

Tar Puglia – Bari – Sezione I – Sentenza 28 luglio 2015 n. 1094

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 846 del 2015, proposto da:

Coop. Soc. Aliante a r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Altomare ed Ermelinda Pastore, con domicilio eletto presso Ermelinda Pastore, in Bari, Piazza Garibaldi, 23;

contro

Comune di Molfetta, Comune di Giovinazzo, Regione Puglia;

nei confronti di

Innovapuglia S.p.A., Empulia - Innovapuglia S.p.A.;

per l'annullamento

previa concessione di misure cautelari,

della determinazione, assunta nella seduta di gara del 26.5.2015, con cui il Comune di Molfetta ha ritenuto la ricorrente non ammessa alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di assistenza scolastica specialistica rivolta agli alunni in situazione di handicap, frequentanti le scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di 1° grado dell'Ambito Territoriale n. 1 di Molfetta-Giovinazzo per l'anno scolastico 2015/2016 e ha negato la concessione della proroga, da essa richiesta in via subordinata, del termine di scadenza per l'invio dell'offerta;

nonché del verbale di detta seduta e di quella precedente del 25.5.2015, entrambi non conosciuti oltre che di tutti gli altri verbali di gara e dei rispettivi allegati della nota del Comune ad Empulia del 21.5.2015 e della nota di Empulia del 22.5.2015, delle F.A.Q. di quest'ultima, del bando, dell'avviso del 19.5.2015 e di ogni altro atto connesso, compresa l'aggiudicazione definitiva;

nonché per la declaratoria d'inefficacia del contratto stipulato nelle more del giudizio, nel quale si dichiara sin d'ora disponibile a subentrare la ricorrente;

ovvero, in subordine, per il risarcimento per equivalente dei danni ad essa derivanti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2015 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta;

Udito per le parti il difensore avv. Ermelinda Pastore;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza semplificata, ricorrendone le condizioni previste;

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 ricorso ritualmente notificato in date 17-19 giugno 2015, pervenuto in Segreteria in data 30 giugno 2015, la Coop. Soc. Aliante a r.l. impugnava dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, i provvedimenti meglio indicati in oggetto, instando per il loro annullamento, previa concessione di misure cautelari.

Esponiva in fatto che, con determinazioni nn. 882 del 16 settembre 2014 e 1385 del 19 dicembre 2014, il Comune di Molfetta stabiliva di indire procedura aperta per l'affidamento del servizio di assistenza scolastica specialistica rivolta agli alunni in situazione di handicap, frequentanti le scuole dell'infanzia primarie e secondarie di 1° grado dell'Ambito Territoriale n. 1 di Molfetta-Giovinazzo, per l'anno scolastico 2015/2016.

La possibilità di partecipare alla gara veniva stabilita in bando esclusivamente mediante modalità telematica.

A tal fine, il bando indicava una articolata sequenza di operazioni tecnico informatiche finalizzate alla presentazione della domanda (cfr. art. 20 del bando in atti), con quattro dettagliate pagine di adempimenti a carico dei partecipanti.

Il termine di scadenza per la presentazione delle offerte veniva fissato per il giorno 18 maggio 2015.

Lamentava la ricorrente che malgrado l'avvenuta corretta registrazione sulla piattaforma EmPulia, quale adempimento preliminare finalizzato alla presentazione della domanda, e malgrado il caricamento sui server della stessa dell'intera offerta di gara, per una anomalia tecnico informatica del sistema non compariva la schermata necessaria per disporre il definitivo invio dell'offerta.

Con nota del 20 maggio 2015, la ricorrente informava EmPulia, nonché il Comune di Molfetta dell'anomalia tecnica verificatasi, chiedendo, in forza di quest'ultima, l'ammissione in deroga alla procedura selettiva, tenuto conto dell'avvenuto salvataggio ed invio dell'offerta di gara o,

in alternativa, una proroga del termine di presentazione dell'offerta stessa, al fine di perfezionarne l'invio.

Con p.e.c. del 22 maggio 2015, la piattaforma EmPulia dava atto del mancato perfezionamento dell'invio dell'offerta, confermando tuttavia i ripetuti salvataggi che avevano consegnato ai propri server i contenuti dell'offerta presentata dalla ricorrente.

Alla seduta di gara del 26 maggio 2015, il Comune di Molfetta riteneva l'offerta in questione non suscettibile, allo stato, di essere ammessa alla procedura.

Insorgeva la ricorrente avverso tali esiti della procedura in questione, sollevando cinque motivi di ricorso, incentrati, in sintesi, sulla violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, nonché sulla violazione dei principi del favor participationis, di leale cooperazione fra privato e P.A., di ragionevolezza, evidenziando altresì l'avvenuto verificarsi, in tesi, di diverse figure sintomatiche di eccesso di potere.

Le Amministrazioni resistenti restavano contumaci.

All'udienza in camera di consiglio in data 8 luglio 2015, la causa era definitivamente trattenuta in decisione ex art. 60 c.p.a..

Preliminarmente ed in rito, ritiene il Collegio che non sia rilevante ai fini della decisione della presente controversia lo svolgimento di attività istruttoria come richiesta da parte ricorrente.

Da un lato, la documentazione in allegato al ricorso risulta sufficiente ai fini della decisione che qui di seguito si rende.

Dall'altro, la qualità strettamente tecnico informatica del problema di invio della domanda di partecipazione verificatosi in concreto appare non suscettibile di una compiuta e definitiva indagine tecnica, da svolgersi ad es. mediante verifica o c.t.u., in quanto le possibili cause della stessa (imperizia del mittente, anomalie degli apparati informatici, anomalie del software, anomalie della rete, altre anomalie di tipo tecnico) appaiono difficilmente assoggettabili ad una indagine oggettiva ed affidabile, che possa risultare dirimente ai fini del decidere.

Tutto ciò premesso, nel merito, il ricorso è fondato e, pertanto, deve essere accolto.

La Pubblica Amministrazione non ha tenuto in adeguato conto il principio del favor participationis nonché il dovere, su di essa incombente, di leale cooperazione tra privato e P.A..

Deve anzitutto evidenziarsi in fatto che, come attestato dalla p.e.c. EmPulia del 22 maggio 2015, nel caso di specie, l'intera offerta della ricorrente - comprensiva sia della documentazione amministrativa, sia dell'offerta tecnica che di quella economica - risultava salvata sui server della piattaforma del sistema EmPulia, di cui il Comune di Molfetta si era avvalso per la gestione della parte telematica della ricezione delle domande.

Nel suo contenuto rilevante ai fini della gara in questione, la domanda era dunque pienamente entrata nella sfera di disponibilità della Pubblica Amministrazione e solo per una anomalia tecnica non altrimenti identificata la ricorrente non era riuscita a perfezionarne l'invio secondo le articolate modalità previste all'art. 20 del bando di gara.

Su una fattispecie del tutto assimilabile, il Consiglio di Stato ha di recente 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).

Il Collegio ritiene di condividere integralmente questa impostazione giurisprudenziale, evidenziando anzitutto, in linea generale, come 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).

L'essere entrata comunque in possesso della documentazione relativa all'offerta di gara caricata dalla ricorrente sui server di EmPulia imponeva alla Pubblica Amministrazione un onere di attivazione, volto a sanare, se del caso, le mere anomalie di invio che avevano reso impossibile la spedizione della domanda con le modalità previste dal bando, anche alla luce della significativa complessità di dette procedure di cui al già citato art. 20 del bando.

È infatti dato giuridico pacifico quello secondo cui debba prevalere "la necessità di garantire, nelle gare pubbliche, la più ampia partecipazione possibile di concorrenti; tale principio generale è applicabile, in particolare, alle domande che, pur se con profili di difformità formale, rispetto alle prescrizioni del bando, risultino comunque oggettivamente idonee ad essere valutate dalla Commissione giudicatrice, stante l'obbligo di una leale cooperazione fra Amministrazione e concorrenti" (cfr. ex multis Cons. Stato, Sez. V, 3.6.2010, n. 3486).

In definitiva, l'ampliamento della platea dei soggetti partecipanti alla gara deve essere considerato un interesse pubblico primario nelle procedure di evidenza pubblica e deve essere garantito a prescindere dalle problematiche tecnico informatiche in cui possa eventualmente cadere la singola domanda di partecipazione, in virtù di un onere di leale

cooperazione rafforzato fra privato e P.A. che deve essere ravvisato ogni qualvolta quest'ultima si avvalga di mezzi informatici per la gestione, nel proprio interesse organizzativo, di dette procedure.

In conclusione, pertanto, il ricorso deve essere accolto, in quanto fondato nel merito delle censure svolte avverso i provvedimenti gravati.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la determinazione, assunta nella seduta di gara del 26.5.2015, con cui il Comune di Molfetta ha ritenuto la ricorrente non ammessa alla procedura in oggetto.

Condanna il Comune di Molfetta al pagamento delle spese di lite in favore della Coop. Soc. Aliante a r.l., che liquida nella somma di euro 4.000,00 (quattromila,00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Francesco Cocomile, Primo Referendario

Alfredo Giuseppe Allegretta, Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/07/2015