

Publicato il 21/10/2022

N. 00802/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00403/2022 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 il Lazio

sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 403 del 2022, proposto da
Del Prete Waste Recycling S.r.l., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Lilli, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda per i Beni Comuni di Latina, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Arturo Cancrini, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo
studio “Cancrini e Partners” in Roma, piazza San Bernardo, 101;

nei confronti

Eco Logica 2000 S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Aureli, Franco Coccoli,
Alessandro Daino e Francesco Coronidi, con domicilio digitale come da PEC
da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo “Studio - M&D Studio
Legale” in Roma, Via Michele Mercati, 51;

per l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari,

- del provvedimento di aggiudicazione prot. n. 0001000/2022 del 19 maggio 2022, comunicato in data 23 maggio a mezzo pec;
- della determina n. 22 del 10 marzo 2022;
e di ogni altro atto o provvedimento presupposto, connesso o comunque correlato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda per i Beni Comuni di Latina e della Eco Logica 2000 S.r.l., con le relative documentazioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del 5 ottobre 2022 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato e considerato in fatto e diritto quanto segue;

FATTO

Rilevato che:

- ai sensi dell'art. 120, comma 10, c.p.a., le controversie in materia di provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture sono decise con sentenza redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74 c.p.a.;

- con rituale ricorso a questo Tribunale, la Del Prete Waste Recycling S.r.l. ("Del Prete") chiedeva l'annullamento, previa misura cautelare, del provvedimento in epigrafe, concernente l'aggiudicazione alla Eco Logica 2000 S.r.l. (Eco Logica") del Lotto 9 di cui alla procedura aperta di rilevanza comunitaria per l'affidamento del servizio di recupero/trattamento rifiuti provenienti dalla raccolta differenziata urbana, bandita dall'Azienda per i Beni Comuni di Latina ("Azienda"), per un periodo di 24 mesi;

- in sintesi, era accaduto che, entro il termine di presentazione delle offerte, era regolarmente pervenuta alla stazione appaltante solo quella di Del Prete,

avendo lamentato Eco Logica un malfunzionamento del sistema informatico che le aveva impedito il corretto “caricamento” dei relativi “files”; il RUP decideva di aprire il “file” contenente l’offerta economica di Del Prete, formulando un’ulteriore richiesta di ribasso e riservandosi di far verificare al gestore della piattaforma informatica l’esistenza o meno del malfunzionamento in questione e se esso fosse addossabile alla concorrente Eco Logica;

- all’esito di tale verifica - ove in definitiva, il gestore riconosceva che il malfunzionamento non era imputabile alla Eco Logica - il RUP provvedeva a annullare in autotutela la fase precedente e invitava le due concorrenti a formulare una nuova offerta; l’esito della procedura vedeva, poi, l’aggiudicazione in favore di Eco Logica che aveva formulato una offerta migliore rispetto a quella – comunque diversa in relazione alla precedente – di Del Prete;

- quest’ultima, nel chiedere l’annullamento degli atti in epigrafe, lamentava, in sintesi, quanto segue;

- con un primo motivo lamentava violazione dell’art. 97 Cost. e dell’art. 30 d.lgs. n. 50/2016, nonché varie forme di eccesso di potere, in quanto, alla luce del riscontro fornito dal gestore della piattaforma informatica, secondo cui sarebbe stato possibile sanare l’errore “attraverso apposite operazioni di normalizzazione del set costituente il plico telematico”, verosimilmente, erano state le modalità di confezionamento del “file” da parte di Eco Logica ad avere dato luogo a un’incompatibilità con il sistema di “upload”, che aveva impedito l’effettiva presentazione dell’offerta, ferma restando la domanda istruttoria di acquisizione in giudizio del “file log” idoneo a verificare tale circostanza; inoltre, risultava che il tentativo di “caricamento” del “file” da parte di Eco Logica era avvenuto alle ore 11.54 del 1 febbraio 2022, a soli sei minuti dalla scadenza del termine di presentazione delle domande, per cui si palesava la mancata diligenza della Eco Logica nel calcolare i tempi di presentazione e la possibilità di manifestazione di inconvenienti;

- con un secondo motivo, Del Prete lamentava violazione dell'art. 97 Cost., nonché dell'art. 79, comma 5 bis, e dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016, unitamente alla violazione dell'art. 77 del R.D. 827/1924 e a varie forme di eccesso di potere, in quanto il RUP non doveva procedere all'apertura dell'offerta economica della ricorrente, per poi annullare l'intera fase e concedere un nuovo termine per la presentazione di offerte ulteriori, dando così un evidente vantaggio a Eco Logica, la quale, al momento della presentazione della seconda offerta, conosceva quella precedente dell'altra concorrente e si era potuta regolare in merito, con violazione dei principi di segretezza dell'offerta e di buon andamento; in particolare, per Del Prete, il RUP avrebbe dovuto disporre che, in caso di riammissione di Eco Logica, venisse accettata esclusivamente l'offerta da questi perfezionata entro il termine di presentazione fissato per il 1 febbraio 2022, ore 12:00, quale offerta dotata di data certa antecedente al suddetto termine, ovvero, in alternativa, l'intera sub-fase indetta ai sensi dell'art 77, R.D. 827/1924 avrebbe dovuto essere annullata, dovendosi procedere a quanto previsto dalla medesima norma nonché dagli art. 16 e 18 del Disciplinare, ossia al sorteggio pubblico;
- si costituivano in giudizio l'Azienda e Eco Logica, illustrando in specifiche memorie per la camera di consiglio le tesi rivolte all'infondatezza del gravame, non senza eccepire profili di acquiescenza/tardività, in quanto Del Prete avrebbe dovuto impugnare entro il termine di decadenza già il provvedimento di annullamento in autotutela della fase che l'aveva vista come unica offerente valida e, quindi, come sicura aggiudicataria, come tale immediatamente lesivo;
- alla camera di consiglio del 7 luglio 2022, su rinuncia al cautelare di parte ricorrente, la trattazione era rinviata alla fase di merito, in prossimità della quale le parti depositavano ulteriori memorie illustrative;
- alla pubblica udienza del 5 ottobre 2022 la causa era trattenuta in decisione;

DIRITTO

Considerato che:

- il Collegio ritiene di poter prescindere dall'eccezione di acquiescenza/tardività come sollevata dalle parti resistente e controinteressata, sia perché comunque non risultava adottato un provvedimento di aggiudicazione definitiva a Del Prete dopo la lettura della sua prima offerta, sia perché il ricorso si palesa comunque infondato, per quanto si va a illustrare;
- in relazione al primo motivo, si rileva che, dagli atti depositati in giudizio, risulta che il gestore della piattaforma informatica ha chiaramente precisato che il malfunzionamento non era attribuibile a comportamenti anomali o errati della concorrente Eco Logica;
- è stato illustrato, infatti, che alla richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante all'operatore, costui ha risposto, dapprima, in data 2 febbraio 2022, ponendo in luce che l'analisi degli eventi "...alle ore 11.54 ha evidenziato traccature relative a un'anomalia (del software), nella fase di caricamento dell'offerta telematica...sanabile attraverso apposite operazioni di normalizzazione del set costituente il plico telematico"; successivamente, su esplicita richiesta in data 7 febbraio 2022 della stazione appaltante in merito alla circostanza se gli impedimenti riscontrati sul caricamento fossero stati non dipendenti dal concorrente, in pari data rispondeva che l'anomalia era "...da considerarsi bloccante e non indotta dalle operazioni eseguite" dal concorrente;
- così stando i presupposti, il fatto che lo stesso gestore abbia confermato l'esistenza di un'anomalia bloccante all'ora indicata – comunque rientrante nel lasso di tempo concesso per la presentazione delle domande – che non era imputabile alle operazioni eseguite da Eco Logica, conferma che non vi era stata alcuna irregolarità nelle formalità di presentazione della sua offerta e che le operazioni di "normalizzazione" del "set" costituente il plico telematico" potevano essere svolte solo a cura dello stesso gestore e non di Eco Logica;
- pertanto, la richiesta istruttoria della ricorrente di depositare il "file log", in assenza di deduzioni tecniche sul punto in grado di fornire almeno un

elemento indiziario su un eventuale errore del gestore suddetto, appare meramente esplorativa e ultronea e, come tale, non necessaria a presenti fini;

- riguardo, poi, al contestato “deficit” di diligenza che avrebbe portato Eco Logica a confinare nei soli sei minuti precedenti la scadenza il tentativo di caricamento del “file”, il Collegio osserva – oltre alla circostanza per la quale la controinteressata sin dalle 11.30 aveva provato le operazioni di “caricamento” – che una volta appurato che il malfunzionamento di “caricamento” non era imputabile alla concorrente, la giurisprudenza, con cui il Collegio concorda, ha precisato che anche malfunzionamenti di pochi minuti - se collocati, come nel caso in esame, a ridosso alla scadenza del termine di presentazione dell’offerta - impongono di riaprire il termine qualora uno dei concorrenti si sia trovato nell’impossibilità di caricare la documentazione richiesta (TAR Lombardia, Mi, Sez. IV, 19.9.18, n. 2109);
- il Collegio, quindi, non concorda con le conclusioni della ricorrente, secondo la quale rientrerebbe nella diligenza del concorrente avviare le procedure di caricamento a sistema dell’offerta con congruo anticipo, così da minimizzare i rischi di un malfunzionamento della piattaforma, dato che, aderendo a tale impostazione, il rispetto del canone della diligenza professionale finirebbe per variare caso per caso, in relazione a valutazioni tecniche non predeterminabili a priori dall’operatore economico, che non saprebbe quale sia la condotta in concreto da esso esigibile e quando debba concretamente iniziare le operazioni di caricamento per non incorrere in negligenza;
- è chiaro che, secondo la giurisprudenza (per tutte: TRGA, 15.3.21, n. 37 e TAR Puglia Le, Sez. II, 8.11.19, n. 1727) il rischio inerente alle modalità di trasmissione della domanda di partecipazione a una gara non può non gravare sulla stazione appaltante, che unilateralmente ha scelto le modalità di trasmissione e ne ha imposto l’utilizzo ai concorrenti; dunque, se la trasmissione è stata vanificata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sulla stazione appaltante, dato che sono le procedure informatiche applicate ai

procedimenti amministrativi a collocarsi in una posizione “servente” rispetto ai procedimenti stessi - e non viceversa - non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti fra privato e Pubblica Amministrazione (TAR Campania, Na, Sez. V, 4.11.20, n. 5026);

- lo stesso Consiglio di Stato ha precisato in argomento – proprio in relazione a gara con modalità “informatica” – come la circostanza che l’offerta fosse stata presentata “all’ultimo minuto” sia irrilevante, posto che l’operatore economico ben può utilizzare tutto il tempo concesso per l’elaborazione e la presentazione dell’offerta, senza correre il rischio, per l’incerta indicazione delle relative modalità – o, aggiunge il Collegio per un riscontrato malfunzionamento a lui non imputabile - di incontrare difficoltà imprevedibili (Cons. Stato, Sez. V, 2.8.21, n. 5641);

- ne consegue che in caso come quello di specie, l'Amministrazione deve accollarsi il rischio dei malfunzionamenti e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui essa 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 si possano verificare;

- passando all’esame del secondo motivo, il Collegio rileva che l’art. 79, comma 5 bis, d.lgs. n. 50/2016, per quel che rileva, 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...”*;

- come appare evidente, la norma non impone una specifica attività alla stazione appaltante ma lascia alla sua discrezionalità – ovviamente contenibile nei limiti della razionalità – le operazioni da compiere in presenza di un malfunzionamento del sistema informatico;
- nel caso di specie rileva il canone generale di buona amministrazione, che richiede come il perseguimento dell'interesse pubblico - nella specie, alla selezione del miglior operatore economico interessato alla acquisizione del servizio - non operi in pregiudizio del legittimo affidamento dei concorrenti circa le modalità di accesso alla gara, e si muova in una logica di leale cooperazione con le parti, di cui all'art. 1, comma 2 bis, l. n. 241/1990;
- in tale prospettiva, appare coerente con i suddetti principi di economicità ed efficienza l'operato della stazione appaltante, che ha deciso di continuare la gara con l'apertura dell'unica offerta (fino ad allora pervenuta), ben potendo la successiva verifica sfociare nella constatazione di un'assenza di malfunzionamento e di imputabilità di quest'ultimo alla Eco Logica;
- una volta constatato che il malfunzionamento era presente e non era imputabile alla concorrente, corretta appare la conclusione di provvedere in autotutela, con riapertura dei termini per tutte le concorrenti;
- tale riapertura ha consentito anche alla ricorrente di riformulare la propria offerta in condizioni di parità – in effetti di molto differente dalla precedente – senza che emergano elementi da cui dedurre che Eco Logica si sia basata sul valore offerto da Del Prete nella prima occasione, attesa la differenza sostanziale che ne emersa a posteriori;
- alla luce di quanto dedotto, pertanto, il ricorso deve essere respinto;
- le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente a rifondere alle altre parti costituite le spese di lite, nella misura di euro 3.000,00 ciascuna, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del 5 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Valerio Torano, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Ivo Correale

IL PRESIDENTE

Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO