

Soccorso istruttorio e principio del risultato. Perentorietà termini. Artt. 101, comma 3 e 1 D.Lgs. n. 36/2023.

di Vittoria Chiacchio

Data di pubblicazione: 19-12-2024

Con la pronuncia in parola, il Tar partenopeo si sofferma sul delicato rapporto tra l'istituto del soccorso istruttorio – istituto oramai consolidato nella materia delle procedure di gara – e il principio – dirompente ed innovativo – del risultato scolpito dall'art. 1 D.Lgs n. 36/2023.

Pubblicato il 07/11/2024

N. 05965/2024 REG.PROV.COLL.

N. 02610/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2610 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da COPYWORLD S.p.A., in relazione alla procedura CIG A02B315D56, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Daniele Cutolo e Patrizia Beraldi, con domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia dei suoi difensori;

contro

E.A.V. – ENTE AUTONOMO VOLTURNO, rappresentato e difeso dall'Avv. Antonio D'Angelo, con domicilio eletto in Napoli alla Via del Rione Sirignano n. 6 e con domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia del suo difensore;

nei confronti

R1 S.p.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Federica Berrino e Daniele Archillett, con domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia dei suoi difensori;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

a) del provvedimento EAV del 22 aprile 2024, recante l'esclusione della società ricorrente dalla procedura aperta per la fornitura mediante locazione di apparecchiature informatiche e relativa assistenza e manutenzione, nonché della relativa nota di comunicazione prot. n. 15801 del 23 aprile 2024;

b) dell'art. 5 del capitolato tecnico e degli altri atti di gara;

c) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

quanto al ricorso per motivi aggiunti;

d) degli atti impugnati con il ricorso introduttivo;

e) del provvedimento EAV del 22 maggio 2024, recante l'aggiudicazione della suddetta gara alla R1 S.p.A.;

f) di tutti i verbali di gara;

g) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

e per la condanna

dell'ente intimato al risarcimento del danno in forma specifica mediante, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria, aggiudicazione dell'appalto alla società ricorrente e relativo subentro nel contratto medesimo.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ente resistente e della società controinteressata;

Visto il ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120 c.p.a. sulla redazione della sentenza in forma semplificata nel rito appalti;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2024 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevata la complessità della presente controversia e della stesura della relativa sentenza;

Rilevato, altresì, che la pubblicazione del dispositivo, secondo una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 120, comma 9, c.p.a., presuppone l'espressa richiesta – mancante nella specie – delle parti o di almeno una di esse, in ragione della natura soggettiva del processo amministrativo e del suo carattere dispositivo;

Premesso che:

- la Copyworld S.p.A. partecipava alla procedura aperta, indetta dall'EAV e da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, finalizzata alla fornitura mediante locazione di apparecchiature informatiche (cd. dispositivi o device, di cui 850 personal computer e 250 notebook per un totale di 1.100 utenze) e relativa assistenza e manutenzione, collocandosi al primo posto della graduatoria provvisoria stilata dalla commissione giudicatrice con verbale n. 3 del 12 marzo 2024;

- con lo stesso verbale, la commissione statuiva di assoggettare l'offerta della Copyworld a verifica di anomalia in virtù di quanto disposto dal disciplinare di gara, che imponeva la valutazione di congruità delle offerte che presentassero sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti. Pertanto, demandava tale verifica al RUP per la fase di affidamento, precisando nel verbale che, ai sensi dell'art. 5 della specifica tecnica (o capitolato tecnico), essa società avrebbe dovuto anche attestare, nelle giustificazioni, "di fornire i device con installata licenza NON OEM di Microsoft Office 365 64 bit – italiano con numeri di serie delle licenze software, ove adottate, nonché i numeri di serie delle apparecchiature, ove previsto, condizione essenziale all'aggiudicazione";

- si anticipa fin d'ora che l'art. 5 del capitolato tecnico (rubricato "PRODOTTI SOFTWARE") così recitava: "La società aggiudicataria dovrà fornire tutti i supporti necessari per la reinstallazione del sistema operativo ed i driver relativi all'hardware installato o, in alternativa, indicare i "link" da cui poterli recuperare gratuitamente. Oltre al Sistema Operativo indicato nella scheda tecnica (Allegato), la società aggiudicataria dovrà fornire già installata, su tutti i device forniti, una licenza non OEM di Microsoft Office 365 64 bit – italiano. Occorre fornire, inoltre, anche gli eventuali numeri di serie delle licenze software, ove adottate, nonché i numeri di serie delle apparecchiature, ove previsto.";

- ebbene, il RUP si avvaleva per la verifica di anomalia del supporto della commissione giudicatrice, la quale, nel verbale del 15 aprile 2024 di valutazione delle giustificazioni fornite dalla Copyworld, addiveniva alla conclusione che quest'ultima dovesse essere estromessa

dalla procedura selettiva in quanto la sua offerta non si rivelava, innanzitutto, conforme alle prescrizioni dell'art. 5 del capitolato tecnico in punto di fornitura, insieme alle apparecchiature informatiche, delle corrispondenti licenze software di Microsoft Office 365. Nel dettaglio, la commissione notava che "la società Copyworld, con nota del 05.04.2024, ha chiarito che la consegna di tutti i dispositivi avverrà con l'installazione del setup (nel linguaggio informatico, la predisposizione di un sistema di elaborazione dati, ndr.) non OEM di Microsoft Office 365 64bit, al fine di garantire la predisposizione dei device all'installazione del software", escludendo così la fornitura delle correlative licenze di Microsoft Office 365;

- il RUP, nel recepire le osservazioni della commissione, con provvedimento del 22 aprile 2024 escludeva dalla gara la Copyworld per non conformità dell'offerta alle prescrizioni di capitolato, sottoponendo a valutazione la successiva migliore offerta in graduatoria, individuata in quella della R1 S.p.A.;

- a questo punto il RUP, con nota prot. n. 15802 del 23 aprile 2024, chiedeva alla R1 la presentazione di "dichiarazione di fornire tutti i device con installata licenza NON OEM di Microsoft Office 365 64 bit – italiano, con numeri di serie delle licenze software, ove adottate, nonché i numeri di serie delle apparecchiature, ove previsto; in particolare che il relativo canone sia valido per 60 mesi ovvero incluso anche per il quinto anno previsto come opzione di rinnovo", precisando che tale dichiarazione "pena l'esclusione dalla gara, dovrà pervenire entro e non oltre 5 giorni decorrenti dalla data di invio della presente comunicazione";

- con dichiarazione del 30 aprile 2024, la R1 rappresentava che avrebbe fornito "tutte le postazioni dotate di licenze M365 BUSINESS STD (ossia con formula di abbonamento Business Standard, ndr.) RETAIL (ossia non OEM, cioè non legate al singolo dispositivo, ndr.) ITA EURO SUB 1 YEAR 2021 cod. KLQ-00679, valide per tutta la durata contrattuale (60 mesi) quindi inclusa anche opzione rinnovo";

- con verbale del 2 maggio 2024, la commissione giudicatrice, incaricata dal RUP di valutare la dichiarazione di R1, riteneva "l'offerta delle licenze Microsoft Office 365 di R1 S.p.A. conforme alle richieste espresse da EAV s.r.l. e pertanto di conseguenza suggerisce l'aggiudicazione a R1 S.p.A. della Gara in epigrafe";

- infine l'EAV, con provvedimento presidenziale del 22 maggio 2024, aggiudicava la gara alla R1 per un ribasso unico percentuale offerto pari al 5,19% e per un importo complessivo di € 1.820.352,00;

Rilevato che:

- la Copyworld impugna, con il ricorso principale come integrato dai motivi aggiunti, l'art. 5 del capitolato tecnico, il provvedimento di esclusione dalla procedura reso il 22 aprile 2024 e il conclusivo provvedimento di aggiudicazione del 22 maggio 2024 intervenuto in favore della R1, nonché gli altri atti di gara indicati in epigrafe, adducendo una serie di vizi attinenti alle categorie della violazione di legge e dell'eccesso di potere;

- alla domanda di annullamento è acclusa l'istanza di risarcimento del danno in forma

specifica, meglio individuata in epigrafe;

- la controinteressata R1 propone ricorso incidentale con cui sostiene la doverosità dell'esclusione della Copyworld anche per carenza di requisiti di partecipazione non surrogabili da valido avvalimento e per aver offerto dispositivi non conformi alle specifiche tecniche di gara, dolendosi, altresì, dell'illegittimità della nota prot. n. 15802 del 23 aprile 2024 “nella parte in cui ha previsto che la dichiarazione richiesta relativamente alle licenze dovesse essere resa nel termine di 5 giorni a pena di esclusione, laddove fosse interpretata come legittimante l'esclusione di R1 dalla Gara”;

- per ragioni di economia processuale, vale cominciare dallo scrutinio del ricorso principale, come integrato dai motivi aggiunti;

- in sintesi, le censure complessivamente formulate dalla Copyworld possono essere così compendiate: a) l'art. 5 del capitolato tecnico, imponendo la fornitura aggiuntiva di software quali le licenze Microsoft per tutte le 1.100 utenze – evidentemente nella formula di abbonamento 365 Apps for enterprise, dedicato alle aziende con oltre 300 utenti, dal costo di € 14,30 per utente/mese come risulta dal sito della Microsoft – comporterebbe un esborso quantificabile in € 943.800,00 per i 60 mesi di durata dell'appalto. Ebbene, tale cifra non è stata computata nell'importo posto a base di gara e il citato art. 5 appare distonico non solo con il valore complessivo dell'appalto, ma anche “con l'impianto della procedura di gara” finalizzato alla sola fornitura di hardware e con i canoni di sufficiente determinatezza delle specifiche tecniche “inerenti al modello di licensing”, rendendo così difficoltosa la formulazione di una seria offerta economica “per impossibilità di adempiere ad una prestazione per assenza di corrispettivo”, anche in considerazione della possibilità alternativa di ricorrere a sistemi disponibili gratuitamente sul web; b) il provvedimento di esclusione è affetto da illogicità, irragionevolezza e carente motivazione, essendo stato adottato in sede di verifica di anomalia su presunte difformità dell'offerta tecnica che andavano accertate dalla commissione giudicatrice in occasione della valutazione di quest'ultima ai fini dell'attribuzione dei relativi punteggi, valutazione che si era chiusa positivamente per la Copyworld. Peraltro, l'avvenuta estromissione dalla gara prescinde da rilievi sulla congruità dell'offerta tipici della verifica di anomalia e non ha visto il coinvolgimento in fase istruttoria della commissione giudicatrice, atteso che il RUP “avrebbe dovuto trasmettere i chiarimenti ottenuti da quest'ultima alla Commissione al fine di consentire alla stessa di riaprire il processo di valutazione delle offerte tecniche e modificare, qualora si fosse ravveduta, il giudizio precedentemente attribuito ovvero adottare i provvedimenti del caso”; c) il provvedimento di esclusione si pone in contrasto con le specifiche contenute nell'art. 5 del capitolato tecnico, “in quanto nessuna difformità tecnica può essere eccepita all'offerta formulata dalla Società, la quale si è impegnata a consegnare l'installazione del setup non OEM di Microsoft Office 365 64 Bit, in quanto unica prestazione ammissibile in considerazione dell'oggetto della Gara come sopra identificato e comprovato dal CPV utilizzato (relativo ad apparecchiature informatiche, ndr.), dalla descrizione analitica delle attività in diversi punti della lex specialis, dai requisiti di partecipazione e dai criteri di valutazione, oltreché dalla quantificazione della base d'asta”; d) anche l'aggiudicazione intervenuta in favore della R1 non è rispettosa delle specifiche di cui all'art. 5 del capitolato tecnico, avendo tale impresa “dichiarato di fornire una licenza nella versione Business standard, quindi ha “offerto” la versione destinata ad aziende

sotto i 300 utenti, numero infinitamente inferiore ai device indicati dal disciplinare di gara (850 personal computer e 250 notebook)”; e) la stazione appaltante ha disatteso la clausola di disciplinare che prevedeva che in ogni caso si sarebbe potuta valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, apparisse anormalmente bassa, non sottoponendo a verifica di anomalia l’offerta della R1 nonostante questa comportasse un esborso per il prodotto business standard pari a € 621.500,00, calcolato in base al costo di € 113,00 (annui per singola licenza) moltiplicato per 1.100 utenze per un periodo di 5 anni; f) la R1 avrebbe comunque meritato di essere esclusa dalla gara avendo prodotto la dichiarazione sul possesso delle licenze Microsoft tardivamente, oltre i cinque giorni assegnati dalla stazione appaltante, in violazione del principio di perentorietà dei termini assegnati al concorrente in sede di integrazione documentale; g) l’aggiudicazione in favore della R1 è affetta dall’invalidità derivata discendente dal provvedimento di esclusione della Copyworld;

Considerato che le prefate doglianze non meritano condivisione per le ragioni di seguito esplicitate:

aa) come correttamente eccepito dalle difese delle parti avversarie, le censure rivolte nei confronti dell’art. 5 del capitolato tecnico sono da qualificare irricevibili per tardività, attenendo ad una clausola che, nella prospettazione attorea, avrebbe reso difficoltosa la presentazione di una seria offerta economica per l’assenza di un valido corrispettivo da connettere alla fornitura delle licenze Microsoft. Tale clausola doveva essere impugnata non oltre i trenta giorni decorrenti dalla pubblicazione della lex specialis e non unitamente al provvedimento di esclusione, come verificatosi nella fattispecie. Invero, vanno impugunate nell’immediato ed in via diretta tutte le disposizioni della legge di gara che precludano ab initio la partecipazione alla procedura, ossia le clausole immediatamente escludenti, tra cui vanno fatte rientrare: i) le clausole inerenti a requisiti di partecipazione eccessivamente stringenti o impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati; ii) le regole procedurali che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; iii) le clausole impositive di obblighi contra ius; iv) i bandi contenenti gravi carenze nell’indicazione di dati essenziali per la formulazione dell’offerta ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate; v) gli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza “non soggetti a ribasso”; vi) le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero che prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta; vii) infine, le condizioni negoziali – a cui deve essere ricondotta la clausola di capitolato in esame – che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Consiglio di Stato Sez. III, 5 giugno 2024 n. 5050; Consiglio di Stato, Sez. V, 7 marzo 2024 n. 2229; Consiglio di Stato, Sez. VII, 11 maggio 2022 n. 3698; Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2020 n. 1867; TAR Campania Napoli, Sez. I, 7 gennaio 2021 n. 89; TAR Campania Napoli, Sez. III, 4 ottobre 2019 n. 4753). Ad ogni modo, il Collegio non concorda con l’interpretazione della legge di gara fornita dalla ricorrente principale, in quanto l’art. 5 del capitolato tecnico non vincolava affatto il singolo concorrente ad offrire licenze Microsoft con formula di abbonamento 365 Apps for enterprise, che oggettivamente è tra le più care, ma lo lasciava libero di proporre la formula di abbonamento più consona alla propria organizzazione e, contestualmente, alle esigenze di fornitura hardware avanzate dalla stazione appaltante. Esiste, infatti (cfr. sito della Microsoft), altra

formula di abbonamento diretta alle realtà aziendali ed adattabile sia a dispositivi fissi che mobili, quale Microsoft 365 Business Standard (peraltro prescelta dalla R1), che è alquanto più economica (€ 11,70 per utente/mese) della 365 Apps for enterprise e non comporta l'oneroso impegno economico di cui la Copyworld asserisce l'incompatibilità con il valore complessivo dell'appalto. Inoltre, dal sito della Microsoft si ricava che, anche se la formula di abbonamento 365 Apps for enterprise è stata specificamente dedicata alle esigenze di aziende con più di 300 utenti, nulla esclude che un'azienda che rientri in tale categoria (come EAV) possa continuare a giovare della formula di abbonamento 365 Business Standard, non esistendo, allo stato, limiti di operatività in relazione a tale ultima modalità di fruizione della licenza. Infatti, sul sito è specificato che Microsoft si riserva "il diritto di applicare un limite tenant (cioè di account utente) relativo al provisioning di un massimo di 300 licenze nei piani aziendali e in tal caso avviseremo gli utenti e forniremo ulteriori linee guida", il che esclude che la formula di abbonamento 365 Business Standard sia all'attualità condizionata dal limite delle 300 utenze. Tanto è confermato da altro passaggio contenuto nel sito della Microsoft, laddove si precisa che la differenza tra 365 Apps for enterprise e 365 Business Standard risiede essenzialmente nel fatto che la prima, diversamente dalla seconda, è stata progettata per organizzazioni con più di 300 utenti ed offre "maggiori livelli di conformità e gestione della sicurezza rispetto ai piani aziendali", nonché "funzionalità di analisi e business intelligence aggiuntive", insomma prestazioni più performanti per realtà aziendali più complesse. Tuttavia, l'art. 5 del capitolato tecnico non imponeva una particolare formula di abbonamento – purché, beninteso, quella prescelta dal singolo concorrente fosse consona alla regolare fruizione dei comuni programmi informatici presenti nei dispositivi (Word, Excel, PowerPoint, Outlook, etc.) – ma richiedeva semplicemente che su ogni device, sia esso fisso o mobile, fosse installata "una licenza non OEM di Microsoft Office 365 64 bit", il che bastava a soddisfare la specifica tecnica richiesta in tema di fornitura dei connessi prodotti software, essendo oggetto di appalto la locazione di apparecchiature informatiche appunto già dotate del relativo software;

bb) non è rinvenibile nella disposta esclusione alcuna illogicità o irragionevolezza, non solo perché la commissione giudicatrice, come risulta dal verbale n. 3 del 12 marzo 2024, aveva espressamente riservato alla fase di verifica dell'anomalia anche l'indagine sulla sussistenza delle corrispondenti licenze Microsoft, non disponendo evidentemente di elementi sufficienti in tal senso in sede di valutazione delle offerte, ma anche perché la stazione appaltante nel suo complesso può sempre appurare, fino alla conclusione della procedura e persino ritornando sui propri passi, l'effettiva sussistenza delle condizioni per procedere all'aggiudicazione, tra cui rientrano, oltre ai requisiti di partecipazione, la conformità dei servizi e dei prodotti offerti dai concorrenti alle specifiche tecniche fissate nella legge di gara. Infatti, non esiste alcun divieto per la stazione appaltante di riaprire una già conclusa fase di verifica delle condizioni di aggiudicazione: tale scelta trova fondamento, pur in assenza di un'espressa previsione legale, nel generale principio di inesauribilità del potere di curare l'interesse pubblico affidato alle cure dell'amministrazione, che incontra soltanto il limite, inapplicabile nella specie, dell'esercizio dei poteri di autotutela una volta intervenuto il provvedimento finale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 maggio 2022 n. 3480; Consiglio di Stato, Sez. V, 8 gennaio 2019 n. 144; TAR Sardegna, Sez. I, 24 gennaio 2018 n. 47). Ne discende che non era inappropriata la sede di verifica dell'anomalia per procedere all'accertamento in merito all'implementazione delle licenze Microsoft, così come non era necessario esprimere ulteriori valutazioni sulla congruità dell'offerta della Copyworld a fronte della conclamata carenza di dette licenze, venendo meno

la condizione di aggiudicazione prevista dalla specifica di cui all'art. 5 del capitolato tecnico, il che rende inconsistente anche la dedotta carenza motivazionale. Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto nel gravame principale, la commissione giudicatrice risulta effettivamente coinvolta, dietro iniziativa del RUP, anche nella fase istruttoria prodromica all'estromissione dalla gara, incentrata sulla valutazione delle giustificazioni e dei chiarimenti forniti dalla Copyworld (cfr. verbale del 15 aprile 2024);

cc) alla luce della superiore ricostruzione dei fatti e di quanto finora esposto, emerge che l'offerta tecnica della Copyworld era sicuramente non conforme alla specifica di cui all'art. 5 del capitolato tecnico, prevedendo la fornitura, in relazione a tutti i 1.100 dispositivi proposti in locazione, della sola predisposizione (cd. setup) all'installazione delle corrispondenti licenze Microsoft, ma non la fornitura di esse licenze, il che non poteva non comportare la doverosa esclusione dalla gara. Invero, giova rammentare che l'offerta presentata in sede di gara deve essere conforme sin dal principio alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato per i beni o i servizi da fornire, atteso che difformità, anche parziali, si risolvono in un "aliud pro alio", che giustifica l'esclusione dalla selezione; pertanto, ai fini dell'esclusione, non è necessaria un'espressa previsione in tal senso, essendo sufficiente il riscontro della difformità dell'offerta proposta rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla lex specialis, le quali, in quanto tali, assumono valore di elementi essenziali dell'offerta ai fini del soddisfacimento delle particolari esigenze dell'amministrazione, non integrabili ex post mediante soccorso istruttorio (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 19 agosto 2020 n. 5144 e 26 gennaio 2018 n. 565; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 maggio 2016 n. 1818; TAR Campania Napoli, Sez. V, 4 luglio 2019 n. 3703);

dd) sia è già abbondantemente chiarito al superiore punto aa) che la licenza Microsoft con formula di abbonamento 365 Business Standard è perfettamente compatibile con la specifica di cui all'art. 5 del capitolato tecnico, potendo servire all'attualità realtà aziendali con oltre 300 utenti e, quindi, coprire tutti i 1.100 device offerti in locazione dalla R1;

ee) non sussiste la paventata violazione della clausola di disciplinare che prevedeva che in ogni caso si sarebbe potuta valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, apparisse anormalmente bassa, giacché tale decisione è rimessa all'ampia discrezionalità della stazione appaltante, conformemente ai consolidati principi vigenti in materia, ribaditi dagli artt. 54 e 110 del d.lgs. n. 36/2023. Ne consegue che l'attivazione ovvero l'omissione della cd. verifica facoltativa della congruità dell'offerta non necessita di particolare motivazione e può essere sindacata solo per macroscopica irragionevolezza, non ravvisabile nella specie (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 29 gennaio 2018 n. 604). Inoltre, la dedotta circostanza che avrebbe dovuto imporre una verifica di anomalia sull'offerta della R1, ossia il valore economico complessivo della formula di abbonamento 365 Business Standard, è semplicemente frutto di una ricostruzione unilaterale di una sola voce di costo, non correlata all'incidenza delle altre voci di costo né allo specifico contesto imprenditoriale in cui si colloca la R1 come operatore del settore, e, pertanto, si rivela intrinsecamente inattendibile (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 8 giugno 2021 n. 4371; TAR Lombardia Milano, Sez. IV, 4 gennaio 2021 n. 9);

ff) il principio di perentorietà dei termini assegnati al concorrente in sede di soccorso istruttorio nel corso di gara, deve essere letto nell'ottica del concorrente principio di risultato scolpito

nell'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, in modo da rendere intollerabile lo sfioramento del termine massimo di legge previsto per l'integrazione documentale – termine che, appunto, la stessa legge ha ritenuto di per sé compatibile con le esigenze di speditezza e tempestività delle operazioni di gara – ma da consentire, viceversa, che non abbia rilievo invalidante lo sfioramento del termine assegnato dalla stazione appaltante contenuto in quello massimo di legge: tanto al fine di evitare che l'annullamento delle operazioni di gara possa essere ancorato ad irregolarità di mera valenza formale, quando il dettato di legge sia sostanzialmente rispettato. Nel caso di specie, il termine massimo di legge per rendere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica è fissato, ex art. 101, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023, in dieci giorni, per cui la dichiarazione della R1 sul possesso delle licenze Microsoft, pur essendo stata resa oltre i cinque giorni assegnati dalla stazione appaltante, si è posta nell'alveo dei dieci giorni di legge (precisamente è intervenuta dopo una settimana), con la conseguenza che lo sfioramento in questione non assume portata invalidante e non incide sulla legittimità del gravato provvedimento di aggiudicazione;

gg) infine, con riguardo a tale ultimo provvedimento, nemmeno merita adesione la rimanente censura di invalidità derivata discendente dalla disposta esclusione della Copyworld, avendo questa superato indenne le critiche attoree;

Ritenuto, in conclusione, che:

- discende da tutta la superiore esposizione che, resistendo gli atti di gara impugnati alle prospettazioni attoree, il ricorso principale, come integrato dai motivi aggiunti, deve essere rigettato per infondatezza anche con riferimento alla connessa istanza risarcitoria in forma specifica, non essendosi profilata l'ingiustizia del danno sofferto;
- il ricorso principale va in toto respinto, con la conseguenza che l'infondatezza di quest'ultimo non può non comportare l'improcedibilità del ricorso incidentale per evidente sopravvenuta carenza di interesse (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 aprile 2021 n. 3094);
- sussistono giusti e particolari motivi, in virtù della complessità tecnica delle questioni trattate, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali, restando a carico della ricorrente principale e di quella incidentale i rispettivi contributi unificati.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale, come integrato dai motivi aggiunti, e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate, restando a carico della ricorrente principale e di quella incidentale i rispettivi contributi unificati.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2024 con l'intervento

dei magistrati:

Carlo Dell'Olio, Presidente FF, Estensore

Maria Barbara Cavallo, Consigliere

Rosalba Giansante, Consigliere

Guida alla lettura

Con l'epigrafata pronuncia, il Tar partenopeo – adito in sede di impugnazione degli esiti di una procedura di evidenza pubblica finalizzata alla fornitura, mediante locazione, di apparecchiature informatiche e relativa assistenza e manutenzione – si esprime, ancora una volta, sul diromponente e innovativo **principio del risultato** disciplinato dall'**art. 1 D.Lgs n. 36/2023**.

In particolare, fulcro centrale della cennata pronuncia - per stessa ammissione dell'estensore oltremodo complessa - risiede nella **perentorietà o meno dei termini assegnati** – in sede di **soccorso istruttorio – al concorrente e se tale perentorietà debba o meno essere letta nell'ottica del principio del risultato**.

Appare opportuno, preliminarmente, soffermarsi sull'istituto del **soccorso istruttorio** (ex art. 101, comma 3, D.Lgs. n. 36, cit.) per poi rapportarlo al principio del risultato (ex art. 1 D.Lgs. n. 36, cit.).

Attraverso l'istituto del soccorso istruttorio – avente palese finalità partecipativa e pro-concorrenziale – il legislatore ha previsto **l'obbligo della stazione appaltante di attivare tale procedimeto sia per integrare la documentazione sia allo scopo di sanare eventuali omissioni, inesattezze ed irregolarità della domanda** trasmessa dall'operatore economico.

Di particolare interesse – e rilevante ai fini della comprensione della pronuncia in commento – è il **termine che la Stazione appaltante deve assegnare all'operatore economico onde integrare/sanare la propria domanda: esso non può essere inferiore a 5 giorni e non superiore a 10 giorni**.

È proprio sulla **perentorietà o meno di tali termini** che si fonda il principio di diritto espresso nella sentenza impugnata.

In particolare, per il Giudice adito, quella **perentorietà va letta in relazione al principio del risultato** scolpito nell'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023.

Ovvero:

a. **vero è** che la Stazione appaltante non possa tollerare – da parte dell'operatore

economico - lo **sforamento del termine massimo di legge previsto per l'integrazione documentale** in ottica di speditezza e tempestività delle operazioni di gara;

- b. **pertuttavia**, ove la Stazione appaltante abbia assegnato un termine inferiore a quello massimo di legge e l'operatore economico abbia, comunque, rispettato quello massimo, **tale sforamento non deve essere ostativo per lo stesso operatore economico il quale si vedrebbe escluso per una mera irregolarità formale/temporale.**

In particolare, nella fattispecie che ne occupa, la stazione appaltante aveva assegnato cinque giorni all'operatore economico per il sub-procedimento di soccorso istruttorio (termine minimo previsto dall'art. 101, comma 3). Questi, di contro, aveva ottemperato alla richiesta oltre il termine assegnato ma, comunque, nel termine massimo dei dieci giorni previsti dal cennato art. 101.

Ne deriva, per il Giudice adito, che – **applicando alla fattispecie il principio del risultato - quello sforamento temporale non possa assumere alcuna portata invalidante.**