

Publicato il 09/01/2020

N. 00037/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00287/2019 REG.RIC.



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 la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso avente numero di registro generale 287 del 2019,
proposto da

- Gi One s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTI con Alfredo Cecchini s.r.l. e Adiramef s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, p.e.c. massimilianobrugnoletti@ordineavvocatiroma.org, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Pierluigi Smaldone, in Potenza, alla via Pretoria, n. 18;

contro

- Regione Basilicata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Anna Carmen Possidente, p.e.c. anpossid@cert.regione.basilicata.it, domiciliata presso l'Avvocatura regionale, in Potenza alla Via V. Verrastro n. 4;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della nota della Regione Basilicata n. prot. 99838/20AB del 12 giugno 2019;
- dell'avviso con il quale la Regione ha disposto la riapertura dei termini fino al 7 giugno 2019;
- *in parte qua* e solo ove occorra, del bando di gara, come integrato dall'avviso con il quale la Regione ha disposto la riapertura dei termini, nella parte in cui prevede la scadenza del termine per la presentazione delle offerte al 7 giugno 2019 ore 12.00;
- *in parte qua* del disciplinare di gara, nonché della “Guida alla presentazione delle offerte telematiche tramite il portale SUA RB *procurement*”, se interpretati nel senso di prevedere che la presentazione dell'offerta mediante la piattaforma sia a totale rischio del concorrente, anche in caso di malfunzionamenti della piattaforma, esonerando la stazione appaltante da qualsiasi responsabilità;
- per quanto occorra, del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e definitiva *medio tempore* intervenuti e sconosciuti negli estremi;
- del contratto stipulato o stipulando;
- di ogni atto connesso, correlato, presupposto e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Visto l'art. 120 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del giorno 18 dicembre 2019, il Primo Referendario avv. Benedetto Nappi;
Uditi per le parti i difensori presenti, come da verbale;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Gi. One s.p.a., con atto depositato il 14 giugno 2019, è insorta avverso gli atti in epigrafe, mediante cui la Regione Basilicata ha negato la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, nell'ambito della procedura comparativa per l'affidamento dei servizi di governo, di conduzione e manutenzione a canone ed extra canone degli impianti tecnologici ed elevatori al servizio delle strutture sanitarie dell'Azienda ospedaliera regionale San Carlo e della Azienda sanitaria di Potenza nell'area del Lagonegrese.

1.1. In punto di fatto, parte ricorrente ha esposto quanto segue;

- la stazione appaltante, con bando pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 31 dicembre 2018, ha bandito la gara in oggetto, suddivisa in due lotti per un ammontare complessivo di euro 15.892.500,00;
- il disciplinare ha previsto lo svolgimento della gara ai sensi dell'art. 58 del d.lgs. n. 50 del 2016, mediante il portale di *e-procurement* della stazione appaltante medesima;
- ha iniziato il caricamento dell'offerta in tempo utile, rilevando tuttavia rallentamenti nel funzionamento di detta piattaforma;
- in particolare, nel mentre è riuscita "a caricare" i file della busta amministrativa e dell'offerta tecnica, altrettanto non ha potuto fare con riguardo all'offerta economica, generando il sistema informatico un messaggio di errore ostativo che ha determinato l'impossibilità di:

«qualsivoglia ulteriore progressione nel processo di presentazione dell'offerta»;

- di talché non ha: «potuto effettuare l'ultima rilevante operazione consistente nella conferma - *recte* invio - della propria proposta»;

- ha subito segnalato tale malfunzionamento alla stazione appaltante tramite il portale telematico, chiedendo l'accertamento del malfunzionamento e la conseguente riapertura del termine di scadenza della procedura;

- a fronte del silenzio della Regione Basilicata, nel pomeriggio dello stesso giorno ha trasmesso poi una formale diffida alla riapertura del termine per la presentazione dell'offerta, anch'essa mai riscontrata;

- nei giorni successivi, ha appreso dal RUP dell'essere in corso opportune verifiche da parte del gestore del sistema, al cui esito sarebbero state adottate le pertinenti decisioni;

- ha confidato: «nella legittima aspettativa che la propria segnalazione sarebbe stata formalmente riscontrata», attendendo invano di ricevere una risposta alla diffida inviata alla stazione appaltante;

- a quattro giorni dalla scadenza della gara «durante un accesso casuale nella pagina riservata alla gara della piattaforma telematica», si è avveduta della pubblicazione, in data 5 giugno, da parte della stazione unica appaltante, di un avviso di differimento del termine di presentazione dell'offerta al 7 giugno 2019, ore 12:00;

- in tale avviso, in particolare, si è dato atto dell'effettiva verifica del malfunzionamento del sistema impeditivo della presentazione dell'offerta;

- ha immediatamente contestato detto comportamento, ritenendolo contrario alle regole di buona fede e trasparenza, e ha diffidato

L'amministrazione regionale a concedere un nuovo termine per la presentazione dell'offerta, preceduto da adeguata pubblicità;

- tale ultima diffida è stata riscontrata dal RUP con la nota impugnata col presente ricorso, in cui si è ribadita la legittimità dell'operato della stazione appaltante, avendo quest'ultima garantito rispetto delle normative e dei principi generali dell'azione amministrativa, con conseguente negazione della riapertura del termine.

1.2. In diritto, parte ricorrente ha dedotto, per più profili, la violazione di legge e l'eccesso di potere.

2. La Regione Basilicata, costituitasi in giudizio, ha concluso per il rigetto del ricorso per infondatezza.

3. Con decreto monocratico n. 91 del 2019 l'istanza di misure cautelari monocratiche è stata accolta.

4. All'esito della camera di consiglio del 3 luglio 2019, è stata fissata, ai sensi dell'art. 55, co.10, del codice, l'udienza di merito.

5. Con decreto monocratico n. 126 del 2019 una nuova istanza di misure cautelari monocratiche è stata rigettata.

6. Alla successiva camera di consiglio svoltasi il 2 ottobre 2019, la nuova istanza cautelare è stata dichiarata inammissibile, ai sensi dell'art. 58, co. 1, cod. proc. amm., attesa, la mancata allegazione di mutamenti di rilievo delle circostanze già considerate in precedenza dal Collegio, o di fatti anteriori in precedenza ignoti.

7. Il Consiglio di Stato, sez. III, in sede di appello cautelare, con ordinanza n. 5853/2019 ha sospeso: «nelle more dell'imminente decisione [...] la procedura contestata (giunta all'apertura della sola busta A contenente la documentazione amministrativa), anche alla luce di quanto già affermato in sede monocratica, in modo che possa

essere ancora possibile, nell'ipotesi di favorevole apprezzamento del gravame, l'utile partecipazione della ricorrente».

8. Alla pubblica udienza del 18 dicembre 2019 il giudizio è transitato in decisione.

9. Il ricorso è infondato, alla stregua della motivazione che segue.

9.1. Vai subito osservato come non sia in contestazione che la Regione intimata - una volta avuta contezza dell'avvenuto verificarsi di un'anomalia del sistema per taluni operatori - abbia provveduto a riaprire i termini per la presentazione o come nel caso della ricorrente per il completamento del caricamento delle offerte sul portale telematico. Neppure è contestato che le altre società incorse nella lamentata disfunzione informatica abbiano poi regolarmente presentato la domanda nel termine all'uopo prorogato.

In tale prospettiva, la dedotta violazione dell'art. 79, co. 5-*bis*, del codice dei contratti si scolora inesorabilmente, essendo palese che la forma di comunicazione della dilatazione temporale del termine di presentazione delle offerte è stata pienamente idonea allo scopo avendo consentito agli altri operatori economici coinvolti, esattamente individuati nella nota del gestore del sistema, Publysis s.p.a. del 5 giugno 2019, in atti di parte resistente, di presentare puntualmente la propria offerta.

In ogni caso, ritiene il Collegio che alcuna violazione nel pure sussista sul versante ermeneutico dell'invocata disposizione. In particolare, l'art. 79, co. 5-*bis* prevede che: «Nel caso di presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 52, ivi incluse le piattaforme telematiche di negoziazione, qualora si verifichi un mancato funzionamento o un malfunzionamento di tali

mezzi tale da impedire la corretta presentazione delle offerte, la stazione appaltante adotta i necessari provvedimenti al fine di assicurare la regolarità della procedura nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, anche disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento. Nei casi di sospensione e proroga di cui al primo periodo, la stazione appaltante assicura che, fino alla scadenza del termine prorogato, venga mantenuta la segretezza delle offerte inviate e sia consentito agli operatori economici che hanno già inviato l'offerta di ritirarla ed eventualmente sostituirla. La pubblicità di tale proroga avviene attraverso la tempestiva pubblicazione di apposito avviso presso l'indirizzo internet dove sono accessibili i documenti di gara, ai sensi dell'articolo 74, comma 1, nonché attraverso ogni altro strumento che la stazione appaltante ritenga opportuno. In ogni caso, la stazione appaltante, qualora si verificano malfunzionamenti, ne dà comunicazione all'AGI ai fini dell'applicazione dell'articolo 32-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante codice dell'amministrazione digitale».

La scelta di dare corso a ulteriori forme di pubblicità rispetto alla pubblicazione nell'apposita sezione del sito *internet* è quindi rimessa alla stazione appaltante, con una connotazione di elevata discrezionalità. Nel caso di specie, come si è visto, la valutazione dell'amministrazione è stata nel senso di non fare ricorso ad altri strumenti di divulgazione, senza che ciò in tutta evidenza abbia creato documento alcuno a tutti gli altri offerenti, né che in ciò siano

ravvisabili profili di evidente irragionevolezza o manifesta erroneità su cui improntare il sindacato giurisdizionale.

In tal senso, un condivisibile arresto pretorio ha ritenuto legittima la scelta del mezzo utilizzato per la comunicazione circa la proroga del termine, ovvero sia la sola pubblicazione di un avviso sul portale telematico di gara della stazione appaltante, in quanto tale forma di pubblicità, oltre che dalla documentazione di gara, è espressamente prevista, proprio in caso di proroga da malfunzionamenti delle piattaforme telematiche, dal ripetuto art. 79, co. 5-*bis*, del decreto legislativo n. 50 del 2016. In tal senso, lo strumento di comunicazione utilizzato senz'altro risponde ad obiettivi minimi di semplificazione amministrativa ed informatica a tal fine individuati dal legislatore (T.A.R. Lazio, sez. III-*quater*, 11 dicembre 2019, n. 14210).

9.1.1. Fuori asse è il richiamo al capo 2.3. del disciplinare di gara, il quale fa effettivamente riferimento a un indirizzo di posta elettronica certificata da indicare a cura degli offerenti, ma al solo fine delle comunicazioni di cui all'art. 76, co. 5, del codice dei contratti. A ben vedere, anzi, proprio tale capo del disciplinare dispone che «[...] tutte le comunicazioni tra stazione appaltante e operatori economici si intendono validamente ed efficacemente effettuate qualora rese attraverso il portale SUA-RB», mentre l'utilizzo di “notifiche” all'indirizzo p.e.c. è testualmente qualificato quale “ausilio eventuale”.

9.1.2. Non persuade il richiamo ai principi di buon andamento e leale collaborazione, avendo nel caso di specie la stazione appaltante agito, come si è anticipato, con linearità, dapprima tramite verifica presso il gestore del sistema delle disfunzioni segnate da più operatori

economici e quindi tramite riapertura dei termini di presentazione delle offerte. In quest'ottica, nel mentre non si ravvisa alcun obbligo di comunicazione specifica discendente dal mero fatto di aver segnalato alla stazione appaltante il cennato malfunzionamento, emerge con risalto l'onere in capo a ciascun interessato di consultazione quantomeno quotidiana, con ordinaria diligenza e ben modesto impegno, dell'unico canale di informazione specifica previsto dalla legge di gara, ovvero l'apposita sezione del sito internet regionale. Ritenere diversamente significherebbe, peraltro, violare le regole di parità di trattamento con gli altri operatori economici che tale onere hanno puntualmente assolto, sì da apprendere tempestivamente della disposta proroga e da perfezionare la rispettiva partecipazione alla procedura.

9.1.3. Destituita di fondamento in fatto è l'ulteriore doglianza secondo la quale la Regione intimata non avrebbe pubblicato l'avviso di riapertura dei termini nella apposita sezione del sito internet dedicato al Dipartimento stazione unica appaltante SUA-RB. Risulta dagli atti di causa, infatti, che tale avviso di riapertura del termine è stato pubblicato: a) sulla home page della Regione Basilicata; sul portale appalti e gare; c) sul c.d. "mini sito" della SUA-RB.

9.1.4. Neppure coglie nel segno l'ulteriore argomento prospettato dalla ricorrente, ovverosia che dalla nota del RUP di riscontro alla diffida del 7 giugno 2019 si desumerebbe che la riapertura del termine sarebbe stata comunicata "per le vie brevi" soltanto a taluni concorrenti. Da una piana lettura del testo di tale nota, infatti, emerge in tutta evidenza che la pubblicità del provvedimento di riapertura è avvenuta nelle forme di legge e della *lex specialis* e che le indicazioni fornite dal RUP per le vie brevi hanno riguardato la

diversa questione delle modalità di ultimazione del caricamento dell'offerta, ovverosia un profilo che è estraneo al *thema decidendum*.

9.2. Col secondo motivo, si è sostenuto che la decisione di riapertura dei termini violerebbe i canoni di proporzionalità e buon andamento. In particolare, si è sostenuto che l'articolo 79, co.5, del codice disporrebbe, per eventualità quali quella di cui si discorre, la mera proroga del termine di presentazione delle offerte e non già la riapertura del termine stesso. In tale prospettiva la circostanza che senza un'adeguata pubblicità è solo per poche ore la stazione appaltante abbia riaperto il termine seppure possa apparire formalmente aderente al dato normativo esaminata in concreto mi farebbe emergere la sostanziale violazione. E ciò perché i concorrenti avrebbero comunque avuto solo poche ore a disposizione per attivarsi e procedere al caricamento *ex novo* di tutta la documentazione a corredo dell'offerta.

In senso antitetico, è agevole rilevare in fatto come dalla stessa narrazione degli eventi svolta dalla ricorrente emerga che il caricamento della c.d. "busta telematica di offerta" sia stato avviato in prossimità della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, tant'è che la prima segnalazione di disservizio è stata inviata a tempo scaduto, ovverosia qualche minuto oltre le ore dodici del giorno 3 giugno 2019.

A fronte di ciò, i due giorni di riapertura dei termini successivamente previsti dalla stazione appaltante appaiono ampiamente sufficienti e proporzionati a consentire la reiterazione delle operazioni di cui è questione. E ciò, va ribadito, a fronte di anomalie riscontrate solo per alcuni operatori, e soltanto nella mattinata del 3 giugno 2019, ovverosia nell'approssimarsi dello spirare del termine di

presentazione, fissato alle ore 12.00 dello stesso giorno, come dalla già citata comunicazione della Publysis s.p.a., del 5 giugno 2019.

Del resto, del fatto che l'anomalia lamentata dalla deducente si sia verificata soltanto il 3 giugno 2019 si trova ulteriore ed espressa conferma nella diffida da questa inviata il successivo 7 di giugno alla Regione intimata.

In sintesi, il lasso temporale aggiuntivo è pari a oltre il doppio di quello in cui l'inconveniente si è verificato, dunque tutt'altro che "irrisorio", non congruo o sproporzionato.

10. Dalle considerazioni che precedono discende il rigetto del ricorso.

11. Le spese seguono la soccombenza, con liquidazione come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso, per come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite della fase in favore della Regione Basilicata, liquidando le stesse in € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge, se dovuti,

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

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2019, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Benedetto Nappi

IL PRESIDENTE
Fabio Donadono

IL SEGRETARIO