

Pubblicato il 24/06/2024

N. 02038/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00330/2024 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 Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 330 del 2024, proposto dalla società Fulmine Group s.r.l. -Società consortile di recapiti e servizi postali (oggi Fulmine Group s.p.a.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B00D4A0859, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniele Bracci e Giulia Cerrelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Azienda idrica comuni agrigentini (A.I.C.A.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonino Criscì, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

dello Studio Amica s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per l'annullamento:

- della mancata ammissione della società ricorrente alla gara europea a procedura aperta per l'appalto del *“servizio di stampa e recapito di posta ordinaria e di posta raccomandata con riferimento agli utenti del servizio idrico integrato dell'ambito territoriale idrico AG9 a copertura di 24 mesi di corrispondenza”*, bandita dalla resistente Azienda, a causa di un asserito *“vizio di sistema”* della piattaforma telematica di gara, e/o della omessa sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento della piattaforma e/o della omessa proroga del predetto termine ai sensi dell'art. 25, c. 2, d.lgs. n. 36/2023, nonché della mancata attivazione di apposito soccorso istruttorio in favore della ricorrente società;

- del mancato riscontro alla nota inviata dalla ricorrente società il 29 febbraio 2024, così come al successivo sollecito del 4 marzo 2024;

- ove occorra:

a. di tutti i verbali delle sedute, pubbliche e riservate, eventualmente tenutesi nell'ambito della procedura di affidamento per cui è causa;

b. dell'avviso, pubblicato sul portale di gara, con il quale è stato indicato il 12 marzo 2024 come data di apertura delle buste;

c. del bando di gara, del disciplinare di gara e di ogni altro atto di indizione della procedura di affidamento, nella parte in cui non consentissero di porre rimedio ai *“vizi di sistema”* della piattaforma telematica di gara;

d. delle disposizioni di funzionamento e, in ogni caso, della piattaforma, ove prevedono l'obbligatorio inserimento della procura al fine di perfezionare l'iter di trasmissione della domanda di partecipazione del concorrente;

e. delle *“Norme tecniche di funzionamento della piattaforma di e-procurement TuttoGare”*, con particolare ma non esclusivo riferimento al paragrafo di cui a pagina 27, recante *“Invio della Partecipazione”*, nella parte in cui ammette la materiale trasmissione della

domanda di partecipazione soltanto dopo il caricamento di tutti i documenti correlati a ciascuna voce presente nella Piattaforma telematica;

- di ogni altro atto, provvedimento o comportamento presupposto, connesso e consequenziale adottato dalla stazione appaltante, ivi compresa l'aggiudicazione della gara eventualmente adottata nelle more del giudizio, nella parte in cui risultino pregiudizievoli per la posizione della società ricorrente in relazione alla posizione giuridica soggettiva vantata rispetto alla predetta procedura di gara;

nonché per dichiarare

l'invalidità e comunque l'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato con l'operatore economico successivamente individuato quale aggiudicatario, con dichiarazione della ricorrente società di essere disponibile a subentrare nell'esecuzione dell'appalto *ex art. 122, c.p.a.*;

nonché per la condanna

della stazione appaltante a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'intimata Azienda idrica;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2024 il dott. Fabrizio Giallombardo e uditi per le parti l'avvocato Librizzi, in sostituzione degli avvocati Bracci e Cerrelli, e l'avvocato Crisci, come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la società ricorrente si è lamentata della sua mancata ammissione alla gara europea a procedura aperta per l'appalto del

servizio di stampa e recapito di posta ordinaria e di posta raccomandata con riferimento agli utenti del servizio idrico integrato nell'ambito territoriale idrico AG9, a copertura di n. 24 mesi di corrispondenza.

