



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 570 del 2020, proposto da Gi One S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Patrizio Leozappa e Riccardo Gai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Patrizio Leozappa in Roma, via Giovanni Antonelli 15;

contro

Consip S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

- del “provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni ai sensi dell’art. 29 del D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.”, con il quale Consip S.p.A. ha disposto l’esclusione del costituendo RTI tra GI ONE S.p.A., Ottima S.r.l. ed Estra S.r.l. dalla “Gara per l’affidamento di un AQ per la Gestione e l’efficientamento

energetico degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà degli Enti Locali, così come identificati dall'art.2 comma 1 del D.Lgs. n. 267 del 18 agosto 2000, edizione 1 - ID 1879", di cui alla nota prot. n. 45167/2019 del 5 dicembre 2019, conosciuta da GI One S.p.A. in data 13 dicembre 2019, tramite consultazione della sezione "home/bandi di gara/gare e avvisi" del sito internet di Consip S.p.A. di cui all'indirizzo "<http://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/aq-gestione-ed-efficientamento-energetico-impianti-di-illuminazione-pubblica>";

- della nota prot. 32109/2019 del 10 settembre 2019 della Consip S.p.a. avente ad oggetto "Chiarimenti e Richiesta documentale";

- di ogni altro verbale di gara e/o provvedimento e/o documento presupposto e/o comunque connesso a quelli impugnati, ivi inclusi il "Verbale di verifica della documentazione amministrativa", citato nel Provvedimento di esclusione di cui sopra, ed il "Verbale di verifica della documentazione amministrativa relativo alla richiesta di soccorso istruttorio formalizzata tramite la Comunicazione Consip prot. 32109/2019 del 10 settembre 2019", allo stato non conosciuti e oggetto di istanza di accesso del RTI GI One in data 17 dicembre 2019, e, per quanto di ragione, dell'Articolo 22 ("Comunicazioni") dell'Allegato 15 ("Regole del sistema di e-procurement") al Bando di gara;

nonché per il risarcimento

- in forma specifica o per equivalente, dei danni subiti dal RTI ricorrente a cagione dell'adozione degli atti e provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, commi 9 e 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2020 il dott. Luca Iera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il ricorrente è stato escluso dalla procedura di gara perché non ha riscontrato la richiesta di soccorso istruttorio, formulata dalla stazione appaltante con nota del 10 settembre 2019, entro il termine perentorio di 10 giorni assegnato a pena di esclusione ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016.

La richiesta di soccorso del 10 settembre 2019 non è stata trasmessa all'indirizzo p.e.c. del concorrente, ma è stata “caricata” nella c.d. “Area Comunicazioni” della piattaforma telematica della gara; la stazione appaltante ha poi inviato una mail ordinaria (c.d. di cortesia) all'indirizzo di posta elettronica ordinaria del concorrente, indicato nella domanda di partecipazione alla gara, con cui questi veniva informato della presenza della predetta richiesta nella c.d. “Area Comunicazioni”.

2. Il ricorrente con i primi due motivi di ricorso ha impugnato, in via principale, il provvedimento di esclusione sostenendo, in particolare, che la richiesta di soccorso istruttorio non è stata accompagnata da una comunicazione individuale idonea ad attribuire conoscenza o conoscibilità alla medesima richiesta quale la p.e.c. come si prevede per l'esclusione. Afferma di non avere avuto contezza della richiesta di soccorso istruttorio poiché non avrebbe né visionato in tempo utile la c.d. “Area Comunicazioni”, né ricevuto in tempo utile la mail ordinaria con la quale Consip la informava del caricamento del documento contenente la richiesta di soccorso istruttorio nella c.d. “Area Comunicazioni” dal momento che la mail ordinaria sarebbe stata archiviata in via automatica dal gestore della propria casella postale nella c.d. cartella “posta indesiderata”.

Con il terzo motivo di ricorso ha invece gravato, in via subordinata, la legge di gara “per le medesime ragioni già evidenziate ai motivi di ricorso che precedono”.

3. Con ordinanza n. 6427/2020, il Collegio ha ritenuto “necessario, al fine del decidere, acquisire dalla stazione appaltante una relazione, accompagnata dalla documentazione pertinente, attraverso cui chiarire, alla luce della legge di gara e della domanda di partecipazione:

1) le modalità di trasmissione al concorrente della richiesta di soccorso istruttorio tramite la piattaforma telematica impiegata per la gara de qua;

2) in che modo è avvenuta l'individuazione e la scelta della casella di posta elettronica ordinaria del concorrente dove è stata trasmessa la mail ordinaria volta a notificarlo dell'avvenuta trasmissione della richiesta di soccorso istruttorio tramite la piattaforma telematica;

3) la prova dell'invio della mail, avente ad oggetto la richiesta di soccorso istruttorio, alla casella di posta elettronica ordinaria del concorrente, con annessa ricevute telematiche di ricezione, o di consegna, oppure di lettura, della mail da parte del destinatario”.

Con la medesima ordinanza il ricorrente veniva onerato della produzione di “tutta la documentazione utile in proprio possesso volta a riscontrare i precedenti punti, accompagnata da una sintetica nota esplicativa della documentazione prodotta”.

4. La stazione appaltante in ottemperanza all'incombente istruttorio ha depositato, in data 8 luglio 2020, la relazione a firma dell'amministratore delegato di Consip e la documentazione pertinente, mentre il ricorrente ha ottemperato all'incombente istruttorio in data 10 luglio 2020 depositando la relazione a firma del legale rappresentante della società con allegata la documentazione ivi richiamata.

5. All'udienza del 7 ottobre 2020, il Collegio, dopo aver garantito il contraddittorio tra le parti presenti, ha trattenuto la causa in decisione.

6. Nel complesso si è chiamati a valutare la legittimità dell'operato della stazione appaltante che ha escluso il concorrente ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui, laddove sia stato attivato il soccorso istruttorio, "In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara".

Seguendo l'ordine di graduazione delle domande formulato in via espressa dal ricorrente, occorre esaminare dapprima la domanda di annullamento del provvedimento di esclusione, gravato con i primi due motivi di ricorso, ed in seguito la domanda di annullamento dell'articolo 22 ("Comunicazioni") dell'Allegato 15 ("Regole del sistema di e-procurement") al bando di gara proposta in via graduata ed oggetto del terzo motivo di ricorso.

7. Il primo motivo di ricorso, nella parte in cui si fa valere l'illegittimità del provvedimento di esclusione in quanto non comunicato tramite p.e.c., non è fondato.

In via generale, ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 241 del 1990, il provvedimento limitativo della sfera giuridica altrui "acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile".

Con riferimento al provvedimento di esclusione dalla gara, l'art. 76, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, prevede che le stazioni appaltanti "comunicano d'ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni: [...]

b) l'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi" ed il seguente comma 6 stabilisce che "Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte mediante posta elettronica certificata o strumento analogo negli altri Stati membri".

Il provvedimento di esclusione dalla gara ha natura di atto unilaterale, a destinatario determinato, e quindi recettizio, avente effetto limitativo della sfera giuridica del destinatario. In quanto atto recettizio, la comunicazione al destinatario

deve ovviamente avvenire in forma individuale. Lo strumento di comunicazione individuale è previsto direttamente dalla legge che lo individua nella p.e.c. (art. 76, commi 5 e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016).

Tra le forme di comunicazione, la p.e.c. è sicuramente quella maggiormente idonea ad attribuire certezza legale in ordine alla conoscenza, o quanto meno alla conoscibilità, del provvedimento (di esclusione) in quanto la p.e.c. è, in via generale, il “sistema di comunicazione in grado di attestare l'invio e l'avvenuta consegna di un messaggio di posta elettronica e di fornire ricevute opponibili ai terzi” ai sensi dell'art. 1, lett. v-bis) del d.lgs. 7 maggio 2005 n. 82.

La comunicazione individuale del provvedimento di esclusione tramite p.e.c. non rappresenta tuttavia un requisito di validità dell'atto, ma un elemento costitutivo di efficacia dello stesso alla luce del principio generale dell'efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati sancito nell'art. 21-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241.

La disciplina connessa alla natura recettizia del provvedimento di esclusione è posta a presidio e a tutela della posizione giuridica del destinatario. Sotto il profilo sostanziale, la conseguenza principale che discende dalla sua natura recettizia è che l'effetto giuridico connaturato al provvedimento da comunicare non decorre dalla data della sua adozione, bensì dalla data della sua avvenuta comunicazione. Sotto il profilo processuale, una delle più importanti conseguenze che discende dalla sua natura recettizia è che il termine di decadenza per impugnare il provvedimento non inizia a decorrere prima della sua comunicazione e quindi l'atto, in mancanza di comunicazione, non diventa inoppugnabile per il destinatario e dunque non si stabilizzano per l'ordinamento gli effetti giuridici da esso prodotti.

Occorre osservare come la mancata comunicazione di un atto nella forma prevista dalla legge esclude, in via di principio, che vi possano essere strumenti di conoscenza alternativi o surrogatori attraverso cui fare acquisire efficacia al

provvedimento, salve che non sia proprio la legge a prevedere tali strumenti. Il che comporta che qualora la conoscenza dell'atto non sia stata assicurata tramite lo strumento di comunicazione stabilito al riguardo, non si producono gli effetti previsti dall'ordinamento.

8. Alla luce delle considerazioni su esposte, nel caso di specie la mancata comunicazione dell'atto di esclusione mediante p.e.c. non incide sulla validità dell'atto. D'altronde, la mancata comunicazione individuale del provvedimento di esclusione, nella forma voluta dalla legge (p.e.c.), non ha pregiudicato in concreto la posizione giuridica del ricorrente. Questi, infatti, non lamenta alcuna lesione del proprio diritto di difesa derivante dal mancato rispetto della comunicazione individuale nella forma prevista dalla legge.

9. Il motivo di ricorso è invece fondato nella parte in cui viene contestato l'operato della stazione appaltante riguardante la trasmissione della richiesta di soccorso istruttorio di cui alla nota Consip del 10 settembre 2019 in relazione alla doglianza secondo cui le "modalità comunicative" della richiesta di soccorso, rappresentate dal caricamento della nota nell'"Area Comunicazioni" e nell'invio della mail ordinaria, costituiscono entrambe "una modalità che non garantisce alcuna certezza in ordine al fatto che il concorrente ne abbia effettivamente e tempestivamente preso visione, in funzione del riscontro da fornire *ex lege* nel termine perentorio di dieci giorni", sicchè le stesse "si sono rivelate inidonee alla legale conoscenza della richiesta istruttoria di Consip s.p.a., avuto riguardo alle conseguenze escludenti che discendono automaticamente dalla mancata evasione, nel termine prescritto dalla legge, della richiesta di regolarizzazione per cui è controversia" (pp. 10 e 11 del ricorso).

Occorre rilevare come il codice degli appalti non predetermina una specifica forma telematica di comunicazione della richiesta di soccorso istruttorio, a differenza di quanto prevede, come si è visto, per il provvedimento di esclusione dalla gara (da

comunicare tramite p.e.c.). L'assenza di una forma espressa di comunicazione dell'atto contenente la richiesta di soccorso istruttorio non significa tuttavia che per esso possa predicarsi una qualunque forma di comunicazione.

Spetterà alla stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa, scegliere la forma telematica più idonea di comunicazione, in relazione alla tipologia o al contenuto del provvedimento da comunicare, nel rispetto pur sempre dei principi imperativi posti dall'ordinamento a tutela del destinatario che si pongono quali limiti esterni all'esercizio della stessa discrezionalità.

Nel caso di specie, la legge di gara non ha previsto tuttavia una specifica forma di comunicazione per la richiesta di soccorso istruttorio. Difatti, sebbene l'art. 22 dell'Allegato 15 al Bando di gara ("Regole del sistema e-procurement") stabilisce che "le eventuali richieste di chiarimenti, documenti, certificazioni, dovranno di regola essere effettuate utilizzando il Sistema ovvero l'Area Comunicazioni", non può ritenersi che tra le "richieste di chiarimenti" ivi contemplate rientri anche quella relativa al soccorso istruttorio disciplinata dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016. A tale conclusione vi si oppone la peculiare natura intrusiva e sfavorevole dell'atto, nonché la speciale regime giuridico per esso previsto, su cui a breve ci si soffermerà più diffusamente.

10. Nel silenzio del legislatore e nel vuoto della legge di gara, spetta all'interprete individuare quale debba essere la forma di comunicazione della richiesta di soccorso istruttorio rispettosa dei principi imperativi posti dall'ordinamento a tutela del destinatario.

La giurisprudenza sul tema si è schierata su due filoni contrapposti, evidenziando da un lato la necessità di comunicare via p.e.c. la richiesta di soccorso istruttorio e dall'altro lato ritenendo tale forma di comunicazione non necessaria.

L'orientamento favorevole alla necessità che la richiesta di soccorso debba essere trasmessa mediante p.e.c. pone l'accento sulla “potenzialità lesiva” dell'atto che giustificerebbe l'applicazione analogica della disciplina prevista dall'art. 76, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, per il provvedimento di esclusione (cfr., Tar Toscana, Firenze, Sez. III, 26 aprile 2017, n. 609 e, sulla stessa linea, Tar Lazio, Roma, Sez. III, 20 gennaio 2019, n. 1192; non assume invece dirimente rilievo Tar Lazio, Roma, Sez. I-quater, 5 dicembre 2019, n. 13915, riguardante la facoltà, e non l'obbligo, della stazione appaltante di comunicare la richiesta di soccorso istruttorio presso un indirizzo p.e.c. diverso da quello indicato dal concorrente in sede di gara). Un diverso orientamento ritiene invece che, in mancanza di una disposizione espressa e avendo la richiesta di soccorso “capacità lesiva [...] ipotetica e meramente potenziale”, essa non rientra nel novero degli atti lesivi per i quali si prevede la comunicazione mediante p.e.c. come appunto avviene per l'esclusione dalla gara (cfr., le sentenze della Sezione 9 agosto 2019, n. 10499 e 19 luglio 2018, n. 8223).

La questione dunque non ha ancora trovato una soluzione univoca in giurisprudenza.

11. Il Collegio è dell'avviso che la forma di comunicazione della richiesta di soccorso istruttorio vadano individuate sulla base della natura e del regime giuridico dell'atto oggetto di comunicazione.

Sulla base di questa premessa e anticipando qui le conclusioni cui si è giunti sulla base delle considerazioni che di seguito saranno esposte, alla luce dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), dei principi di trasparenza, di parità di trattamento e di proporzionalità nell'affidamento dei contratti pubblici (art. 30 del d.lgs. n. 50 del 2016) e dei principi di collaborazione e di buona fede nei rapporti con l'amministrazione (artt. 1337 e 1375 c.c.; oggi codificati ad opera della legge 12 settembre 2020, n. 120, di

conversione, con modificazioni, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, che, nell'aggiungere la lett. a all'art. 12, comma 1, del decreto, ha introdotto il nuovo comma 2-bis nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, ai sensi del quale "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede"), la richiesta di soccorso istruttorio deve essere comunicata con forme telematiche tali da garantire con ragionevole certezza che la comunicazione sia giunta presso il domicilio elettronico del destinatario in modo da poter desumere che questi possa averne avuto contezza, salvo fornire idonea prova contraria.

Tale conclusione poggia sulle seguenti considerazioni.

Sotto il profilo della natura giuridica, la comunicazione di richiesta di soccorso istruttorio (come il provvedimento di esclusione) ha natura di atto unilaterale recettizio a destinatario determinato. Rientra quindi nella più ampia categoria civilistica di "ogni altro dichiarazione diretta a una determinata persona" contenuta nell'art. 1335 c.c.. Per tale categoria di atti trova applicazione la disciplina generale dettata dal codice civile agli artt. 1334 e 1335 (dedicati appunto agli "atti unilaterali").

Ai sensi dell'art. 1334 c.c. gli atti unilaterali (sia favorevoli che sfavorevoli) producono effetto "dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati" e ai sensi dell'art. 1335 c.c. tali atti si "reputano conosciuti nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario". Il legislatore ha quindi previsto che gli atti unilaterali a destinatario specifico o individuale producono effetto soltanto se e quando vengono portati a conoscenza del destinatario; ha inoltre stabilito, al fine di agevolare la circolazione dei traffici e garantire certezza negli scambi delle informazioni, che la conoscenza dell'atto si presume (*iuris tantum*) quando esso giunge all'indirizzo del destinatario.

Tale regime giuridico trova fondamento nel principio generale dell'accordo (art. 1372 c.c.) che garantisce protezione alla sfera giuridica del soggetto il quale non

può essere inciso se non a seguito del suo consenso oppure, in mancanza di consenso, nelle ipotesi previste dalla legge, come avviene in via generale nel campo del diritto pubblico laddove vengono in emersione atti autoritativi espressione del potere pubblico.

Il regime civilistico previsto in via generale per gli atti unilaterali va tuttavia coordinato ed integrato con quello pubblicistico della già richiamata disposizione dell'art. 21-bis, legge n. 241 del 1990, stabilito per i provvedimenti limitativi della sfera giuridica del destinatario che sancisce per questa categoria di atti la regola di portata generale secondo cui l'atto unilaterale intrusivo e sfavorevole per il terzo esplica efficacia se e quando è portato a conoscenza di quest'ultimo, oltre che con quello della disposizione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, dedicata al soccorso istruttorio.

12. Esaminando nello specifico il regime giuridico che l'ordinamento detta per la richiesta di soccorso istruttorio, contenuto nell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, viene in rilievo la regola di disciplina secondo cui "In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara". La misura dell'esclusione dalla gara trova la sua *ratio* nell'interesse pubblico di ammettere alle trattative per la conclusione del contratto di appalto gli operatori in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara. L'esclusione dalla gara e quindi dalle stesse trattative precontrattuali opera in virtù di un meccanismo di presunzione, a formazione progressiva, mediante il quale dalla (preliminare) presunzione relativa (*iuris tantum*) di assenza dei requisiti di partecipazione si giunge, al termine del dialogo sub-procedimentale, alla (definitiva) presunzione assoluta (*iuris et de iure*) di assenza dei requisiti in caso di mancato riscontro, entro il periodo temporale, della richiesta di soccorso. Difatti, dopo l'infruttuoso decorso del termine concesso all'interessato si verifica il consolidamento degli effetti provvisori derivanti dall'accertamento negativo dei

requisiti di partecipazione in capo al concorrente destinatario della richiesta il quale, non avendo riscontrato nei termini il soccorso, si presume non essere in grado di addurre (o di non volerlo fare) elementi contrari per sovvertire la preliminare valutazione sull'assenza dei requisiti.

Al ricorrere di questa evenienza, l'esclusione ha un contenuto vincolato in quanto l'effetto espulsivo è collegato direttamente all'infruttuoso decorso del termine assegnato dalla stazione appaltante in favore del concorrente per sovvertire la valutazione preliminare negativa sui requisiti di partecipazione. L'espulsione quindi non è collegata all'incontrovertibile mancanza dei requisiti di partecipazione, ma alla presunzione di impossibilità (o alla presunta volontà) di dimostrarne la presenza dei requisiti per effetto del mancato riscontro alla richiesta di soccorso. Il soccorso istruttorio ha quindi tra i suoi possibili, ma concreti, esiti quello dell'esclusione dalla gara che si attualizza a causa del mancato compimento di un'attività di cui è onerato il destinatario che, pur essendo stato messo in grado di provvedervi, non lo ha fatto.

La disposizione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, ha *in parte qua* una chiara portata intrusiva nella sfera giuridica del concorrente e può comportare un effetto sfavorevole poiché, qualora non si ottemperi alla richiesta di integrazione documentale entro il termine stabilito, si estingue in via immediata, mediante l'espulsione dalla gara, il rapporto amministrativo e negoziale instauratosi a seguito della partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica. La richiesta di soccorso è quindi idonea, ove non riscontrata nei termini, a produrre effetti pregiudizievoli irreversibili non solo per gli interessi individuali del concorrente interessato ad aggiudicarsi l'appalto, ma anche per l'interesse pubblico di cui è portatrice la stazione appaltante a stipulare il contratto con il miglior offerente.

Ciò comporta che il destinatario della richiesta di soccorso (atto unilaterale intrusivo sfavorevole) per poter beneficiare, o meno, degli effetti che da esso

derivano deve necessariamente essere messo in grado di conoscere la presenza di una richiesta di soccorso istruttorio (quale contenitore e non quale contenuto) e, quindi, specularmente per attivare il meccanismo messo a punto nell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, occorre avere contezza che la richiesta (nel senso innanzi precisato) sia giunta nella sfera di conoscibilità del destinatario.

In mancanza della dimostrazione di conoscenza o di conoscibilità della comunicazione, dalla semplice adozione dell'atto unilaterale non possono farsi discendere gli effetti intrusivi e sfavorevoli che l'ordinamento collega alla richiesta di soccorso sul presupposto che la scelta di non riscontrare la richiesta sia frutto di una decisione consapevole del destinatario che a tal fine deve essere quanto informato della presenza dell'atto, riservandosi poi, nell'ambito della sua libertà negoziale, ogni ulteriore valutazione di merito.

13. Ebbene alla luce della documentazione e delle relazioni istruttorie prodotte in giudizio da entrambe le parti, emerge come la presenza della richiesta di soccorso istruttorio nella c.d. "Area Comunicazioni", ad accesso riservato all'interno del Sistema, sia stata comunicata dalla stazione appaltante tramite l'invio di una mail ordinaria all'indirizzo di posta ordinaria indicato nel DGUE del concorrente. La mail ordinaria tuttavia non è stata consegnata nella cartella della "posta in arrivo" del destinatario in quanto il sistema di gestione della mail l'ha archiviata nella cartella spam del concorrente, come dimostra la documentazione versata in giudizio dal ricorrente non contestata dalla stazione appaltante.

Il ricorrente ha quindi fornito un'idonea prova non solo della non conoscenza della comunicazione, ma altresì della sua oggettiva non conoscibilità secondo la diligenza ordinaria esigibile in relazione alle modalità concrete di trasmissione dell'atto recettizio da cui decorrere un termine essenziale e perentorio il cui solo rispetto era decisivo per impedire la propria esclusione dalla gara *de qua*, salva la

verifica in concreto da parte della stazione appaltante della sussistenza dei requisiti di partecipazione oggetto del soccorso.

Invero, l'episodio della cattura della mail nella cartella c.d. spam del destinatario si sarebbe potuto facilmente scongiurare ove la comunicazione fosse stata accompagnata da forme idonee a garantire che la stessa giungesse nella cartella della "posta in arrivo" del destinatario. Sarebbe bastato prevedere ad esempio l'invio di una comunicazione elettronica (nella forma prescelta dalla stazione appaltante) accompagnata dalla trasmissione di una ricevuta di ricezione o di lettura che avrebbe consentito al sistema di gestione della mail di non riconoscere la comunicazione come posta indesiderata; in questo modo sarebbe stata ragionevolmente garantita la conoscibilità, da parte del destinatario, della presenza della richiesta di soccorso istruttorio nella c.d. "Area Comunicazioni" e tale risultato sarebbe stato ottenuto senza oneri eccessivamente gravosi a carico della stazione appaltante e/o pregiudizievoli per il celere svolgimento delle operazioni di gara.

14. Nella prospettiva qui condivisa, non ha rilievo la dichiarazione del 27 gennaio 2020 resa dal Gestore del Sistema informatico in ordine al corretto funzionamento del sistema o agli accessi effettuati dal concorrente nella c.d. "Area Comunicazioni". Ciò che è in discussione infatti non è la possibilità, o meno, di accedere all'area informatica riservata alle comunicazioni tra le parti, bensì la conoscenza o conoscibilità della presenza della richiesta del soccorso istruttorio in quell'area.

Allo stesso modo privo di rilevanza è l'assunto contenuto nella relazione Consip del 6 luglio 2020 secondo cui "in relazione alla email di cortesia è invece possibile certificare solo l'invio della mail e nessuna ricevuta telematica di ricezione, o di lettura, da parte del destinatario poiché queste dipendono esclusivamente dal provider di posta utilizzato dall'utente". La consapevolezza dell'impossibilità di

avere una “ricevuta telematica di ricezione, o di lettura” della mail ordinaria contenente la comunicazione della presenza della richiesta di soccorso istruttorio nell’”Area Comunicazioni” avrebbe dovuto semmai suggerire alla stazione appaltante di preferire altra forma telematica di comunicazione in grado di garantire ragionevole certezza nella ricezione della richiesta di soccorso da parte del destinatario.

Al fine di confutare la tesi dell’amministrazione resistente, va ribadito, in altri termini, che la modalità telematica di comunicazione della presenza della richiesta di soccorso istruttorio nella c.d. “Area Comunicazioni” mediante mail ordinaria non è in grado di assicurare ragionevole certezza in ordine al recepimento dell’atto e quindi alla conoscenza o conoscibilità della presenza della richiesta di soccorso da parte del destinatario; ragionevole certezza che invece è indispensabile, come si è evidenziato, per le conseguenze che discendono dalla natura e dal regime giuridico previsto per l’istituto, oltre che per il corretto svolgimento delle operazioni di gara.

15. In conclusione, in mancanza di conoscenza o conoscibilità della trasmissione della comunicazione avente ad oggetto la richiesta di soccorso istruttorio dal contenuto intrusivo e sfavorevole per il destinatario – nel senso innanzi precisato – non può affermarsi che sia maturata a carico del concorrente la decadenza dalla facoltà di riscontrare la richiesta. La stazione appaltante quindi non può avvalersi degli effetti pregiudizievoli che derivano *ex lege* dall’art. 83, comma 9, d.lvo n. 163 del 2016, il che comporta l’illegittimità dell’esclusione dalla gara fondata sull’erroneo presupposto della maturata decadenza.

16. Sono invece infondati gli altri profili di illegittimità esposti con il primo motivo di ricorso.

Non si ravvisa, in particolare, il denunciato contrasto con l’art. 76, commi 5 e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, in combinato disposto dell’art. l’art. 22, comma 3,

dell'Allegato 15 al bando. Né si ravvisa la violazione del principio della massima partecipazione alle gare e degli artt. 52 e 58 del d.lgs. n. 50 del 2016 dal momento che la comunicazione mediante piattaforma telematica non preclude di per sé la partecipazione dei concorrenti e non produce effetti distorsivi della concorrenza; anzi si tratta di forme di comunicazione e di dialogo telematico che aumentano ed agevolano la partecipazione alla gara.

Allo stesso modo, la modalità di comunicazione prescelta per ricevere le comunicazioni di gara non viola il principio di effettività della tutela (art. 1 c.p.a.) in quanto una simile forma di comunicazione non impedisce di certo al ricorrente di tutelare la propria posizione sostanziale dimostrando, ad esempio, il possesso dei requisiti ritenuti mancanti; né essa ha inciso sulla tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.) dal momento che il provvedimento espulsivo è stato comunque gravato in tempo utile rispetto alla conclusione della procedura.

17. Infondato è altresì il secondo motivo di ricorso con cui si lamenta la violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza dell'azione amministrativa.

L'esclusione dalla gara non è l'effetto di una specifica modalità di comunicazione bensì del mancato riscontro, nei termini, della richiesta di soccorso istruttorio. L'esclusione è dunque una conseguenza direttamente stabilita dal legislatore al ricorrere dei presupposti previsti dalla fattispecie normativa dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, ossia per il mancato riscontro alla richiesta di soccorso entro il termine stabilito.

18. L'accoglimento del primo motivo di ricorso, nei termini e nei limiti indicati, comporta l'assorbimento logico del terzo motivo di ricorso, formulato in via graduata, con il quale si domanda l'annullamento della legge di gara.

Per tutte le ragioni sopra espresse, il Collegio accoglie il ricorso e conseguentemente annulla il provvedimento di esclusione perché viziato da

eccesso di potere per difetto di presupposti ed incongruenza della motivazione, facendo comunque salvi gli ulteriori provvedimenti conseguenti alla riammissione in termini del RTI istante.

La novità e la peculiarità delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione nei modi e nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere

Luca Iera, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Luca Iera

IL PRESIDENTE

Francesco Riccio

IL SEGRETARIO