



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 12245 del 2021, proposto da Ivs Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Netti, Cristina Brasca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

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

Direzione Casa Circondariale di Rieti "Nuovo Complesso", Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Royal Coffee Distributori Automatici S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento Prot. n. 10838/A.C. del 20 ottobre 2021, avente ad oggetto "Aggiudicazione RdO 2813718 distributori di bevande e generi di conforto", notificato alle concorrenti in pari data;

- della graduatoria stilata dalla Commissione giudicatrice, trasmessa tramite pec in data 20 ottobre 2021 dall'ufficio protocollo della Casa Circondariale di Rieti unitamente al provvedimento di aggiudicazione;

- della nota di riscontro alla richiesta di accesso agli atti e riesame, prot. n. 10837/A.C. del 20 ottobre 2021, resa dalla Casa Circondariale di Rieti in pari data;
- della nota di diniego alla richiesta di accesso agli atti, prot. n. 10051/A.C. del 30 settembre 2021, resa dalla Casa Circondariale di Rieti;
- della nota di diniego alla richiesta di accesso agli atti, prot. n. 8053/A.C. del 3 agosto 2021, resa dalla Casa Circondariale di Rieti;
- del verbale di assegnazione provvisoria RdO 2813718 del 28 luglio 2021;
- di ogni altro verbale esistente e relativo alla procedura di gara espletata, tanto di seduta pubblica che di seduta riservata reso dalla Commissione nel corso dell'espletamento della procedura di gara, ivi compresi tutti gli atti e i verbali di valutazione, anche quelli a carattere interno, allo stato non cognitivi;
- del contratto, ove nelle more sottoscritto;
- di ogni altro documento, atto e provvedimento presupposto, connesso, conseguente e/o successivo, anche di carattere interno ed a contenuto generale, che ha condotto la Stazione concedente ad aggiudicare la gara in favore di Royal Coffee Distributori Automatici s.r.l.;
- nonché di ogni atto connesso, presupposto o conseguente agli atti e provvedimenti qui impugnati, allo stato non cognito.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2022 la dott.ssa Francesca Romano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato il 19 novembre 2021 e depositato il successivo 30 novembre, la società IVS Italia ha adito questo Tribunale al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento Prot. n. 10838/A.C. del 20/10/2021, avente ad oggetto "*Aggiudicazione RdO 2813718 distributori di bevande e generi di conforto*", notificato alle concorrenti in pari data, in uno con la graduatoria finale e di tutti gli altri atti come in epigrafe specificati.

2. Con bando di gara RdO n. 2813718, pubblicato su piattaforma informatica MEPA, la Casa Circondariale di Rieti ha avviato una procedura di selezione rivolta agli operatori del settore per l'affidamento del servizio di somministrazione di bevande calde, fredde e snack

a mezzo distributori automatici - CIG Z2A30B8161, secondo il criterio del minor prezzo, ex art. 95, comma 4, d. lgs. 50/2016, attraverso l'aggiudicazione della concessione al concorrente che avrebbe realizzato la "migliore media aritmetica dei ribassi", calcolata sui ribassi percentuali offerti per ognuno dei singoli prodotti indicati nella tabella da compilare fornita all'allegato 4 della documentazione di gara.

Alla procedura partecipavano presentando la propria offerta oltre alla ricorrente, IVS ITALIA Spa, anche le Società Aromatika Srl, Methodo Srl e Royal Coffee Distributori Automatici Srl.

Espletata la gara, svolta interamente per via telematica, in data 28 luglio 2021 la stazione appaltante pubblicava nell'apposita sezione della piattaforma Mepa, dedicata alla procedura in questione, il "verbale di assegnazione provvisoria RDO 2813718 del 28/07/2021", dove emergeva l'aggiudicazione provvisoria in favore della ditta Royal Coffee Distribuzione Automatica s.r.l.

IVS ITALIA, avendo in qualità di concorrente un interesse diretto e concreto, formulava istanza di accesso agli atti per prendere visione ed estrarre copia di tutti gli atti e documenti relativi all'espletamento della procedura oltre alle offerte delle concorrenti.

Con nota del 3 agosto 2021, la stazione concedente concedeva l'ostensione al verbale di assegnazione provvisoria del 28 luglio 2021, affermando che "i verbali di gara sono stati trasmessi e comunicati a mezzo MEPA e non ci sono stati altri verbali di sedute private" e negando l'accesso alle offerte economiche delle altre concorrenti.

La ricorrente reiterava, quindi, ancora una volta l'istanza di accesso e, in data 9 ottobre 2021, con ulteriore istanza di accesso agli atti di gara e contestuale istanza di riesame, richiedeva di nuovo, gli atti, i documenti e le offerte di gara, invitando altresì la P.A. a rivedere il proprio operato, al fine di emendare le proprie determinazioni, che apparivano già *prima facie* viziate.