1.1. Parte ricorrente ha esposto in fatto quanto segue:

- che, il 26 gennaio 2024, l'intimata amministrazione ha indetto la gara *de qua*, con importo a base d'asta pari a euro 1.550.298,40, oltre IVA, da assegnarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- che il termine di presentazione delle offerte - da presentare tramite la piattaforma telematica "*Tuttogare*" - è stato fissato alle ore 23:59 del 29 febbraio 2024;
- che la società ricorrente ha iniziato le operazioni di caricamento alle ore 20:00 circa del 29 febbraio 2024;
- che, nonostante quest'ultima abbia caricato tutta la documentazione sulla suddetta piattaforma già alle ore 20:35, quest'ultima non ha reso tuttavia disponibile il pulsante "*invia*";
- che, con pec inviata il 29 febbraio 2024, alle ore 21:01, la ricorrente società ha segnalato alla stazione appaltante il malfunzionamento in questione, senza tuttavia ricevere riscontro e senza, conseguentemente, potere tempestivamente caricare la documentazione di gara;
- che, con pec del 4 marzo 2024, la ricorrente ha rappresentato all'intimata amministrazione le suddette difficoltà, chiedendo la riapertura dei termini per la presentazione dell'offerta, senza però ricevere riscontro.

1.2. Parte ricorrente ha quindi contestato la sua esclusione per violazione di legge (artt. 1, 2, 3, 25, c. 2, e 101, d.lgs. n. 36/2023), violazione del disciplinare di gara (artt. 1.1, 13, 14, 15, 15.1), violazione del principio di concorrenza e per manifesta irragionevolezza, in quanto:

a. il mancato - tempestivo - caricamento della domanda di partecipazione sarebbe dipeso da vizi della piattaforma di gara, in tesi dipendenti dalla mancata allegazione,

tra i documenti componenti la busta amministrativa, della procura atta a comprovare il potere di firma dell'eventuale procuratore;

b. siffatta procura costituirebbe, tuttavia, un documento meramente eventuale e facoltativo, come peraltro chiarito dallo stesso disciplinare di gara (artt. 15 e 15.1), atteso che la ricorrente ha prodotto documenti sottoscritti dal suo legale rappresentante (il quale, conseguentemente, non avrebbe abbisognato di alcuna procura);

c. dunque, l'intimata amministrazione avrebbe dovuto assegnare alla ricorrente, *ex art. 25, c. 2, d.lgs. n. 36/2023* (ma anche *ex art. 1.1. del disciplinare di gara*), la riapertura dei termini per presentare la propria offerta;

d. infatti, il malfunzionamento del sistema non sarebbe imputabile a negligenza di parte ricorrente;

e. in ogni caso, la piattaforma di gara non potrebbe impedire al concorrente di presentare la relativa documentazione, spettando piuttosto alla stazione appaltante l'onere di decidere se la suddetta documentazione sia o meno incompleta.

2. Con decreto cautelare n. 117 dell'8 marzo 2024, la Presidente della Sezione ha respinto l'istanza *ex art. 56, c.p.a.*, di parte ricorrente.

3. Si è costituita l'amministrazione resistente che, con successiva memoria, ha chiesto di rigettare il ricorso.

4. Con ordinanza n. 1055 del 22 marzo 2024, la Sezione ha disposto all'ente gestore del portale di fornire documentati chiarimenti in ordine a un possibile malfunzionamento del portale "*Tuttogare*" nel periodo di caricamento dell'offerta di parte ricorrente, nonché sull'eventuale natura bloccante, ai fini dell'invio dell'offerta per la gara in questione, della mancata produzione della suddetta procura. Ha quindi rinviato la trattazione dell'istanza cautelare collegiale di parte ricorrente all'udienza camerale del 22 aprile 2024.

5. Con memoria del 19 aprile 2024 parte ricorrente ha dato atto del mancato deposito dei richiesti chiarimenti, insistendo per l'accoglimento del ricorso e contestando le difese della resistente amministrazione.

6. Con la successiva ordinanza n. 1346 del 22 aprile 2024, la Sezione ha reiterato l'ordine istruttorio di cui all'ordinanza n. 1055/2024 e ha fissato l'udienza pubblica di discussione al 20 giugno 2024.

7. Il 28 maggio 2024 la resistente amministrazione ha prodotto la nota del 26 aprile 2024, n. 2024/u/0817, dell'ente gestore della piattaforma, con la quale è stato rappresentato che:

a. non vi sarebbero stati malfunzionamenti della piattaforma;

b. il mancato invio della documentazione sarebbe dipeso dal fatto che la ricorrente società non avrebbe caricato tutta la documentazione richiesta come obbligatoria;

c. in particolare, quest'ultima non avrebbe caricato il documento "*eventuale procura*", richiesto come "*obbligatorio con firma digitale*";

d. il sistema consente infatti, in fase di configurazione delle buste, la richiesta di documentazione come obbligatoria;

e. nel caso in esame, la *stazione appaltante* ha selezionato "*sì con firma digitale*", rendendo dunque obbligatorio il caricamento del documento denominato "*eventuale procura*".

8. Con memoria del 4 giugno 2024, parte ricorrente, tenuto conto di quanto affermato dall'ente gestore della piattaforma, ha insistito per l'accoglimento del ricorso.

9. All'udienza pubblica del 20 giugno 2024, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato e va accolto, sulla scorta delle seguenti considerazioni.

2. La Sezione, con motivazioni condivise dal Collegio, ha di recente chiarito che:

a. alla luce del disposto dell'art. 25, c. 2, d.lgs. n. 36/2023, non è revocabile in dubbio che se l'operatore economico - il quale si avvale dei mezzi di comunicazione

elettronica messi a disposizione dalla stazione appaltante - non riesce a tramettere la propria offerta entro il termine prestabilito a causa di un malfunzionamento informatico imputabile alla stazione appaltante, lo stesso ha diritto ad essere rimesso in termini per la presentazione dell'offerta;

b. "le conseguenze degli esiti anormali del sistema non possono andare a detrimento dei partecipanti, stante la natura meramente strumentale del mezzo informatico", con conseguente attribuzione alla stazione appaltante del rischio della "causa ignota" del malfunzionamento informatico;

c. resta fermo che alcuna rimessione in termini può essere invece riconosciuta in caso di comprovata negligenza del singolo operatore economico, in ossequio al principio di autoresponsabilità;

d. "in sintesi il meccanismo di sospensione e proroga del termine di presentazione telematica dell'offerta, già previsto dall'articolo 79, comma 5-bis, D.lgs. n. 50 del 2016 ed ora dall'art. 25, comma 2, terzo periodo, del D.lgs. 31.03.2023 n. 36 opera soltanto se (e nella misura in cui) ricorra almeno una delle due seguenti situazioni: a) malfunzionamento della piattaforma digitale imputabile alla stazione appaltante; b) incertezza assoluta circa la causa del tardivo invio dell'offerta (e cioè se per un malfunzionamento del sistema oppure per negligenza dell'operatore economico). Viceversa, il ridetto meccanismo di sospensione e proroga non può mai operare in caso di comprovata negligenza dell'operatore economico, il quale - benché reso edotto ex ante (grazie a regole chiare e precise contenute nella lex specialis) delle modalità tecniche di presentazione telematica dell'offerta e dell'opportunità di attivarsi con congruo anticipo - non si è invece attivato per tempo" (TAR Sicilia, sez. II, 1 febbraio 2024, n. 383).

3. Nel caso di specie, va a monte escluso alcun contegno non diligente della ricorrente, come invece (infondatamente) sostenuto dalla stazione appaltante.

Quest'ultima ha affermato che la ricorrente avrebbe dovuto:

a. o avviare in anticipo le operazioni di caricamento, coerentemente con l'invito di cui all'art. 13 del disciplinare di gara;

b. o chiedere chiarimenti e, se del caso, aggirare il problema del mancato caricamento della procura tramite l'inserimento di un file vuoto, analogamente a quanto indicato dalla stazione appaltante con riguardo a un altro documento previsto come obbligatorio dalla procedura informatica ma non più producibile (vale a dire, il PASSOE).

3.1. Si tratta di tesi prive di fondamento.

3.1.1. Anzitutto, l'art. 13 del disciplinare di gara contiene un *mero invito* ai concorrenti ad avviare le operazioni di inserimento in piattaforma di tutta la documentazione richiesta con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte. Lo stesso, dunque, non ha onerato i potenziali offerenti di iniziare il caricamento entro un termine iniziale.

In secondo luogo, come efficacemente affermato dalla ricorrente, è stata la stessa stazione appaltante a prevedere quale termine ultimo di presentazione delle offerte le 23:59 del 29 febbraio 2024 (cfr. punto 5.1.12 del bando di gara), in modo del tutto scoordinato con gli orari di funzionamento dell'*help desk*.

L'art. 13.1 del menzionato disciplinare prevede, infatti, che per emergenze o altre informazioni relative al funzionamento del sistema, non diversamente acquisibili, è possibile contattare telefonicamente o via email il predetto *help desk*, i cui orari di funzionamento sono però limitati alla fascia oraria 9:00-18:00 dei giorni da lunedì a venerdì (cfr. le premesse del disciplinare).

Tanto che la stessa ricorrente, avvedutasi delle difficoltà di invio della domanda (ore 20:35 circa del 29 febbraio 2024, come risulta dallo *screenshot* prodotto agli atti di causa come all. 3 del ricorso), e non potendo evidentemente contattare per le vie brevi l'*help desk*, ha inviato una comunicazione via pec alla stazione appaltante, rappresentando la peculiare situazione venutasi a creare (la pec è stata inviata alle ore 21:01 del 29 febbraio 2024, come risulta dall'all. 4 al ricorso).

Ancora, come si evince dallo *screenshot* appena menzionato, la ricorrente ha prodotto l'intera documentazione con un anticipo di oltre tre ore rispetto al termine ultimo di presentazione delle offerte. Dunque, senza tenere un contegno di per sé rimproverabile a titolo di negligenza.

Ove, infatti, la ricorrente avesse potuto fruire di un tempestivo supporto tecnico, essa verosimilmente ben avrebbe potuto superare il problema verificatosi in fase di caricamento, unicamente dipendente, come si vedrà, dall'errata architettura del sistema informatico, a sua volta imputabile alla stazione appaltante.

3.1.2. Parimenti non condivisibile è il riferimento della resistente amministrazione alla possibilità, per la ricorrente, di chiedere chiarimenti o comunque, di caricare un documento vuoto in luogo dell'eventuale procura, come consigliato dalla stazione appaltante in sede di chiarimenti sul PASSOE.

Anzitutto, l'onere di tempestiva richiesta di chiarimenti potrebbe - forse - postularsi laddove vi fosse un termine minimo per l'inizio delle operazioni di caricamento della domanda (e ferme restando tutte le perplessità del caso, posto che nulla esclude che un dubbio possa manifestarsi anche all'ultimo momento utile per il caricamento della documentazione).

Né può ritenersi conforme all'onere di ordinaria diligenza quello di caricare, in luogo della procura, un documento vuoto.

Così facendo, infatti, l'operatore economico sarebbe onerato di un adempimento del tutto estraneo a quello che normalmente si può attendere come dovuto (vale a dire, il produrre tempestivamente tutti i documenti necessari alla partecipazione alla gara) e sarebbe, peraltro, passibile (paradossalmente) di provvedimenti *latu sensu* sanzionatori della stazione appaltante che non dovesse condividere un simile contegno.

Semmai, come affermato da parte ricorrente con l'ultima memoria, proprio la previsione nel sistema informatico del caricamento obbligatorio di un documento

non più producibile, qual è il PASSOE, è indice di un'errata architettura della piattaforma di gara, che ha reso inutilmente complessa la partecipazione dei potenziali candidati.

4. Ciò posto, resta il fatto che – come comprovato da quanto dichiarato dall'ente gestore della piattaforma – la ricorrente non ha potuto prendere parte alla procedura perché non ha caricato un documento meramente eventuale (la più volte menzionata procura), indicato tuttavia come obbligatorio dalla stazione appaltante all'atto di definire la procedura di gara in sede di piattaforma informatica.

Siffatto documento, in effetti, è indicato come “*eventuale*” dall'art. 15 del disciplinare di gara.

Più nel dettaglio, l'art. 15.1 del disciplinare medesimo dispone che “*La domanda e le relative dichiarazioni sono firmate dal legale rappresentante del concorrente o da un suo procuratore munito della relativa procura. In tal caso, il concorrente allega alla domanda copia conforme all'originale della procura. Non è necessario allegare la procura se dalla visura camerale del concorrente risulta l'indicazione espressa dei poteri rappresentativi conferiti al procuratore*”.

Dunque, è evidente che – nel caso di specie – l'impossibilità per la ricorrente di presentare tempestivamente la propria domanda di partecipazione sia dipesa dall'errata individuazione della procura quale documento obbligatorio in sede di piattaforma di gara; laddove il medesimo documento, per espressa previsione della *lex specialis* (nonché per basilari considerazioni di ordine logico, posto che è ben possibile che il potenziale offerente scelga di non avvalersi di alcun rappresentante), è meramente eventuale.

Con la conseguenza che, in applicazione dell'art. 25, c. 2, d.lgs. n. 36/2023 (ma anche dell'art. 1 del disciplinare di gara), la stazione appaltante avrebbe dovuto dare seguito all'istanza di proroga dei termini della società ricorrente del 29 febbraio 2024 (reiterata il 4 marzo 2024), in modo da consentirle di presentare la propria offerta.

Ciò non è avvenuto e, dunque, non può che considerarsi illegittima l'esclusione della ricorrente dalla possibilità stessa di prendere parte alla procedura di gara per cui è causa.

5. Quanto alla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, posto che, come dichiarato dalla stessa ricorrente società con la memoria da ultimo depositata (*“sebbene giorno 12.03.24 siano state aperte le buste amministrative degli operatori partecipanti alla gara de qua (cfr. doc. 2 deposito di controparte), successivamente a tale data, in considerazione presumibilmente della pendenza del presente giudizio, la Stazione Appaltante non ha proceduto a svolgere ulteriori operazioni di gara”*), nessuna aggiudicazione è intervenuta (e men che meno la stipula dell'eventuale contratto da dichiarare inefficace), il Collegio non può che dichiarare il non luogo a provvedere, con conseguente assorbimento della subordinata domanda di risarcimento per equivalente.

6. Stante quanto precede, il ricorso è fondato e va accolto; per l'effetto, vanno annullati gli atti impugnati nella parte di interesse della ricorrente società.

Non è luogo a provvedere sulla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto.

Le spese seguono la soccombenza tra le parti costituite e sono liquidate come da dispositivo.

Sono irripetibili le spese di lite nei confronti della parte privata, in quanto non costituita e comunque estranea alle ragioni che hanno determinato l'accoglimento del ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e annulla, per l'effetto, gli atti impugnati nella parte di interesse della ricorrente società.

Non è luogo a provvedere sulla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto.

Condanna la resistente amministrazione alla rifusione delle spese di lite, che liquida in favore di parte ricorrente in euro 3.500,00 (euro tremilacinquecento/00), oltre spese generali e accessori di legge, se ed in quanto dovuti.

Dichiara irripetibili le spese di lite nei confronti della parte privata non costituita.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Federica Cabrini, Presidente

Antonino Scianna, Primo Referendario

Fabrizio Giallombardo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Fabrizio Giallombardo

IL PRESIDENTE
Federica Cabrini

IL SEGRETARIO