

Publicato il 26/02/2024

N. 01269/2024 REG.PROV.COLL.
N. 03237/2023 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 della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3237 del 2023, proposto da Ri.Ca. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo 323;

contro

Comune di **Pomigliano D'arco**, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Rosa Balsamo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Vivenda S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Perrone, Angelo Michele

Benedetto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) della Determina Dirigenziale n. 241 del 19.5.2023 RG 839 del 31.5.2023, comunicata in data 31.5.2023, con cui è stato aggiudicato alla società VIVENDA SpA il servizio di mensa scolastica per gli alunni delle scuole statali dell'infanzia – CIG 9582522350; b) della nota prot. 19598 del 31.5.2023 con cui è stata comunicata l'intervenuta aggiudicazione; c) di tutti i verbali di gara, con particolare riguardo per quelli concernenti l'assegnazione del punteggio tecnico; d) ove lesiva, della lex specialis e dei criteri di assegnazione del punteggio tecnico; e) del parziale diniego all'istanza di accesso agli atti formulata da RI.CA srl; f) della proposta di aggiudicazione; g) di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali con espressa riserva di impugnare con motivi aggiunti, nonché per la declaratoria del diritto all'aggiudicazione della RI.CA, dell'inefficacia del contratto di servizio eventualmente stipulato ai fini della dichiarazione del diritto al subentro, con riserva di agire per il risarcimento del danno, nonché in via subordinata per l'annullamento dell'intera gara;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Vivenda S.p.A. il 25/7/2023:

- della Determina Dirigenziale n. 241 del 19.5.2023 (Registro generale N. 839 del 31.5.2023), dei verbali di gara, del bando, del disciplinare di gara e del modello di offerta economica nonché della determinazione n. 11 del 18.1.2023 (Registro generale N. 55 del 19.1.2023), con cui è stata disposta la proroga del termine per la presentazione delle offerte;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di **Pomigliano** D'arco e della Vivenda S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2024 la dott.ssa Daria Valletta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio la società Rica ha chiesto l'annullamento degli atti, più puntualmente indicati in epigrafe, relativi alla gara pubblica avente ad oggetto il servizio di mensa scolastica per gli alunni delle scuole statali dell'infanzia bandita dal Comune di **Pomigliano** d'Arco; di seguito i motivi di gravame:

1) in primo luogo, si lamenta che la Commissione di gara sarebbe incorsa in errori marchiani nella valutazione delle offerte tecniche della prima e della seconda graduata rispetto al criterio di valutazione che valorizzava l'utilizzo di prodotti equosolidali (massimo di 3 punti) e l'utilizzo di materie prime derivanti dall'agricoltura sociale, quali ad esempio i prodotti riconducibili a terreni confiscati alla criminalità organizzata (per un massimo di 3 punti): in particolare, non si comprenderebbe come la ricorrente avrebbe conseguito un punteggio minore della Vivenda pur avendo offerto otto prodotti equosolidali contro l'unico prodotto equosolidale offerto dalla controinteressata; analogamente a dirsi, si aggiunge, in relazione alla fornitura di prodotti connessi all'agricoltura solidale, giacché la Rica avrebbe offerto nove prodotti sociali e la Vivenda solo due;

in via subordinata si impugna la *lex specialis* perché generica ed inidonea a garantire una corretta competizione tra gli operatori economici;

2) quanto al punteggio per il tempo medio di trasporto dei pasti dal centro cottura alle mense scolastiche, si assume che in base al bando l'aggiudicataria avrebbe dovuto conseguire solo un punto, laddove la Commissione illegittimamente le aveva assegnato il massimo punteggio;

3) si contesta, inoltre, che la Vivenda non avrebbe prodotto il documento P.E.F. siccome richiesto dal disciplinare di gara, essendosi limitata a indicare, in modo oltremodo generico, le varie voci di costo da sopportare durante l'esecuzione dell'affidamento, sicché la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara;

4) si lamenta, ancora, la violazione dell'art. 80 D.lgs 50/2016 giacché l'aggiudicataria avrebbe omesso di informare l'Amministrazione circa diverse circostanze rilevanti ai fini della gara;

peraltro, la vicenda concernente gli avvisi di addebito INPS, n. 397 2021 00040820 53 000 e n. 39720210015964726000, rileverebbe anche ai sensi dell'art. 80, comma 4, D.lgs 50/2016 poiché relativa a violazioni degli obblighi di pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali per un importo non inferiore a € 35.000,00;

la stazione appaltante avrebbe, dunque, dovuto disporre l'esclusione dell'aggiudicataria stante la falsa dichiarazione resa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis, ovvero c-bis) d.lgs. 50/2016 ed avrebbe, altresì, dovuto operare ai sensi dell'art. 80, comma 12, d.lgs. 50/2016;

5) infine si deduce, in via subordinata, che la scelta dell'Amministrazione di affidare il servizio per soli 88 giorni celerebbe l'intento di aggirare la disciplina dettata dal codice degli appalti in

materia di affidamenti sopra soglia comunitaria.

Si è costituita la Vivenda spa, esperendo ricorso incidentale: in particolare, la controinteressata ha contestato l'ammissione alla gara della Rica per aver quest'ultima presentato tardivamente l'offerta, e ha impugnato la determinazione dirigenziale n. 11 del 18.1.2023 a mezzo della quale è stata concessa la proroga del termine di presentazione dell'offerta, nonché il provvedimento di approvazione degli atti di gara laddove non disponeva l'estromissione della ricorrente dalla gara per violazione dell'art. 79, c. 5 bis, del codice dei contratti pubblici.

Si è costituito, altresì, il Comune resistente, chiedendo la reiezione del gravame introduttivo del giudizio.

Nel corso del giudizio è stata scrutinata la domanda di accesso agli atti proposta in via incidentale dalla parte ricorrente: con ordinanza nr. 5599/2023 il Collegio ha disposto l'esibizione della documentazione richiesta.

All'udienza pubblica in data 15 febbraio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Occorre, preliminarmente, procedere alla disamina del ricorso incidentale proposto nel corso del giudizio dalla società controinteressata: con tale impugnazione, infatti, si contesta la legittimità dell'ammissione alla gara della società Rica, alla quale è stato consentito di partecipare in forza di un provvedimento di proroga dei termini originari di presentazione delle offerte, sicché dall'accoglimento del ricorso incidentale discenderebbe il venir meno dell'interesse al gravame introduttivo del presente giudizio, nonché della stessa legittimazione

dell'impresa, che alla gara ha partecipato illegittimamente, alla contestazione degli atti della procedura.

Occorre, peraltro, rilevare che alla gara in commento risulta aver partecipato anche una terza impresa, la Global Service, utilmente collocatasi in graduatoria: in questo scenario, dunque, nel caso in cui il ricorso incidentale risultasse fondato, non potrebbe nemmeno apprezzarsi la perduranza di alcun interesse di carattere strumentale in capo alla ricorrente, posto che non sussisterebbero i presupposti per la riedizione della gara.

La società Vivenda assume, in particolare, che la Rica non avrebbe dovuto essere ammessa alla partecipazione alla procedura pubblica, impugnando la determinazione dirigenziale n. 11 del 18.1.2023 (Registro generale N. 55 del 19.1.2023) a mezzo della quale è stata concessa la proroga del termine di presentazione dell'offerta, nonché il provvedimento di approvazione degli atti di gara nella parte in cui non è stata disposta l'estromissione della ricorrente.

Si osserva, in particolare, che, a fronte di un termine ultimo di presentazione delle offerte fissato nel bando alle ore 12:00 del 18.1.2023, entrambe le altre società partecipanti alla procedura presentavano la propria offerta tempestivamente (la Vivenda il 18.1.2023 alle ore 09:59:51 e la Global Service alle ore 11:02:27 dello stesso giorno); ciò nonostante, con il provvedimento impugnato, la stazione appaltante prorogava il termine ultimo di presentazione dell'offerta di sette giorni, motivando tale scelta in relazione alla segnalazione di un malfunzionamento della piattaforma telematica ad iniziativa di "alcuni operatori economici".

Deduce la controinteressata che il provvedimento sarebbe viziato per

eccesso di potere, in quanto la Rica non avrebbe presentato tempestivamente l'offerta a causa di una sua condotta negligente: ciò in quanto avrebbe effettuato il tentativo di inoltro della domanda solo alle ore 11.58 dell'ultimo giorno utile, e quindi appena due minuti prima della iniziale scadenza fissata; pertanto, la stazione appaltante avrebbe operato una sostanziale modifica della *lex specialis*, in tal modo violando il fondamentale principio della parità di trattamento ("par condicio") degli operatori economici.

In ogni caso, mancherebbe nel provvedimento ogni riferimento ad effettivi controlli posti in essere ad iniziativa del Comune ed ogni attestazione in proposito da parte del gestore del sistema, sicché il preteso malfunzionamento resterebbe del tutto indimostrato: di qui la violazione del disposto dell'art. 79, c. 5 bis, del codice dei contratti pubblici.

A fronte di tali deduzioni parte ricorrente replica che la violazione della *par condicio* resterebbe esclusa dalla circostanza che il termine sarebbe stato prorogato per tutti, e non solo in favore della Rica; si eccepisce, inoltre, che l'aggiudicataria non avrebbe dimostrato che la piattaforma avrebbe funzionato correttamente sino all'ultimo minuto disponibile per la presentazione della domanda di partecipazione.

Ciò premesso, il Collegio ritiene che il ricorso incidentale sia fondato, per le ragioni che si passa ad esporre: il provvedimento di proroga del termine ultimo per la presentazione delle offerte risulta, infatti, illegittimo siccome lamentato dalla società aggiudicataria.

Occorre, infatti, rilevare che la stazione appaltante, successivamente all'avvenuta scadenza del termine originario di presentazione delle offerte (nel rispetto del quale le altre due imprese partecipanti alla gara

avevano regolarmente inoltrato domanda di partecipazione), ha ritenuto di prorogare di ben sette ulteriori giorni il *dies a quo* fissato in un primo momento: tanto ha fatto sulla scorta di un malfunzionamento della procedura segnalato da “alcuni operatori economici”, come si legge nella motivazione dell’atto (cfr. determina nr. 11/2023). Nel corso dei successivi sette giorni veniva presentata una ulteriore offerta solo ad iniziativa dell’odierna ricorrente.

In questo contesto, il provvedimento di proroga contestato appare, effettivamente, viziato da eccesso di potere, in quanto la stazione appaltante ha dato corso a una proroga del termine per la presentazione dell’offerta in assenza della dimostrazione della sussistenza dei relativi presupposti, in tal modo violando la *par condicio* tra gli operatori partecipanti alla procedura, due dei quali hanno diligentemente presentato l’offerta nel rispetto delle indicazioni originarie della stazione appaltante, mentre la sola ricorrente ha, di fatto, potuto giovare di un più lungo lasso di tempo utile a tal fine.

In primo luogo, il Collegio ritiene condivisibile quanto la Vivenda rimarca in punto di mancata dimostrazione di una diligente attivazione ad iniziativa della Rica al fine di rispettare il termine fissato dalla stazione appaltante; la ricorrente risulta, infatti, aver tentato di accedere alla piattaforma telematica di cui si tratta solo due minuti prima della scadenza originariamente fissata: tale circostanza di fatto non è stata smentita nel corso del giudizio dalla Rica mediante allegazione di elementi concreti di segno contrario.

In tema, la giurisprudenza ha avuto occasione di rimarcare che gli ostacoli incontrati dall’operatore economico devono avere carattere oggettivo, e non essere imputabili alla parte che ne chiede il

superamento; questo Tar, in particolare, ha avuto modo di osservare: “E’ applicabile l’istituto del soccorso istruttorio nel caso in cui la mancata presentazione, entro i termini previsti dal bando, della domanda di partecipazione ad una procedura di gara, **da inoltrare con l’ausilio di una piattaforma informatica predisposta dalla amministrazione, non sia imputabile in via esclusiva al candidato, ma (almeno in parte) a disfunzioni della piattaforma informatica predisposta dall’amministrazione,** al fine di assicurare il regolare e tempestivo inoltro delle domande da parte dei candidati; il principio di leale collaborazione tra l’amministrazione e il privato, ora codificato nell’art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990 e s.m.i., induce a ritenere applicabile l’istituto del soccorso istruttorio laddove, nello svolgimento delle operazioni di presentazione per via telematica della domanda di partecipazione, il candidato incontri ostacoli oggettivi, non imputabili in via esclusiva al privato” (Cons. di St., sez. VII, 02/05/2022, n. 3418; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 15/01/2019, n. 550).

(..)

Orbene, come condivisibilmente affermato, "ai sensi dell'art. 64, comma 1, c.p.a. spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni; il reticolo normativo del codice del processo amministrativo in materia di onere della prova richiama l'art. 2697 c.c., secondo cui chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, mentre chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda; il principio che domina il regime di acquisizione delle prove, anche nel processo amministrativo, è

quindi scolpito dal brocardo "onus probandi incumbit ei qui dicit" (Cons. di St., sez. IV, 22/08/2018, n. 5030). (cfr. T.A.R. Napoli, (Campania) sez. III, 05/07/2023, (ud. 04/04/2023, dep. 05/07/2023), n.4007).

Ed ancora, in altro arresto, è stato rilevato: “ *Risulta, dalle deduzioni di parte appellante, che quest'ultima si è connessa al sistema per procedere alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara per cui è causa l'ultimo giorno disponibile e ha caricato il documento di sintesi all'approssimarsi della scadenza (secondo le risultanze del sistema informatico, l'offerta risulta caricata alle ore 11:57, ossia pochissimi minuti prima della scadenza del termine ultimo per la presentazione delle offerte, prevista per le ore 12:00).*

30.2. Risulta davvero difficile ritenere, in base al criterio inferenziale di ordine logico dell'id quod plerumque accidit, che se anche fosse stato garantito il servizio di assistenza fino all'ultimo minuto utile per la presentazione delle offerte e senza che fosse richiesto un preavviso per la sua fruizione, l'impresa partecipante avrebbe potuto, nel ristrettissimo lasso di tempo rimasto, contattare questo servizio, esporre il problema, trovare mediante l'assistenza una soluzione e compiere le operazioni di caricamento che essa aveva precedentemente intrapreso a partire dalle ore 10:00 dell'ultimo giorno utile.

31. Da ultimo, va poi richiamato con valenza dirimente, rispetto alle censure di parte appellante, il principio di autoresponsabilità, cui, in linea generale, ha fatto riferimento questo Consiglio con riferimento alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica e, in particolare, a quelle che si svolgono mediante la presentazione telematica dell'offerta.

32. *In linea generale, questo Consiglio ha avuto modo di statuire che, in base al richiamato principio generale dell'autoresponsabilità, ciascuno dei concorrenti "sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione" (Cons. Stato, Ad. pl., 25 febbraio 2014 n. 9).*

33. *Nello specifico, con particolare riferimento alle gare che prevedono la presentazione dell'offerta per via telematica, si è avuto modo di statuire che: "Il concorrente che si appresta alla partecipazione di una gara telematica, fruendo dei grandi vantaggi logistici e organizzativi che l'informatica fornisce ai fruitori della procedura, è consapevole che occorre un certo tempo per eseguire materialmente le procedure di upload, e che tale tempo dipende in gran parte dalla performance dell'infrastruttura di comunicazione (lato utente e lato stazione appaltante), quest'ultima a sua volta interferita da variabili fisiche o di traffico.*

Trattasi della dinamica fisiologica e ampiamente prevedibile dei fattori impiegati per la comunicazione elettronica, che dev'essere conosciuta, data per presupposta e accettata nei suoi vantaggi e nei suoi (pochi) svantaggi una volta che il legislatore ha dato ad essa validità; ferma, ovviamente la gestione del vero e proprio malfunzionamento impeditivo della piattaforma di negoziazione per il quale, invece, lo stesso legislatore appronta specifici rimedi, quali la "sospensione del termine per la ricezione dell'offerte per il periodo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento (art. 79 comma 5 bis D.Lgs. n. 50 del 2016, cit.).

5.4. *In tale chiave ricostruttiva, l'esperienza e abilità informatica*

dell'utente, la stima dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni di upload, la preliminare e attenta lettura delle istruzioni procedurali, il verificarsi di fisiologici rallentamenti conseguenti a momentanea congestione del traffico, sono tutte variabili che il partecipante ad una gara telematica deve avere presente, preventivare e "dominare" quando si accinge all'effettuazione di un'operazione così importante per la propria attività di operatore economico, non potendo il medesimo pretendere che l'amministrazione, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione operante su efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni, qualunque sia l'ora di inizio delle stesse, prescelto dall'utente, o lo stato contingente delle altre variabili sopra solo esemplificamente indicate" (Cons. Stato, Sez. III, 24 novembre 2020 n. 7352; cfr., inoltre, Cons. Stato, sez. I, 24 gennaio 2020 n. 220; sez. III, 2 luglio 2014, n. 3329; sez. V, 29 dicembre 2014, n. 6416)" (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 24/01/2022, (ud. 20/01/2022, dep. 24/01/2022), n.448).

Alla mancata dimostrazione dell'utile e diligente attivazione da parte della ricorrente al fine di rispettare il termine fissato, si aggiunge, poi, un'altra considerazione, attinente alla carenza di prova in ordine all'avvenuto verificarsi, in concreto, del malfunzionamento lamentato: **l'Amministrazione si è, infatti, limitata a riferirsi alle segnalazioni ricevute da "alcuni operatori" (laddove, a seguito della proroga, l'offerta è stata presentata dalla sola ricorrente), senza dimostrare di aver effettuato alcun tipo di autonomo accertamento sul punto a mezzo del gestore della piattaforma telematica.**

In questo contesto, non convincono le argomentazioni svolte dalla parte ricorrente: in primo luogo, l'evidenziata lesione della *par condicio* non

risulta superata dall'avvenuta proroga del termine, astrattamente, in favore di una platea indeterminata di operatori economici, posto che, di fatto, la violazione della parità di trattamento si individua già nella circostanza che, mentre alcuni operatori si sono adoperati per il puntuale inoltro dell'offerta, la sola ricorrente, in concreto, ha potuto godere di un maggior lasso di tempo utile a tal fine.

Neppure è condivisibile quanto si osserva relativamente al fatto che la controinteressata avrebbe mancato di fornire la prova della continuativa operatività del servizio telematico il giorno 18 gennaio 2023: al contrario, secondo l'ordinario criterio di riparto dell'onere della prova, spetta alla ricorrente, che si è avvantaggiata della proroga, dimostrare la ricorrenza dei presupposti utili a tale fine.

2. Conclusivamente, il ricorso incidentale deve essere accolto, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Per le ragioni in precedenza esplicitate, il ricorso introduttivo del giudizio deve essere dichiarato inammissibile.

Il regolamento delle spese di lite segue la soccombenza nei rapporti con la controinteressata, laddove le ragioni alla base della decisione ne giustificano la compensazione nei rapporti con il Comune resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando:

- accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, annulla gli atti gravati;
- dichiara inammissibile il ricorso principale.

Condanna parte ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore della controinteressata, che si liquidano in euro 4.000,00, oltre accessori

di legge, se dovuti.

Spese compensate nel rapporto processuale con la parte resistente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Daria Valletta, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Daria Valletta

IL PRESIDENTE

Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO