

N. 00317/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01125/2022 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 Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1125 del 2022, proposto da Universal Service – Azienda di Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Università degli Studi di Torino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marina Lombardo, Germana Gastaldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione di Universal Service da tutti gli 8 lotti in cui è suddivisa la procedura di affidamento del servizio di pulizia e sanificazione presso le sedi dell'ateneo, disposto dall'Università degli Studi di Torino in data 14 ottobre

2022, nonché del provvedimento, adottato in pari data, recante l'elenco degli operatori economici ammessi ed esclusi dalla gara;

- delle note, rispettivamente del 3 novembre 2022 e del 10 novembre 2022, con cui l'Università degli Studi di Torino ha respinto le istanze di riammissione presentate da Universal Service;

- della *lex specialis* di gara, in parte qua, ed in particolare: (i) dell'art. 13 del Disciplinare di gara, nella parte in cui prevede un meccanismo tacito di caducazione della validità dell'offerta, in assenza di una manifestazione di volontà espressa ed univoca in tal senso da parte dell'operatore economico, ove fosse interpretato nel senso che l'esclusione debba essere disposta anche ove il ritardo nella risposta sia dipeso da comprovate circostanze estranee alla volontà del concorrente; (ii) dell'art. 2.3 del Disciplinare di gara, ove fosse interpretato nel senso che il mero caricamento di una comunicazione sull'area personale della piattaforma telematica di gara sia suscettibile di determinare la piena conoscenza del relativo contenuto, anche nella peculiare ipotesi in cui l'operatore non abbia avuto materiale contezza della relativa notifica individuale a mezzo PEC e/o e-mail, a causa di una comprovata e documentata *défaillance* del suo sistema di connettività aziendale, dovuta a ripetuti tentativi di accesso abusivo da parte di terzi;

- di ogni altro atto presupposto, preordinato, consequenziale e/o comunque connesso;

e per il risarcimento

del danno subito, in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati e riammissione dell'odierna ricorrente alla procedura di gara, ovvero -in subordine- per equivalente economico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Torino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2023 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR deducendo che, con bando pubblicato nel febbraio 2022, l'Università degli studi di Torino ha indetto una procedura suddivisa in 8 lotti, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di pulizia delle sedi dell'Ateneo. La gara si è svolta su piattaforma telematica; indetta ai sensi del d.l. n. 76/2020 avrebbe dovuto concludersi nel termine massimo di 6 mesi.

La legge di gara prevedeva che, decorso un termine di 180 giorni, l'amministrazione avrebbe potuto chiedere conferma ai concorrenti circa la validità dell'offerta e della garanzia prestata. Il bando, pure oggetto di impugnazione in questa sede, prevedeva che il mancato riscontro alla richiesta di conferma avrebbe comportato l'esclusione del concorrente.

Il manuale d'uso della piattaforma informatica impiegata per la gara stabiliva, a sua volta, che le comunicazioni tra stazione appaltante e operatori economici avvenissero mediante il portale e con l'ausilio di PEC.

Alla scadenza del termine per presentare le offerte gli operatori economici che avevano avanzato una offerta erano 72. Nella seduta del 27 aprile 2022 veniva verificata la documentazione amministrativa.

In data 16 settembre 2022 la stazione appaltante chiedeva ai concorrenti di confermare la validità dell'offerta sino al 31.12.2022; senonché tra il 15 e il 19 settembre 2022, quando veniva inviata la PEC con richiesta di conferma dell'offerta, la ricorrente subiva documentabili problemi di connessione telematica per un attacco informatico al proprio gestore di rete e non riceveva la PEC.

In data 14 ottobre 2022 riceveva la comunicazione di esclusione qui impugnata e motivata in ragione del mancato riscontro alla richiesta di conferma. In seguito all'esclusione la ricorrente faceva accesso alla piattaforma di gara, riscontrando la richiesta di conferma dell'offerta cui non aveva dato seguito. In data 19 ottobre inoltrava comunque conferma di validità dell'offerta e la documentazione di estensione di validità della garanzia.

Lamenta parte ricorrente l'illegittimità dell'esclusione e della *lex specialis in parte qua*; la violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 32, 83, 93 del d.lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 1 comma 2 *bis* della l. n. 241/90 e dell'art. 2 co. 1 d.l. 76/2020; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto, difetto di istruttoria, carenza di motivazione e abnormità e irragionevolezza manifesta, violazione del principio di proporzionalità. L'esclusione è stata disposta in forza di un mero automatismo, sull'assunto presunto che la mancata risposta alla richiesta di conferma dell'offerta fosse sintomatica di un disinteresse per la procedura; in particolare il termine di validità dell'offerta non è perentorio ed è posto nell'interesse del concorrente mentre, in questo caso, la sua scadenza è stata trasformata in rinuncia implicita alla partecipazione; anche il fatto di prescindere da una effettiva manifestazione di volontà in un contesto in cui la tardiva risposta non ha indotto alcun ritardo nella procedura tuttora pendente non sarebbe proporzionato alle esigenze della gara.

Inoltre la concorrente può addurre una giustificazione della mancata risposta e l'esclusione finisce per assumere una valenza puramente sanzionatoria.

Si è costituita l'amministrazione resistente, contestando in fatto e diritto gli assunti di cui al ricorso introduttivo. Nel merito ha dedotto che, dato l'elevato numero di concorrenti, la commissione si riuniva più volte tra maggio e novembre (per un totale di 170 ore) per valutare le offerte tecniche e ciò non di meno la gara si protraeva oltre i tempi previsti; la clausola escludente del bando è conforme ad un bando-tipo ANAC; la puntuale previsione della *lex specialis* di gara ne impedirebbe la disapplicazione da parte dell'amministrazione pena la violazione della *par condicio* dei concorrenti.

Ha quindi chiesto respingersi il ricorso.

Con ordinanza n. 1124/22 la ricorrente è stata ammessa con riserva.

Per l'udienza di merito le parti hanno ribadito le rispettive tesi. Parte ricorrente ha per altro evidenziato come le operazioni di gara siano tuttora in corso e, in data 11 gennaio 2023, l'amministrazione abbia nuovamente chiesto conferma della validità delle offerte.

La causa è stata discussa e decisa nel merito.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che il ricorso meriti accoglimento alla luce di una equa e proporzionata valutazione di tutti i valori e gli interessi in gioco.

Le circostanze di fatto sono sostanzialmente pacifiche nei seguenti termini:

l'art. 13 del disciplinare di gara recitava: "nel caso in cui alla data di scadenza della validità delle offerte le operazioni di gara siano ancora in corso, l'Università potrà richiedere agli offerenti, ai sensi dell'art. 32 co. 4 del Codice, di confermare la validità dell'offerta sino alla data che sarà indicata e di produrre un apposito documento

attestante la validità della garanzia prestata in sede di gara fino alla medesima data. Il mancato riscontro alla richiesta dell'Università sarà considerato come rinuncia del concorrente alla partecipazione alla gara. L'offerta vincolerà il concorrente, ai sensi dell'art. 32 co. 4 del codice, per 180 giorni decorrenti dalla scadenza del termine indicato per la presentazione dell'offerta”;

il testo del bando riproduce gli ultimi due paragrafi dell'art. 13 del bando tipo ANAC, approvato con delibera n. 2 del 10 gennaio 2018;

la gara, indetta ai sensi del d.l. n. 76/2020, avrebbe dovuto concludersi entro 180 giorni ed è per contro durata ben di più essendo, per quanto consta al Collegio, tuttora aperta ad oltre un anno dal bando;

in data 16 settembre 2022 la stazione appaltante ha inserito nella piattaforma digitale utilizzata per la gestione della gara una richiesta di conferma della validità dell'offerta, inviando anche comunicazione via PEC ai concorrenti;

la ricorrente non ha dato riscontro alla comunicazione;

è documentato e non contestato che tra il 15 e il 19 settembre 2022 il server utilizzato dalla ricorrente è stato oggetto di attacco hacker sicché la ricorrente, per causa di forza maggiore, non ha mai ricevuto la PEC alla medesima indirizzata e, per tale ragione, non ha risposto al sollecito di conferma di validità dell'offerta;

la ricorrente si è resa conto della necessità di confermare la validità dell'offerta solo una volta ricevuta la comunicazione di esclusione ed ha provveduto in tal senso.

Ferma pertanto la disciplina di gara e la dinamica dei fatti la ricorrente si duole, in sostanza, della sproporzione dell'effetto escludente comminato per mancata risposta ad una PEC pacificamente mai visionata, in un contesto di gara protrattasi oltre i termini previsti dalla stessa legge di gara.

Condivide il Collegio che l'insieme delle circostanze, come combinate nel caso di specie, hanno trasformato l'onere di conferma della validità dell'offerta previsto dalla legge di gara a carico dei concorrenti in una sproporzionata sanzione di esclusione, pur in mancanza di qualsivoglia pregiudizio per la gara, con altrettanto sproporzionata lesione del principio del *favor participationis*.

Per una corretta valutazione di proporzionalità e individuazione dell'interesse prevalente nel caso di specie pare indispensabile individuare i valori alla cui tutela le varie regole sono preposte.

Come dedotto dalla parte ricorrente il termine di validità dell'offerta è, di per sé, un termine posto nell'interesse del concorrente a non restare vincolato a tempo indeterminato in circostanze (come per altro la gara di specie) in cui, per ragioni del tutto indipendenti dall'interessato, la procedura si protragga oltre i tempi previsti, con il rischio di rendere l'offerta presentata in gara non più di interesse o realizzabile per l'impresa che vi aveva originariamente aderito; la norma non attribuisce obblighi al concorrente ma solo la facoltà di svincolarsi.

D'altro canto si ammette pacificamente in giurisprudenza che, per gli adempimenti previsti in corso di gara a carico ed anche a vantaggio del ricorrente, la stazione appaltante, a garanzia di un certo e celere incedere dei tempi della procedura, possa fissare alle parti termini sollecitatori a pena di esclusione, così appunto da consentire che la gara non resti esposta a rischi di "blocco" o comunque rallentamento per imponderabili esigenze di singoli (si consideri che nel caso di specie i concorrenti originari erano ben 72). In sintesi, pur essendo l'evidenza pubblica governata dal principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 30 del d.lgs. n. 50/2016), è ritenuta compatibile la fissazione di chiari termini decadenziali nella legge di gara a presidio della certezza dei tempi di gara.

Entrambe le esigenze (quella di non esporre il concorrente ad una validità dell'offerta indipendente da originarie ragionevoli previsioni di durata della gara e quella di non esporre la stazione appaltante a disorganizzate scelte di tempi e modalità di gestione da parte dei concorrenti) sono certamente meritevoli di tutela ed hanno trovato una sintesi nel bando tipo ANAC, ove è stata inserita la possibilità per la stazione appaltante di fissare un termine, a pena di decadenza, per consentire ai vari concorrenti di ribadire la propria volontà negoziale una volta scaduti i tempi originariamente prevedibili in gara.

Senonché, come chiaramente evincibile dallo stesso bando tipo del 2018, preso a modello dalla stazione appaltante, in quel bando si assumeva, nel complesso, che le comunicazioni nei confronti del concorrente avvenissero via PEC, ossia con una modalità che garantisce quantomeno che la richiesta di conferma dell'offerta pervenga legalmente nella sfera di conoscenza individuale dell'interessato.

Ora è del tutto pacifico, nel caso di specie, che nessuna comunicazione individuale di richiesta di conferma di validità dell'offerta sia mai pervenuta alla concorrente per causa di forza maggiore; nel caso in cui la gara non avesse seguito la modalità della piattaforma digitale ma quella, più tradizionale, delle sole comunicazioni via PEC, ritiene il Collegio che, indubbiamente, riconosciuto il mancato recapito della comunicazione e l'ascrivibilità a causa di forza maggiore dello stesso, non si sarebbe potuto che concludere per la rimessione in termini della ricorrente; il tutto, per altro, in un contesto in cui non vi è dubbio alcuno che la mancata conoscenza della PEC non è imputabile a scarsa diligenza dell'interessata e che il mancato immediato riscontro alla richiesta non ha comportato alcun particolare rallentamento della procedura, che risulta financo tuttora in corso del tutto a prescindere dalla condotta della ricorrente.

La particolarità del caso di specie consiste nel fatto che la gara si è svolta con modalità tecnologicamente più evoluta, tramite una piattaforma digitale che comporta che i concorrenti restino ivi domiciliati digitalmente e possano consultare periodicamente le comunicazioni che li riguardano su apposito portale, senza che ne venga loro fatto recapito individuale.

Se questo può rappresentare una forma di semplificazione nella gestione della gara (riducendo le comunicazioni e il rischio appunto del loro mancato recapito), è evidente come di fatto si ponga a carico del concorrente un maggiore onere di costante verifica delle comunicazioni presenti sulla piattaforma; infatti un conto è il controllo periodico della PEC individuale, altro conto è la verifica periodica su piattaforma della “possibilità” che vi siano inserite delle comunicazioni; ancora un conto è provvedere ad un controllo periodico in concomitanza con scadenze programmate e programmabili di una gara, che segue i tempi originariamente previsti, un conto è dovervi provvedere sostanzialmente “a caso” una volta che il programma di gara non sia stato rispettato e per di più con cadenze estremamente ravvicinate, per impedire l’eventuale maturare di decadenze. Come osservato dalla ricorrente la concorrente fisiologicamente partecipa ad un gran numero di procedure; in assenza di comunicazioni individuali e in mancanza di rispetto di tempi programmati e programmabili, l’onere di diligente autoinformazione preteso dal concorrente rischierebbe di essere oggettivamente sproporzionato, traducendosi in un onere di costante monitoraggio di innumerevoli piattaforme a fronte di iniziative della stazione appaltante che, decorsi i tempi previsti, divengono imprevedibili ed imprevedibili per gli interessati.

L’effetto pratico di siffatta impostazione, nel contesto della nuova tecnologia, trasforma una garanzia a favore del concorrente (quella di non restare

indefinitamente vincolato se i tempi di gara sfuggono ad una ragionevole programmazione per cause da lui indipendenti), in un onere indefinito di allerta, con potenziale inattesa maturazione di una causa di decadenza, il tutto per altro senza che la sua disattenzione, riqualificata manifestazione implicita di volontà, abbia necessariamente avuto incidenza sui tempi di gara.

Pare al Collegio che tale esito risulti sproporzionato, in mancanza della garanzia di una comunicazione individuale. Si aggiunga che il meccanismo, nel caso concreto, non ha apportato alcun vantaggio alla procedura, i cui tempi si trascinano da più di un anno del tutto a prescindere dalla condotta della ricorrente, e dunque non ha salvaguardato alcun interesse concreto, inducendo per contro una riduzione della platea dei concorrenti di tipo gratuitamente punitivo.

In definitiva ritiene il Collegio che la clausola escludente possa essere interpretata, conformemente per altro al contesto da cui è stata mutuata, come ancorata quantomeno agli effetti legali di una comunicazione individualmente indirizzata, effetti che qui non si sono verificati per pacifica causa di forza maggiore.

Ritiene pertanto il Collegio che il ricorso debba trovare accoglimento, con annullamento del provvedimento impugnato e definitiva riammissione in gara della ricorrente.

Stante la novità della questione le spese di lite sono compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato; compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Prosperi, Presidente

Paola Malanetto, Consigliere, Estensore

Flavia Riso, Consigliere

L'ESTENSORE
Paola Malanetto

IL PRESIDENTE
Raffaele Prosperi

IL SEGRETARIO