

N. 01865/2016 REG.PROV.COLL.

N. 02007/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2007 del 2015, proposto da:

Davide Onlus Soc. Coop. a R.L., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Salomoni C.F. SLMLCN73T19F205T e Luigi Cavalleri, con domicilio eletto presso l'avv. Luciano Salomoni in Milano, via Caradosso, 8;

contro

Comune di Busto Arsizio, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Antonietta Carra C.F. CRRMNT59L49B300L, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar Lombardia in Milano, via Corridoni, 39;

nei confronti di

Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano, domiciliata in Milano, via Freguglia, 1;

Arca - Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia Sala C.F. SLACLD74R68L219V e Stefano Marras C.F. MRRSFN73C18B354Y, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale Arca in Milano, via Fabio Filzi, 22;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. 64124 del 11 agosto 2015 notificato a mezzo pec avente ad oggetto "procedura aperta per l'affidamento del servizio specialistico minori periodo 1 febbraio 2015 - 31 gennaio 2019 - CIG 5976584124 - istanza di riapertura dei termini di presentazione dei termini di presentazione delle offerte. Provvedimento di diniego" con cui vengono respinte l'istanza di accertamento tecnico presentata dalla ricorrente in data 31 luglio 2015 prot. 61406 e l'istanza di differimento o riapertura dei termini di presentazione delle offerte presentata dalla ricorrente in data 26 gennaio 2015 prot. 7464; - del preavviso di diniego all'istanza di riapertura dei termini di presentazione delle offerte prot. 7464 del 26 gennaio 2015; - del bando di gara e del disciplinare di gara, nella parte in cui prevedono che non sarà accettata alcuna offerta pervenuta oltre i termini anche laddove ciò dipenda da causa non imputabile al concorrente; - nonché di ogni altro atto presupposto, preordinato, conseguente o comunque connesso, ivi incluse, per quanto occorra la nota ANAC 1 luglio 2015 num.0083903 e la comunicazione del Comune di Busto Arsizio del 18 agosto 2015 di riapertura della procedura di gara fissata al 8 settembre p.v.; - del diniego di autotutela sull'informativa presentata dalla ricorrente ex art. 243 bis d. lgs. 163 del 2006 eventualmente emanato e allo stato non conosciuto e/o del silenzio serbato su di essa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Busto Arsizio, dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di Arca - Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2016 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Busto Arsizio (VA) indiceva una procedura aperta per l'affidamento del servizio specialistico dei minori, procedura da svolgersi con l'ausilio di sistemi informatici e l'utilizzo di modalità di comunicazione elettronica attraverso il sistema telematico della Regione Lombardia, denominato Sintel e gestito dalla società regionale Arca – Azienda Regionale Centrale Acquisti Spa.

Il termine per la presentazione dell'offerta – da inviare attraverso Sintel in formato elettronico – era fissato alle ore 12.00 del 9 gennaio 2015.

La ricorrente (di seguito indicata anche solo come “società” oppure “Onlus”), presentava nella giornata del 9.1.2015 un'istanza al Comune per la riapertura del termine di presentazione delle domande di partecipazione, sostenendo di non essere riuscita ad accedere al sistema e di essersi quindi trovata nell'impossibilità di presentare la propria offerta.

L'Amministrazione comunale sospendeva di conseguenza la procedura di gara e chiedeva ad Arca Spa informazioni sull'eventuale malfunzionamento di Sintel nella mattina del 9 gennaio 2015.

Arca Spa escludeva situazioni di cattivo funzionamento del sistema, tali da impedire la trasmissione dell'offerta.

Nel contempo, era chiesto sia dalla società sia dal Comune un parere all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), che con propria nota del 1° luglio 2015 dichiarava che non si poteva accogliere la richiesta della società di riapertura dei termini di gara, ai fini dell'invio dell'offerta della società stessa.

Di conseguenza, con nota prot. 64124 in data 11.8.2015, il Comune rigettava definitivamente la richiesta della società volta ad ottenere sia la riapertura dei termini di presentazione delle offerte sia un accertamento tecnico sulle cause del presunto malfunzionamento del sistema.

Contro il citato provvedimento di diniego ed altri atti del procedimento – fra cui la nota di ANAC – era proposto il ricorso in epigrafe, con istanza di sospensiva.

Si costituivano in giudizio il Comune, Arca Spa e l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), concludendo per il rigetto del gravame.

Con ordinanza cautelare della Sezione IV n. 1212 del 18.9.2015 era respinta la domanda di sospensiva, per insussistenza del *fumus* del gravame.

In esito all'udienza di discussione del 7.4.2016, il Collegio disponeva incumbenti istruttori a carico di Arca Spa, con ordinanza n. 680/2016.

Arca Spa depositava la relazione istruttoria con allegati in data 10.5.2016.

Alla successiva pubblica udienza del 29.9.2016, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.1 Nel primo motivo di ricorso è lamentata la violazione dell'art. 70 del D.Lgs. 163/2006, giacché i termini per la presentazione delle offerte previsti dalla legge di gara sarebbero inferiori a quelli minimi di legge, vale a dire cinquantadue giorni dalla data di trasmissione del bando, ai sensi del comma 2° del citato art. 70.

La doglianza è infondata.

Il presente appalto di servizi rientra fra quelli di cui all'allegato II B al D.lgs. 163/2006 ("Servizi sanitari e sociali", CPV 85320000, cfr. pag. 4 del bando di gara, doc. 3 della ricorrente ed anche gli articoli 14 e 16 del Disciplinare, doc. 4 della ricorrente), e a tali appalti si applicano, per espressa previsione dell'art. 20 del D.lgs. 163/2006, esclusivamente gli articoli 68, 65 e 225 del medesimo decreto legislativo, quindi non l'art. 70 invocato dall'esponente.

Il termine per la presentazione delle offerte, negli appalti di servizi come quello di cui è causa, viene quindi fissato discrezionalmente dalla stazione appaltante nella *lex specialis*, salvo il limite della ragionevolezza e della congruità del termine medesimo, limite che non è in ogni modo specificamente contestato dalla società esponente.

1.2 Negli ulteriori ed analitici motivi di ricorso (dal n. 2 al n. 6), la società lamenta sostanzialmente l'illegittimità della decisione della stazione appaltante di non riaprire i termini per la presentazione dell'offerta, in quanto – sempre a detta della ricorrente – l'impossibilità della trasmissione della propria offerta nella mattina del 9 gennaio 2015 non sarebbe imputabile all'esponente, bensì ad un malfunzionamento del sistema telematico della Regione Lombardia.

Prime dell'esame delle singole censure, appare necessario esporre le seguenti considerazioni.

In tema di gare svolte con modalità telematiche – con conseguente trasmissione dell'offerta esclusivamente in via elettronica – la giurisprudenza, anche di questa Sezione IV, è giunta alla conclusione che la sempre maggiore diffusione delle gare svolte con modalità informatiche (che nella Regione Lombardia assurge talora a vero e proprio obbligo per le stazioni appaltanti, cfr. l'art. 1, comma 6-*ter* della legge regionale 33/2007), pone in capo agli operatori una "peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara" (così testualmente Consiglio di Stato, sez. III, 2.7.2014, n. 3329), con conseguente impossibilità di addossare alla stazione appaltante ogni tipo di anomalia nel meccanismo di invio e ricezione, salva la prova del malfunzionamento del sistema "pubblico" per la trasmissione delle offerte (nel caso di specie il sistema regionale Sintel), con la specificazione che spetta al concorrente offrire un principio di prova del suddetto malfunzionamento.

Sul punto, sia consentito altresì il rinvio alle sentenze del TAR Lombardia, Milano, sez. IV n. 1524/2015 e sez. III, n. 1640/2014.

Del resto, anche nell'ordinanza cautelare n. 1212/2015 resa nel presente giudizio, il Collegio aveva evidenziato come la partecipazione ad una gara telematica implica l'assunzione di responsabilità sulla capacità di rispetto della procedura telematica, procedura da osservarsi inderogabilmente – salvo i casi di forza maggiore – giacché posta a presidio della *par condicio* fra i concorrenti.

Non si dimentichi, poi, che la giurisprudenza formatasi sul tema della presentazione delle offerte nelle gare per così dire "tradizionali" – cioè svolte con mezzi non informatici – è giunta alla conclusione che: <<*Secondo un condivisibile e consolidato orientamento giurisprudenziale, le imprese partecipanti ad una gara, a fronte di un preciso termine di presentazione delle offerte, conosciuto con congruo anticipo, hanno l'onere di predisporre la propria organizzazione in modo da ottemperare con tempestività al termine medesimo: pertanto, la causa di forza maggiore che, in ipotesi, renderebbe scusabile il ritardo, potrebbe consistere solo in un evento tale da impedire, in modo assoluto e per tutti i possibili concorrenti, fin dalla conoscenza del termine di gara, la possibilità di scelta, non solo dei vari sistemi di spedizione e consegna, ma altresì del giorno in cui effettuarle (Consiglio Stato, sez. V, 10 aprile 2002, n. 1960; T.A.R. Veneto, sez. I, 15 ottobre 2002, n. 6045)*>> (così per tutte: TAR Campania, Napoli, sez. V, 2.12.2014, n. 6296).

Alla luce delle premesse di cui sopra, è possibile correttamente valutare la presente fattispecie, anche all'esito degli approfondimenti istruttori disposti dal Collegio a carico di Arca Spa.

La conclusione è nel senso che non vi è alcuna prova concreta che si siano verificati il giorno 9 gennaio 2015 dei malfunzionamenti del sistema Sintel, tali da avere impedito la trasmissione o la ricezione dell'offerta.

In tal senso, si vedano le note Arca Spa rispettivamente in data 16 gennaio, 20 gennaio e 17 febbraio 2015 (cfr. i documenti da 14 a 16 della ricorrente), oggetto di ulteriori chiarimenti nella relazione istruttoria di Arca Spa del 9.5.2016, depositata in giudizio il 10.5.2016.

Nella nota del 16.1.2015 (doc. 14 della ricorrente), Arca evidenzia l'assenza di anomalie il giorno 9.1.2015 ed illustra le attività svolte la mattina del giorno stesso dalla Onlus fino alle ore 12.00 (ora di scadenza per l'invio dell'offerta).

In particolare, la società accedeva dapprima al sistema alle ore 11.14 e in seguito alle ore 11.39 accedeva al percorso "invio offerta" e procedeva con i primi due passaggi ("step") dei cinque previsti dal percorso di invio del file, caricando il terzo step alle ore 12.01, quando il termine di presentazione era ormai scaduto.

Nella nota del 20.1.2015 (doc. 15 della ricorrente), Arca conferma la mancanza di anomalie del sistema il giorno 9.1.2015, salvo dei rallentamenti fra le 10.58 e le 11.18, quindi prima dell'inizio del caricamento dell'offerta (11.39).

A conferma del funzionamento di Sintel, con nota del 17.2.2015 (doc. 16 della ricorrente), Arca evidenzia altresì che fra le ore 8.00 e le ore 12.00 del giorno 9 gennaio 2015, sono state caricate circa 150 offerte di altre procedure di gara.

Con riguardo poi alla relazione tecnica della società esponente ed ai suoi allegati (cfr. il doc. 7 della ricorrente), la relazione di Arca evidenzia come risultano innanzi tutto provati tentativi di accesso alla piattaforma non andati a buon fine; inoltre è riscontrato un disallineamento di orario fra la piattaforma Sintel e il computer della società, che è in realtà un'ora indietro rispetto all'ora indicata dal sistema (la circostanza non è smentita, anzi è espressamente riconosciuta dal tecnico della società nella sua ulteriore relazione del 29.7.2016, doc. 28 della ricorrente).

Tale disallineamento spiega forse perché il tentativo di inserimento dell'offerta elettronica è stato effettuato dalla Onlus in prossimità della scadenza del termine di presentazione (ore 12.00).

Ad ogni buon conto, non sono stati raccolti, nonostante l'istruttoria effettuata nel presente giudizio, elementi chiari ed univoci da cui desumere malfunzionamenti nel sistema Sintel nella mattinata del 9.1.2015 oppure altri elementi di forza maggiore, tali da escludere ogni responsabilità della società per il mancato invio dell'offerta.

1.3 Alla luce di quanto sopra esposto, le censure esposte nei motivi dal n. 2 al n. 6 del ricorso non meritano condivisione, tenuto conto che nei succitati motivi la ricorrente evidenzia, seppure sotto differenti profili, di non avere potuto presentare la propria offerta per cause ad essa non imputabili, ma tale circostanza è esclusa in base a quanto sopra esposto al punto 1.2.

Neppure potrebbe sostenersi che la stazione appaltante avrebbe dovuto in ogni modo disporre la riapertura dei termini di presentazione a fronte della semplice contestazione della società esponente, giacché una simile condotta dell'Amministrazione – in mancanza di una idonea prova della causa di forza maggiore – avrebbe violato palesemente la legge di gara e il principio della parità di condizioni degli operatori partecipanti.

Da ultimo, con riguardo alla nota dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, alla quale il Comune di Busto Arsizio e la società esponente si sono rivolti per un parere sulla questione, preme al Collegio evidenziare che si tratta di un atto endoprocedimentale, non suscettibile come tale di autonoma impugnazione, pur dovendosi notare che nello stesso è stato espressamente evidenziato che: <<...non sembra vi possano essere margini per un accoglimento della richiesta dell'operatore economico Davide Onlus. >> (cfr. i documenti 19, 20 e 21 della ricorrente e il doc. 17 del resistente).

In conclusione, il presente ricorso deve interamente rigettarsi.

2. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a favore del Comune e di Arca Spa, mentre sussistono giusti motivi per compensarle nei confronti di ANAC, la cui difesa si è limitata al deposito di una comparsa di mero stile.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Davide Onlus Soc. Coop. a r.l. al pagamento delle spese di lite, che così liquida:

- euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) a favore del Comune di Busto Arsizio;
- euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) a favore di Arca Spa.

Compensa le spese per il resto.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Mauro Gatti, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci