

Pubblicato il 09/02/2021

N. 00183/2021 REG.PROV.COLL.

N. 01336/2020 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 Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1336 del 2020, proposto da Euroristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Ferasin, Martina Danese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Giustizia, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria ex lege in Venezia, piazza S. Marco, 63;

Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria per il Triveneto non costituiti in giudizio;

nei confronti

Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuza, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Emanuela Rizzi in Venezia, Dorsoduro 2420;

per l'annullamento

- della procedura di gara dematerializzata indetta dal Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria per il Triveneto, Lotto n. 1, CIG 821681061D, avente per oggetto l'appalto del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale nelle mense obbligatorie di servizio per il personale della polizia penitenziaria nelle sedi degli Istituti Penitenziari, della Scuola Superiore dell'Esecuzione Penale, delle Scuole di Formazione e degli Istituti di Istruzione nell'ambito del Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria per il Veneto, Friuli Venezia-Giulia e Trentino Alto-Adige, e quindi del Bando di gara, del Disciplinare;

del Capitolato Tecnico e dei relativi allegati e appendici, nonché, in generale, di tutta la documentazione di gara;

- dei verbali di gara (non conosciuti);

- del provvedimento del 4.08.2020 del RUP di ammissione delle concorrenti alle successive fasi di gara (non conosciuto);

- del provvedimento di aggiudicazione della gara con riferimento al Lotto n. 1 a Dussmann Service S.r.l. (doc. 3);

- del provvedimento prot. 18905 del Provveditore Regionale Reggente comunicato mediante avviso in data 10.07.2020 sul sito web del Ministero della Giustizia, di modifica delle decorrenze e del periodo contrattuale (cfr scheda di sintesi estratta dal sito web del Ministero della Giustizia);

- del Comunicato del 26.05.2020 di riattivazione della procedura di gara e del conseguente avviso del 28.05.2020, risultanti dal sito web del Ministero della Giustizia (cfr scheda di sintesi estratta dal sito web del Ministero della Giustizia);

- di ogni altro atto ai precedenti connesso per presupposizione e/o consequenzialità, ivi compresa la proposta di aggiudicazione del 29.09.2020 (non conosciuta) e i verbali relativi allo svolgimento del procedimento di verifica di congruità dell'offerta (non conosciuti)
nonché per
la caducazione e/o annullamento e/o declaratoria di nullità e/o di inefficacia del contratto d'appalto (non conosciuto) eventualmente già stipulato tra la Stazione appaltante e l'Aggiudicataria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Giustizia e di Dussmann Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2021 la dottoressa Mariagiovanna Amorizzo e trattenuta la causa in decisione, ai sensi dell'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, come specificato nel verbale;

FATTO

La società ricorrente ha partecipato al lotto 1 della gara aperta dematerializzata in ambito europeo per l'affidamento dell'appalto del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale nelle mense obbligatorie di servizio per il personale della polizia penitenziaria nelle sedi degli Istituti Penitenziari, della Scuola Superiore dell'Esecuzione Penale, delle Scuole di Formazione e degli Istituti di Istruzione nell'ambito del Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria per il Veneto, Friuli Venezia-Giulia e Trentino Alto-Adige, indetta dal Ministero della Giustizia.

La società deduce di essersi registrata sul sito ed aver interloquuto attraverso la piattaforma informatica MEPA con la stazione appaltante prima che fossero pubblicati i termini di scadenza per la presentazione delle offerte.

Nel marzo 2020 la gara veniva sospesa a causa dell'emergenza epidemiologica in atto. Della sospensione veniva dato avviso in data 16 marzo 2020 tramite MEPA. Nell'avviso veniva anche specificato che la riattivazione della gara sarebbe stata comunicata con le stesse modalità.

La gara è stata riavviata e la procedura conclusa con l'aggiudicazione all'odierna controinteressata senza che ne fosse stato dato avviso sul sistema informatico, dal quale, peraltro, la procedura risulta "revocata".

Deduce la ricorrente di aver appreso dell'avvenuta riattivazione della procedura e della sua conclusione con l'aggiudicazione della gara alla società Dussmann Service solo in data 9 dicembre 2020, avendo ricevuto dalla controinteressata la richiesta di subentro nella gestione del servizio per la sede ove attualmente opera la ricorrente. Si avvedeva, allora, che le comunicazioni di riavvio della procedura e dei successivi atti erano state eseguite esclusivamente sul sito istituzionale del Ministero della Giustizia.

In particolare, risulta pubblicato in data 28 maggio 2020, l'avviso di riattivazione della procedura a partire dal 3 giugno 2020 e la comunicazione di modifica dei termini per la richiesta di informazioni e per la presentazione delle offerte, rispettivamente fissati al 22 giugno ed al 30 giugno 2020.

Risultano pubblicati, inoltre, il provvedimento di modifica della decorrenza contrattuale e l'aggiudicazione.

Ricorre la società Euroristorazione s.r.l., lamentando la violazione degli articoli 40, 44, 52, 58 e 76 D.Lgs. 50/2016; Violazione e falsa applicazione dell'art. 5 bis D.Lgs. 82/2005. Violazione e falsa applicazione del Disciplinare di gara, in particolare degli artt. 1, 1.2, 1.3, 1.4, 2.1, 2.3, 13. Eccesso di potere per sviamento

dello stesso. Eccesso di potere per difetto dei presupposti, difetto di istruttoria, manifesta irragionevolezza e manifesta ingiustizia. Violazione dei principi del favor participationis, della par condicio, della tutela dell'affidamento, della buona fede, correttezza, cooperazione e proporzionalità.

Afferma la ricorrente che nelle procedure telematiche l'iscrizione al sistema comporta che tale mezzo costituisca il sistema esclusivo con il quale devono essere effettuate le comunicazioni e gli scambi di informazioni. Inoltre, la stazione appaltante nel disciplinare si era autovincolata ad utilizzarlo in via esclusiva. La omessa pubblicazione dell'avviso di riattivazione della gara e dei successivi atti sul sistema, avendo impedito alla ricorrente la conoscenza della riattivazione della gara sospesa ha violato le disposizioni del codice dei contratti pubblici, il disciplinare e lesa l'affidamento ingenerato, nonché gli obblighi di buona fede, impedendo alla ricorrente la partecipazione alla gara, che, per tale ragione, deve essere annullata.

In seno al ricorso è stata formulata, in via incidentale, domanda cautelare.

Si sono costituiti il Ministero della Giustizia e la società controinteressata contestando le avverse deduzioni. Il Ministero ha eccepito, nelle proprie difese, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, non avendo la ricorrente presentato alcuna offerta. Ha, altresì, eccepito la irricevibilità del ricorso, essendo stato proposto in data 21 dicembre 2020, mentre l'aggiudicazione è stata pubblicata sulla G.U.C.E. e sulla G.U.R.I. in data 19 ottobre 2020.

Le parti resistenti hanno anche contestato la sussistenza del periculum ai fini della delibazione della domanda cautelare alla luce dell'intervenuta stipula del contratto.

La ricorrente, in vista dell'udienza camerale fissata per il 14 gennaio 2021, ha rinunciato alla domanda cautelare.

All'udienza del 14 gennaio 2021, è stato dato l'avviso alle parti della possibile definizione della causa con sentenza in forma semplificata.

DIRITTO

1. Devono essere respinte le eccezioni preliminari di irricevibilità ed inammissibilità del ricorso formulate dall'amministrazione resistente.

2. Ai sensi dell'articolo 41 c.p.a., il termine per la proposizione del ricorso decorre dalla notificazione comunicazione, dalla piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione, se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge.

La ricorrente non ha partecipato alla gara e, pertanto, non rientra nel novero dei soggetti ai quali l'aggiudicazione dovesse essere comunicata ai sensi dell'articolo 76 D.Lgs. 50/2016.

La pubblicazione dell'esito della gara sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, o sulla pagina del servizio contratti pubblici del sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, non sono adempimenti idonei a determinare l'effetto di conoscenza legale dell'aggiudicazione che, invece, l'art. 29 D.lgs. 50/2016 assegna alla pubblicazione dell'atto sul profilo del committente. Gli adempimenti pubblicitari sopra indicati – salvo che per i bandi ed avvisi di gara – hanno, infatti, per costante giurisprudenza, soltanto funzione informativa. L'aggiudicazione è stata pubblicata sul profilo del committente solo in data 15 dicembre 2020, successiva a quella del 9 dicembre 2020 in cui la ricorrente ha dichiarato di aver avuto conoscenza dell'atto lesivo.

Non essendo stata data prova – che incombe in capo alla parte che eccepisce la tardività – della effettiva conoscenza del provvedimento in data anteriore, l'eccezione di tardività del ricorso non può essere accolta.

3. Neppure fondata è l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse al ricorso. La ricorrente, infatti, pur non avendo presentato un'offerta, ha partecipato alla gara, registrandosi sul portale dedicato alla procedura telematica. Non può richiedersi, nel caso di specie, quale condizione per la prova della titolarità di una

posizione qualificata e differenziata, anche la presentazione dell'offerta, poiché la lesione lamentata dalla ricorrente è riferita proprio all'interesse a presentare l'offerta, pregiudicato dal comportamento della stazione appaltante, che, violando le modalità informative alle quali si era autovincolata, avrebbe impedito la tempestiva conoscenza del riavvio delle operazioni di gara.

4. Nel merito il ricorso non è fondato.

La ricorrente muove dal presupposto che la scelta da parte della stazione appaltante di espletare la gara con modalità telematica comporti l'assoggettamento della stessa in via integrale alle modalità di comunicazione previste dal manuale di utilizzo del sistema, con la conseguenza che resterebbe privo di rilevanza l'espletamento delle ulteriori forme di pubblicità previste in via generale dal codice dei contratti.

Quest'ordine di idee non può essere condiviso.

Gli obblighi di pubblicità e le modalità di comunicazione previsti dagli articoli 29, 72, 76 e 79, comma 5-bis, D.Lgs. 50/2016, infatti, non vengono meno per il solo fatto che la stazione appaltante abbia scelto la modalità telematica di espletamento della gara, essendo essi funzionali ad assicurare il rispetto del principio di trasparenza, a garantire la conoscibilità degli atti di gara, nonché la speditezza e celerità nell'espletamento procedure.

Nella fattispecie viene in rilievo, in particolare, l'art. 29 D.Lgs. 50/2016, che sancisce l'obbligo per la stazione appaltante di pubblicare tutti gli atti inerenti alle procedure di affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture e lavori sul profilo del committente.

Valorizzando il suddetto obbligo, nonché la universalità e gratuità dell'accesso al sito, l'Adunanza Plenaria (sentenza n. 12/2020) ha, recentemente, affermato che tale pubblicazione costituisce strumento di conoscenza legale degli atti di gara, idoneo (sia pure a condizione della disponibilità integrale degli atti) a far decorrere

il termine di impugnazione, in tal modo riconoscendo in capo all'operatore economico interessato alla gara d'appalto un onere di consultazione del suddetto sito.

In assenza di indici normativi di segno contrario, all'obbligo di cui all'articolo 29, comma 1, - ed al correlativo onere di consultazione del profilo del committente da parte dei concorrenti – va riconosciuta portata generale e deve, pertanto, ritenersi applicabile anche alle gare telematiche, come peraltro, dimostra l'articolo 79, comma 5-bis, D.Lgs. 50/2016 che prevede, in caso di malfunzionamento del sistema telematico attraverso il quale si svolge la gara, che la proroga dei termini per la presentazione delle offerte sia pubblicata sul profilo del committente (“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. Nei casi di 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. La pubblicità di tale proroga avviene attraverso la tempestiva pubblicazione di apposito avviso presso l'indirizzo Internet dove sono accessibili i documenti di gara, ai sensi dell'articolo 74, comma 1, nonché attraverso ogni altro strumento che la stazione appaltante ritenga opportuno. In ogni caso, la stazione

appaltante, qualora si verificano malfunzionamenti, ne dà comunicazione all'AGID ai fini dell'applicazione dell'articolo 32-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante codice dell'amministrazione digitale.”).

Deve concludersi, pertanto, che la pubblicazione degli atti sul profilo del committente costituisce un adempimento di portata generale, non derogato dalla disciplina delle gare telematiche, e che, in linea di principio, esso rappresenti uno strumento idoneo a provocare la conoscibilità degli atti di gara su di esso pubblicati.

Tale funzione non è sconosciuta neppure dal bando di gara in esame, il quale, infatti, lungi dall'attribuire all'utilizzo del sistema telematico rilievo esclusivo ai fini delle comunicazioni, ha previsto che la pubblicazione degli atti di gara avvenisse sul profilo del committente. Ha, poi, disposto che le comunicazioni successive sarebbero avvenute “prioritariamente” - e non esclusivamente - attraverso il sistema (par. 2.1: “Successivamente alla pubblicazione della documentazione di gara sul sito istituzionale e sul Sistema telematico, le comunicazioni e gli scambi di informazioni, comprese le risposte ai chiarimenti richiesti, avverranno, prioritariamente, attraverso il Sistema.”).

Alla luce di quanto si è detto, e di quanto prevede l'articolo 79, comma 5-bis, D.Lgs. 50/2016, anche il successivo paragrafo 2.3 del disciplinare, nella parte in cui prevede che “Nel caso di indisponibilità del sistema, (...) la Stazione appaltante invierà le comunicazioni inerenti alla presente procedura per mezzo di posta elettronica certificata o posta elettronica ordinaria” non può intendersi nel senso che l'utilizzo della posta elettronica avrebbe escluso la pubblicazione degli atti sul profilo del committente.

La clausola, piuttosto, introduce una modalità di comunicazione integrativa rispetto a quella ordinaria attraverso cui gli atti di gara sono resi pubblici, in linea di continuità con quanto previsto dall'art. 79, comma 5-bis, D.Lgs. 50/2016, che

prevede, in aggiunta alla pubblicazione sul profilo del committente, la facoltà della stazione appaltante di comunicare la proroga del termine di presentazione delle offerte che sia stata impedita da un malfunzionamento del sistema telematico, con ogni altro strumento opportuno (“La pubblicità di tale proroga avviene attraverso la tempestiva pubblicazione di apposito avviso presso l'indirizzo Internet dove sono accessibili i documenti di gara, ai sensi dell'articolo 74, comma 1, nonché attraverso ogni altro strumento che la stazione appaltante ritenga opportuno”).

Come ha affermato la giurisprudenza richiamata dalla ricorrente, tuttavia, l'attivazione di strumenti ulteriori rispetto alla pubblicazione sul sito del committente per rendere conoscibili i nuovi termini per la presentazione delle offerte, così come di ogni altro adempimento rilevante, è discrezionale, (benchè resti suscettibile di censura laddove la modalità prescelta non si presenti idonea a consentire la tempestiva conoscibilità dei nuovi adempimenti o termini, cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 29 luglio 2020, n. 4811).

Non può, quindi, ritenersi che il solo mancato utilizzo della piattaforma telematica per la comunicazione del riavvio della procedura e la fissazione dei nuovi termini per la presentazione delle offerte (che peraltro nella schermata del sistema compaiono), sia sufficiente ad inficiare i successivi atti, laddove tale comunicazione sia avvenuta sul profilo del committente e non sia anche dimostrato che tale forma di pubblicità fosse insufficiente a garantire la tempestiva presentazione delle offerte.

Nel caso di specie, tale situazione non si è verificata.

Come si è detto nella parte in fatto, la stazione appaltante ha pubblicato sul profilo del committente il riavvio della procedura di gara (precedentemente sospesa a causa delle restrizioni dovute alla pandemia in atto) con avviso immesso sul sito il 28 maggio 2020, dichiarando che la gara sarebbe ripartita dal 3 giugno successivo.

Ha contestualmente comunicato i nuovi termini per la richiesta di informazioni e per la presentazione delle offerte, rispettivamente fissati al 22 ed al 30 giugno.

Rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, l'avviso è stato pubblicato con un anticipo di circa un mese, che non può ritenersi inadeguato o insufficiente a garantire una tempestiva conoscenza del termine per l'operatore economico che fosse interessato alla gara.

Ed, infatti, la ricorrente ha dichiarato di aver consultato il sito solo nel dicembre 2020, quando ha ricevuto la richiesta di subentro nell'appalto da parte della controinteressata, a distanza, quindi, di circa sei mesi da quanto l'avviso è stato pubblicato.

A fronte dell'obbligatorietà della pubblicazione da un lato e dalla facilità di accesso al mezzo, come si è detto, sussiste un onere in capo agli operatori economici di compulsare il profilo del committente (che è imposto anche da esigenze di celerità e certezza nell'espletamento delle procedure di gara) a fronte del quale un ritardo di così rilevante entità non può ritenersi giustificato.

Tantopiù che, nel caso di specie, la ricorrente era anche gestore del servizio uscente in talune sedi ed aveva partecipato ad altre gare, indette dallo stesso Ministero della giustizia, per l'affidamento del medesimo servizio, che pur essendo state sospese a causa del Covid, erano state riattivate subito dopo l'avvio della c.d. fase 2.

Non può, quindi, sostenersi che il mancato utilizzo della piattaforma informatica per la comunicazione del riavvio della procedura abbia concretamente reso impossibile o particolarmente difficile il rispetto del termine per la presentazione delle offerte, che era stato comunicato con adeguato preavviso sul profilo del committente.

Sarebbe stato, quindi, sufficiente compulsare il sito con una frequenza adeguata all'onere di diligenza professionale richiesto all'operatore economico per evitare di incorrere in decadenze.

Il ricorso, quindi, va respinto.

5. Tenuto conto della peculiarità della fattispecie, sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia, nella camera di consiglio tenutasi da remoto il 14 gennaio 2021 in modalità videoconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Alberto Pasi, Presidente

Marco Rinaldi, Primo Referendario

Mariagiovanna Amorizzo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Mariagiovanna Amorizzo

IL PRESIDENTE
Alberto Pasi

IL SEGRETARIO