

Il concorrente è responsabile della mancata apertura del file se inficiato da vizio originario.

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 24-11-2021

E' necessario adempiere, con scrupolo e diligenza, alle previsioni di bando e alle norme tecniche, nell'utilizzazione delle forme digitali, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura, la cui disciplina di gara è posta a garanzia di tutti i partecipanti (par condicio); l'inesatto o erroneo utilizzo, a contrario, rimane quindi a rischio del partecipante nell'ambito della propria autoresponsabilità.

Peraltro, trattandosi di un documento relativo all'offerta tecnica, non era possibile neppure ricorrere al rimedio del soccorso istruttorio, stante l'espressa esclusione prevista dall'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016: in ogni caso la pretesa dell'appellante di ricorrere ad attività aggiuntive da parte della Commissione di gara, quale procurarsi appositi software necessari per ovviare alla irregolarità del file contenente l'offerta muta, non soltanto esula dagli obblighi della Commissione giudicatrice, ma impatta anche contro il principio della par condicio, immanente nelle procedure di gara.

La legge sul procedimento amministrativo ed il codice dei contratti pubblici annoverano, tra le principali tematiche, l'utilizzo sempre più frequente della telematica.

Si cita, *in primis*, l'articolo 3 bis della legge 7 agosto 1990, n.241, rubricato "Uso della telematica". Tale norma prevede che il ricorso agli strumenti informatici debba regolamentare in modo sempre più elevato i rapporti intercorrenti non solo tra le pubbliche amministrazioni ma anche tra quest' ultime ed i soggetti privati.

Quanto sopra assume notevole importanza proprio nel settore degli appalti pubblici; in tale ambito l'aggiudicazione avviene spesso con l'utilizzo delle piattaforme informatiche, soprattutto con riferimento alle procedure concorsuali particolarmente innovative.

Anche recentemente la Commissione europea è intervenuta sul tema, predisponendo una specifica informazione finalizzata a fornire utili consigli operativi proprio nell'attuale campo degli appalti per l'innovazione[\[1\]](#).

Risulta quindi utile esaminare la pronuncia in argomento, con la quale il Consiglio di Stato è intervenuto sulla tematica dell'esclusione di una società da una selezione di gara.

Tale estromissione è stata decisa non per motivi sostanziali ma per un problema tecnico informatico, che ha determinato l'illeggibilità della c.d. "offerta muta", consistente nell'elencazione dei prodotti concessi senza l'indicazione dei connessi valori economici.

Nel concreto la suddetta società aveva inserito la predetta offerta all'interno della busta predisposta; in particolare la Commissione non era stata in grado di decifrare tale documento, non avendo potuto "aprirlo" e, di conseguenza, visionarlo. A tal proposito si sottolinea l'ulteriore richiamo dei giudici, i quali hanno fatto presente che il descritto errore fosse originario nel file, non essendo attribuibile al gestore della piattaforma informatica.

A sostegno di tale precisazione il supremo Consesso ha richiamato quanto sollevato dal competente tribunale amministrativo regionale. Infatti *"è necessario adempiere, con scrupolo e diligenza, alle previsioni di bando e alle norme tecniche, nell'utilizzazione delle forme digitali, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura, la cui disciplina di gara è posta a garanzia di tutti i partecipanti (par condicio); l'inesatto o erroneo utilizzo, a contrario, rimane quindi a rischio del partecipante nell'ambito della propria autoresponsabilità"*.

A tal proposito risulta utile ricordare la sentenza del Consiglio di Stato sez. III, 28 luglio 2020, n. 4795, la quale ha evidenziato un punto fondamentale, proprio in relazione all'elemento dell'autoresponsabilità degli interessati: nelle gare telematiche l'operatore economico deve dotarsi di personale in possesso di adeguate conoscenze informatiche in modo che siano evitati i suddetti inconvenienti.

In particolare lo scrivente, nel commentare la suddetta sentenza 4795/2020^[2], ha descritto la natura delle medesime gare telematiche.

In sostanza tali procedure si caratterizzano per l'utilizzo di una piattaforma on-line di e-procurement e di strumenti di comunicazione digitali (firma digitale e PEC). In tal modo l'iter è più efficiente, veloce e sicuro rispetto a quello tradizionale, basato sull'invio cartaceo della documentazione e delle offerte.

In tale contesto il supremo Consesso aveva stabilito che l'errore commesso dall'operatore economico non poteva essere considerato scusabile: in sostanza il personale della società addetto alle operazioni non era fornito della necessaria esperienza, particolarmente richiesta proprio in ambito informatico.

A tal proposito la Sezione aveva ricordato come nel settore degli appalti pubblici siano sempre presenti i principi di autoresponsabilità e di diligenza professionale connessi alla partecipazione dell'operatore economico ad una procedura di affidamento di contratti pubblici (cfr. C.d.S., Sez. V, 12 marzo 2020, n. 1780, 5 giugno 2018, n. 3384, 7 novembre 2016, n. 4645 e 15 febbraio 2016, n. 627).

In conclusione i giudici hanno rilevato come, nel caso di specie, non si possa fare una distinzione tra mancata allegazione del documento e sua illeggibilità.

Infatti in una procedura informatizzata un documento illeggibile già nella creazione del file, e pertanto probabilmente predisposto da personale non altamente qualificato, come rimarcato nella citata sentenza 4795/2020, comporta l'esclusione dell'interessato dalla procedura concorsuale.

Tutto questo anche in considerazione del fatto che, trattandosi di un documento relativo all'offerta tecnica, il concorrente non aveva potuto appellarsi all'istituto del soccorso istruttorio, così come espressamente previsto dall'articolo 83, comma 9, del decreto legislativo 50/2016.

LEGGI LA SENTENZA

**N.
07507/2021 REG.PROV.COLL.**

N. 04873/2021 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 4873 del 2021, proposto da Beckman Coulter S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Simone Cadeddu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl Bt - Azienda Sanitaria
Locale Barletta-Andria-Trani, in
persona del legale
rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa
dall'avvocato Andrea
Scarpellini Camilli, con
domicilio digitale come da PEC
da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del
Tribunale Amministrativo
Regionale per la Puglia
(Sezione Seconda) n.
00786/2021, resa tra le parti,
concernente l'esclusione dalla
gara relativa alla fornitura in
service di sistemi diagnostici;

Visti il ricorso in appello e i
relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in
giudizio della Asl Bt - Azienda
Sanitaria Locale
Barletta-Andria-Trani;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica
del giorno 28 ottobre 2021 il
Cons. Stefania Santoleri,
quanto alla presenza degli
avvocati si fa rinvio al verbale
di udienza:

Ritenuto e considerato in fatto
e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Puglia, sede di Bari, l'istante società ha impugnato l'atto di esclusione (e altri atti connessi) dalla procedura telematica multi-lotto per l'affidamento della fornitura in service, quinquennale, di sistemi diagnostici e analitici per l'esecuzione di indagini di chimica clinica per i laboratori di analisi dell'A.S.L. di Barletta-Andria-Trani, limitatamente al lotto n. 2, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, ha dedotto vizi di violazione di legge e svariati profili di eccesso di potere, assumendo, nella sostanza, che i gravati atti fossero gravemente ingiusti e lesivi della propria posizione giuridica, in quanto la società era stata esclusa dalla procedura a causa della illeggibilità del documento illustrativo dell'offerta tecnica, nella specie rappresentato dalla c.d. offerta economica muta, ossia dall'elencazione dei prodotti offerti senza l'indicazione dei correlati valori economici.

2.- Si è costituita l'intimata Innovapuglia s.p.a., gestore della piattaforma informatico-telematica ove si è svolta la gara, deducendo che alcuna responsabilità di malfunzionamento del sistema le veniva imputato, sì da non

avere alcuna legittimazione passiva e interesse a contraddire, richiedendo in via preliminare l'estromissione dal giudizio.

3.- Si è costituita l'intimata Azienda sanitaria deducendo invece che nessuna illegittimità era stata commessa nel procedimento istruttorio ed era contenuta negli atti adottati, siccome impugnati, avendo garantito l'Amministrazione ampia pubblicità alla procedura e svolto la sufficiente attività istruttoria esigibile nel caso concreto. Ha dedotto, infine, alla stregua della disciplina di gara di specie, l'essenzialità della distinta produzione dell'offerta tecnica, nella specie costituita dall'elaborato dell'offerta economica muta, ossia senza indicazione di valori economici, rispetto all'esame della vera e propria offerta economica, oggetto di distinto caricamento nel sistema informatico.

4. - Con la sentenza impugnata il TAR, dopo aver dichiarato il difetto di legittimazione passiva di Innovapuglia S.p.A. disponendone l'estromissione dal giudizio, ha respinto il ricorso.

5. - Con il ricorso ritualmente notificato la società ricorrente in primo grado ha proposto appello chiedendo la riforma della sentenza di primo grado.

5.1 - Si è costituita la ASL BT –

Azienda Sanitaria Locale
Barletta Andria Trani
chiedendo il rigetto
dell'appello.

5.2 - Con memoria del 12
ottobre 2021 l'appellante ha
illustrato le proprie tesi
difensive chiedendo
l'accoglimento dell'appello.

6. - All'udienza pubblica del 28
ottobre 2021 l'appello è stato
trattenuto in decisione.

7. - L'appello è infondato e va,
dunque, respinto.

8. - Come già anticipato, la
controversia riguarda
l'impugnazione del
provvedimento di esclusione
della società appellante dalla
gara a causa dell'illeggibilità
della c.d. "offerta muta", e cioè
dell'elencazione dei prodotti
offerti senza l'indicazione dei
correlativi valori economici.

Tale documento, inserito dalla
concorrente all'interno della
busta relativa all'offerta
tecnica, come previsto dalla lex
specialis di gara, non è risultato
leggibile per la Commissione di
gara che non è riuscita ad
"aprire", e quindi, visionare il
documento informatico.

8.1 - Nell'atto di appello la
ricorrente ha riproposto la
prospettazione di primo grado,
disattesa dal TAR, secondo
cui:

1) l'Azienda sanitaria avrebbe

dovuto attivarsi per supplire alla illeggibilità dell'offerta tecnica "muta", utilizzando l'istituto del soccorso istruttorio o chiedendo chiarimenti all'offerente o avvalendosi di un programma esterno di "riparazione" del file corrotto;

2) in ogni caso, il file illeggibile non sarebbe stato un documento essenziale, in quanto il suo contenuto avrebbe potuto ricavarsi da altri documenti presentati in sede di gara.

8.2 - L'appellante ha dedotto, innanzitutto, di essersi scrupolosamente attenuto ai passaggi indicati all'art. 13 del disciplinare di gara per la presentazione delle offerte in via telematica; ha rilevato di aver caricato la busta dell'offerta tecnica con tutti gli allegati richiesti, ivi compresa l'offerta muta nell'estensione ".p7m" prescritta dal disciplinare senza che comparisse alcun messaggio di errore sulla schermata, né durante né a conclusione della procedura di caricamento, avendo ricevuto la conferma dell'esito positivo del controllo eseguito da parte del sistema informatico al termine del caricamento dell'intera documentazione.

Pertanto, tutti i file sarebbero stati caricati con la corretta estensione ".p7m" come richiesto e come confermato dalla stessa ASL BT.

8.3 - Si sarebbe dunque trattato di un errore informatico che avrebbe corrotto il file dell'offerta muta; tale errore non avrebbe potuto addebitarsi al concorrente, che non avrebbe tenuto una condotta negligente avendo osservato tutte le prescrizioni previste in sede di gara ed avendo ricevuto la conferma relativa alla conclusione positiva dell'inoltro dell'offerta; la schermata riepilogativa, infatti, non aveva evidenziato alcuna anomalia.

Secondo l'appellante, quindi, erroneamente il TAR avrebbe fatto riferimento al principio di autoresponsabilità, dovendo piuttosto riferirsi ai principi di affidamento del concorrente e di leale collaborazione tra concorrente e P.A.

8.4 - Ha quindi aggiunto che nei casi in cui non sarebbe possibile stabilire se vi sia stato un errore del trasmittente o la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio dovrebbe ricadere sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara (Cons. Stato Sez III, 7 gennaio 2020 n. 86).

8.5 - Ha quindi rilevato che, se l'Amministrazione avesse offerto il suo apporto collaborativo procurandosi un software (anche gratuito) idoneo a consentire l'apertura del file corrotto, la problematica sarebbe stata agevolmente

superata; tale collaborazione non avrebbe inciso sul principio di immodificabilità dell'offerta (come chiaramente precisato nella perizia tecnica redatta da Infocert prodotta in giudizio), ed avrebbe assicurato anche la massima partecipazione dei concorrenti alla gara.

9. - La doglianza non può essere condivisa.

Innanzitutto è opportuno richiamare quanto è stato indicato nella relazione tecnica del 4/2/21 versata in atti, da cui risulta che *“il file firmato p7m non risulta well-formed, non essendo un file conforme alle specifiche CAdES”*; i tecnici della piattaforma Empulia hanno poi precisato che il sistema esegue i seguenti controlli:

- verifica che l'intero file sia stato caricato;

- controlla che l'estensione del file sia tra quelle previste nel modello utilizzato;

pertanto, nessun controllo viene eseguito sulla validità del certificato di firma digitale, né viene verificata l'integrità del contenuto del file allegato; il messaggio di errore di caricamento di un file, viene rilevato solo nel caso in cui il file di partenza non giunge integro sul server e di conseguenza non viene memorizzato nell'offerta.

9.1 - Tali precisazioni consentono di respingere la tesi dell'appellante secondo cui la mancata rilevazione dell'errore da parte del sistema avrebbe prodotto il legittimo affidamento sulla corretta ricezione di tutti i file: il sistema, infatti, si limita a rilevare come errori solo quelli relativi alla non integrità del documento, e non segnala, quindi, errori di altra natura.

Nel caso di specie, inoltre, è incontrovertito che non si sia verificato un errore imputabile al gestore della piattaforma informatico-telematica, trattandosi – evidentemente – di un errore originario del file, come accertato in via istruttoria dalla stazione appaltante.

9.2 - Inoltre, come correttamente ritenuto dal TAR, *“è necessario adempiere, con scrupolo e diligenza, alle previsioni di bando e alle norme tecniche, nell'utilizzazione delle forme digitali, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura, la cui disciplina di gara è posta a garanzia di tutti i partecipanti (par condicio); l'inesatto o erroneo utilizzo, a contrario, rimane quindi a rischio del partecipante nell'ambito della propria autoresponsabilità.*

Né un procedimento siffatto, che è stato ideato per semplificare, può essere aggravato da adempimenti e

da oneri ulteriori volti a decodificare un documento che venga prodotto da un partecipante, per propria responsabilità (Cons. St., sez. V, 7 novembre 2016 n. 4645), in modo non conforme alla proficua fruizione da parte del sistema.

Ciò infatti recherebbe in realtà pregiudizio alla stessa ratio di funzionamento del sistema informatico-telematico, che è proprio quella di consentire la celere e semplificata individuazione del migliore operatore economico offerente, ostacolando in ultima analisi l'amministrazione nell'acquisizione dei beni o dei servizi ricercati.

Diversamente opinando, le questioni che potrebbero porsi, ogniqualvolta si diverga dall'attenersi con diligenza a quanto previsto in ordine alle forme digitali da utilizzarsi, potrebbero essere così varie e molteplici, tali da frustrare le potenzialità che i sistemi informatico-telematici offrono alle pubbliche amministrazioni di pervenire alla certa e rapida individuazione del miglior offerente, senza utilizzare le ormai obsolete e farraginose procedure cartacee”.

9.3 - Peraltro, trattandosi di un documento relativo all'offerta tecnica, non era possibile neppure ricorrere al rimedio del soccorso istruttorio, stante l'espressa esclusione prevista

dall'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016: in ogni caso la pretesa dell'appellante di ricorrere ad attività aggiuntive da parte della Commissione di gara, quale procurarsi appositi software necessari per ovviare alla irregolarità del file contenente l'offerta muta, non soltanto esula dagli obblighi della Commissione giudicatrice, ma impatta anche contro il principio della par condicio, immanente nelle procedure di gara.

Non è infatti persuasivo il richiamo alla decisione di questa Sezione n. 4065/2018, in quanto in quel caso si trattava di convertire il file dal formato "word" al formato "pdf" che *"appartiene allo strumentario digitale di base di qualunque soggetto (pubblico o privato) che utilizzi la modalità digitale per lo svolgimento dell'attività"*, mentre nel caso di specie si richiedeva di ricercare ed acquisire un apposito programma informatico che non era nella disponibilità dell'Amministrazione al fine di "aprire" il documento corrotto: quindi, nel caso precedente l'Amministrazione doveva limitarsi ad utilizzare uno strumento già in suo possesso per eseguire la mera conversione del file; nel caso in questione si trattava, invece, di procurarsi un programma (del quale l'Amministrazione non era in possesso) al fine di correggere l'errore del file prodotto in gara dalla

concorrente.

Si tratta, evidentemente, di due situazioni ben diverse, nella seconda delle quali l'intervento della Commissione si sarebbe posto in contrasto con il principio della par condicio.

La prima doglianza va, quindi, respinta.

10. - Con il secondo motivo l'appellante ha censurato il capo di sentenza con il quale il TAR ha respinto la sua prospettazione diretta a sostenere la non essenzialità del documento illeggibile: secondo l'appellante, infatti, l'offerta muta sarebbe irrilevante ai fini dell'attribuzione dei punteggi tecnici e della conseguente valutazione del pregio tecnico dell'offerta.

Nessuno dei criteri di valutazione elencati dal paragrafo 18.1 del disciplinare sarebbe ancorato, infatti, ad elementi desumibili dall'offerta muta.

L'omessa presentazione dell'offerta muta non potrebbe essere sanzionata con l'esclusione dell'offerta in base alla legge: la clausola contenuta nel disciplinare sarebbe dunque nulla; in ogni caso si sarebbe dovuto far ricorso al soccorso istruttorio.

10.1 - La prospettazione dell'appellante non può essere

condivisa.

Correttamente il TAR ha ritenuto l'offerta muta un elemento essenziale dell'offerta tecnica in quanto consente *“l'immediata individuazione dei prodotti offerti, la congruità dei quantitativi offerti per l'esecuzione dei tesi, al netto di calibrazioni e controlli”* (cfr. art. 16 del disciplinare di gara); risulta, inoltre, condivisibile quanto affermato dall'ANAC nella delibera n. 834 del 27.10.2020, secondo cui *“l'offerta muta mancante, richiesta a pena di esclusione dalla legge di gara, concorrendo a completare il contenuto informativo dell'Offerta Tecnica, pare assurgere ad elemento essenziale della stessa, poiché ne puntualizza e circoscrive il contenuto, svolgendo una funzione per certi versi equiparabile a quella del computo metrico non estimativo negli appalti di lavori a misura considerato dalla giurisprudenza componente essenziale dell'offerta tecnica”*: ciò comporta l'infondatezza della prospettazione dell'appellante secondo cui, la clausola di esclusione per mancata produzione dell'offerta muta (a cui deve ricondursi la illeggibilità del file che la contiene), dovrebbe ritenersi nulla in quanto contrastante con il principio di tassatività delle clausole di esclusione.

Inoltre, i dati ivi contenuti non avrebbero potuto ricavarsi dall'offerta economica, in quanto nessuna commistione può sussistere tra l'offerta muta (contenuta nella busta dell'offerta tecnica) e l'offerta contenuta nella busta dell'offerta economica, tenuto conto che la busta dell'offerta tecnica va aperta prima di quella dell'offerta economica; infine, neppure può farsi applicazione del soccorso istruttorio, stante la preclusione normativa (art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016).

Ne consegue che anche il secondo motivo va rigettato.

11. - In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va respinto.

12. - Le spese del grado di appello 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 respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese e degli onorari del grado di appello che liquida in complessivi € 5.000,00 oltre accessori di legge.

Ordina che la presente

sentenza sia eseguita
dall'autorità amministrativa.

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

Massimiliano Noccelli,
Presidente FF

Stefania Santoleri, Consigliere,
Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Giovanni Tulumello,
Consigliere

Antonio Massimo Marra,
Consigliere

[\[1\]](#) Comunicazione della Commissione “Orientamenti in materia di appalti per l’innovazione” (2021/C 267/01) del 6 luglio 2021.

[\[2\]](#) *“Nelle gare telematiche l’operatore economico deve dotarsi di personale in possesso di adeguate conoscenze informatiche”* Consiglio di Stato, sez. III, 28 luglio 2020, n. 4795 in *“www.italiappalti.it”*.