

Publicato il 07/05/2021

N. 01147/2021 REG.PROV.COLL.
N. 02318/2020 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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2318 del 2020 proposto dalla Raggi di Sole Società Cooperativa Sociale Onlus in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Boifava e Antonio Marchiano', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Malnate in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Cristina Colombo e Mattia Casati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Csp Società Cooperativa Sociale in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia,

1) della determinazione a firma del Responsabile dell'Area Amministrativa-Finanziaria del Comune di Malnate n. 652 del 27/11/2020 (cfr. All. n. 1), comunicata via pec alla deducente in data 30/11/2020 (cfr. All. n. 2), avente ad oggetto "Servizi di pulizia, a ridotto impatto ambientale, degli uffici e

immobili comunali periodo 01/12/2020-31/12/2022. Aggiudicazione definitiva” nella parte in cui, mediante l'approvazione dei verbali di gara, viene disposta l'esclusione della “Cooperativa Raggi di sole dalla procedura di gara in quanto il file dell'offerta tecnica prodotta in piattaforma contenente la relazione di cui agli indicatori 1 – 2 – 3 della griglia di valutazione della lettera di invito, ad eccezione della prima pagina, non conteneva alcun testo. Le restanti pagine costituenti il file risultavano bianche e venivano visualizzati esclusivamente il logo del Comune di Malnate e della cooperativa” e contestualmente aggiudicato l'opus concorsuale alla CSP Società Cooperativa Sociale;

2) del provvedimento di esclusione dalla selezione concorsuale della scrivente, allo stato non conosciuto, comunicato via pec mediante sistema telematico Sintel in data 24/11/2020 (cfr. All. n. 3);

3) dei verbali di gara tutti della procedura de qua (cfr. All. nn. 4, 5 e 6), comunicati via pec alla deducente in data 30/11/2020 (cfr. All. n. 2), e, ancorché non in via esclusiva, il secondo nella parte in cui “La Commissione Giudicatrice dà atto che non è stato possibile procedere alla valutazione dell'offerta tecnica della Cooperativa Raggi di sole in quanto il file contenente la relazione di cui agli indicatori 1-2-3 della griglia di valutazione della lettera di invito, ad eccezione della prima pagina, non contiene alcun testo. Le restanti pagine costituenti il file risultano bianche e vengono visualizzati esclusivamente il logo del Comune di Malnate e della cooperativa. Si dà atto, inoltre, che non è risultata applicabile la procedura di soccorso istruttorio, disciplinato dall'art. 83 comma 8 del D.Lgs. 50/2016 e successive modificazioni, che espressamente esclude la sua applicazione per carenze afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica” (cfr. All. n. 5) ed il terzo nella parte in cui “... la Commissione giudicatrice dà atto che migliore offerta risulta quella della CSP Società Cooperativa Sociale con sede a Reggio Emilia Via A. Rosmini n. 1 che ha ottenuto un punteggio complessivo pari a 79,26 determinato dalla somma del punteggio tecnico ed economico, a fronte di un

corrispettivo pari ad € 194.448,64 oltre IVA più gli oneri della sicurezza pari a € 3.125 oltre IVA” (cfr. All. n. 6);

4) ove occorrer possa, della lettera di invito (cfr. All. n. 7) e del capitolato d'oneri (cfr. All. n. 8);

e per la conseguente condanna dell'ente resistente:

in principalità all'accoglimento della domanda della ricorrente finalizzata a conseguire, previa riammissione alla selezione concorsuale e valutazione della propria offerta tecnica ed economica, l'aggiudicazione dell'opus concorsuale e la stipulazione del relativo contratto d'appalto, attività questa positivamente vincolata e da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito; con richiesta, in ogni caso, della declaratoria ex art. 122 c.p.a. d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato in pendenza del gravame e di cui non è pervenuta comunicazione ai sensi di legge, in ragione della richiesta di subentro che sin d'ora si propone;

in via subordinata, nella denegata e non creduta ipotesi d'impossibilità della domandata reintegrazione in forma specifica, al risarcimento del danno per equivalente ex art. 124 D. Lgs. 104/2010, con conseguente declaratoria dei criteri in base ai quali la stazione appaltante dovrà formulare una proposta di pagamento che dovrà comunque comprendere:

- il danno emergente comprensivo dei costi sostenuti per la partecipazione alla gara, che ci

si riserva di quantificare/produrre in seguito;

- il danno professionale (id est curriculare) conseguente all'impossibilità di indicare nel prosieguo dell'attività, fra i requisiti di (pre)qualificazione per la partecipazione a procedure identiche e/o analoghe quanto ad oggetto a quella di cui è gravame, danno da liquidarsi equitativamente, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 1226 e 2056 c.c., nella misura pari al 5% del danno patrimoniale;

- il lucro cessante che la ricorrente avrebbe conseguito con l'aggiudicazione dell'appalto;

con salvezza, in ogni caso, rispetto alle somme ut supra liquidate della:

- rivalutazione monetaria dalla data d'inizio del servizio a quella di deposito della decisione, disputandosi di un risarcimento del danno cioè di un debito di valore;
- degli interessi legali, secondo il tasso medio tempore vigente, sulle somme progressivamente rivalutate, a decorrere dalla data d'inizio del servizio fino a quella di deposito della decisione, il tutto, ovviamente, in funzione remunerativa e compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno;
- degli ulteriori interessi legali sulle somme come sopra dovute e calcolate, con computo a partire dalla data di deposito della decisione fino all'effettivo pagamento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Alberto Di Mario nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2021 celebrata nelle forme di cui all'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 convertito in Legge 18 dicembre 2020, n.176, come modificato dall'art.1, comma 17 del D.L. 31 dicembre 2020, n.183 convertito in Legge 26 febbraio 2021, n.21, e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ricorrente, che ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Malnate avente ad oggetto “servizi di pulizia, a ridotto impatto ambientale, degli uffici e immobili comunali periodo 01/12/2020-31/12/2022”, ha impugnato l'aggiudicazione definitiva della gara nella parte in cui, mediante l'approvazione dei verbali di gara, è stata disposta l'esclusione della Cooperativa Raggi di sole dalla procedura di gara. L'esclusione è sorretta dalla seguente motivazione: *“il file contenente la relazione di cui agli indicatori 1-2-3 della*

griglia di valutazione della lettera di invito, ad eccezione della prima pagina, non contiene alcun testo. Le restanti pagine costituenti il file risultano bianche e vengono visualizzati esclusivamente il logo del Comune di Malnate e della cooperativa. Non potendosi applicare la procedura la procedura di soccorso istruttorio, disciplinato dall'art. 83 comma 8 del D.Lgs. 50/2016 e successive modificazioni, che espressamente esclude la sua applicazione per carenze afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, codesta Cooperativa è stata esclusa dalla procedura'.

Contro tale atto la ricorrente ha proposto i seguenti motivi di ricorso.

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 36, 40, 44, 52, 58, 83, 94 e 95 del d. lgs. 50/2016 violazione e falsa applicazione del d.lgs. 82/2005 violazione e falsa applicazione della l. 241/1990, violazione delle linee guida sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici dell'AGID, violazione dei manuali di procedura SINTEL, violazione e falsa applicazione della lex specialis, violazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica sub specie autovincolo procedimentale e parità di trattamento eccesso di potere per sviamento, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità, ingiustizia manifesta e motivazione carente.

Secondo la ricorrente, il fatto che il file sia stato aperto e che sia risultato parzialmente illeggibile comporterebbe che non si tratterebbe di un caso di illeggibilità assoluta dell'offerta, bensì di non leggibilità relativa, ovvero sia unicamente dovuta ad un cattivo utilizzo dei software di lettura a disposizione della commissione di gara o, comunque, all'impiego di software non adatto all'apertura del file in disamina, oppure all'eventuale "corruzione" del file avvenuta successivamente alla corretta conclusione del relativo "upload" mediante piattaforma Sintel.

In via subordinata la ricorrente ha impugnato la lex specialis di gara e, in particolare, la lettera di invito laddove interpretata come impositiva dell'obbligo della stazione appaltante di escludere "ex abrupto" il concorrente in caso di illeggibilità allo stesso non imputabile dell'offerta tecnica correttamente presentata e dovuta. In questo modo, infatti, si finirebbe per

legittimare l'applicazione di una causa di esclusione della responsabilità dell'ente anche nel caso di problematiche affatto imputabili al concorrente.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, commi 8 e 9, del d.lgs. n. 50/2016, violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, violazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica sub specie di autovincolo procedimentale e parità di trattamento, eccesso di potere per sviamento, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità, ingiustizia manifesta e motivazione fuorviante.

La ricorrente contesta la parte della motivazione del provvedimento impugnato che fa riferimento al divieto di soccorso istruttorio in quanto la stazione appaltante avrebbe potuto effettuare il soccorso procedimentale sotto forma di lettura delle pagine della relazione tecnica mediante l'apertura del file con software diversi da quelli impiegati.

III. Invalidità derivata dell'aggiudicazione definitiva conseguente all'illegittima esclusione della ricorrente. La ricorrente ha chiesto che sia svolta verifica, se ritenuta necessaria.

La difesa della stazione appaltante, con memoria depositata in data 8 gennaio 2021, ha chiesto la reiezione del ricorso specificando di aver aperto, con i normali programmi idonei ad aprire files in formato pdf, tutti i numerosi file contenuti nell'offerta della cooperativa Raggi di Sole e nelle offerte degli altri concorrenti, non riuscendo in tale operazione solo con il file sopra richiamato, per il quale il computer in dotazione all'ufficio ha fornito l'informazione di *“Errore durante l'elaborazione di una pagina. Si è verificato un problema durante la lettura di questo documento (109)”*. Tale impossibilità sarebbe addebitabile al file inviato dalla ricorrente e non al sistema od ai programmi installati sul computer in possesso della stazione appaltante. Ribadisce poi l'inapplicabilità del soccorso istruttorio trattandosi di atti dell'offerta.

Con ordinanza n. 15 del 12/01/2021 questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare in quanto: a) la piattaforma elettronica garantisce di regola la correttezza e l'intangibilità del contenuto delle offerte, con esclusione di ogni

rischio di alterazione nello svolgimento delle operazioni; b) il problema dell'impossibilità di aprire un solo file tra quelli trasmessi dalla ricorrente ai fini della gara non può imputarsi ad un problema del software in uso presso la stazione appaltante quanto a possibili problemi di un file specifico. Ha quindi ritenuto opportuno, ai fini della decisione nel merito, richiedere ad ARIA Lombardia, in qualità di gestore del portale Sintel su cui si è svolta la gara, di depositare, entro 60 giorni dal ricevimento dell'ordinanza, motivata relazione dalla quale risultino le operazioni effettuate durante la fase di "caricamento" dell'offerta da parte di Raggi di Sole Società Cooperativa Sociale Onlus e le caratteristiche dei files caricati, con particolare riferimento al file relativo all'offerta tecnica.

Con relazione depositata in data 09/03/21 ARIA SPA ha depositato dei file di log ed ha dichiarato che *"Dalle verifiche tecniche effettuate il 16/11/2020 nelle fasce orarie in cui ha operato l'utente, non risultano essersi verificati malfunzionamenti della piattaforma Sintel che potrebbero aver compromesso il buon esito delle operazioni svolte dall'Operatore Economico Raggi di sole"*.

Con memoria depositata in data 01/04/21 il Comune di Malnate ha chiesto dichiararsi l'improcedibilità del ricorso per la mancata integrazione del contraddittorio, in quanto all'aggiudicataria CSP è subentrata Rainbow SCS in forza di cessione di ramo d'azienda nel quale ricade anche l'appalto per cui è causa. Nel merito afferma che l'illeggibilità dell'offerta tecnica di Raggi di Sole non sarebbe imputabile al Comune e che la relazione di ARIA Lombardia S.p.A confermerebbe la correttezza delle decisioni assunte dal Comune.

Con memoria depositata in data 02/04/21 la ricorrente ha sostenuto l'inutilità della relazione di ARIA ai fini della decisione, in quanto in contrasto con la diversa relazione, sempre rilasciata da ARIA il 23/03/2021, secondo la quale i file caricati dalla ricorrente sulla piattaforma SINTEL sarebbero leggibili, tranne che con ADOBE Acrobat reader.

Secondo la ricorrente, il problema rilevato da Adobe Acrobat reader non sarebbe imputabile al documento depositato da Raggi di Sole, bensì al

software utilizzato dalla stazione appaltante per la relativa apertura in quanto, secondo la relazione presentata dal tecnico di parte, sul computer della ricorrente il file si aprirebbe con tutti i programmi di lettura del programmi pdf., tranne che con Acrobat Reader DC versione 21.001.20145; si è insistito per la richiesta di verifica.

Con memoria di replica la ricorrente ha ribadito che l'errore rilevato in sede di apertura del file sul computer dell'amministrazione sarebbe prova di un problema imputabile al computer dell'amministrazione e che la lex specialis di gara non indicava in alcun modo il software da utilizzare per l'apertura del medesimo allegato, per cui non sarebbe imputabile alla ricorrente alcuna colpa in merito al fatto che un file si possa aprire solo con alcuni lettori di Acrobat reader e non con altri. La difesa del Comune ha chiesto la reiezione del ricorso.

All'udienza del 21 aprile 2021 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. In primo luogo occorre respingere l'eccezione di improcedibilità del ricorso per la mancata integrazione del contraddittorio con la società che è subentrata all'aggiudicataria.

Infatti, ai sensi dell'art. 111, commi 1 e 3, c.p.c. applicabili anche al processo amministrativo in virtù del c.d. rinvio esterno dell'art. 39 c.p.a., *“Se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie ... In ogni caso il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parti vi consentono, l'alienante o il successore universale può esserne estromesso”*.

Nel caso di specie la cessione del ramo di azienda integra una successione a titolo particolare nel rapporto, con la conseguenza che il giudizio prosegue tra le parti originarie (in tal senso Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 05/01/2021 n. 156), a meno che il successore intervenga nel processo e chieda l'estromissione del dante causa e fermo restando che la sentenza resa

nei confronti del dante causa spiega i suoi effetti pure nei confronti del successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da quest'ultimo (cfr., tra le molte, Cass., Sez. II, 27 gennaio 2014 n. 1622 e Sez. III, 19 luglio 2005 n. 15208).

Ne consegue che, non essendo intervenuto nel processo il successore e non essendo stata chiesta alcuna estromissione dal giudizio dell'aggiudicataria, il processo prosegue nei suoi confronti.

2. Per quanto riguarda l'istanza di verifica, occorre premettere che il problema tecnico sollevato dalla ricorrente sorge dal fatto che la medesima ha inviato alla stazione appaltante una serie di files aventi il medesimo formato di cui uno - la Relazione di cui agli indicatori 1 - 2 - 3 della griglia di valutazione della lettera di invito - è risultato alla stazione appaltante illeggibile, ad eccezione della prima pagina.

In merito occorre precisare che, diversamente da quanto asserito da parte ricorrente, la Relazione datata 23 marzo 2021 Prot. n. 16141/2021 di Aria spa (Ente gestore della piattaforma SINTEL sulla quale si è svolta la gara), depositata dalla ricorrente in data 30/03/21, individua chiaramente il problema tecnico del file inviato. Infatti nella relazione si legge che *“Per quanto riguarda il contenuto del file PDF occorre evidenziare che risulta leggibile con tutti gli strumenti in possesso dello scrivente (Chrome, EDGE, Firefox, PDF24Reader) abilitati all'apertura di documenti PDF fatta eccezione di ADOBE Acrobat reader”*. Ad analoghe conclusioni è giunta la perizia tecnica di parte ricorrente depositata in data 08/01/21, ove a pag. 9 si legge che *“il visualizzatore di PDF di casa Adobe non riesce a gestire il documento, visualizza una sola pagina e per le altre visualizza solo i loghi segnalando un errore 109, che da ricerche sui forum di adobe dovrebbe indicare “Acrobat Raeder non aggiornato”, ma che molto più verosimilmente indica un comando nella sintassi del PDF male interpretato”*. La perizia afferma inoltre che, previo utilizzo di altri lettori di PDF in comune commercio, il file si aprirebbe normalmente. Nessuna contestazione in merito a tali conclusioni tecniche è invece giunta dal Comune.

A ciò si deve aggiungere che la Relazione tecnica, depositata da ARIA in data 09/03/21 su richiesta del Tribunale, attesta che *“Dalle verifiche tecniche effettuate il 16/11/2020 nelle fasce orarie in cui ha operato l’utente, non risultano essersi verificati malfunzionamenti della piattaforma Sintel che potrebbero aver compromesso il buon esito delle operazioni svolte dall’Operatore Economico ‘Raggi di sole’”*. Tale relazione che ha depositato i file di log, cioè dei report tecnici che ricostruiscono le interazioni tra utente e sistema informativo nel periodo di interesse, non si pone in contrasto con le precedenti conclusioni, in quanto esclude malfunzionamenti imputabili alla piattaforma che abbiano potuto influire sulla leggibilità del file inviato dalla ricorrente e risultato non correttamente apribile alla stazione appaltante.

Ne consegue che la causa dell’impossibilità di apertura del file in questione è già chiarita e consiste nel fatto che esso, per sua natura, non si può aprire con il programma ADOBE Acrobat reader, per cui non occorrono ulteriori integrazioni tecniche per le quali necessiti una verifica.

3. Venendo al merito il primo motivo di ricorso è infondato.

Per quanto attiene alle caratteristiche dei documenti informatici che le imprese inviano alla stazione appaltante ai fini di partecipare alla gara, la giurisprudenza ha affermato che è compito dei concorrenti, prima di effettuare la trasmissione della propria offerta, accertarne - secondo le regole dell’ordinaria diligenza - l’integrità e la leggibilità, proprio in considerazione del possibile verificarsi di inconvenienti legati al deterioramento dei documenti digitali trasmessi, con la conseguenza che l’illeggibilità dei file è ascrivibile alla responsabilità di parte ricorrente ed essa è chiamata a risponderne (TAR Lazio, Roma, I-quater, 30 gennaio 2020, n. 1322).

Nel caso di specie la ricorrente ha inviato una serie di file di cui solo uno risulta non apribile con i mezzi a disposizione della stazione appaltante. In merito si deve ritenere che quando, come nel caso di specie, le regole della piattaforma di gara prevedano l’invio dei documenti in un certo formato (PDF) senza specificare il programma necessario per la sua lettura, le regole

dell'ordinaria diligenza impongono che i files che compongono l'offerta siano apribili con tutti i programmi in comune commercio.

Tali regole impongono all'offerente inoltre, nel caso in cui i files inviati possano aprirsi solo con programmi diversi, di specificare in sede di offerta le procedure che la stazione appaltante deve svolgere per l'apertura dei vari files. Infatti la caratteristica della piattaforma informatica è quella di standardizzare ed uniformare le modalità di svolgimento della gara, per cui se l'impresa concorrente sceglie di inviare files apribili con lettori diversi, in mancanza di una tipizzazione dei lettori del formato dei file da parte della legge di gara, è suo onere indicare alla stazione appaltante le caratteristiche tecniche della sua offerta e di specificare i programmi particolari necessari per aprire i suoi documenti. Si tratta, infatti, di una situazione speciale creata dal partecipante alla gara, il cui onere non può che gravare sul medesimo.

3.1 Sotto distinto profilo nemmeno può ritenersi che, nel caso di specie, fosse onere del Comune attivare il soccorso procedimentale, anche inteso nel senso più ridotto di acquisizione di notizie in merito alle modalità di apertura del file che non risulti immediatamente apribile da parte della stazione appaltante, in quanto così facendo si finirebbe per onerare l'amministrazione di risolvere i problemi di apertura dei file del ricorrente, non facilmente distinguibili da quelli di impossibilità di apertura dei files, imponendole di risalire alle cause del difetto del file e di dotarsi di tutti i programmi che il presentatore dell'offerta ritenga possano risolvere il problema di apertura del suo file, trasformando così il soccorso procedimentale in un onere sproporzionato.

4. La reiezione dei primi due motivi di ricorso si estende anche al terzo, in quanto la legittimità dell'operato dell'Amministrazione esclude l'invalidità derivata dall'aggiudicazione.

5. La novità della questione giustifica la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) 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 Milano nella Camera di consiglio del 21 aprile 2021, tenutasi con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 convertito in Legge 18 dicembre 2020, n.176, come modificato dall'art.1, comma 17 del D.L. 31 dicembre 2020, n.183 convertito in Legge 26 febbraio 2021, n.21, e del Decreto Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Katiuscia Papi, Referendario

L'ESTENSORE
Alberto Di Mario

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO