

Publicato il 12/10/2021

N. 00156/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00058/2021 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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

nel giudizio introdotto con il ricorso numero di registro generale 58 del 2021,
proposto da:

SEA – Soluzioni Eco Ambientali s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, nella sua qualità di capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con S.A.R.I.M. s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Angelini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, via Calepina, n. 50, presso la Segreteria di questo Tribunale regionale di giustizia amministrativa per la Regione autonoma del Trentino-Alto Adige/Südtirol di Trento;

contro

Comunità Alto Garda e Ledro, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa a' sensi dell'art. 41 del d.P.R. 1 febbraio 1973, n. 49 come sostituito dall'art. 1 del decreto legislativo 14 aprile 2004, n. 116, dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, largo Porta Nuova, n. 9, presso gli uffici della predetta Avvocatura;

per l'annullamento

- della nota 2.4.2021, prot. n. 5408/16.4.3, trasmessa via pec in pari data, con cui il Responsabile della Stazione appaltante Comunità Alto Garda e Ledro, con riferimento alla *“gara europea a procedura aperta per l'appalto del servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani (domestici e speciali assimilati), anche differenziati e servizi accessori, afferenti l'ambito territoriale della Comunità Alto Garda e Ledro (Trento) a ridotto impatto ambientale ai sensi del PAN GPP e dei CAM (Criteri Ambientali Minimi) di cui al DM 13.2.2014 e ss.mm.ii.”*, ha comunicato alla società esponente: (i) che *“in data 30.03.2021 si è svolta la prima seduta di gara per l'aggiudicazione dei servizi di cui all'oggetto, durante la quale si è proceduto alla verifica della completezza e regolarità della documentazione amministrativa e tecnica presentata dai concorrenti. Con relativo verbale (prot. n. 5402 dd. 02.04.2021) si è dato atto: che le offerte pervenute sono n. 10; che codesta Spettabile impresa è stata esclusa per i motivi indicati nel verbale medesimo, allegato alla presente, che è stata disposta la sospensione delle operazioni di gara per la nomina della commissione tecnica e la trasmissione delle offerte tecniche alla stessa, come previsto ai paragrafi 19 e 20 del disciplinare di gara”*; (ii) e che, *“in riferimento alla V.s. nota in data 30.03.2021 (rif. Prot. n. 5194 dd. 31.03.2021) si conferma la correttezza dell'operato della commissione che non ritiene di procedere ad una rivalutazione di quanto disposto in sede di gara”*;

- del verbale delle operazioni di gara 30.3.2021, allegato alla suddetta nota, nella parte in cui la Commissione di gara, *“4) informa che nella medesima data di scadenza del termine di presentazione delle offerte a sistema (SAP/SRM): a) è pervenuta alla pec dell'Ente (08.03.2021 – ore 11:55:47) la seguente comunicazione da parte dell'operatore economico SEA Soluzioni Eco Ambientali srl di Villanova Canavese (TO) (...) ‘problemi al portale, invio offerta qui’ con allegato il documento di sintesi generato a sistema; b) ha provveduto a richiedere al gestore del sistema SAP-SRM (nota prot. n. 3985 dd. 09.03.2021) se, in riferimento alla gara telematica n. 94662, fossero stati riscontrati, tra le 11:00 e le 12:00 di lunedì 08.03.2021, problemi tecnici a sistema di qualsivoglia natura tali da far ritenere ad un operatore economico partecipante alla procedura che la propria offerta presentata non fosse stata inviata correttamente; c) con nota*

prot. n. 4322 dd. 12.03.2021 il gestore del sistema ha risposto di non aver rilevato malfunzionamenti o rallentamenti sul sistema Mercurio (PR4 v7) nel lasso di tempo preso in esame; d) pertanto, appurato che il sistema ha funzionato correttamente, a tutela del principio di segretezza dell'offerta economica, che è a presidio dell'attuazione di principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), sub specie di trasparenza e par condicio dei concorrenti, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'iter che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione, a titolo cautelativo, ne dispone l'esclusione dal prosieguo della gara. Il contenuto della documentazione citata rimane comunque riservato e pertanto non verrà materialmente allegato al presente verbale. Procede pertanto all'invalidazione dell'offerta dell'operatore economico SEA Soluzioni Eco Ambientali s.r.l.”;

- del disciplinare di gara nella parte in cui all'art. 2.2. ha previsto che “Eventuali richieste di assistenza di tipo informatico riguardanti l'utilizzo del sistema dovranno essere effettuate contattando i call center del Gestore del Sistema (CSD) al numero 0461 800786 (fascia oraria 17-8) e il numero verde del contact center 800 22 80 40 (fascia oraria 8-17). (...) Al fine di permettere un riscontro in tempo utile delle richieste di assistenza, le stesse dovranno essere effettuate almeno ventiquattrore (24 ore) prima della scadenza del termine per l'invio dell'offerta. Oltre tale termine non potrà essere garantita l'assistenza”;

- di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria difensiva della Comunità Alto Garda e Ledro;

Viste le ulteriori memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il decreto n. 16 del 10 agosto 2021, successivamente modificato con decreto n. 18 del 21 settembre 2021, del Presidente del T.R.G.A. di Trento e per quanto non diversamente disposto il suo decreto n. 24 del 31 agosto 2020;

Relatore nella udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2021, il consigliere Antonia Tassinari e uditi per la società ricorrente l'avvocato Alessandro Angelini e per la Comunità Alto Garda e Ledro il procuratore dello Stato Anna Zanella;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. La Comunità Alto Garda e Ledro (di seguito anche “Comunità”) con deliberazione del Consiglio n. 26 del 15 settembre 2020 ha indetto la *“gara europea a procedura aperta per l'appalto del servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani (domestici e speciali assimilati), anche differenziati e servizi accessori, afferenti l'ambito territoriale della Comunità Alto Garda e Ledro (Trento) a ridotto impatto ambientale ai sensi del PAN GPP e dei CAM (Criteri Ambientali Minimi) di cui al DM 13.2.2014 e ss.mm.ii.”*. L'affidamento, secondo l'art. 1 del disciplinare di gara, sarebbe avvenuto mediante procedura aperta e con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo, *“con presentazione telematica su sistema SAP-SRM della documentazione amministrativa, della documentazione costituente l'offerta tecnica e l'offerta economica, con le modalità di seguito indicate, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 18.4.2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici e degli art. 16 e 17 della L.P. 9.3.2016, n. 2 – Legge provinciale di recepimento delle direttive europee in materia di contratti pubblici 2016 e del relativo regolamento di attuazione approvato con D.P.P. 21.10.2016, n. 16-50/Leg e della L.P. 23.3.2020, n. 2 e ss.mm.”*. Il sistema telematico SAP-SRM è la soluzione applicativa adottata dalla Provincia Autonoma di Trento ed utilizzata nel suo territorio anche dalle altre Amministrazioni, Enti e Società aggiudicatrici a ciò legittimate, per la gestione delle procedure telematiche di scelta del contraente, per l'affidamento di lavori e forniture di beni e servizi e, in generale, per la gestione degli approvvigionamenti telematici. Il gestore del sistema telematico è Trentino Digitale s.p.a. La scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione, in un primo momento fissata

al 15 febbraio 2021, è stata da ultimo prorogata con termine fissato entro le ore 12 del giorno 8 marzo 2021.

2. SEA – Soluzioni Eco Ambientali s.r.l. (di seguito “SEA”), nella sua qualità di capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con la S.A.R.I.M. s.r.l., allo scopo di inoltrare la domanda di partecipazione alla gara suddetta, riferisce di essersi collegata telematicamente sul sistema SAP-SRM all’incirca dalle ore 10 (11:08:10 secondo il gestore del sistema) dell’8 marzo 2021 e di aver caricato a sistema la documentazione amministrativa, tecnica ed economica; dopo di che, al momento dell’invio del documento di sintesi sottoscritto digitalmente, si sarebbe verificato il “*down*” del collegamento con il predetto sistema telematico SAP-SRM. La concorrente al riguardo afferma che sul proprio video sarebbe apparso un incomprensibile messaggio di errore che non le ha consentito di proseguire nella procedura, per cui dovrebbe ragionevolmente presumersi che, a ridosso della scadenza del termine di presentazione delle offerte, il sistema possa essere “*collassato*” per eccessivi collegamenti simultanei. Rileva inoltre la medesima ricorrente che il sistema informa dell’avvenuta presentazione dell’offerta (cfr. “*Guida Operativa – Risposte alle gare telematiche-Fornitori?*”) e in aggiunta inoltra in automatico all’offerente all’indirizzo di posta elettronica certificata una comunicazione di ‘Notifica offerta presentata’ (cfr. art. 12 del disciplinare di gara), e che peraltro tali avvisi non sono ad essa pervenuti per cui, approssimandosi la scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, alle ore 11.55.47 la medesima SEA ha trasmesso alla Stazione Appaltante una PEC, avente ad oggetto “*offerta gara*” del seguente tenore letterale: “*problemi al portale, invio offerta qui?*” e con allegato il documento denominato “*Offerta_3000335408.pdf.p7m*”, vale a dire il documento di sintesi comunque generato dal sistema e sottoscritto digitalmente.

3. Alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, sono risultate pervenute sul sistema SAP-SRM le offerte di dieci operatori economici tra le quali, peraltro, alle ore 11.57, anche l’offerta di SEA. Quest’ultima alle ore

12:00:25 dell'8 marzo 2021 ha ricevuto dal sistema telematico una PEC avente ad oggetto "*Appalto 0000094662 – Offerta 3000335407 presentata*" e del seguente tenore letterale: "*L'Offerta nr. 3000335407 per l'appalto nr. 0000094662 – Servizio raccolta rifiuti urbani – è stata presentata in data 08.03.2021 alle ore 11:57*"

4. SEA, avuta conoscenza dell'avvenuta regolare e tempestiva presentazione sul sistema SAP-SRM della propria offerta, ha invitato la Stazione Appaltante a non tenere in alcuna considerazione l'allegato alla PEC inviatale alle ore 11.55.47 dell'8 marzo 2021, vale a dire il documento di sintesi, rappresentando che l'invio della PEC suddetta era stato determinato dai predetti problemi tecnici nell'utilizzo del portale telematico SAP-SRM verificatisi in prossimità della scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara telematica (cfr. nota trasmessa via PEC del 16 marzo 2021).

5. L'offerta di SEA è stata nondimeno esclusa dalla gara (cfr. il verbale della prima seduta di gara del 30 marzo 2021 e relativa comunicazione alla società del 2 aprile 2021) in ragione della PEC con allegato il documento di sintesi inviata da SEA stessa alla Stazione Appaltante e dopo aver appurato che non erano stati rilevati malfunzionamenti o rallentamenti sul sistema tra le 11 e le 12 dell'8 marzo 2021 tali da far ritenere ad un operatore economico partecipante alla procedura che la propria offerta non fosse stata inviata correttamente (cfr. richiesta della Comunità del 9 marzo 2021 e nota del 12 marzo 2021 di Trentino Digitale s.p.a., gestore del sistema SAP-SRM). In particolare la Comunità ha ritenuto di disporre l'esclusione a titolo cautelativo di SEA "*a tutela del principio di segretezza dell'offerta economica che è a presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), sub specie di trasparenza e par condicio dei concorrenti, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'iter che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione*", mantenendo in ogni caso riservato il contenuto della documentazione allegata. SEA il 30 marzo 2021 aveva nel frattempo immediatamente contestato l'estromissione disposta nei

suoi confronti, ritenendola illegittima e chiedendo alla Stazione Appaltante la riammissione alla procedura poiché la Commissione di gara aveva dato atto e riconosciuto che il contenuto dell'allegato alla PEC dell'8 marzo 2021 delle ore 11.55.47, ossia il documento di sintesi generato dal sistema, era rimasto riservato e non era stato divulgato in alcun modo, con esclusione dunque della paventata violazione del principio di segretezza dell'offerta economica.

6. Il 6 aprile 2021 SEA ha chiesto a Trentino Digitale s.p.a., *“copia della documentazione diretta ad attestare e comprovare, nel lasso temporale compreso tra le ore 10:00 e le ore 12:00 del giorno 8.3.u.s.: -a) il/i periodo/i di effettiva permanenza della SEA s.r.l. nella/e sessione/i di collegamento con il sistema informatico in relazione alla gara telematica n. 94662; -b) il riepilogo di tutti i log-in e log-out effettuati dalla SEA s.r.l.; -c) l'intervenuto "down" del collegamento con il portale telematico verificatosi verso le ore 11:55, nonché le possibili cause che possono aver determinato il suddetto "down". Il gestore del sistema SAP-SRM con nota del 27 aprile 2021 ha confermato che “nel lasso temporale compreso tra le ore 10.00 e le ore 12.00 del giorno 8 marzo 2021 il sistema Mercurio (PR4 v7) ha funzionato regolarmente e non sono stati rilevati malfunzionamenti, né rallentamenti particolari”, rappresentando che SEA aveva operato sul portale dalle ore 11:08:10 alle ore 11:57:06, ora in cui l'offerta risulta definitivamente inviata e acquisita alla procedura telematica 94662. La causa dell'esclusione di SEA, sottolinea ancora il gestore, “non è riferibile alla mancata acquisizione dell'offerta in termini e pertanto ad un malfunzionamento del sistema, del quale non vi è alcun elemento di riscontro, per cui non sussistono presupposti per l'accesso e la trasmissione di log dell'attività svolta, che rimangono comunque a disposizione delle autorità preposte, qualora ne fosse chiesta l'esibizione”.*

7. SEA ha quindi presentato il ricorso in esame principalmente avversando l'esclusione dalla gara disposta nei propri confronti dalla Stazione Appaltante e chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

I. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Ancora eccesso di potere per erronea o, comunque, carente motivazione

La nota della Stazione Appaltante del 9 marzo 2021 e la risposta del gestore del sistema del 12 marzo 2021 che escludono il malfunzionamento o il rallentamento del sistema non sono allegate al provvedimento di espulsione dalla gara di SEA, per cui l'accertamento che la Stazione Appaltante dichiara di aver condotto è priva di supporto istruttorio e probatorio. La relazione tecnica predisposta dal consulente di fiducia di SEA comprova viceversa che la struttura del portale non garantisce all'utente la possibilità di partecipare continuamente alla procedura di gara. La PEC avente ad oggetto "*problemi al portale, invio offerta qui?*" con allegato il documento denominato "*Offerta_3000335408.pdf.p7m*", è stata inviata alla Comunità per precauzione paventando il malfunzionamento e il rallentamento del sistema, il cui accadimento è provato. E neppure il provvedimento di espulsione considera la PEC inviata da SEA il 16 marzo 2021 recante l'invito a non tenere in alcuna considerazione l'allegato ("*incapsulato*" nell'apposita busta informatica in formato .p7m) alla propria PEC dell'8 marzo 2021. L'impugnata esclusione dalla gara è dunque carente sotto il profilo istruttorio e motivazionale.

II. Violazione del principio di efficacia ed efficienza ex art. 97 Cost. Ancora eccesso di potere per illogicità manifesta. Violazione del principio di massima partecipazione e di concorrenza ex art. 30 del d.lgs. n. 50/2016.

A seguito del "*down*" del collegamento con il sistema informatico, SEA non ha avuto la possibilità di richiedere alcun tipo di assistenza al gestore del sistema stesso poiché, secondo quanto previsto dalla legge di gara (art. 2.2 del disciplinare di gara), l'eventuale richiesta di assistenza doveva essere inoltrata con un preavviso di almeno 24h. Tuttavia ciò comporta un'inammissibile contrazione del termine per la presentazione dell'offerta, considerato che il concorrente per essere sicuro di usufruire dell'assistenza è costretto ad attivarsi quantomeno un giorno prima della scadenza del termine suddetto. Nel caso di specie l'anticipazione è stata anche più rilevante poiché il termine per la presentazione delle offerte era stato fissato nel giorno di lunedì 8 marzo

2021 e non era stato in alcun modo specificato se le richieste di assistenza sarebbero state evase anche nelle giornate di sabato e di domenica.

In ogni caso la ricorrente ha tempestivamente presentato la propria offerta attraverso il sistema informatico SAP-RSM e, quindi, anche a non voler considerare il “*malfunzionamento*” del sistema e del collegamento al portale telematico, l’esclusione comminata dalla Stazione Appaltante è viziata sotto il profilo dell’eccesso di potere per illogicità manifesta, in quanto “*sanziona*” un concorrente che - nonostante sia stato diligente ed abbia fatto fronte alle difficoltà incontrate a causa di un “*malfunzionamento*” del sistema informatico e del collegamento al portale telematico assolutamente non prevedibile e/o non preventivabile ed indipendente dalla sua volontà - è riuscito comunque a partecipare in tempo utile alla procedura, ottemperando altresì alle prescrizioni imposte dalla legge di gara. La disposta esclusione, oltre a non trovare fondamento nelle prescrizioni della legge di gara e nelle ipotesi di esclusione ivi contemplate, viola pertanto il principio di *favor participationis* ex art. 30 del d.lgs. n. 50 del 2016.

III. Ancora eccesso di potere per contraddittorietà, manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti. Insussistenza della violazione del principio di segretezza dell’offerta economica.

Il principio di segretezza delle offerte non è stato violato per effetto dell’avvenuto inoltro alla Comunità della PEC avente ad oggetto “*problemi al portale, invio offerta qui*” con allegato il documento denominato “*Offerta_3000335408.pdf.p7m*”. In primo luogo l’asserita commistione tra offerta tecnica ed offerta economica deve essere provata in concreto ed, inoltre, la stessa Amministrazione ha riconosciuto che non vi è stata alcuna violazione - né concreta, né potenziale - del principio di segretezza dell’offerta economica. Infatti nel verbale di gara del 30 marzo 2021 è riportato “*Il contenuto della documentazione citata rimane comunque riservato e pertanto non verrà materialmente allegato al presente verbale*”. Ciò significa che la Comunità ha espressamente dato atto che il contenuto dell’allegato alla PEC anzidetta non

è stato né “*aperto*”, né divulgato in alcun modo, ed è pertanto rimasto del tutto riservato. D'altra parte il formato “*pdf.p7m*” dell'allegato non ne consente agevolmente l'apertura garantendone la segretezza e l'Amministrazione era tenuta a mantenere segreto e riservato il suddetto allegato.

8. La Comunità Alto Garda e Ledro, costituitasi in giudizio per resistere al ricorso, ha stigmatizzato il fatto che la PEC di SEA avente ad oggetto “*problemi al portale, invio offerta qui*” reca in allegato il documento denominato “*Offerta_3000335408.pdf.p7m*” ossia il documento di sintesi che contiene un estratto per titoli della documentazione amministrativa e tecnica caricata a sistema SAP/SRM, nonché il ribasso offerto. Ciò contravviene al principio di segretezza delle offerte e *par condicio* dei partecipanti sotto il profilo dell'imparzialità e del buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.) in quanto risulta palesato il prezzo offerto. Infatti le operazioni di gara potrebbero essere potenzialmente inficiate dal fatto che la Commissione incaricata della valutazione delle offerte tecniche potrebbe venirne a conoscenza ed il suo giudizio potrebbe essere alterato antepoendo alle valutazioni squisitamente tecniche considerazioni di bilanciamento complessivo dovute alla conoscenza anticipata dell'offerta economica. Tra l'altro, la suddetta PEC, in relazione al sistema di protocollazione utilizzato dalle pubbliche amministrazioni anche in Provincia di Trento, è stata assunta automaticamente a protocollo dell'Ente e, pertanto, da tale momento in poi, non può essere in alcun modo garantita la segretezza del relativo contenuto. D'altra parte neppure il malfunzionamento o il rallentamento del sistema è stato provato dalla ricorrente. In generale la difesa erariale ha inoltre rilevato che il ricorso alla modalità telematica nello svolgimento di una gara d'appalto assicura trasparenza e tracciabilità nella formazione delle offerte evitando fenomeni collusivi tra operatori economici in danno alla P.A. o effetti distorsivi della concorrenza: e ciò propriamente in piena coerenza con i predetti principi di buon andamento e di imparzialità.

9. Con ordinanza n. 28 del 21 maggio 2021 questo Tribunale ha respinto sotto il prevalente profilo del *fumus boni iuris* la domanda cautelare che

accompagnava il ricorso. In particolare il Tribunale ha motivato il rigetto ritenendo che “ - SEA, la quale nonostante la raccomandazione di non attendere l'ultimo giorno o le ultime ore disponibili ha ritenuto di collegarsi al sistema per presentare l'offerta all'incirca un'ora prima della scadenza del termine, non è riuscita a dimostrare il malfunzionamento in tale circostanza del sistema SAP-SRM che avrebbe potuto se del caso giustificare l'invio dell'offerta anche via PEC; - l'esclusione è stata disposta poiché l'invio dell'offerta via PEC, aggiuntosi alla presentazione telematica, lungi dal poter configurarsi tamquam non esset, è in effetti suscettibile di palesare il prezzo offerto in violazione del principio di segretezza dell'offerta economica ed, altresì, del principio della par condicio competitor;”. L'appello cautelare avverso tale ordinanza n. 28/2021 del T.R.G.A. è stato accolto dalla quarta sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 3793 del 9 luglio 2021 che ha disposto l'ammissione con riserva della società ricorrente alle successive fasi della gara ritenendo inoltre che il giudizio di primo grado debba accertare: “ le ragioni del ritardo con cui l'appellante ha ricevuto il messaggio di conferma dell'avvenuto deposito informatico dell'offerta, e se ciò sia fisiologico o sia stato dovuto a un rallentamento del sistema; se, in concreto, una violazione della segretezza delle offerte vi sia stata, sub specie di una presa di conoscenza dei contenuti dell'offerta della ricorrente da parte del seggio di gara attraverso la lettura della PEC delle ore 11.55.47.”

10. All'esito delle successive fasi della gara, alla quale, come si è detto, la società ricorrente è stata ammessa con riserva, è risultato non caricato a sistema l'allegato D1.b dell'offerta tecnica di SEA per cui ai relativi elementi di valutazione la Stazione Appaltante non ha attribuito alcun punteggio. La ricorrente ha immediatamente rappresentato che il caricamento era stato tempestivamente effettuato e che il mancato riscontro nel sistema ancora una volta era da attribuirsi al malfunzionamento del sistema medesimo; al riguardo l'Amministrazione ha replicato precisando che risultava solo un tentativo di caricamento non andato a buon fine. SEA ha pure chiesto l'integrazione del verbale della III seduta di gara al fine di dare atto dell'improvvisa interruzione del sistema SAP/SRM asseritamente intervenuta anche nel corso delle

operazioni di inserimento dei punteggi dell'offerta tecnica. La ricorrente ha infine avanzato istanze istruttorie (verificazione, esibizione e prova testimoniale) al fine di accertare quanto richiesto dal Consiglio di Stato, nonché l'interruzione del sistema nel corso della III seduta di gara. La Comunità Alto Garda e Ledro ha eccepito l'inaammissibilità dei rilievi che precedono, con i quali sostanzialmente SEA tende a dimostrare che il sistema informatico non ha funzionato in più occasioni. Tali censure, precisa la difesa della Comunità, attengono infatti a fasi della gara successive rispetto all'impugnata esclusione della ricorrente e risultano svolte nella memoria del 21 settembre 2021 e non con ricorso per motivi aggiunti. Allo stato risulta avviato, senza ancora essersi concluso, il procedimento di verifica della congruità dell'offerta nei confronti dell'impresa SOGAP s.r.l., classificatasi prima in graduatoria.

11. Alla pubblica udienza del 7 ottobre 2021 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

I) Il ricorso per le ragioni che seguono è infondato e deve essere respinto. Le istanze istruttorie avanzate in particolare dalla ricorrente, non risultano rilevanti al fine del decidere: né la verificazione circa un eventuale rallentamento del sistema SAP/SRM né le esibizioni e neppure le prove testimoniali richieste. Esse pertanto possono essere disattese.

II) Non merita favorevole apprezzamento il primo motivo, con il quale la ricorrente si duole del malfunzionamento del sistema imputabile alla Stazione Appaltante e che l'avrebbe indotta ad indirizzare a quest'ultima la PEC recante in allegato il documento di sintesi dell'offerta.

Al riguardo giova, peraltro, preliminarmente evidenziare che l'esclusione della società ricorrente dalla procedura di gara, come in modo puntuale emerge dal verbale del 30 marzo 2021, è stata disposta dalla Comunità Alto Garda e Ledro in relazione alla violazione del principio di segretezza dell'offerta economica conseguente all'invio da parte di SEA a tale Stazione Appaltante

alle ore 11:55:47 dell'8 marzo 2021 della PEC avente ad oggetto "*problemi al portale, invio offerta qui*" e recante per l'appunto in allegato il documento denominato "*Offerta_3000335408.pdf.p7m*", ossia il documento di sintesi che contiene un estratto per titoli della documentazione amministrativa e tecnica caricata a sistema SAP/SRM nonché il ribasso offerto. In altri termini nel caso di specie non si fa affatto questione della modalità telematica di presentazione dell'offerta sul sistema SAP-SRM perché l'offerta di SEA, è regolarmente e tempestivamente pervenuta, entro il termine previsto, alla Comunità alle ore 11:57:06 dell'8 marzo 2021. Precipato nei termini che precedono il perimetro del *thema decidendum* risultano relativamente rilevanti, se non inconferenti, molti degli argomenti spesi dalla società ricorrente così come alcuni arresti giurisprudenziali richiamati a riguardo dell'asserito malfunzionamento del sistema SAP-SRM. La contestata esclusione dalla procedura, si ribadisce, deriva dall'inosservanza del principio di segretezza dell'offerta economica che la società ricorrente scontrerebbe ugualmente malgrado il malfunzionamento - o più precisamente il rallentamento - del sistema SAP-SRM di cui SEA si duole e che è tenuta tra l'altro a dimostrare. Al riguardo è appena il caso di rilevare che se può essere comprensibile che in relazione a un malfunzionamento del sistema il concorrente si preoccupi, magari pure premurandosi di trovare altre modalità di inoltro dell'offerta, tuttavia la circostanza non giustifica per certo la violazione del principio di segretezza dell'offerta economica determinatosi nella fattispecie in esame. È alla luce delle suddette considerazioni che, al di là della omessa dimostrazione da parte della ricorrente del lamentato malfunzionamento e del fatto che solo SEA ha fatto pervenire le doglianze in merito al sistema SAP-SRM, ad avviso del Collegio l'accertamento che il Giudice d'appello ha ritenuto di sollecitare a questo Giudice circa "*le ragioni del ritardo con cui l'appellante ha ricevuto il messaggio di conferma dell'avvenuto deposito informatico dell'offerta, e se ciò sia fisiologico o sia stato dovuto a un rallentamento del sistema*", infatti assume - a ben vedere - una consistenza relativa. Nessun incumbente istruttorio è necessario disporre al

fine del decidere poiché, che il sistema abbia subito o meno un rallentamento e se ciò sia o non fisiologico, la circostanza non è stata determinante per l'esclusione della ricorrente, posto che in ogni caso quanto avvenuto di per sé – e in via del tutto assorbente – per certo non legittima l'infrazione al principio di segretezza dell'offerta economica.

Posto quanto precede, merita comunque sottolineare, relativamente al lamentato malfunzionamento del sistema, che la società ricorrente l'8 marzo 2021, ultimo giorno utile per la presentazione dell'offerta prevista entro le ore 12, ha operato sul portale dalle ore 11:08:10 alle ore 11:57:06 ora in cui l'offerta risulta definitivamente e regolarmente inviata e acquisita alla procedura telematica 94662. Altri partecipanti alla gara hanno presentato del tutto regolarmente e senza riscontrare problemi la propria offerta in tale giornata e proprio nei suddetti e ridotti lassi temporali che precedevano di pochi minuti la scadenza delle ore 12 (CNS Consorzio nazionale servizi soc.coop., 11:33:49; Teknoservice s.r.l. 11:43:18; S.N.U.A. s.r.l. 11:24:24), mentre altri concorrenti ancora avevano già provveduto nei giorni precedenti in modo altrettanto regolare. Il gestore del sistema SAP-SRM ha confermato, anche alla ricorrente, di non aver rilevato malfunzionamenti o rallentamenti sul sistema Mercurio (PR4 v7) tra le 11 e le 12 dell'8 marzo 2021. Dal canto suo la ricorrente meramente asserisce che alle ore 11.55 circa si sarebbe verificato un “*down*” del collegamento con il sistema telematico SAP-SRM, che sul proprio video sarebbe apparso un messaggio di errore che non le ha consentito di proseguire e che a ridosso della scadenza del termine di presentazione delle offerte, il sistema sarebbe verosimilmente “*collassato*” per eccessivi collegamenti simultanei. Tuttavia non offre al riguardo alcun principio di prova che pretende di ottenere dal gestore del sistema il quale, come detto, escludendo “*down*” o “*collassi*” di sorta, rileva che la causa di esclusione è rinvenibile *aliunde* (e infatti il motivo dell'estromissione è, come dianzi evidenziato, l'invio della PEC delle ore 11:55:47 a dire della concorrente determinato dalla preoccupazione che non fosse andata a buon

fine la presentazione dell'offerta). Ebbene, anche a tacere del fatto - *ex se* rilevante - che la PEC causativa dell'esclusione risulta (già) inoltrata in orario anteriore (ore 11:55:47) rispetto alla presentazione dell'offerta (ore 11:57:06), come affermato dalla ricorrente stessa negli scritti difensivi (cfr. da ultimo pagg. 3 e 5 della memoria del 21 settembre 2021 che riporta le ore 11.56), la tesi della ricorrente appare prospettata in termini di verosimiglianza rimanendo in ogni caso indimostrata, e anche la pretesa di suffragarla con la relazione tecnica di un proprio consulente di fiducia non può per certo trovare in tale contesto l'adesione del Collegio.

Tali circostanze, per se stesse inidonee a provare nella fattispecie in esame problematiche di tipo tecnico del sistema addebitabili alla Stazione Appaltante o al gestore del sistema, *a fortiori* convincono dell'ipotesi di una responsabilità comunque riconducibile alla concorrente alla luce della consolidata e del tutto condivisibile giurisprudenza che afferma il principio di auto-responsabilità dei partecipanti alle gare (cfr. C.d.S., sez. I, parere n. 220/2020 e T.R.G.A. Trento, n. 24/2020). Nel caso di specie è pacifico che la ricorrente, "*su cui grava l'onere di pronta e tempestiva attivazione delle procedure, si da capitalizzare il tempo residuo*", l'8 marzo 2021 si è collegata al sistema solo alle ore 11:08:10 quando la scadenza del termine per la presentazione delle offerte era fissato alle ore 12 di quello stesso giorno. Così stando le cose la ricorrente si è assunta il rischio di un eventuale fisiologico rallentamento del sistema, e avrebbe dovuto mettere in conto l'incognita di non poter usufruire, se del caso, dell'assistenza tecnica del gestore del sistema e perfino di dover tollerare l'incertezza circa l'esito della presentazione dell'offerta. In definitiva la PEC che ha determinato l'esclusione non trova - per così dire - giustificazione alcuna, non essendo imputabili alla Comunità neppure eventuali allungamenti dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni conseguenti a momentanea congestione del traffico in prossimità della scadenza del termine di presentazione delle offerte. È, d'altra parte, appena il caso di rilevare che, se effettivamente verificatosi, il rallentamento del sistema è stato di ben modesta

entità e pari a pochi minuti, poiché il “down”, a dire della stessa ricorrente, sarebbe intervenuto alle 11:55, la presentazione dell’offerta è nondimeno avvenuta alle ore 11:57:06 mentre alle ore 12:00:25 la ricorrente aveva già ricevuto dal sistema telematico la PEC di conferma della presentazione dell’offerta. Infatti le criticità contestate, che attengono alla fase finale del caricamento a sistema del documento di sintesi, si sarebbero concretizzate nell’arco di 5 minuti appena e anche la lamentata non coincidenza (11:57:06 rispetto alle 12:00:25) tra presentazione dell’offerta e comunicazione di conferma dell’avvenuta presentazione (cui si riferisce anche il Giudice d’Appello) è di soli 3 minuti e va ricondotta alla fisiologicità del sistema come già affermato dal gestore del medesimo con la nota del 27 aprile 2021, ed altresì confermato con la memoria di parte resistente del 23 settembre 2021. In definitiva dolersi di aver ricevuto appena alle ore 12 la conferma della presentazione dell’offerta avvenuta alle ore 11.57 sottende oggettivamente una pretesa eccessiva. Peraltro, come si è detto, alle ore 11:55:47 la ricorrente riteneva di inviare alla Stazione Appaltante la PEC incriminata con allegato il documento di sintesi contenente il ribasso offerto e che ha originato la sua esclusione dalla gara.

A quest’ultimo proposito va allora evidenziato oltre all’art. 12 del disciplinare di gara secondo cui *“Per essere ammesso alla procedura aperta svolta con gara telematica, il concorrente dovrà inviare la propria offerta esclusivamente attraverso il sistema.....”* *“ Non è ammessa la presentazione di offerte con modalità diverse dall’utilizzo del sistema”* anche l’art. 2.2 del disciplinare stesso il quale ha disposto che *“ai sensi dell’art. 79 comma 5 bis del D.Lgs. 50/2016 qualora si verifici un mancato funzionamento o un malfunzionamento della piattaforma informatica – accertato dal gestore del sistema – 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’art. 2 della LP 2/2016 e ss.mm., anche disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento della piattaforma e la proroga dello*

stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento. Nei casi 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. Detto/i provvedimento/i verrà/nno caricato/i a sistema SAP-SRM tra la documentazione di gara ed altresì verrà/nno pubblicato/i contestualmente sul sito internet <https://www.altogardaiedro.tn.it/> nella sezione soprariportata.” Occorre inoltre considerare l'art. 20, rimasto inoppugnato, del disciplinare stesso ai sensi del quale è stata disposta l'esclusione per *“mancata separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica, ovvero l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti contenuti negli allegati amministrativi e tecnici;”*. In tale quadro giuridico non è ammissibile non solo una modalità alternativa di presentazione dell'offerta, ma anche la modalità aggiuntiva assunta dalla ricorrente che, preoccupata per non aver ricevuto immediatamente la PEC di conferma di tale presentazione, ha inviato all'indirizzo della Stazione Appaltante la PEC recante in allegato il documento di sintesi.

Il combinato disposto delle regole di gara depone quindi per la correttezza dell'operato della Comunità che, *“accertato dal gestore che il sistema aveva funzionato correttamente”*, ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara *“a tutela del principio di segretezza dell'offerta economica”* essendo pervenuta alla PEC dell'Ente la comunicazione da parte di SEA *“problemi al portale, invio offerta qui?”* con allegato il documento di sintesi generato a sistema. L'Amministrazione ha in definitiva tenuto conto dell'esigenza di garantire la *par condicio* dei partecipanti al cui presidio sono preordinate le citate disposizioni del disciplinare che impongono tassativamente l'inoltro dell'offerta esclusivamente tramite il portale, nonché l'esclusione dalla gara per il concorrente che non osserva il principio di segretezza dell'offerta economica, con riguardo dunque a disposizioni della *lex specialis* rimaste inoppugnate e che risultano palesemente e insanabilmente violate nel caso di specie.

Infatti secondo un consolidato e condivisibile orientamento giurisprudenziale *“il principio di segretezza comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, è interdetta al seggio di gara la conoscenza di quelli economici, per evitare ogni possibile influenza sull’apprrezzamento dei primi.”* *“La peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell’offerta economica, impone che la tutela copra non solo l’effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio: già la sola possibilità di conoscenza dell’entità dell’offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione”* (C.d.S., sez. V, n. 2732/2020; C.d.S., sez. V, n. 612/2019; C.d.S., sez. V, n. 3287/2016; ed ulteriore giurisprudenza ivi cit. sez. V, n. 2214/2013; sez. V, n. 2734/2012 e sez. V, n. 1734/2011). Posto che alla luce della giurisprudenza richiamata il condizionamento nella valutazione rileva anche solo sotto il profilo potenziale, vale allora considerare che nella fattispecie in esame il documento di sintesi dell’offerta che è stato allegato alla PEC indirizzata da SEA alla Stazione Appaltante alle ore 11:55:47 contiene proprio il ribasso proposto e, quindi, un elemento in tutta evidenza ben concludente nel definire l’offerta economica, idoneo a consentire potenzialmente all’organo valutatore di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta. Inoltre il sistema di protocollazione vigente presso la Comunità prevede modalità di registrazione immediata della corrispondenza anche via PEC pervenuta all’Ente e che comportano l’impossibilità da tale momento di garantire la segretezza della corrispondenza stessa.

Il Collegio è a conoscenza della giurisprudenza di segno parzialmente diverso (cfr. C.d.S., sez. V, n. 4342/2019) che, quanto al principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica, denominato anche come divieto di commistione, considera solo l’effettiva concreta conoscenza dell’offerta economica quale causa di esclusione dalla procedura nell’assunto che il divieto non vada inteso in senso assoluto, bensì relativo, con indagine da condurre in concreto, in riferimento alla funzione cui il principio è preordinato.

Tale posizione, che appare sottesa a quanto affermato dal Giudice d'Appello nell'ordinanza n. 3793 del 9 luglio 2021 che ha disposto l'ammissione con riserva della società ricorrente alle successive fasi della gara ed ha pure ritenuto che il giudizio di primo grado dovrebbe accertare “*se, in concreto, una violazione della segretezza delle offerte vi sia stata, sub specie di una presa di conoscenza dei contenuti dell'offerta della ricorrente da parte del seggio di gara attraverso la lettura della PEC delle ore 11.55.47.*”, ad avviso del Collegio non è peraltro condivisibile. A tacere del fatto che l'Amministrazione ha saputo indicare puntualmente i soggetti venuti a conoscenza anticipatamente dell'offerta economica, il bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone una estrema cautela, per cui anche il mero rischio della conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è capace di pregiudicare la garanzia, su cui gli amministrati devono poter contare, di imparzialità della valutazione. In altri termini nel caso di specie non sussiste la prova della mancanza di compromissione della garanzia di imparzialità della valutazione che il Giudice di secondo grado ha viceversa reputato necessaria. E ciò a tacere in via dirimente dello specifico divieto che nella fattispecie risulta espressamente contenuto nella legge di gara, stabilito a pena di esclusione e - giova ribadire - rimasto inoppugnato.

Poiché, come si è detto, assume rilevanza anche solo il rischio potenziale della conoscenza anticipata dell'offerta economica, in quanto in grado di infliggere un *vulnus* ai principi di imparzialità e *par condicio* dei partecipanti che la Stazione Appaltante è tenuta ad assicurare, non valgono ad escludere la violazione del principio di segretezza dell'offerta economica né la PEC del 16 marzo 2021 con cui la ricorrente invitava la stazione appaltante a non considerare l'allegato (“*incapsulato*” nell'apposita busta informatica in formato .p7m) alla propria PEC dell'8 marzo 2021, né l'affermazione contenuta nel verbale del 30 marzo 2021 secondo cui l'offerta viene mantenuta riservata e non viene allegata al verbale stesso. In particolare la nota prudenzialmente inviata il 16 marzo 2021 non è per certo sufficiente ad elidere la possibilità del

pregiudizio determinato dalla PEC dell'8 marzo 2021, mentre i contenuti del citato verbale non vanno intesi nell'accezione pretesa dalla ricorrente atteso che l'Amministrazione non ha accertato che il contenuto del documento di sintesi allegato alla PEC dell'8 marzo 2021 non sia stato già aperto o divulgato in alcun modo e sia rimasto del tutto riservato. Anzi: quanto rappresentato dall'Amministrazione nella memoria del 23 settembre 2021, ove sono indicati con nome e cognome i soggetti che hanno preso conoscenza della PEC, semmai conferma l'esatto contrario. Nel caso di specie sussiste pertanto la compromissione della imparzialità della valutazione.

III) Tenuto conto delle considerazioni che precedono parimenti infondato risulta il secondo motivo, con il quale la ricorrente sostanzialmente contesta la regola della *lex specialis* di gara, secondo cui la richiesta di assistenza informatica doveva essere avanzata almeno 24 ore prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta. Avuto riguardo al caso di specie il *punctum dolens* della vicenda non è in tutta evidenza l'art. 2.2 del disciplinare di gara (*“Eventuali richieste di assistenza di tipo informatico riguardanti l'utilizzo del sistema dovranno essere effettuate contattando i call center del Gestore del Sistema (CSD) al numero 0461 800786 (fascia oraria 17-8) e il numero verde del contact center 800 22 80 40 (fascia oraria 8-17). (...) Al fine di permettere un riscontro in tempo utile delle richieste di assistenza, le stesse dovranno essere effettuate almeno ventiquattrore (24 ore) prima della scadenza del termine per l'invio dell'offerta. Oltre tale termine non potrà essere garantita l'assistenza”*). Pertanto, anche a voler considerare biasimevole la mancanza del supporto nella giornata di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, in ogni caso è un argomento che non giova alla ricorrente, la quale in tale contesto si è consapevolmente assunta, per proprio fatto concludente, il rischio di non poter contare sull'assistenza collegandosi l'ultimo giorno utile per la presentazione dell'offerta. Vale invero nuovamente rilevare che non solo è stata data puntuale e trasparente informazione degli orari del supporto informatico e che l'offerta risulta correttamente caricata a sistema, ma anche che l'invio è avvenuto pochi minuti prima della scadenza

del termine, con accettazione del rischio al riguardo, sulla scorta del noto principio di autoresponsabilità che informa la materia secondo la giurisprudenza più sopra richiamata: *“I partecipanti a pubbliche procedure 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, e per l'ipotesi di gare con partecipazione con modalità telematiche è posta in capo agli operatori una peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara”* (Tar Calabria Catanzaro n. 1576/2019; C.d.S., sez. III, 2.7.2014, n. 3329/2014)

IV) Anche il terzo motivo di ricorso, con cui SEA sostiene che non doveva essere esclusa poiché la Stazione Appaltante non avrebbe preso contezza del contenuto della PEC dell'8 marzo 2021, per le ragioni già esposte non risulta condivisibile. Da un lato la commistione delle offerte secondo l'indirizzo giurisprudenziale richiamato non deve infatti necessariamente essere provata in concreto; e, dall'altro, la Stazione Appaltante ha pure indicato i soggetti che hanno preso conoscenza della PEC. La conoscenza anticipata dell'offerta economica in conseguenza dell'irrituale contatto intervenuto con la Stazione Appaltante a causa della PEC dell'8 marzo 2021 nel caso di specie è dunque ineludibilmente confermata.

V) Concludendo i provvedimenti impugnati resistono a tutte le censure dedotte con il ricorso che deve conseguentemente essere respinto.

VI) Le spese seguono la regola della soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale regionale di giustizia amministrativa della Regione autonoma Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, lo respinge nei sensi di cui in motivazione.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio a favore dell'Amministrazione resistente nella misura di euro 2.000,00, oltre a oneri di legge.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2021, con l'intervento dei magistrati:

Fulvio Rocco, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere

Antonia Tassinari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonia Tassinari

IL PRESIDENTE
Fulvio Rocco

IL SEGRETARIO