



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1028 del 2012, proposto da:

Scs Azioninnova S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Maria Gaia Cavallari, Marco Dugato, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Franco Casarano in Milano, via Larga 15;

contro

Regione Lombardia, rappresentata e difesa per legge dall' Avv. Raffaella Schiena, con domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura Regionale, in Milano, piazza Città di Lombardia, 1;

per l'annullamento

del provvedimento (prot. A1.2012.0029505) del Dirigente struttura Acquisti Contratti e Patrimonio UO del 27 marzo 2012, con il quale veniva comunicata alla ricorrente l'esclusione del raggruppamento temporaneo d'impresa di cui la stessa è mandataria dalla procedura aperta del Servizio di Riorganizzazione Giudiziari (GECA 1/2012), nonchè di tutti gli atti connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Lombardia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2012 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente, mandataria di un RTI costituendo con le mandanti LUISS Guido Carli, Next Spa, Intersistemi s.p.a. e Università Cattolica del Sacro Cuore, ha presentato domanda di partecipazione alla procedura aperta per l'appalto del Servizio di Riorganizzazione dei processi lavorativi e di ottimizzazione delle risorse degli Uffici Giudiziari.

Nell'art 4 del disciplinare di gara venivano fissate le modalità di presentazione delle offerte, stabilendo che dovessero essere presentate informaticamente mediante inserimento con firma digitale entro il termine perentorio delle 15.00 del 16 marzo 2012.

La procedura prevedeva il caricamento dei documenti di gara, in tre blocchi distinti, firmati digitalmente dai

componenti del costituendo il raggruppamento: a) documentazione amministrativa, b) offerta tecnica e c) offerta economica.

Era previsto un passaggio riepilogativo al caricamento dell'offerta economica: una volta caricata quest'ultima già firmata, il sistema prevedeva la creazione di un ulteriore documento riepilogativo da firmare a sua volta.

La ricorrente ha inviato i documenti richiesti alle 13.55, ma il file riepilogativo, firmato dalle imprese, non veniva accettato e il sistema continuava a ricaricare questo file riepilogativo.

Alle 14.55 veniva quindi inviata una richiesta al servizio assistenza della Regione e contestualmente una nota alla Regione in cui veniva segnalata l'impossibilità di chiudere in via informatica il documento riepilogativo, poiché le tre firme non venivano accettate dal sistema Sintel.

Con il provvedimento a firma del Dirigente struttura Acquisti Contratti e Patrimonio UO del 27 marzo 2012, il raggruppamento temporaneo di cui la SCS Azioninova è mandataria, veniva esclusa, per la scadenza dei termini per l'inoltro della domanda, precisando che il gestore del sistema Sintel non aveva rinvenuto malfunzionamenti attribuibili alla Piattaforma Sintel.

Al provvedimento era allegata la nota del 21 marzo 2012, di Lombardia informatica, in cui si precisava che il documento riepilogativo non era stato accettato perché "i primi due firmatari hanno correttamente apposto le firme con modalità detta parallela, come previsto dalla piattaforma Sintel", mentre i successivi tre firmatari risultano invece aver apposto le relative firme con modalità "nidificata", che non è accettata dal sistema.

Avverso il provvedimento di esclusione sono state articolate le seguenti censure:

eccesso di potere per violazione della lex specialis di gara; violazione del principio del favor participationis: la ricorrente ha seguito le indicazioni poste nella lex specialis, ponendo la firma nel medesimo modo: pertanto la causa della mancata accettazione del documento riepilogativo è da imputarsi al sistema Sintel e quindi alla stazione appaltante. Le prescrizioni del disciplinare sono state rispettate e pertanto l'esclusione è stata disposta solo per la mancanza del file riepilogativo.

Si costituiva in giudizio la Regione Lombardia, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n.679 del 14/05/2012, la domanda cautelare veniva accolta, ritenendo che "la non univocità delle prescrizioni del bando circa la modalità di firma, non consente di configurare quale causa di esclusione la presentazione di un'offerta con "firma nidificata".

All'udienza del 12 dicembre 2012 il ricorso veniva trattenuto in decisione dal Collegio.

DIRITTO

1) La società ricorrente, mandataria di un Rti costituendo con le mandanti LUISS Guido Carli, Next Spa, Intersistemi s.p.a. e Università Cattolica del Sacro Cuore, ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara, disposta per il mancato rispetto del termine di presentazione dell'offerta.

Come descritto in fatto, la società ricorrente ha trasmesso la documentazione di gara (la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e l'offerta economica), nel termine prescritto, seguendo le prescrizioni del disciplinare. Solo il documento riepilogativo, creato dal sistema stesso, una volta trasmessa regolarmente la documentazione dell'offerta, non è stato accettato dal sistema, per la modalità con cui sono state apposte le firme: la mandataria ha infatti apposto due firme con modalità parallela e tre con modalità "nidificata", quest'ultima modalità non accettata dal sistema.

2) La Regione ha rilevato in via preliminare l'inammissibilità del ricorso, per la mancata impugnazione della disciplina di gara.

L'eccezione è infondata.

Sussiste infatti l'onere di immediata impugnazione del bando di gara o lettera di invito solo per quelle clausole che

impediscono in limine la partecipazione alla procedura di determinati soggetti, e che non richiedano alcuna significativa attività interpretativa (T.A.R. Campania, Napoli Sez. I 3.4.2012 n. 1550), fissando i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva "con prescrizioni inequivoche" (T.A.R. Liguria, Sez. II 29.3.2012 n. 445). Nel caso di specie deve invece escludersi che le clausole in questione rivestissero tale natura, come dimostra l'oggetto del presente ricorso, incentrato non sulla modalità di partecipazione, ma sul rispetto delle prescrizioni di partecipazione da parte della offerente e quindi sulla responsabilità della stazione appaltante per il mancato rispetto del termine di presentazione del file riepilogativo.

Non venendo quindi in contestazione alcun profilo relativo alle prescrizioni contenute nel bando e nel disciplinare, l'eccezione va respinta.

3) Nel merito, come già rilevato in sede cautelare, il ricorso è fondato e merita di essere accolto.

3.1 Il disciplinare di gara ha prescritto la modalità di presentazione dell'offerta, richiedendo poi la compilazione del foglio riepilogativo, elaborato dal sistema, da sottoscrivere con firma digitale.

Si deve osservare che nella *lex specialis* non vi era alcun riferimento alla modalità di sottoscrizione e non era indicato in alcun modo che anche il documento riepilogativo dovesse essere presentato a pena di esclusione.

Quanto alla modalità di presentazione dell'offerta, dal coordinamento delle prescrizioni del disciplinare e del bando si evince che l'offerta e la documentazione che la compongono dovevano essere inviate e fatte pervenire alla Regione attraverso Sintel entro il termine perentorio delle 15.00 del 16.3.2012, pena la nullità dell'offerta e comunque la non ammissione alla procedura.

Nel bando viene specificato che la procedura è svolta mediante l'ausilio di sistemi informatici e l'utilizzazione del Sistema di intermediazione telematica di regione Lombardia, denominato "Sintel", con l'indicazione dell'indirizzo cui accedere.

La giurisprudenza ha sempre posto in capo alla stazione appaltante un onere di chiarezza delle regole di gara nel bando, in modo che il concorrente sia dispensato, in caso di oscurità ed equivocità delle clausole del bando, dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati.

Tuttavia a chi partecipa ad una gara d'appalto, operatore nel settore e, quindi, soggetto qualificato, si richiede una lettura complessiva e globale delle regole di partecipazione: nel caso di specie non si può ritenere che la disciplina di gara fosse chiara e di semplice comprensione circa la modalità dell'apposizione della firma digitale, in caso di firma multipla.

Il bando non riporta alcuna prescrizione sulla modalità di sottoscrizione digitale; ugualmente il disciplinare, all'art 1, nella parte "forma e sottoscrizione dei documenti", pone l'obbligo della firma digitale di tutti i documenti, senza tuttavia alcuna indicazione precisa circa la modalità con cui apporre la firma digitale.

In assenza di una specifica prescrizione sulla modalità di apposizione della firma digitale e sulla circostanza che solo la firma parallela fosse compatibile con la piattaforma, non fornendo le prescrizioni della *lex specialis* di gara alcun elemento certo ed inequivoco sulla modalità con cui apporre la firma in presenza di più soggetti sottoscrittori, non può essere ritenuta legittima l'esclusione dalla gara.

3.2 Un secondo profilo che porta a ritenere illegittima la scelta della stazione appaltante di considerare fuori termine l'offerta, si rinviene nella circostanza che, dal contesto del disciplinare e del bando, non si può dedurre che la mancata compilazione del documento riepilogativo fosse a pena di esclusione.

Il termine perentorio di presentazione si riferisce infatti solo all'offerta tecnica, precisando che l'invio dell'offerta avviene attraverso l'apposita procedura, da effettuarsi al termine e successivamente al caricamento della documentazione che compone l'offerta.

Tuttavia, la circostanza che, pur avendo la ricorrente seguito le istruzioni fornite dalla stazione appaltante nella

"lex specialis" e nella modulistica ufficiale, il file riepilogativo non sia stato accettato, non può portare all'esclusione, in linea con il prevalente orientamento, secondo cui, a fonte di un'oggettiva incertezza ingenerata dagli atti predisposti dalla stazione appaltante e della buona fede che va riconosciuta al concorrente, deve prevalere il principio del "favor participationis"; anche se tale principio ha di norma carattere recessivo rispetto al principio della "par condicio", tuttavia l'esigenza di apprestare tutela all'affidamento inibisce alla stazione appaltante di escludere dalla gara pubblica un'impresa che abbia compilato l'offerta in conformità alle prescrizioni della legge di gara o al facsimile di offerta da essa stessa approntato, potendo eventuali parziali difformità costituire oggetto di richiesta di integrazione (Cons. Stato, V, 5 luglio 2011, n. 4029, Consiglio di Stato sez. V n. 5692, 8 novembre 2012).

Questo orientamento trova anche fondamento nell'ordinamento comunitario (proprio in tema di affidamento indotto dalla formulazione degli atti di gara, cfr. Corte di Giustizia CE, sezione sesta, 27.2.2003, C327/00, Santex S.p.a.), quale corollario del principio di certezza del diritto, nonché quale espressione del generale obbligo di comportarsi lealmente e secondo buona fede all'interno di ogni rapporto giuridico.

Quindi, in assenza di una espressa disciplina della modalità di sottoscrizione, nonché di una clausola che prevedesse l'esclusione dell'offerta per la mancata presentazione del file riepilogativo, non poteva procedersi all'esclusione dell'impresa ricorrente, che aveva compilato l'offerta in conformità al modello all'uopo approntato dalla stazione appaltante.

Al contrario alla stazione appaltante può essere addebitato un negligente comportamento, per essersi limitata a richiedere la firma digitale dei documenti, senza tuttavia precisare la modalità di esecuzione di questo adempimento, in presenza di un sistema informatico non comune agli operatori del settore, ma anzi specifico della Regione Lombardia, che fuoriesce dall'ordinaria conoscenza di un operatore informatico.

4) Per tale ragione il ricorso va accolto.

In considerazione della novità della questione affrontata, il Collegio ritiene sussistano giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento di esclusione (prot. A1.2012.0029505) a firma del Dirigente struttura Acquisti Contratti e Patrimonio UO del 27 marzo 2012.

Spese compensate, fermo il rimborso del contributo unificato a carico dell'amministrazione soccombente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Primo Referendario, Estensore

Stefano Celeste Cozzi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 01/03/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)