

Pubblicato il 13/04/2018

N. 00643/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00054/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 54 del 2018, proposto da

Nestore Consorzio di Cooperative Sociali Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano La Marca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio La Marca Stefano in Dragoni, via Roma, 154;

contro

Comune di Massafra, in qualità di capofila dell'Ambito Territoriale TA/2, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Annalisa De Tommaso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Tommaso Maria

Fazio in Lecce, P.tta Montale, 2;

Comune di Mottola, Comune di Palagiano, Comune di Statte,
Azienda Sanitaria Locale di Taranto, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Cooperativa Sociale Pam Service Società Cooperativa, in
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dall'avvocato Ciro Orlando, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo
studio in Grottaglie, via XXV Luglio, 69;

per l'annullamento, previa sospensione,

- della determinazione dirigenziale n. 339 del 28/12/2017 (Reg.
Gen. n. 2207 del 29.12.2017) avente ad oggetto
“Aggiudicazione e impegno di spesa procedura negoziata
(ME.PA) per servizi CAF/ADE a favore della Coop. Pam
Service – Impegno di spesa e liquidazione contributo ANAC –
CIG 7279902D2A”;

- della relazione del R.U.P., Avv. Maria Rosaria Latagliata,
recante prot. n. 47541 del 28.12.2017 ed avente ad oggetto:
“Servizi CAF/ADE (Centro di ascolto per le famiglie (art. 93
del reg. gen. N. 4/2007) – Educativa domiciliare per i minori e
tutor (artt. 87 e 91 del reg. gen. N. 4/2007) – CIG:
7279902D2A – Esame offerta anomala” con la quale è stata
considerata affidabile l'offerta presentata dalla Cooperativa
Sociale PAM Service Società Cooperativa;

- dei provvedimenti (non conosciuti dalla ricorrente) con i quali
la Stazione Appaltante ha riaperto i termini per la
presentazione delle offerte dapprima alla data del 12.12.2017 e
poi per la seconda volta alla data del 14.12.2017 nella

procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. B) del D. Lgs. 50/2016, per l'affidamento del servizio CAF/ADE - CIG 7279902D2A”;

- del verbale della 1^a seduta pubblica di gara del 14.12.2017, nella parte in cui la Cooperativa Sociale PAM Service Società Cooperativa è stata ammessa alla procedura di gara recante C.I.G.: 7279902D2A;

- del verbale con il quale la Commissione esaminatrice, in seduta riservata, ha proceduto alla valutazione delle offerte tecniche, nella parte in cui la Cooperativa Sociale PAM Service Società Cooperativa è stata ammessa alla procedura di gara recante C.I.G.: 7279902D2A;

- del verbale della 2^a seduta pubblica di gara del 19.12.2017, nella parte in cui la Cooperativa Sociale PAM Service Società Cooperativa è stata ammessa e dichiarata offerta economicamente più vantaggiosa dalla procedura di gara recante C.I.G.: 7279902D2A;

- della nota prot. n. 838 del 8.1.2018 avente ad oggetto “Gara CAF/ADE – Passaggio del personale – CIG 7279902D2A;

- di ogni altro atto ad esso collegato, connesso, preordinato e conseguente,

nonché in subordine:

- della determinazione dirigenziale n. 339 del 28/12/2017 (Reg. Gen. n. 2207 del 29.12.2017) avente ad oggetto “Aggiudicazione e impegno di spesa procedura negoziata (M.E.P.A.) per servizi CAF/ADE a favore della Coop. Pam Service – Impegno di spesa e liquidazione contributo ANAC – CIG 7279902D2A”;

- della relazione del R.U.P., Avv. Maria Rosaria Latagliata, recante prot. n. 47541 del 28.12.2017 ed avente ad oggetto: “Servizi CAF/ADE (Centro di ascolto per le famiglie (art. 93 del reg. gen. N. 4/2007) – Educativa domiciliare per i minori e tutor (artt. 87 e 91 del reg. gen. N. 4/2007) – CIG: 7279902D2A – Esame offerta anomala” con la quale è stata considerata affidabile l'offerta presentata dalla Cooperativa Sociale PAM Service Società Cooperativa;
- dei provvedimenti (non conosciuti dalla ricorrente) con i quali la Stazione Appaltante ha riaperto i termini per la presentazione delle offerte dapprima alla data del 12.12.2017 e poi per la seconda volta alla data del 14.12.2017 nella procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. B) del D. Lgs. 50/2016, per l'affidamento del servizio CAF/ADE - CIG 7279902D2A”;
- della determinazione di Ambito n. 317 del 14.12.2017 (Reg. Gen. N. 2048 del 14.12.2017) avente ad oggetto: “Nomina commissione di gara per il servizio CAF/ADE – CIG 7279902D2A”;
- del verbale della 1^a seduta pubblica di gara del 14.12.2017 afferente la procedura di gara recante C.I.G.: 7279902D2A;
- del verbale con il quale la Commissione esaminatrice, in seduta riservata, ha proceduto alla valutazione delle offerte tecniche presentate nella procedura di gara recante C.I.G.: 7279902D2A;
- del verbale della 2^a seduta pubblica di gara del 19.12.2017 afferente la procedura di gara recante C.I.G.: 7279902D2A;

- se ed in quanto lesivo della nota prot. n. 838 del 8.1.2018 avente ad oggetto “Gara CAF/ADE – Passaggio del personale – CIG 7279902D2A;

-di ogni altro atto ad esso collegato, connesso, preordinato e conseguente.

E per la declaratoria

di inefficacia del contratto, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a.;

e per la condanna

all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio dalla ricorrente, ivi compresa la rinnovazione della procedura di gara di cui trattasi, previa declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato.

Visto il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Massafra e della Cooperativa Sociale Pam Service Società Cooperativa;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2018 la dott.ssa Antonella Lariccia e uditi l'avv. A. Nichil, in sostituzione dell'avv. S. La Marca, l'avv. T. Fazio, in sostituzione dell'avv. A. De Tommaso, l'avv. C. Orlando;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 11.01.2018, il Consorzio Nestore Consorzio di Cooperative Sociali Società Cooperativa Sociale

Onlus invoca l'annullamento, previa sospensione, degli atti in epigrafe indicati lamentando:

- Violazione e falsa applicazione di legge – violazione e falsa applicazione dell'art. 79 del Decreto Legislativo n° 50 del 2016
- violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara –
- violazione e falsa applicazione dell'art. 1 del disciplinare di gara
- violazione e falsa applicazione della sezione IV. 3.2) del bando di gara - violazione e falsa applicazione del R.D.O. –
- violazione dell'autovincolo imposto dalla *lex specialis* -
- violazione del principio della *par condicio* fra operatori economici partecipanti a procedure ad evidenza pubblica –
- eccesso di potere – illogicità manifesta - violazione del principio di buona e corretta amministrazione di cui all'art. 97 Costituzione;

- Violazione e falsa applicazione di legge – violazione e falsa applicazione degli artt. 74 e 79 del Decreto Legislativo n° 50 del 2016 – violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara – violazione e falsa applicazione dell'art. 1 del disciplinare di gara - violazione e falsa applicazione della sezione IV. 3.2) del bando di gara - violazione e falsa applicazione del R.D.O. -
- violazione del principio della *par condicio* fra operatori economici partecipanti a procedure ad evidenza pubblica –
- eccesso di potere – illogicità manifesta - violazione del principio di buona e corretta amministrazione di cui all'art. 97 Costituzione;

- Violazione di legge - inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l'affidamento del servizio in via d'urgenza –
- violazione e falsa applicazione dell'art. 32 Decreto legislativo n°

50/2016 – violazione del diritto comunitario e delle disposizioni A.N.A.C. – illecità – eccesso e sviamento di potere – incapacità amministrativa – difetto di motivazione – violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. 241/90.

Espone, in particolare, il Consorzio ricorrente di avere partecipato alla procedura di gara ufficiosa indetta dall'Ambito Territoriale n. 2 ASL TA / Comuni di Massafra – Mottola – Palagiano - Statte (Capofila Comune di Massafra), con determinazione Reg. Gen. N. 1841 del 21.11.2017, ai sensi e per gli effetti dell'art. 36, comma 2, del Decreto Legislativo n° 50/2016, mediante Richiesta di Offerta (R.D.O.) sul Mercato Elettronico della P.A. (M.E.P.A.), per l'affidamento dei Servizi CAF/ADE (Centro di ascolto per le famiglie ex art. 93 del reg. gen. n. 4/2007 – Educativa domiciliare per i minori e tutori ex artt. 87 e 91 del reg. gen. N. 4/2007), da svolgere nel territorio dei Comuni di Massafra, Mottola, Palagiano e Statte, con importo posto a base di gara pari ad € 199.424,00, il cui termine ultimo per la presentazione delle offerte è stato fissato improrogabilmente dal Disciplinare all'11.12.2017 ore 11.00; tuttavia, successivamente alla scadenza del predetto termine previsto dalla *lex specialis*, la Stazione Appaltante resistente, a causa di un presunto malfunzionamento della Piattaforma telematica M.E.P.A con provvedimenti mai resi pubblici, ha prorogato per ben due volte il termine suddetto fino al 14.12.2017, con ciò consentendo alla Cooperativa Sociale PAM Service Società Cooperativa, odierna controinteressata, di presentare la domanda di partecipazione alla gara, inoltrata per

l'appunto il giorno 14.12.2017 e risultarne successivamente aggiudicataria.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Massafra, in qualità di capofila dell'Ambito Territoriale TA/2 e la controinteressata Cooperativa Sociale Pam Service Società Cooperativa invocando il rigetto del ricorso e codesto T.A.R., con ordinanza cautelare n° 79 del 6-7.02.2018, non ha concesso l'invocata sospensiva; quindi, all'udienza pubblica del 20.03.2018, sulle conclusioni delle parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Ciò posto, osserva il Collegio che il ricorso è infondato nel merito e va, pertanto, respinto.

Nei tre motivi di gravame articolati nello spiegato ricorso, il Consorzio ricorrente si duole, in buona sostanza, che l'ammissione in gara della controinteressata e la prodromica riapertura dei termini di presentazione delle offerte, siano avvenute in assenza di alcun valido provvedimento, in assenza di idonea pubblicità, nonché successivamente allo spirare dell'originario termine fissato per la presentazione delle offerte. Orbene tali censure non colgono nel segno.

Occorre premettere, in punto di fatto, che risulta dagli atti del giudizio che dalle ore 10 alle ore 12 dell'11.12.2017, a causa di un malfunzionamento della piattaforma M.E.P.A tempestivamente segnalato dall'odierna controinteressata (e comprovato dal comunicato dell'11.12.2017 delle ore 13.11 della Consip S.p.a. versato in atti), quest'ultima non sia riuscita a presentare la propria offerta nel termine ultimo originariamente previsto dall'art. 1 del Disciplinare, fissato per

il giorno 11.12.2017 alle ore 11; risulta altresì provato che anche per il giorno 12.12.2017 alle ore 11.00, cui era stato prorogato per la prima volta il suddetto termine per la presentazione delle offerte, persistevano “*rallentamenti nella navigazione sul portale e possibili malfunzionamenti nell’area delle negoziazioni*”, come evidenziato nel portale, e che la seconda proroga del termine in discorso, fissato infine per il 14.12.2017 alle ore 11, è stata pubblicata dall’Amministrazione resistente sul proprio sito il 13.12.17 alle ore 12.23.

In punto di diritto, giova sottolineare come l’art. 79 comma 5 bis del Decreto Legislativo n° 50/2016 e ss.mm. espressamente prevede che “*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'AGI ai fini dell'applicazione dell'articolo 32-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante codice dell'amministrazione digitale".

Ciò posto, osserva il Collegio che, alla luce dell'attestata esistenza di malfunzionamenti della piattaforma M.E.P.A nell'arco temporale, antecedente alla scadenza del termine ultimo per la presentazione delle offerte originariamente previsto dal Disciplinare, durante il quale la Società controinteressata ha cercato di inviare la propria offerta, la condotta dell'Amministrazione resistente, che ha prorogato il termine di presentazione delle offerte, deve essere ritenuta conforme al soprariportato art. 79 comma 5 bis del Decreto Legislativo n° 50/2016 e ss.mm. e appropriata, avendo di fatto garantito un *minimum* di confronto competitivo (posto che la selezione ha avuto luogo tra 2 imprese), senza che sia stato arrecato un indebito *vulnus* alla *par condicio* dei partecipanti.

Ed invero, non può ritenersi fondato quanto sostenuto dalla parte ricorrente nel primo motivo di ricorso, secondo cui in buona sostanza la Società controinteressata avrebbe dovuto diligentemente anticipare il momento della trasmissione dell'offerta, accollandosi – in difetto – il rischio di eventuali malfunzionamenti del sistema informatico a ridosso della scadenza del termine ultimo per la presentazione della stessa e che, in ogni caso, la proroga poteva essere legittimamente disposta dall'Amministrazione resistente solo prima della

scadenza del termine stesso e non, invece, in un momento successivo, come accaduto nella fattispecie che occupa.

Al riguardo, codesto T.A.R. si limita a richiamare quanto affermato da condivisibile giurisprudenza, secondo cui “ *la diligenza rafforzata dell’operatore economico nelle gare pubbliche non può tradursi in una dequotazione del termine perentorio di presentazione delle offerte, che altrimenti non avrebbe senso enucleare, ma impone piuttosto una valutazione del contesto d’assieme*”, e che ha, altresì condivisibilmente osservato, quanto alla possibilità di prorogare il termine di presentazione delle offerte successivamente alla sua scadenza, che se il malfunzionamento della piattaforma telematica interviene alla fine della gara, lo strumento per fronteggiarlo e neutralizzarlo al fine di consentire un corretto svolgimento del confronto competitivo tra i partecipanti, non può che essere quello della riapertura dei termini, anche se successiva alla scadenza di quello originariamente previsto (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, n° 4135/2017), come per l’appunto avvenuto nella fattispecie oggetto del presente giudizio.

Del pari infondato risulta, a parere del Collegio, il secondo motivo di ricorso, con cui il Consorzio ricorrente si duole che le proroghe in discorso siano state disposte dall’Amministrazione resistente senza la previa adozione di un atto tipico e formale, e senza peraltro offrire compiuta ed adeguata pubblicità allo stesso, in conformità a quanto previsto dall’art. 74, comma 1, del Decreto Legislativo n° 50/2016.

Ed invero, premesso che la procedura in questione, prevedendo un importo a base di gara pari ad € 199.424,00 si

configura quale gara ufficiosa ex art. 36 comma 2 lett. b) Decreto Legislativo n° 50/2016, si osserva che emerge chiaramente dagli atti del giudizio come la contestata proroga sia stata disposta dall'Amministrazione resistente con provvedimento informale del 13.12.2017, dunque avente la stessa natura della gara oggetto del presente giudizio, come tale esente da particolari formalità, fermo il rispetto dei principi di economicità, efficacia ed adeguatezza, che risulta altresì regolarmente pubblicato sul sito internet del Comune di Massafra, nel rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento; peraltro, il Tribunale sottolinea come il bando di gara, nel caso di specie, indichi espressamente, nella *“SEZIONE I: AMMINISTRAZIONE AGGIUDICATRICE”*, l'indirizzo www.comunedimassafra.it come l'indirizzo presso il quale è possibile ottenere ulteriori informazioni relativamente alla gara stessa.

Analogamente, il Tribunale ritiene non condivisibile il terzo motivo di ricorso, con cui il medesimo Consorzio ricorrente si duole che l'Amministrazione resistente abbia proceduto all'affidamento del servizio in via d'urgenza all'odierna controinteressata, considerato che, nella comprovata assenza dei vizi dallo stesso lamentati, gli interessi dell'affidatario uscente risultano recessivi rispetto all'esigenza primaria di assicurare lo svolgimento del servizio al soggetto che sia stato individuato all'esito di un confronto competitivo, ciò nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e soprattutto rotazione.

Conclusivamente, per le ragioni per le ragioni sopra sinteticamente illustrate, lo spiegato ricorso è infondato nel merito e deve pertanto essere respinto.

Sussistono i presupposti di legge, attesa la sussistenza di taluni aspetti di assoluta novità dell'oggetto del giudizio, per dichiarare integralmente compensate tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza 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 Lecce nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente

Antonella Lariccia, Primo Referendario, Estensore

Anna Abbate, Referendario

L'ESTENSORE
Antonella Lariccia

IL PRESIDENTE
Enrico d'Arpe

IL SEGRETARIO