Ciò perché, consultata la sezione del portale MEPA afferente alle offerte di gara, segnatamente alla sezione "Valore complessivo dell'offerta", nella stringa afferente alla concorrente IVS Italia, risultava (erroneamente) inserito il coefficiente 1,0 (punti percentuali), quale percentuale di sconto complessivo offerto da IVS ITALIA.

Tale circostanza, come espone parte ricorrente, risultava essere frutto di un errore (materiale), posto che dall'offerta economica - ALLEGATO 4 "TABELLA PREZZI PRODOTTI" - depositata in gara era chiaro ed evidente che la media aritmetica dello sconto complessivo per i prodotti indicata da IVS Italia fosse pari a 40,74%.

Ciò nonostante, in data 20 ottobre 2021, l'Amministrazione, negando ancora una volta l'accesso agli atti, ha rigettato le censure mosse circa l'errore di valutazione operato e, con nota prot. n. 10838/C, emessa in pari data, ha comunicato il provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore di Royal Coffee Distribuzione Automatica s.r.l.

3. Avverso i gravati atti di aggiudicazione della gara, la società ricorrente deduce, con un unico motivo di legittimità la violazione dell'art. 5 del Capitolato di gara "Valutazione dell'offerta economica"; eccesso di potere per difetto di istruttoria ed illogicità manifesta; violazione del principio di *par condicio*.

4. Si è costituito in giudizio il Ministero della Giustizia eccependo, in via preliminare, la tardività del ricorso per essere stato notificato ben oltre il termine decadenziale previsto dalla legge.

5. All'esito della pubblica udienza del 14 gennaio 2022, con ordinanza collegiale n. 651/2022, il collegio ha chiesto alla resistente amministrazione chiarimenti istruttori in merito alla prova dell'avvenuta pubblicazione dell'esito dell'aggiudicazione definitiva sul MEPA.

6. Alla pubblica udienza del 25 febbraio 2022 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso deve essere dichiarato irricevibile per tardività della notificazione.

2. Con riguardo alle gare gestite tramite il sistema di procurement MEF – Consip la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire come, a fronte dell'onere della p.a. di utilizzare la piattaforma telematica per tutte le comunicazioni relative alla procedura, sussiste in capo all'operatore economico l'onere di procedere all'accreditamento sul sistema, attraverso l'attivazione di un'utenza, con elezione di domicilio speciale presso la medesima piattaforma per la corrispondenza relativa alle gare di appalto, conformemente all'art. 3bis, comma 4quinqies, d.lgs. n. 82/2005, il quale consente di eleggere domicilio speciale ai sensi dell'art. 47 c.c. anche presso un domicilio digitale diverso dalla PEC.

“Dunque, l'impresa "accreditata" sulla piattaforma non può legittimamente invocare l'assenza di pubblicità né lamentare il mancato invito alla procedura negoziata, nella misura in cui l'invito e la documentazione di gara siano state oggetto di comunicazioni indirizzate al suddetto domicilio e siano ivi disponibili per il destinatario tenuto ad attivarsi al fine di una loro tempestiva conoscenza” (in termini Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2019, n. 7764).

Le precedenti considerazioni si attagliano anche alla presente controversia, che riguarda una gara interamente gestita secondo modalità telematiche attraverso l'utilizzo della piattaforma MEPA.

La circostanza che tutte le comunicazioni relative alla gara dovessero transitare all'interno del MEPA si desume dal manuale d'uso sul MEPA, nella sezione relativa alle "comunicazioni", che ribadisce che "Per garantire tracciabilità e affidabilità nello scambio d'informazioni tra la stazione appaltante e i concorrenti, tutte le comunicazioni transitano sul sistema" e aggiunge anche che sia i "Punti Ordinanti" (ossia, le stazioni appaltanti) sia le imprese, all'atto della "abilitazione" alla piattaforma telematica, dichiarano e sottoscrivono che "per la ricezione di ogni eventuale comunicazione e/o di richieste di chiarimento e/o integrazione della documentazione presentata, il Concorrente elegge domicilio presso l'Area comunicazioni del Sistema".

“Dunque, risulta chiaro che, nel caso di procedure di gara gestite attraverso il MEPA, il canale ufficiale di comunicazione tra i concorrenti e la stazione appaltante è quello del sistema informatico di gestione della procedura. Ciò in applicazione di quelle regole di funzionamento, accettate dalle imprese offerenti, che disciplinano il MEPA e che rispondono alla necessità di garantire, attraverso la gestione unitaria della gara all'interno della piattaforma telematica, la speditezza, certezza e il buon andamento dell'azione amministrativa” (così, Tar Roma, (Lazio) sez. I, 2 novembre 2021, n. 11124).

Più nel dettaglio, il Regolamento del Sistema di e-procurement dispone, all'art. 22 "Comunicazione", che:

"1. Ai fini dell'utilizzo del Sistema e per tutte le attività e le operazioni ivi compiute, il Fornitore elegge il proprio domicilio nel Sistema ovvero nell'Area Comunicazioni e nelle altre sezioni del Sistema medesimo tramite le quali vengono fornite informazioni agli utenti, nonché presso gli altri recapiti da questo dichiarati, l'indirizzo di Posta Elettronica Certificata e la sede legale.

"2. Tutte le comunicazioni effettuate dal Soggetto Aggiudicatore e dal Fornitore quali, a titolo esemplificativo, eventuali richieste di chiarimenti, documenti, certificazioni, dovranno di regola essere effettuate utilizzando il Sistema ovvero l'Area Comunicazioni e le altre sezioni del Sistema medesimo tramite le quali vengono fornite informazioni agli utenti. Il Fornitore e il Soggetto Aggiudicatore prendono atto che l'utilizzo dell'Area Comunicazioni nonché delle su richiamate sezioni è esclusivamente riservato alle comunicazioni inerenti le operazioni compiute nel Sistema di e-Procurement. Non è pertanto ammesso l'impiego di tale Area o di dette sezioni per comunicazioni estranee o comunque non direttamente inerenti l'utilizzo predetto.

"3. Consip S.p.A. utilizza di regola l'Area Comunicazioni e le altre sezioni informative del Sistema per inviare e ricevere le comunicazioni con il Fornitore e il Soggetto Aggiudicatore inerenti gli Strumenti di Acquisto/Negoziazione per i quali il Fornitore e il Soggetto

Aggiudicatore sono abilitati o registrati. Laddove il Soggetto Aggiudicatore o Consip lo ritengano necessario (come ad esempio nel caso delle comunicazioni di cui all'art. 76, comma 6 del Codice dei Contratti Pubblici) 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. Sono fatte salve specifiche prescrizioni eventualmente previste dai Soggetti Aggiudicatori nella documentazione di gara.

"4. In caso di malfunzionamento del Sistema o comunque di oggettiva impossibilità, anche temporanea, di utilizzare l'Area Comunicazioni o le apposite sezioni informative per l'invio delle comunicazioni, le comunicazioni potranno essere inviate attraverso gli altri recapiti indicati dal Fornitore, dai Soggetti Aggiudicatori e da Consip S.p.A. quale la casella di Posta Elettronica Certificata.

"5. Il Fornitore si impegna ad accedere, verificare e tenere sotto controllo in maniera continuativa e sollecita, e comunque tutte le volte che si renderà necessario in funzione della propria partecipazione al Sistema, l'Area Comunicazioni e tutte le sezioni informative del proprio Account quale la casella di Posta Elettronica Certificata da questo indicata, così come ogni altra area eventualmente indicata da Consip S.p.A. all'interno del Sito. Il Fornitore si impegna inoltre ad adottare comunque tutte le cautele idonee a garantire un efficiente funzionamento del Sistema di e-Procurement, tenendo indenne il MEF, Consip S.p.A. ed il Gestore del Sistema da qualsiasi pregiudizio potesse agli stessi derivare, sia direttamente che indirettamente, dall'utilizzo illecito o comunque improprio del Sistema.

"6. Qualsiasi comunicazione inviata dal Fornitore nell'ambito del Sistema di e-Procurement si avrà per eseguita nel momento in cui perverrà nell'Area Comunicazioni del destinatario o all'indirizzo di Posta Elettronica Certificata indicato da Consip S.p.A. o dal Soggetto Aggiudicatore precedente.

"7. Il MEF, Consip S.p.A. ed il Gestore del Sistema non potranno comunque essere ritenuti responsabili per eventuali malfunzionamenti del Sistema che in qualsiasi modo possano pregiudicare o ritardare la consegna delle comunicazioni al destinatario finale.

"8. È fatto divieto ai Fornitori di utilizzare le informazioni e, in generale, i dati presenti sul Sito relativi agli Utenti per l'invio di comunicazioni o sollecitazioni commerciali o di altro genere. In generale, gli indirizzi di posta elettronica semplice e certificata e i recapiti degli Utenti reperibili nell'ambito del Sistema di e-Procurement sono esclusivamente riservati per lo svolgimento di attività e l'effettuazione di comunicazioni strettamente e direttamente inerenti agli Strumenti di Acquisto/Negoziazione."

“Dalla ricostruzione appena effettuata, tenendo presente sia il dato normativo proveniente dal CAD come pure le regole vigenti, giusta il Regolamento del Sistema di e-procurement, negozialmente vincolante tra le parti, non può dubitarsi della validità ed efficacia delle comunicazioni effettuate mediante il Sistema MEF-Consip nei confronti dei soggetti accreditati, stante la possibilità data dalla norma di rango primario di individuare un domicilio digitale ad hoc, valevole come domicilio speciale ex art. 47 cod. civi., e la regola pattizia in cui le parti si sono vincolate ad usare la stessa piattaforma MEF-Consip” (in tal senso, Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2019, n.7764).

3. Ciò posto, all’esito della disposta istruttoria è risultato, dalla documentazione depositata in atti e dalla nota esplicativa dell’amministrazione, che l’avviso dell’aggiudicazione provvisoria è stato pubblicato sul MEPA in data 28 luglio 2021.

Mentre gli altri operatori nei due giorni seguenti ne hanno dato lettura, la ricorrente ha prelevato la comunicazione dal portale solo in data 6 settembre 2021.

Peraltro, a fronte dell’istanza di accesso agli atti di gara, formulata dalla ricorrente in data 28 luglio 2021, l’amministrazione con nota del 3 agosto 2021, ha trasmesso il verbale di aggiudicazione, aggiungendo che gli atti di gara erano disponibili sul portale MEPA e che, in caso di difficoltà ad acquisirne copia, la stessa Amministrazione si sarebbe fatta parte diligente.

In data 6 agosto 2021 è intervenuta l’aggiudicazione definitiva, risultante sempre dal portale MEPA, laddove dalla schermata prodotta in atti risulta che sotto la voce “classifica”, si apre la schermata degli offerenti ed accanto al nome del concorrente aggiudicatario Royal Coffee Distributori Automatici s.r.l., compare la dicitura “Aggiudicatario definitivo”.

Sul punto occorre precisare, come si evince espressamente dal “Manuale d’uso del Sistema di e-Procurement per le Amministrazioni MePA - Procedura di acquisto tramite RDO aggiudicata al prezzo più basso”, che in tale sistema la procedura di aggiudicazione segue una modalità del tutto semplificata rispetto alle procedure ordinarie.

Qui, infatti, intervenuta l’aggiudicazione provvisoria attraverso la classifica generata automaticamente dal sistema, compare la dicitura accanto all’offerta migliore di “aggiudicatario provvisorio” (4.1. Aggiudicazione provvisoria, Manuale d’uso).

Il passaggio all’aggiudicazione definitiva avviene con l’apposizione della dicitura “aggiudicatario definitivo” sempre al margine della classifica, dopo che il punto ordinante abbia effettuato la verifica dei requisiti che può avvenire anche automaticamente attraverso il Sistema (4.2. Aggiudicazione definitiva, Manuale d’uso).

Ebbene, nel caso di specie, l’amministrazione già in data 3 agosto 2021 aveva comunicato alla ricorrente, in risposta all’istanza di accesso agli atti, che “i verbali di gara sono stati

trasmessi e comunicati a mezzo MEPA e non ci sono stati altri verbali di sedute private”, con ciò chiarendo come la procedura fosse oramai conclusa.

A nulla rileva, a tal fine, la comunicazione, di valore meramente ricognitivo, inviata dall'amministrazione alla ricorrente in data 20 ottobre 2021, con la quale dava conto dell'intervenuta aggiudicazione definitiva a favore di Royal Coffee Distributori Automatici.

Nell'ambito della procedura MEPA, giova ribadirlo, l'aggiudicazione definitiva segue un procedimento del tutto semplificato nel quale, da un lato, l'obbligo di comunicare l'aggiudicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5, cod. app., è sostituito dalla pubblicazione delle relative informazioni direttamente sul sistema MEPA, come ampiamente sopra argomentato; dall'altro, la stessa aggiudicazione definitiva avviene più celermente in quanto l'amministrazione ha la possibilità di procedere alla verifica dei requisiti direttamente dal Sistema.

L'aggiudicazione definitiva, nel caso di specie, è dunque intervenuta, come affermato dall'amministrazione, in data 6 agosto 2021 allorquando già compariva la definizione di “aggiudicatario definitivo” nella schermata della classifica di gara.

4. Da ciò consegue l'irricevibilità del presente ricorso notificato alla resistente amministrazione solo in data 19 novembre 2021.

5. Stante la peculiarità della fattispecie trattata sussistono giustificati motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Mariangela Caminiti, Consigliere

Francesca Romano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Romano

IL PRESIDENTE
Concetta Anastasi

IL SEGRETARIO