



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 376 del 2020, proposto da Centrale S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Dal Molin, Annibale Valsecchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Fano, rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Romoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

1. del provvedimento del 7 agosto 2020 prot. 51994, notificato in pari data, a firma del Responsabile P.O. Ufficio Appalti e Contratti / CUC del Comune di Fano di mancato accoglimento dell'istanza della società ricorrente del 29 luglio 2020 di ammissione all'appalto del servizio di brokeraggio assicurativo bandito dal Comune nonché di ogni atto preordinato, conseguente e/o comunque connesso ed in particolare:
2. di tutti i verbali delle sedute pubbliche o riservate che si fossero tenute medio

tempore, nella parte in cui diano atto, anche in maniera implicita, della mancata ammissione della ricorrente alla gara;
nonché dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione della gara, di estremi e data non conosciuti;
e per l'accertamento
del diritto della ricorrente a partecipare alla gara,
nonché per la condanna
del Comune di Fano, in caso di aggiudicazione dell'appalto e di stipula del contratto, al risarcimento del danno patito dalla ricorrente, in forma specifica tramite subentro nel contratto o, in subordine, per equivalente

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Fano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2020 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determina a contrarre n. 1147 del 26 giugno 2020 il Comune di Fano ha indetto una procedura negoziata per l'appalto del servizio di brokeraggio assicurativo per il periodo di otto anni con decorrenza presumibilmente dal 16 settembre 2020 al 15 settembre 2028. per un importo complessivo ex articolo 35, comma 4, D. Lgs. 50/2016, di euro 212.872,06.

Con successiva determinazione comunale n. 1241 del 9 luglio 2020 veniva avviata la procedura di gara per l'affidamento del servizio in esame da aggiudicarsi secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nonché approvata la lettera di invito e la modulistica di gara.

L'art. 13 della lettera di invito indica quale termine di presentazione delle offerte le ore 12.00 del giorno 29 luglio 2020, e chiarisce le modalità per la presentazione e la sottoscrizione della documentazione di gara, che si svolge in modalità telematica.

Esponde la ricorrente che, il giorno 29 luglio 2020, dopo aver regolarmente caricato le prime due buste, ossia quella amministrativa (A e quella tecnica (B) (caricamento avvenuto mediante inserimento del documento sulla piattaforma e successivo upload previo inserimento di due password) con esito e risposta positiva da parte della piattaforma, avrebbe iniziato il caricamento della terza ed ultima busta (C: "offerta economica") con la stessa procedura utilizzata per le due precedenti. Afferma che vi sarebbero stati, in quel momento, degli errori del sistema, relativi in particolare all'inserimento della password che avrebbero portato al completamento del caricamento della busta C, oltre le 12.00 con conseguente restituzione, da parte del sistema, di un messaggio del seguente tenore: "ore 12.00 SESSIONE TERMINATA".

In data 31 luglio 2020 la ricorrente esponeva alla Stazione Appaltante il problema tecnico riscontrato e chiedeva l'ammissione alla gara.

Con l'impugnato provvedimento del 7 agosto 2020 prot. 51994, il Comune di Fano, richiamata l'attestazione resa dal gestore della piattaforma informatica in data 5 agosto 2020 in cui si dava atto che l'upload della busta l'offerta economica era intervenuto "alle ore 12:00:05 a gara scaduta", comunicava all'odierna ricorrente che "la Vs richiesta di ammissione non può essere accolta in quanto dalla tempistica sopra descritta risulta che non è stato possibile completare con successo l'operazione di caricamento dell'offerta economica per scadenza dei termini di gara e non per malfunzionamenti della piattaforma".

Il provvedimento è contestato con un unico e articolato motivo ove si deduce la violazione e degli artt. 4, 60, 79, comma 5-bis e 83 del d. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dell'art. 97 della Costituzione, dei principi di *favor participationis* e di leale collaborazione tra privato e pubblica amministrazione eccesso di potere per omissione/carenza di istruttoria, travisamento dei fatti.

Ad avviso di parte ricorrente la stazione appaltante non avrebbe preso in considerazione il funzionamento irregolare della piattaforma telematica, prontamente segnalato dalla Centrale SpA., limitandosi a riportare l'attestazione del gestore della piattaforma, in contrasto con i principi di massima partecipazione e di leale collaborazione tra privato e pubblica amministrazione, nonché con la prevalente giurisprudenza in materia.

Si è costituito il comune di Fano, resistendo al ricorso

Con ordinanza n. 528 del 2020 questo Tribunale ha richiesto al comune di Fano elementi istruttori relativi al log del 29 luglio 2020 della piattaforma telematica, eseguiti in data 25 settembre 2020.

Alla camera di consiglio del 21 ottobre 2020, sussistendone i presupposti, il ricorso è stato trattenuto per la decisione in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

1 Preliminarmente, il Collegio osserva che nell'odierna camera di consiglio è stato dato avviso ex art. 60 CPA, della possibile definizione del ricorso nel merito con sentenza breve. Le parti hanno mandato l'istanza cautelare in decisione sugli scritti e l'avviso ex art. 60 c.p.a. è stato dato a verbale. In ogni caso si ricorda che non costituisce causa ostativa all'adozione di una sentenza in forma semplificata, nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare, la mancata presenza dei difensori (si veda Tar Puglia Bari 22 maggio 2013 n. 891 e la giurisprudenza ivi citata).

2 Nel merito il ricorso è fondato, per le considerazioni che seguono.

2.1 Il Collegio condivide, in via generale, i principi giurisprudenziali posti alla base delle argomentazioni di parte ricorrente. Sul punto è stata correttamente riportata la giurisprudenza per cui, nella gare telematiche se rimane impossibile stabilire con certezza 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" (Cons. Stato, III, 29 luglio 2020, n. 4811; 7 gennaio 2020 n. 86).

2.2 Ad avviso del Collegio tali principi non si possono però trasformare in un ribaltamento sproporzionato dell'onere della prova a carico dell'amministrazione, e quindi nella fondatezza, in assenza di piena prova contraria, di qualsiasi allegazione di malfunzionamento della piattaforma telematica (si veda, ad esempio Cons. Stato V 19 maggio 2018 n. 1745).

2.3 Nel caso di esame non è stata fornita una prova inequivocabile del malfunzionamento del sistema telematico. Infatti, parte ricorrente ha dichiarato di avere inserito invano diverse volte la password corretta per il caricamento dell'offerta economica ma non ha allegato al ricorso alcuna schermata della sessione (anche se può essere comprensibile la difficoltà di acquisire la prova nel momento in cui si inserisce un'offerta in una piattaforma telematica, a ridosso della scadenza). Allo stesso modo, va ritenuto che la relazione depositata dal gestore sistema a seguito dell'istruttoria effettuata dal Tar non sia sufficiente a provare l'assenza di malfunzionamenti della piattaforma telematica, con particolare riguardo alle attività di parte ricorrente dalle 11.52.40 alle 12.00.5, quando è terminato, fuori termine di 5 secondi, il caricamento dell'offerta economica

2.4 Come nota il Comune di Fano, la lettera di invito, corrispondente a un principio di normale prudenza, richiedeva che le offerte venissero presentate con congruo anticipo rispetto alla scadenza. Non si tratta però di una disposizione di portata precettiva. Ne consegue che la questione deve essere risolta sulla base dei principi sopra riportati.

3 Fatte queste premesse, al Collegio appare non inverosimile la presenza di un malfunzionamento o di un rallentamento del sistema. Ciò in considerazione del fatto, confermato dal log depositato dal gestore del sistema, che la ditta ricorrente è riuscita a caricare entro il termine previsto tutte le altre componenti dell'offerta, riscontrandosi solo un ritardo di 5 secondi per l'offerta economica a fronte dell'apertura della relativa pagine di selezione 1,17 minuti prima della scadenza (ore 12.00) .La ricorrente ha sostenuto tempestivamente il malfunzionamento della piattaforma, presentando una richiesta di rimessione in termini il 31 luglio 2020. La

Stazione Appaltante, nel provvedimento di esclusione dà conto delle argomentazioni della ricorrente solo in modo generico, limitandosi a riportare la dichiarazione del gestore del sistema sull'assenza di disservizi e la scansione temporale risultante dal log di sistema, determinandosi di conseguenza nell'esclusione della ditta ricorrente per il ritardo nella presentazione dell'offerta economica.

3.1 Alla luce delle deduzioni di parte ricorrente, il Collegio ritiene che, in base ai principi giurisprudenziali già ricordati, non possa essere esclusa la presenza di un malfunzionamento del sistema informatico, nel momento tra l'apertura della pagina di selezione dell'offerta economica e il suo caricamento. Ciò in considerazione della dinamica della presentazione dell'offerta risultante dal log depositato in giudizio, che ha visto, come già accennato, la tempestiva presentazione di delle prime due buste e un ritardo nella presentazione dell'offerta economica di soli 5 secondi, a fronte dell'apertura della relativa pagina di selezione più di un minuto prima. L'unico motivo di ricorso deve quindi essere accolto, conformemente al principio di massima partecipazione delle gare pubbliche che, relativamente alle gare telematiche, si identifica anche con la capacità di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che possano verificarsi nella piattaforma ove si svolge la gara, in particolare attraverso lo strumento procedimentale del soccorso istruttorio, chiesto esplicitamente dalla ricorrente nella propria istanza del 29 luglio 2020 (si veda Tar Puglia Lecce 8 novembre 2019 n. 1727 e la giurisprudenza ivi citata).

4 Per quanto sopra, in accoglimento del ricorso in epigrafe, il provvedimento di esclusione della ricorrente deve essere annullato, mentre non si può dare luogo all'accertamento del suo diritto a partecipare alla gara, che sarà oggetto di valutazione da parte della Stazione Appaltante.

4.1 Le spese di giudizio, in considerazione della particolarità della fattispecie, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto annulla l'impugnato provvedimento di esclusione della ricorrente.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Tommaso Capitano, Consigliere

Giovanni Ruiu, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Ruiu

IL PRESIDENTE
Sergio Conti

IL SEGRETARIO