

Pubblicato il 08/11/2019

N. 01727/2019 REG.PROV.COLL.
N. 01240/2019 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 Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1240 del 2019, proposto da I.V.R.I. S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Ferraris, Enzo Robaldo e Francesco Caliendo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ASL Brindisi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierandrea Piccini e Maurizio Nunzio Cesare Friolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione, e comunque non ammissione, della ricorrente I.V.R.I. S.p.A. dalla procedura per “*l'affidamento del servizio*”

di vigilanza presso l'ASL di Brindisi”(CIG 788600378A) indetta dall'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Brindisi;

del provvedimento negativo-tacito e/o espresso di esclusione (ma non conosciuto dalla ricorrente) disposto dalla stazione appaltante;

del silenzio formatosi in data 24 agosto 2019 in ragione della mancata evasione dell'istanza formulata da I.V.R.I. S.p.A. in data 25 luglio 2019 e volta a chiedere l'ammissione alla procedura sopra indicata (doc. 4 e 5);

ove occorrer possa, del bando, del disciplinare e degli atti di gara;

del provvedimento di aggiudicazione, ove intervenuto, in favore di altro operatore economico;

di ogni altro atto antecedente, conseguente o, comunque, connesso con l'atto impugnato, ivi compreso il contratto di appalto eventualmente stipulato dalla resistente con altro operatore economico;

nonché per l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dalla resistente a seguito dell'istanza presentata da IVRI;

del diritto della ricorrente a partecipare alla gara e del correlativo obbligo della resistente ad ammettere la ricorrente e a porre la stessa nelle condizioni di poter partecipare;

nonché per la conseguente condanna della resistente a provvedere entro un congruo termine, così adottando il richiesto provvedimento di ammissione, con l'avvertenza che, in difetto, sarà nominato un commissario ad acta;

nonché per la declaratoria ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 cod. proc. amm., dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato con altro operatore economico;

nonché per la condanna ai sensi e per gli effetti degli articoli 30, 121, 122 e 124 del cod. proc. amm., al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati e del comportamento omissivo serbato dalla stazione appaltante, attraverso la reintegrazione in forma specifica ed il subentro nel contratto d'appalto, e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ASL Brindisi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2019 la dott.ssa Katuscia Papi e uditi per le parti i difensori avv. Robaldo per la ricorrente e avv. Piccinni, anche in sostituzione dell'avv. Friolo, per l'amministrazione sanitaria;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ASL di Brindisi, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 31 maggio 2019, indiceva una gara a procedura aperta, da espletarsi con modalità telematica e aggiudicata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso le strutture dell'amministrazione sanitaria, per la durata di 24 mesi.

Le modalità di presentazione dell'offerta erano disciplinate dall'art. 18 del Disciplinare di gara, il quale prevedeva: *“Presentazione dell'offerta sulla piattaforma EmPulia – Al fine di partecipare alla gara gli operatori*

economici concorrenti, a pena di esclusione, devono inviare, entro e non oltre le ore 14:00 del 24.7.2019 la propria offerta telematica, tramite il portale EmPulia, raggiungibile attraverso il sito www.empulia.it, secondo la procedura di seguito indicata". Seguiva la descrizione di diciassette operazioni consecutive. In particolare, per quanto qui interessa, assumono rilievo le ultime, che di seguito si riportano: "13. Creazione <<Busta tecnica/Conformità>> e <<Busta economica>>: tali sezioni vengono automaticamente compilate dal sistema, dopo aver perfezionato il corretto inserimento nella riga <<Elenco prodotti>> dei dati e documenti così come richiesti nei paragrafi successivi; 14 Genera PDF della <<Busta tecnica/Conformità>> e della <<Busta economica>>: con tale funzione il sistema genererà, in formato .pdf, la busta tecnica e la busta economica che dovranno essere salvate sul proprio PC; 15. Apporre la firma digitale alle buste generate attraverso le modalità innanzi descritte; 16. Allegare il PDF firmato: utilizzare il comando <<Allega pdf firmato>> al fine di allegare il file .pdf della busta tecnica, firmato digitalmente, nella sezione <<Busta tecnica/Conformità>>, e il file .pdf della busta economica, nella sezione <<Busta economica>>. Il sistema provvederà a effettuare una procedura di controllo della firma; 17. Invio dell'offerta: Cliccare sul comando <<Invia>>". Tutti i passaggi indicati avrebbero dovuto essere completati entro le ore 14:00 del 24 luglio 2019.

2. Afferma IVRI che, in corrispondenza della scadenza indicata dal bando, il portale subiva un notevole rallentamento nel funzionamento. Più precisamente, le operazioni di caricamento dei files necessari alla completezza della domanda, iniziate dalla società nella mattinata del giorno di scadenza, si protraevano per molto tempo. Ciò, a causa di un rallentamento nel funzionamento della piattaforma EmPulia. Alle ore 14:00, per quanto consta anche dalla

documentazione prodotta dalla p.a., IVRI stava completando il caricamento dei file .pdf dell'offerta tecnica ed economica firmati digitalmente. Dunque, IVRI non riusciva a presentare l'offerta tempestivamente, poiché, nonostante tutta la documentazione richiesta fosse stata predisposta e fosse sostanzialmente presente nel portale, la procedura di acquisizione delle offerte si bloccava automaticamente al raggiungimento dell'orario finale indicato nel bando.

Il 25 luglio 2019 IVRI Spa chiedeva, via pec, di essere comunque ammessa a presentare l'offerta.

Lo stesso 25 luglio la Commissione di gara si riuniva e ammetteva alla fase successiva della procedura solo le ditte le cui offerte erano presenti in EmPulia; non era ammessa perciò la IVRI S.p.a.

3. La società IVRI S.p.a., con l'atto introduttivo del presente giudizio, chiedeva l'annullamento, previa sospensione cautelare, dell'esclusione (tacita) dalla gara e del silenzio formatosi sull'istanza rivolta alla ASL di Brindisi; l'accertamento dell'illegittimità di tale silenzio e del diritto della società a partecipare alla gara, e chiedeva la condanna dell'amministrazione sanitaria a emettere il provvedimento di ammissione entro un termine prestabilito, oltre alla declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente medio tempore stipulato, e alla condanna della p.a. al risarcimento del danno subito. Il ricorso era affidato al seguente motivo: *“Violazione e falsa applicazione di legge (articoli 3, 4, 30, 36, 52, 58, 79, 83, 93, 164 del D. Lgs. 50/2016; articoli 1, 2, 3, 6, 10, 11, 21 quinquies, 21 nonies della L. 241/1990; articolo 97 della Costituzione) – Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara – Violazione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione – Violazione dei principi generali e comunitari di*

trasparenza , non discriminazione e par condicio – Eccesso di potere per illogicità, perplessità, contraddittorietà, travisamento dei fatti, omessa e insufficiente motivazione e istruttoria”, col quale si deduceva l’illegittima esclusione dell’impresa dalla gara, non dovuta a fatto della stessa, ma sostanzialmente imputabile al non corretto funzionamento del sistema informatico e della piattaforma EmPulia.

Si costituiva in giudizio la ASL di Brindisi, chiedendo la reiezione del ricorso in quanto l’esclusione sarebbe stata correttamente disposta non essendo l’offerta della IVRI pervenuta tempestivamente. In sede preliminare, la ASL eccepiva l’inammissibilità del ricorso in quanto non notificato ad alcun controinteressato, oltre che in virtù dell’asserita acquiescenza all’esclusione da parte di IVRI.

All’udienza camerale del 16 ottobre 2019, previo avviso presidenziale ex art. 60 c.p.a., la causa veniva trattenuta in decisione.

4. Si procede prioritariamente allo scrutinio delle eccezioni preliminari sollevate dalla stazione appaltante.

4.1. Il ricorso non può essere ritenuto inammissibile per violazione dell’art. 41 comma 2 c.p.a. Non sussistono invero posizioni di controinteresse processualmente rilevante in capo agli operatori economici le cui offerte risultavano regolarmente acquisite al sistema. L’eventuale ammissione della IVRI non è infatti idonea a cagionare agli stessi alcun pregiudizio, posto che, allo stato, non risulta una graduatoria approvata e la riduzione del numero dei partecipanti alla procedura selettiva, pur comprensibilmente auspicabile per le aziende ammesse, non configura un interesse giuridicamente tutelabile. Esso è infatti qualificabile alla stregua di mero interesse di fatto, peraltro contrastante con il fondamentale principio di tutela

della concorrenza e con il diretto corollario di esso, il *favor participationis*, e non potrà pertanto trovare alcuno spazio nella causa.

4.2. In sede ulteriormente preliminare, la ASL eccepisce che il ricorso proposto dalla IVRI sarebbe inammissibile in quanto, la presenza di un delegato della società all'apertura delle buste telematiche occorsa il 25 luglio 2019, avrebbe configurato acquiescenza della società alla propria esclusione dalla procedura, non avendo il delegato sollevato contestazioni al riguardo.

L'affermazione non ha fondamento. In presenza di un delegato dell'operatore economico, e in caso di immediata percezione della lesività degli atti adottati dalla Commissione di gara, la seduta dell'organo valutativo produce unicamente la decorrenza del termine per impugnare le determinazioni ivi assunte, non essendo in alcun modo sintomatica di acquiescenza alle stesse.

4.3. Il ricorso risulta dunque ammissibile, dovendosi ritenere infondate le eccezioni preliminari sollevate dall'amministrazione resistente.

5. Nel merito, il ricorso è fondato e deve essere accolto, nei sensi ed entro i limiti di seguito precisati.

5.1. Nel settore delle procedure selettive informatiche, la tardiva presentazione dell'offerta che sia riconducibile a un malfunzionamento ascrivibile al gestore del sistema non può risolversi in danno del partecipante, e ciò in applicazione dei fondamentali principi, già richiamati, di *par condicio* e di *favor participationis* nelle procedure di gara. Sul punto, la giurisprudenza ha precisato che per “*i malfunzionamenti del sistema imputabili al gestore del medesimo (fermi del sistema, mancato rispetto dei livelli di servizio, etc) [...] non*

può che affermarsi la responsabilità di quest'ultimo” (Cons. Stato Sez. III, 3.7.2017 n. 3245).

In tal senso si è espressa in termini netti anche la giurisprudenza di questa sezione: *“Reputa il Collegio di aderire al precedente di cui al TAR Bari, I, 28.7.2015, n. 1094, che su questione analoga – nel richiamare l’orientamento del Consiglio di Stato, il quale ha evidenziato che <<il rischio inerente alle modalità di trasmissione (della domanda di partecipazione a gara ndr.) non può far carico che alla parte che unilateralmente aveva scelto il relativo sistema e ne aveva imposto l’utilizzo ai partecipanti; e se rimane impossibile stabilire se vi sia stato un errore da parte del trasmittente, o piuttosto la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull’ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara>> (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 25.1.2013, n. 481) – ha affermato che: <<... le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi debbano collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l’ordinato svolgimento dei rapporti fra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni, nei reciproci rapporti>>. <<Dalla natura meramente strumentale dell’informatica applicata all’attività della Pubblica Amministrazione discende altresì il corollario dell’onere per la P.A. di doversi accollare il rischio dei malfunzionamenti e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui la stessa si avvale, essendo evidente che l’agevolazione che deriva alla P.A. stessa, sul fronte organizzativo interno, dalla gestione digitale dei flussi documentali, deve essere controbilanciata dalla capacità di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che possano verificarsi, in particolare attraverso lo strumento procedimentale del soccorso istruttorio (art. 46 D. Lgs. n. 163/2006 e art. 6 L. n. 241/1990)>>. Tale orientamento è stato di recente ribadito da TAR Milano, I,*

9.1.2019, n. 40” (TAR Puglia, Lecce, II, 10 giugno 2019 n. 977; cfr: 9 maggio 2018 n. 793)

5.2. In presenza di una denuncia di malfunzionamento con richiesta di rimessione in termini da parte del concorrente, pertanto, la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare la fondatezza della stessa e l'eventuale riconducibilità del disservizio alla sfera di responsabilità del gestore del sistema, determinandosi poi in modo consequenziale rispetto all'istanza proposta dal soggetto partecipante alla gara.

Quanto sopra non è occorso nel caso di specie. La IVRI S.p.a. denunciava le difficoltà tecniche che le avevano impedito la tempestiva presentazione dell'offerta già il giorno successivo alla scadenza, prima della riunione della Commissione. Cionondimeno, la stazione appaltante ignorava completamente la segnalazione della società, e la escludeva dalla gara sulla base della semplice presa d'atto dell'assenza della domanda di IVRI nel sistema (verbale della seduta del 25 luglio 2019).

La ASL Brindisi chiedeva infatti spiegazioni al gestore della piattaforma informatica solo in occasione della costituzione in giudizio nella presente causa, dunque oltre due mesi dopo l'accaduto (nota via mail del 26 settembre 2019 del RUP a InnovaPuglia, allegato 8 alla memoria di costituzione della ASL).

È dunque palese e risulta *per tabulas*, nell'esclusione/non ammissione risultante dal verbale della prima seduta della commissione di gara, il difetto di qualsivoglia istruttoria e motivazione sull'istanza della ricorrente, che risulta pertanto illegittima per eccesso di potere, oltre che per violazione dell'art. 3 L. 241/1990 (TAR Puglia, Lecce, II, 9 maggio 2018 n. 753).

5.3. Peraltro, dallo ‘screenshot’ allegato dalla parte ricorrente, risulta che, due minuti dopo la scadenza del termine, tutti gli atti componenti l’offerta, digitalizzati e firmati elettronicamente, erano presenti nel sistema. Ciò è nella sostanza confermato anche dai log allegati dalla ASL, dai quali risulta che alle ore 14:00:25 (dunque venticinque secondi dopo le ore 14,00), sia la busta economica che quella tecnica erano firmate e in tale forma ricaricate in procedura. Inoltre, dalla documentazione prodotta dall’amministrazione resistente, emerge come molte operazioni abbiano in effetti dovuto essere ripetute più volte dalla IVRI nel corso della mattinata del 24 luglio 2019, contribuendo certamente, in termini esiziali, al ritardo nella presentazione della domanda di partecipazione. Ritardo, lo si ribadisce, quantificabile in pochi secondi.

Di ciò, nessuna spiegazione veniva fornita dalla parte resistente, la quale si limita a sostenere (peraltro per la prima volta nei propri scritti difensivi, non essendosi la p.a. curata di acquisire informazioni presso il gestore quando a ciò veniva sollecitata dalla società IVRI), che l’impedimento alla presentazione dell’offerta era costituito dall’avvenuto superamento del termine finale delle ore 14,00. Tuttavia, tale affermazione non spiega per quale motivo la concorrente, pur lavorando assiduamente per tutta la mattina sul caricamento dell’offerta (ciò che è puntualmente provato dai log depositati dalla ASL), sia stata impossibilitata a portare a termine l’operazione in quasi 4 ore (risultanti dalla sottrazione dei due momenti di pausa evidenziati dalla relazione prodotta da EmPulia), né la necessaria reiterazione per più volte di moltissimi passaggi, oppure la ripetizione frequentissima di avvisi di “*una sessione già in uso*” (il tutto risultante dalla documentazione fornita da EmPulia).

Appare del tutto ragionevole presumere che, in assenza di tali molteplici e frequentissime anomalie, delle quali la parte resistente non individua la causa, la IVRI S.p.a. (avendo sfiorato il termine di soli 25 secondi), avrebbe potuto proporre la domanda in tempo. Rimangono dunque incerte le cause dell'accaduto e, in caso mancata individuazione, le stesse devono porsi a carico della stazione appaltante, quale soggetto organizzatore e gestore della procedura di scelta del contraente (Consiglio di Stato, III, 25 gennaio 2013 n. 481).

5.4. Per tutto quanto precede, il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento dell'esclusione/non ammissione alla gara di IVRI S.p.a.

6. Non possono invece trovare accoglimento le domande sul silenzio: l'istanza della IVRI di riammissione alla procedura trovava in effetti la propria risposta (seppure immotivata e carente di istruttoria, e per ciò stesso da annullare come precisato al punto precedente) nella seduta del 25 luglio 2019, allorquando la Commissione di gara ammetteva le sole ditte le cui offerte risultavano in EmPulia. Non sussiste dunque un silenzio di per se stesso censurabile.

7. Nemmeno può essere accolta la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto. Invero, gli artt. 121 e ss. c.p.a. presuppongono, ai fini dell'adozione di un siffatto pronunciamento, l'annullamento dell'aggiudicazione. Orbene, detto provvedimento, che dagli atti di causa non risulta ancora intervenuto, non è comunque stato impugnato nella presente causa. Non sussistono pertanto i presupposti di fatto e di diritto per l'adozione della sentenza declaratoria di inefficacia del negozio.

8. Nemmeno la domanda risarcitoria può trovare accoglimento. Invero, non è stata fornita alcuna prova dell'effettivo pregiudizio subito dalla IVRI S.p.a.: l'aggiudicazione, per quanto agli atti, non risulta ancora essere stata posta in essere in favore di alcun operatore economico, né tantomeno è stata fornita evidenza che la IVRI dovesse conseguirla. Non sussiste pertanto la prova di un danno risarcibile in capo alla ricorrente.

9. Per tutto quanto precede, il ricorso deve essere accolto limitatamente alla domanda di annullamento dell'esclusione/non ammissione alla gara di IVRI S.p.a., per le ragioni indicate ai precedenti punti 5 – 5.4; vanno invece rigettate le domande afferenti al silenzio (punto 6), e quelle volte a ottenere la declaratoria d'inefficacia del contratto (punto 7) e la condanna della p.a. al risarcimento del danno (punto 8).

10. Le spese, che saranno quantificate in dispositivo, seguono la soccombenza e vanno pertanto poste a carico della ASL di Brindisi, che dovrà rifonderle alla IVRI S.p.a.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Sezione Seconda di Lecce definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, entro i limiti e nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'esclusione della ricorrente dalla gara. Rigetta le ulteriori domande proposte, come precisato al punto 9.

Condanna la ASL di Brindisi alla refusione, in favore della società ricorrente, della spese del giudizio, che si quantificano nella complessiva somma di €. 2.500,00 (Duemilacinquecento/00), oltre

accessori di legge, maggiorata delle somme anticipate per il contributo unificato.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Roberto Michele Palmieri, Primo Referendario

Katiuscia Papi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Katiuscia Papi

IL PRESIDENTE
Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO