Pubblicato il 05/12/2019

N. 13915/2019 REG.PROV.COLL.
N. 09792/2019 REG.RIC.

Firmato digitalmente

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 Lazio

(Sezione Prima Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9792 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Telecom Italia S.p.A., in proprio e in qualità di designata mandataria del costituendo RTI con Infordata S.p.A; Infordata S.p.A., in qualità di mandante del RTI con Telecom Italia S.p.A. mandataria, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Fabio Altamura, Simone Cadeddu, Giancarlo Sorrentino, Valeria Falconi, Chiara Tortorella, Jacopo Nardelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Mauden S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti

Consip S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei

Portoghesi, 12;

per l'annullamento

con il ricorso introduttivo:

- della Nota Prot. n. DSS/0004773 del 18/06/2019, con cui la P.d.C.M. ha comunicato l'avvenuta esclusione dall'Appalto Specifico indetto nell'ambito dello SDAPA per la fornitura di prodotti e servizi per l'informativa e le telecomunicazioni, avente ad oggetto “l'acquisizione della fornitura necessaria per la continuità operativa per la sala sistemi di produzione, in particolare l'acquisizione di una coppia di sistemi di “storage” nonché di una nuova infrastruttura di elaborazione dati”;
- del provvedimento di aggiudicazione della predetta gara in favore della Mauden S.p.A.;
- in via subordinata, della lex specialis in parte qua, se interpretata nel senso di richiedere che il bene oggetto della fornitura fosse disponibile prima della scadenza delle offerte;
- nonché di ogni altro atto presupposto, successivo, connesso e conseguente quand'anche sconosciuto, ove lesivo, ivi inclusi, in parte qua, e per quanto di ragione il verbale n. 4 del 4 giugno 2019.

Nonché per la declaratoria (ove occorra, anche sub specie di risarcimento in forma specifica)

del diritto del RTI ricorrente a vedersi aggiudicata la gara per cui è causa, con ogni ulteriore statuizione in ordine all'inefficacia del correlato contratto,

e per la condanna

al risarcimento del danno anche per equivalente, con espressa dichiarazione di voler subentrare nel contratto, ove nelle more stipulato.

E con i motivi aggiunti:

per l'annullamento:

- della Nota Prot. n. DSS/0005550 del 12/07/2019, con cui la P.d.C.M., in risposta

all'istanza di autotutela trasmessa dal RTI ricorrente il 25 giugno 2019, ha confermato il provvedimento di esclusione dall'Appalto Specifico per "l'acquisizione della fornitura necessaria per la continuità operativa per la sala sistemi di produzione, in particolare l'acquisizione di una coppia di sistemi di 'storage' nonché di una nuova infrastruttura di elaborazione dati";

- di tutti i verbali di gara e, in particolare, dei verbali nn. 1, 2, 3, 4, 5 e 6, laddove interpretati nel senso di giustificare l'esclusione del RTI;

- nonché di tutti gli atti premessi, connessi e consequenziali, ivi inclusi quelli già impugnati con il ricorso introduttivo R.G. n. 9792/2019 cui accede il presente ricorso per motivi aggiunti;

nonché per la declaratoria (ove occorra, anche sub specie di risarcimento in forma specifica) del diritto del RTI ricorrente a vedersi aggiudicata la gara per cui è causa, con ogni ulteriore statuizione in ordine all'inefficacia del correlato contratto,

e per la condanna

al risarcimento del danno anche per equivalente, con espressa dichiarazione di voler subentrare nel contratto, ove nelle more stipulato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio dei Ministri e di Consip S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2019 la dott.ssa Ines Simona Immacolata Pisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe, iscritto al NR.G. n. 9792/2019, parte ricorrente ha

impugnato, deducendone l'illegittimità sotto vari profili, il provvedimento di esclusione dall'Appalto specifico indetto dalla P.d.C.M. con lettera di invito del 1° marzo 2019 avente ad oggetto "l'acquisizione della fornitura necessaria per la continuità operativa per la sala sistemi di produzione, in particolare l'acquisizione di una coppia di sistemi di "storage" nonché di una nuova infrastruttura di elaborazione dati nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione della Pubblica Amministrazione per la forniture di prodotti e servizi per l'informativa e le telecomunicazioni" e la conseguente aggiudicazione in favore della Mauden S.p.A., motivata in virtù del mancato riscontro di parte ricorrente, alla data dell'11.06.2019, alla richiesta di chiarimenti formulata dalla P.d.C.M. in data 6 giugno 2019 (volta a comprovare il possesso dell'hardware alla data del 7.06.2019).

Con il primo motivo del ricorso parte ricorrente ha lamentato che tale omissione non sarebbe imputabile al costituendo RTI, avendo la stazione appaltante inoltrato la richiesta di chiarimenti, anziché mediante caricamento sul Sistema attraverso l'area "Comunicazioni" mediante comunicazione a mezzo PEC inoltrata esclusivamente a Telecom, e non anche a Infordata, per giunta utilizzando un indirizzo PEC da quello a tal fine specificamente eletto. Ha pertanto dedotto censure di violazione e falsa applicazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili.

Con il secondo motivo ha dedotto violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, violazione della par condicio; illogicità, irragionevolezza, ingiustizia manifesta in quanto la seconda richiesta di chiarimenti è stata inviata esclusivamente alla Telecom Italia, designata mandataria del costituendo RTI, senza tuttavia esser destinataria della stessa anche la mandante Infordata.

Con il terzo motivo - nell'ipotesi in cui si dovesse ritenere il prodotto offerto dal RTI ricorrente non conforme alle specifiche tecniche di cui alla documentazione di gara – in via gradata ha impugnato le specifiche tecniche di cui alla

documentazione di gara, deducendo illegittimità e nullità della lex specialis per violazione dell'art.68 del D.lgs.50/2016, dell'art.83 del medesimo D.lgs. e del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Ha quindi concluso per l'accoglimento del ricorso, e - per la denegata ipotesi di stipula del contratto con la Mauden- ha formulato richiesta di risarcimento del danno, anche in forma specifica ritenendo di aver titolo all'aggiudicazione della gara e all'espletamento della fornitura, come meglio precisato nel ricorso introduttivo.

Con successivi motivi aggiunti parte ricorrente ha impugnato la Nota Prot. n. DSS/0005550 del 12/07/2019 con cui la P.d.C.M., in risposta all'istanza di autotutela trasmessa dal RTI ricorrente il 25 giugno 2019, ha confermato il provvedimento di esclusione dall'Appalto.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione con l'Avvocatura dello Stato, che ha chiesto l'estromissione dal giudizio di Consip, essendo stata la procedura interamente gestita dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, trattandosi di provvedimento meramente confermativo.

Nell'odierna udienza, la causa è stata trattenuta in decisione.

In via preliminare, va respinta l'eccezione di difetto di legittimazione passiva proposta da Consip che, ai sensi di quanto previsto anche dall'art.7.1. e 7.2. del Capitolato d'oneri, deve a tutti gli effetti intendersi quale stazione appaltante della gara al quale va riferita la disponibilità della piattaforma informatica e del software applicativo deputato alla gestione della gara con modalità telematiche (avvalendosi del supporto tecnico del Gestore del Sistema).

Nel merito, il Collegio ritiene inammissibile la terza censura, atteso che l'esclusione del costituendo RTI è chiaramente avvenuta a seguito della mancata risposta alla seconda richiesta di chiarimenti del RUP e non per motivi sostanziali inerenti alla valutazione dei contenuti dell'offerta; è invece infondata la seconda

censura, con cui la ricorrente lamenta la mancata comunicazione alla Infordata S.p.A., sia perché come ritenuto anche da recente giurisprudenza, in caso di costituendi R.T.I. l'onere della comunicazione, analogamente agli altri adempimenti di gara, può ritenersi soddisfatto – fatta eccezione per il caso di diverse espresse previsioni- ove sia assolto nei confronti della mandataria quale punto di riferimento unitario del costituendo raggruppamento (in tal senso, cfr. anche Cons. Stato, III, sent. 10 luglio 2019, n. 4866); sia perché nello specifico caso in esame la comunicazione anche ad Infordata S.p.A. si sarebbe rivelata un mero formalismo privo di effetti, se non quello di sollecitare la mandataria a fornire le informazioni nella propria disponibilità, atteso che la società mandante, come da indicazioni fornite dalle due società all'atto della partecipazione alla gara, si sarebbe occupata esclusivamente della installazione e posa in opera.

Il ricorso e i motivi aggiunti meritano tuttavia accoglimento in considerazione della fondatezza della prima censura del ricorso principale.

Con riferimento alla specifica gara di cui trattasi, rileva il Collegio che le modalità delle comunicazioni tra Stazione appaltante e operatori economici sono regolate dall'art.7.3 del Capitolato d'oneri, "Area comunicazioni", oltre ad essere descritte dall'art.8.4 del Manuale d'uso, intitolato "Comunicazioni".

La prima disposizione prevede che l'operatore economico, con la presentazione della "Domanda di ammissione", elegga automaticamente domicilio nell'apposita "Area comunicazioni" ad esso riservata ai fini della ricezione di ogni comunicazione inerente la procedura di gara.

Inoltre, è fatto obbligo all'operatore economico di eleggere domicilio presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, il numero di fax e l'indirizzo, che indica al momento della Registrazione ovvero al momento della presentazione della "Domanda di ammissione".

Secondo tale disposizione, nel caso di indisponibilità del Sistema e, comunque, in ogni caso in cui Consip S.p.A. lo riterrà opportuno, Consip S.p.A. invierà le comunicazioni inerenti la procedura a mezzo posta elettronica certificata, o a mezzo

fax presso i recapiti indicati dall'operatore economico in sede di Registrazione ovvero al momento di presentazione della "Domanda di ammissione".

Sulla base di quanto previsto dal Capitolato d'oneri, quindi, l'amministrazione può effettivamente procedere a comunicazioni a mezzo PEC nel caso di indisponibilità del Sistema e, comunque, in ogni caso in cui Consip S.p.A. "lo riterrà opportuno".

Il Manuale d'uso al punto 8.4. "Comunicazioni", nel richiamare l'art.40 del Codice appalti il quale prevede l'obbligo dell'uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione e l'art.5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale), opta senza dubbio – quantomeno per quanto riguarda la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, dell'esclusione e della decisione di non aggiudicare- per la comunicazione attraverso l'apposita "Area Comunicazioni", che "*si delinea pertanto come una sorta di ufficio postale virtuale, che riceve le comunicazioni dal mittente e le mette a disposizione del destinatario*".

Tanto premesso, è incontestata tra le parti e documentalmente provata la circostanza che la seconda richiesta di chiarimenti, di cui alla nota prot. n. DSS 0004446 in data 6 giugno 2019, alla quale parte ricorrente non ha fornito risposta, sia stata inviata dall'amministrazione a Telecom non tramite l'aerea riservata di cui allo SDAPA, bensì a mezzo PEC ad un indirizzo PEC diverso da quello espressamente eletto a tal fine nella domanda di partecipazione alla gara.

Al riguardo, non può trovare accoglimento la tesi dell'amministrazione secondo cui, nel caso in esame, la richiesta di chiarimenti sarebbe stata correttamente inoltrata a Telecom in quanto ai fini delle comunicazioni amministrative tra P.A. e impresa l'unico indirizzo PEC valido sarebbe quello risultante dai pubblici elenchi e, in particolare, quello risultante dall'INI-PEC.

Tale tesi è infatti in contrasto con quanto testualmente previsto dalla lex specialis della gara, oltre a risultare non in linea con le regole generali dettate dal Codice dell'amministrazione digitale in materia di comunicazioni telematiche tra

amministrazioni e imprese.

Come è noto, infatti l'art.5 bis del CAD (decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82) - Comunicazioni tra imprese e amministrazioni pubbliche, prevede che "La presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti, anche a fini statistici, tra le imprese e le amministrazioni pubbliche avviene esclusivamente utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Con le medesime modalità le amministrazioni pubbliche adottano e comunicano atti e provvedimenti amministrativi nei confronti delle imprese.

Il successivo art. 6, comma 1, del CAD - nell'attuale formulazione in virtù delle modifiche da ultimo introdotte con il D.Lgs. 13/12/2017, n. 217- stabilisce poi che "Le comunicazioni tramite i domicili digitali sono effettuate agli indirizzi inseriti negli elenchi di cui agli articoli 6-bis, 6-ter e 6-quater, o a quello eletto come domicilio speciale per determinati atti o affari ai sensi dell'articolo 3-bis, comma 4-quinquies (…).

A differenza di quanto previsto per le comunicazioni processuali dall'art.16 ter del D.L. n.179/2012, come modificato dalla legge n.221/2012 (secondo cui ai fini delle comunicazioni processuali possono essere utilizzati solo gli indirizzi PEC risultanti dai pubblici elenchi ivi espressamente contemplati) per quanto riguarda le comunicazioni tra amministrazione e operatori economici, pur tenuti a dotarsi di un domicilio digitale iscritto nell'elenco di cui agli articoli 6-bis o 6-ter, l'art.3 bis comma quinquies del CAD ammette la possibilità di eleggere un domicilio digitale diverso da quello di cui al comma 1-ter. In tal caso, ferma restando la validità ai fini delle comunicazioni elettroniche aventi valore legale, colui che lo ha eletto non può opporre eccezioni relative alla forma e alla data della spedizione e del ricevimento delle comunicazioni o notificazioni ivi indirizzate.

Venendo alla specifica gara in esame, l'art.7.3. del Capitolato d'oneri si limita a prevedere l'obbligo dell'operatore economico di eleggere domicilio presso (un) indirizzo PEC al momento della registrazione o della presentazione della domanda, senza specificare che debba necessariamente trattarsi di quello risultante da

pubblici elenchi (come ad esempio previsto in materia di notificazioni telematiche dall'art.3 bis della legge 21 gennaio 1994, n.53).

La possibilità di eleggere un unico indirizzo PEC diverso da quello dei pubblici elenchi risulta peraltro rispondere alle esigenze del corretto svolgimento dell'iter procedimentale svolto con modalità telematiche, che appaiono maggiormente garantite, rispetto a comunicazioni indirizzate ad un indirizzo PEC valido a qualsiasi effetto di legge, con la possibilità per l'operatore economico di individuare uno specifico destinatario, nell'ambito della procedura di gara, quale referente degli adempimenti connessi alla ricezione delle specifiche comunicazioni (a maggior ragione quando si tratti di un sistema di comunicazione telematica residuale, sul quale pertanto è necessario riporre una particolare attenzione).

Ne deriva che, nel caso in esame, la seconda richiesta di chiarimenti rivolta dall'amministrazione avvalendosi non dell'Area Comunicazioni, come da regola, bensì della PEC, non poteva che essere inoltrata allo specifico indirizzo PEC a tal fine eletto dall'operatore economico al momento della registrazione/presentazione della domanda.

Né su tale interpretazione può incidere la circostanza di mero fatto che, nel corso della medesima gara, la Stazione appaltante abbia interloquito con l'operatore economico avvalendosi, sia per ricevere che per inoltrare richieste (tra cui quella della nota prot. n. DSS 0003538 del 3 maggio 2019, ossia la prima richiesta di chiarimenti da parte del RUP della gara, regolarmente evasa) dell'indirizzo telecomitalia@pec.telecomitalia.it, cioè quello ufficiale risultante dal pubblico elenco INI-PEC.

Va peraltro evidenziato che, qualora la stazione appaltante avesse inteso utilizzare ai fini delle comunicazioni esclusivamente l'indirizzo ufficiale risultante dai pubblici elenchi, non sarebbe stato neppure necessario richiederne l'esplicita dichiarazione da parte dell'operatore economico all'atto della presentazione della domanda/registrazione, essendo a tal fine sufficiente specificare nel Capitolato

d’oneri che le eventuali comunicazioni a mezzo PEC sarebbero state effettuate esclusivamente agli indirizzi PEC risultanti dai pubblici elenchi.

Tale interpretazione coincide anche con il tenore letterale dell’art.22 comma 3 delle Regole del Sistema di e-Procurement della Pubblica Amministrazione, nella parte in cui prevede espressamente che “laddove il soggetto aggiudicatore o Consip lo ritengano necessario (…) od opportuno, le comunicazioni di cui al comma 2 potranno essere inviate al Fornitore presso altri recapiti da questo dichiarati, quali l’indirizzo di Posta Elettronica Certificata (…)”: se da un lato la norma consente all’amministrazione, ove lo ritenga necessario, di utilizzare canali di comunicazione alternativi rispetto alla piattaforma SDAPA, dall’altro anche tali Regole non individuano come “esclusivo” il domicilio digitale risultante da pubblico elenco.

In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti, avuto riguardo al primo motivo del ricorso, devono essere accolti e, per l’effetto, va annullato perché illegittimo il provvedimento di esclusione della ricorrente, a cui consegue l’invalidità derivata del provvedimento di aggiudicazione dell’appalto, datato 24.06.2019, in favore della controinteressata Mauden, fatti salvi i successivi provvedimenti dell’amministrazione.

Tenuto conto anche dell’esito dell’istanza cautelare va invece respinta, per insussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie ex art.2043 c.c., la domanda risarcitoria.

Sussistono, infine, giusti motivi per disporre la integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

respinge l’eccezione di difetto di legittimazione passiva di Consip s.p.a.;

accoglie il ricorso principale ed il ricorso per motivi aggiunti e, per l’effetto,

annulla gli atti impugnati;

respinge la domanda di risarcimento del danno;

compensa interamente tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Mariangela Caminiti, Consigliere

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Ines Simona Immacolata Pisano	**Salvatore Mezzacapo**

IL SEGRETARIO