al sistema informatico Sintel), essa sì inficiante l'"individuazione" del contenuto del documento medesimo (agli effetti applicativi del soccorso istruttorio, così come disciplinato dalla normativa successivamente intervenuta).

Non decisive sono altresì le deduzioni dell'Amministrazione appellata, contenute nelle memorie del 14 e del 15 giugno 2018, intese ad evidenziare che i *files* in oggetto sarebbero nulli ai sensi dell'art. 21 del Codice dell'Amministrazione Digitale.

Deve invero precisarsi che la disposizione invocata (art. 21, comma 1, d.lvo n. 82 del 7 marzo 2005, peraltro abrogato dall'art. art. 21, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 217 del 13 dicembre 2017) dispone(va) che "il documento informatico, cui è apposta una firma elettronica, soddisfa il requisito della forma scritta e sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità".

Ebbene, a differenza di quanto sostenuto dall'Amministrazione resistente, le menzionate "caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e

immodificabilità” non condizionano in termini assoluti la validità del documento informatico sottoscritto con firma digitale, ma la sua rilevanza probatoria in sede di giudizio, pur sempre oggetto di libera valutazione da parte del giudice.

Deve solo aggiungersi, al fine di ulteriormente avvalorare l’illegittimità dell’impugnato provvedimento espulsivo, che la *lex specialis* non contemplava alcuna espressa sanzione di esclusione per l’ipotesi di inosservanza della prescrizione concernente l’estensione del *file* recante la domanda di partecipazione.

In conclusione, l’appello deve essere accolto e riformata la sentenza di primo grado, con il conseguente annullamento del provvedimento di esclusione impugnato in primo grado.

Resta assorbita la domanda di annullamento, e le relative censure, rivolte avverso la *lex specialis*, ove interpretata nel senso di legittimare il *modus operandi* della stazione appaltante consacrato dal provvedimento di esclusione impugnato in via principale (così come la corrispondente eccezione di irricevibilità formulata dalla stazione appaltante con la memoria del 14 giugno 2018).

La novità delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese relative ai due gradi di giudizio, fermo il diritto della parte appellante al rimborso del contributo unificato versato in relazione ad essi, a carico della stazione appaltante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie ed annulla per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, il provvedimento di esclusione impugnato in primo grado.

Spese dei due gradi di giudizio compensate, fermo il diritto della parte appellante al rimborso del contributo unificato versato in relazione ad essi, a carico della stazione appaltante.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2018

con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE

Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO