

Nelle gare telematiche può mancare la sottoscrizione dell'offerta

di Margherita Conte

Data di pubblicazione: 29-12-2020

La sottoscrizione dell'offerta, così come di ogni altra dichiarazione richiesta dalla lex concorsuale, è essenziale nelle gare pubbliche, o nei procedimenti assimilati. Tuttavia, nella gara telematica può ritenersi che non solo l'offerta o la domanda di partecipazione, ma anche le attestazioni da allegare ad essa, possano considerarsi riconducibili e imputabili con assoluta certezza al soggetto o all'operatore economico che le abbia inviate nella richiesta modalità elettronica e, quindi, nelle forme e nei modi previsti dal bando, e ciò per effetto delle particolari modalità di svolgimento di tali procedimenti.

In linea di principio, la sottoscrizione è il primo degli elementi indefettibili per l'esistenza e per l'ammissibilità non solo della domanda di partecipazione ad una procedura di gara, ma anche degli atti ed in particolare delle attestazioni per le quali è richiesta la sottoscrizione del dichiarante.

La relativa mancanza, dunque, determina di regola l'inammissibilità della partecipazione e la conseguente esclusione dal procedimento concorsuale.

Viceversa, nella gara telematica (ed anche nei procedimenti ad essa assimilabili) può ritenersi che non solo l'offerta o la domanda di partecipazione, ma anche le attestazioni da allegare ad essa, possano considerarsi riconducibili e imputabili con assoluta certezza al soggetto o all'operatore economico che le abbia inviate nella richiesta modalità elettronica, e quindi nelle forme e nei modi previsti dal bando, e ciò per effetto delle particolari modalità di svolgimento di tali procedimenti.

La prassi dei procedimenti amministrativi telematici, in cui la partecipazione debba avvenire attraverso un apposito *form* oppure mediante la compilazione elettronica di un modello scaricabile predisposto dalla stessa autorità destinata a riceverlo, è quella secondo cui l'accettazione dell'invio telematico avviene necessariamente nelle medesime modalità elettroniche. A tale accettazione può seguire, a seconda dei casi, la restituzione al mittente della domanda ritenuta irregolare (con indicazione dei motivi dell'impossibilità di accettarla ed, eventualmente, delle opportune indicazioni per procedere alla ripresentazione), oppure nella segnalazione di tali circostanze in qualsiasi efficace modalità che garantisca la duplice esigenza, di interesse pubblico, di assicurare la massima partecipazione al procedimento amministrativo dei possibili aventi titolo e, contemporaneamente, la *par condicio* tra i suoi partecipanti, evitando esclusioni immotivate o comunque contrarie al pubblico interesse.

Si realizza, in definitiva, una moderna forma di partecipazione al procedimento amministrativo telematico, evolutosi in modalità automatizzata, talora per effetto di un *software* di intelligenza

artificiale, che interagisce col partecipante-utente senza l'intervento di alcun operatore o persona fisica^[1].

^[1] In senso conforme, Cons. Stato, Sez. III, 19 marzo 2020, n. 1963; Id., Sez. V, 21 novembre 2016, n. 4881.

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 28/12/2020

N. 08435/2020REG.PROV.COLL.

N. 03306/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 3306 del 2014, proposto da Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Codacons, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gino Giuliano, Carlo Rienzi, con domicilio eletto presso lo studio Ufficio Legale Nazionale Codacons in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 73;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n.8886/2013, resa tra le parti, concernente assegnazione finanziamenti relativi al fondo europeo per l'integrazione di cittadini di paesi terzi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Codacons;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 11 dicembre 2020 il Cons. Sergio Santoro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori - CODACONS partecipava al bando indetto dal Ministero dell'interno, nell'ambito del Programma annuale (AP) per il Fondo europeo per l'integrazione dei cittadini di Paesi Terzi per il finanziamento di progetti conformi agli obiettivi del Programma, in particolare per l'Azione n.3, di sensibilizzazione, informazione e comunicazione, per un finanziamento previsto di un milione di euro.

Il Ministero tuttavia, con provvedimento del 30 agosto 2011, comunicava all'associazione interessata la inammissibilità della proposta progettuale presentata.

2. Il CODACONS ricorreva avverso tale provvedimento denunciando difetto di motivazione, in relazione all'argomento addotto nel provvedimento, in asserita aderenza all'art. 10 dell'Avviso pubblico, sul rilievo che *il modello A non sarebbe stato conforme alle modalità di presentazione previste*.

Con l'ordinanza 17 febbraio 2012 n. 6119 il TAR sospendeva il provvedimento, rilevando il difetto di motivazione dell'atto impugnato.

Erano anche proposti motivi aggiunti, incentrati sulla mancata sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva, successivamente contestata, riguardante il possesso dei requisiti di partecipazione come indicati nel bando, nonostante il progetto presentato fosse stato compilato integralmente e firmato digitalmente.

3. Il primo giudice nella sentenza appellata rilevava che la domanda presentata dal

CODACONS era perfettamente identica a quelle delle altre concorrenti acquisite al giudizio, esclusi ovviamente i contenuti, e che la dichiarazione sostitutiva era anch'essa completa e firmata digitalmente.

Quanto alla domanda risarcitoria, il primo giudice dubitava che il progetto dell'appellata, una volta ammesso alla selezione, sarebbe stato ritenuto meritevole di accedere al finanziamento, essendovi oltretutto incertezza circa le spese inutilmente sopportate per partecipare alla selezione.

Pertanto concludeva che il risarcimento avrebbe potuto liquidarsi in via equitativa, riconoscendo a tale titolo € 3.000,00 (euro tremila/00, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria) per avere predisposto la domanda di partecipazione alla selezione da cui era stata illegittimamente esclusa.

4. Il Ministero propone quindi l'appello in esame, premettendo un'eccezione di tardività del ricorso di primo grado e, in punto di fatto, riferendo che la Commissione tecnica aveva rilevato che la documentazione progettuale presentata dal Codacons non sarebbe conforme ai requisiti formali previsti dall'art. 10 dell'Avviso pubblico tra cui l'apposizione della firma digitale, nella specie asseritamente mancante.

In ordine al dedotto vizio del difetto di motivazione, la difesa erariale sostiene che *"l'Amministrazione procedente abbia provveduto a motivare ciascun provvedimento di esclusione nel modo, oltre che concretamente esigibile, anche più opportuno al fine di rispettare il principio di buon andamento della P.A. relativamente ai criteri di economicità, rapidità ed efficacia e la par condicio di tutti i concorrenti esclusi. Una diversa e più complessa attività relativamente ad ogni singola causa di inammissibilità per ogni domanda non ammessa alla valutazione avrebbe infatti impedito di comunicare tempestivamente a tutti i soggetti interessati i vizi che inficiavano le proprie proposte, ledendo così la possibilità di ognuno di regolarizzare in tempo utile la propria posizione"*.

Quanto al mancato contraddittorio con la partecipante senza consentirle di regolarizzare la propria domanda in tempo utile, l'appellante ricorda che è mancata la sottoscrizione mediante firma digitale, requisito questo richiesto esplicitamente dall'Avviso pubblico a pena di inammissibilità ed esclusione, e ciò in analogia all'obbligatorietà dell'apposizione della firma digitale alle offerte presentate in occasione di gare telematiche.

Infine, sarebbe da escludere la colpa degli uffici ministeriali per non avere tempestivamente riesaminato la domanda a seguito della sospensiva concessa dal primo giudice, dato che il termine ultimo per la presentazione dei progetti era il 28 febbraio 2011 ore 18, termine già scaduto da quasi un anno al momento dell'adozione dell'ordinanza cautelare di sospensione del provvedimento di esclusione, del 17.2.2012, neppure ritenendosi configurabile alcuna colpa in contrahendo da parte dell'Amministrazione.

5. L'appello è infondato e la sentenza impugnata merita integrale conferma, seppure per le diverse ragioni di seguito rappresentate.

Quanto alla preliminare eccezione di tardività del ricorso di primo grado, se ne rileva la palese infondatezza, in quanto il momento nel quale l'interessata è stata avvertita dell'esito sfavorevole, nonché della possibilità di presentare ricorso giurisdizionale entro 60 giorni o straordinario entro 120, deve identificarsi nella data di comunicazione dell'avviso del 30 agosto 2011.

Oltretutto, la ragione dell'esclusione del CODACONS è stata precisata compiutamente soltanto nel corso del giudizio, come dovuta al difetto di sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva circa il possesso dei requisiti di partecipazione come indicati nel bando.

Ora, va precisato al riguardo che il procedimento per cui è causa è perfettamente analogo, per quanto interessa la presente controversia, ad una gara telematica, caratterizzantesi, tra l'altro, per il ricorso a strumenti digitali come la firma digitale (nella specie appunto richiesta) e la PEC.

Ed è noto che la sottoscrizione dell'offerta, così come di ogni altra dichiarazione richiesta dalla *lex* concorsuale, è essenziale nelle gare pubbliche, o nei procedimenti assimilati, sia per verificare la necessaria coincidenza tra il soggetto che si dichiara autore dell'atto e colui che lo presenta all'autorità destinata a riceverlo, non solo perché chi lo sottoscrive lo fa proprio (e, quindi, fa propri anche la relativa dichiarazione e il contenuto di questa), ma anche perché in tal modo assicura la serietà e la paternità certa di quanto dichiarato o rappresentato, a garanzia dell'imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa e della par condicio tra i partecipanti.

6. La sottoscrizione dunque attribuisce non soltanto forma ed esistenza, ma anche giuridica consistenza alla domanda di partecipazione e/o di quanto attestato in relazione ad essa, poiché consente con certezza l'identificazione del candidato o del dichiarante, a garanzia dei principi di serietà e par condicio, ed è necessario presupposto per le successive operazioni di esame, valutazione o verifica, a seconda dei casi, delle condizioni e/o dei requisiti di partecipazione e, in definitiva, della possibilità di accogliere o riconoscere quanto ivi rappresentato.

La mancanza nell'atto delle indicazioni concernenti questi aspetti (ovvero una loro carenza che ne possa determinare l'assoluta incertezza) implica necessariamente l'impossibilità di attribuire la paternità dei contenuti dell'atto, e determina quindi l'inidoneità di questo a produrre gli effetti giuridici prefigurati e/o attesi, restando tale atto appunto privo di autore.

7. In linea di principio, pertanto, la sottoscrizione è il primo degli elementi indefettibili per l'esistenza e dunque per l'ammissibilità non solo della domanda di partecipazione, ma anche degli atti ed in particolare delle attestazioni per le quali è richiesta la sottoscrizione del dichiarante.

La relativa mancanza, dunque, determina di regola l'inammissibilità della partecipazione e la conseguente esclusione dal procedimento concorsuale.

Ma nella gara telematica (e dunque anche nei procedimenti ad essa assimilabili, almeno per le

questioni in esame) può ritenersi che non solo l'offerta o la domanda di partecipazione, ma anche le attestazioni da allegare ad essa, possano considerarsi riconducibili e imputabili con assoluta certezza al soggetto o all'operatore economico che le abbia inviate nella richiesta modalità elettronica (si veda in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2016, n. 4881), e quindi nelle forme e nei modi previsti dal bando, e ciò per effetto delle particolari modalità di svolgimento di tali procedimenti, come chiarito di seguito con riferimento alla fattispecie dedotta in giudizio.

8. Nella specie, infatti, il bando del 7 dicembre 2010 aveva previsto, ai fini della presentazione della domanda, che ciascun concorrente, ai fini della partecipazione, accedesse ad un'area selettiva tramite il sito web predisposto dallo stesso Ministero dell'Interno www.fondieuropeiimmigrazione.it, col redigere la domanda di partecipazione attraverso la compilazione dei modelli ivi proposti dalla stessa amministrazione, inviandoli quindi per posta elettronica certificata con apposizione della firma digitale del presentatore.

La domanda presentata in tale modo dall'appellata associazione era stata quindi accettata dal sistema, che non aveva rilevato e/o comunicato alcuna anomalia.

La prassi dei procedimenti amministrativi telematici, in cui la partecipazione debba avvenire attraverso un apposito *form* oppure mediante la compilazione elettronica di un modello scaricabile predisposto dalla stessa autorità destinata a riceverlo, è quella secondo cui l'accettazione dell'invio telematico avviene necessariamente nelle medesime modalità elettroniche, eventualmente seguita, a seconda dei casi, dalla restituzione al mittente della domanda ritenuta irregolare, con indicazione dei motivi dell'impossibilità di accettarla ed, eventualmente, delle opportune indicazioni per procedere alla ripresentazione, oppure nella segnalazione di tali circostanze in qualsiasi efficace modalità che garantisca la duplice esigenza, di interesse pubblico, di assicurare la massima partecipazione al procedimento amministrativo dei possibili aventi titolo e, contemporaneamente, la *par condicio* tra i suoi partecipanti, evitando esclusioni immotivate o comunque contrarie al pubblico interesse.

9. Si realizza così, in definitiva, di una moderna forma di partecipazione al procedimento amministrativo telematico, così evolutosi in modalità automatizzata, talora per effetto di un software di intelligenza artificiale, che interagisce col partecipante-utente senza l'intervento di alcun operatore o persona fisica.

Se dunque si applicano questi principi al caso di specie, può riconoscersi come la procedura telematica in questione contenga sicuri elementi da cui desumere esattamente la riconducibilità all'autore della dichiarazione-attestazione ritenuta irregolare o incompleta, e ciò a prescindere dall'evento formale dell'avvenuta sottoscrizione materiale della dichiarazione.

In particolare, ciò si ricava da quanto previsto dal disciplinare telematico, secondo cui la partecipazione alla procedura di gara, e la presentazione della relativa domanda, erano possibili solo attraverso l'accesso al sistema effettuato mediante la creazione di un apposito account identificativo, del resto assorbito, quanto a certezza sulla paternità della domanda e degli atti ad essa allegati, dalla provenienza telematica, e dunque non certamente anonima, degli atti trasmessi tramite *upload*.

Il caricamento nella piattaforma della domanda e dei suoi allegati, documentabili *ex se* attraverso i software di trasmissione e ricezione documentale, rendevano quindi certa l'identità del presentatore e dunque la provenienza di ogni atto pervenuto in tale modalità.

10. Accertato dunque che la domanda di partecipazione al procedimento amministrativo in questione, nonché le attestazioni e gli atti ad essa allegati sono, con sufficiente grado di certezza, riferibili all'associazione appellata, non sembra rilevante stabilire se, in relazione al generico difetto di sottoscrizione, sia ammissibile il soccorso istruttorio.

È noto infatti che l'art. 83, comma 9, del nuovo codice dei contratti pubblici, esclude la sanatoria di ogni irregolarità essenziale che riguardi l'offerta tecnica ed economica, con la conseguenza che il soccorso istruttorio non può utilizzarsi per correggere una carenza essenziale dell'offerta (e per analogia, della domanda di partecipazione al procedimento amministrativo concorsuale).

Ma, nella fattispecie, la questione controversa riguarda la provenienza solo di un'attestazione da allegare alla domanda di partecipazione, in ordine alla quale la riferibilità di questa alla partecipante, e la soluzione accolta (ossia la certezza circa la riferibilità e l'ammissibilità dell'attestazione, con conseguente illegittimità dell'esclusione) derivano proprio dalla sicura riconducibilità, per effetto del mezzo telematico, dell'attestazione pervenuta al soggetto autore della dichiarazione medesima.

11. Vi è infine la questione della risarcibilità dell'illecito dovuto al comportamento del Ministero, aggravatosi per effetto dell'inerzia seguita all'accoglimento della domanda cautelare in primo grado, in ordine al quale l'appellante pone una questione di impossibilità temporale di eseguire l'ordinanza.

Al riguardo è sufficiente osservare che tale circostanza non sembra rilevante, sia perché l'illegittima esclusione dell'appellata ha *ex se* determinato necessariamente l'impossibilità di farle conseguire il risultato positivo sperato con la partecipazione al procedimento, sia perché l'eventuale inadempimento all'ordine del giudice pronunciato in primo grado con l'ordinanza sospensiva, indipendentemente dalla tempestività di questa, non ha fatto che aggravare il danno patito dal CODACONS.

Ed è appena il caso di osservare che la ridotta liquidazione in via equitativa nella misura di €3.000,00 del danno stesso, capo questo della sentenza sul quale non c'è stato appello incidentale, determina la sostanziale e pratica inconsistenza delle censure denunciate a tale riferimento.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna il Ministero dell'Interno alle spese di giudizio che liquida in complessivi euro 6.500,00 (seimilacinquecento), oltre alla restituzione del contributo unificato del giudizio di secondo grado, IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere