



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 Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1191 del 2021, proposto da

Ernesto Invernizzi S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Annibali, Andrea Ruffini, Antonietta Favale, Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

E.S.T.A.R. - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fausto Falorni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via de' Pucci 4;

nei confronti

Accenture S.p.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione n. 1329 del 10.08.2021 avente ad oggetto "Appalto specifico, suddiviso in due lotti, per la fornitura di container per sterilizzazione - accordo quadro con più operatori economici e relativi accessori - ammissione ditte", nella parte in cui non comprende nell'elenco delle ditte ammesse la Ernesto Invernizzi S.p.a.;

- del verbale 1 della seduta riservata del 14.07.2021;

- del verbale 2 della seduta riservata del 29.07.2021;
 - dell'attestazione della piattaforma START in merito all'elenco delle offerte pervenute;
 - nota prot. n. 46672 del 06.08.21;
 - nota prot. n. 51933 del 10.09.21;
 - della nota prot. n. 52714 del 15.09.21;
 - ove occorrer possa, della determinazione n. 928 del 08.06.2021 di indizione della procedura di gara, del disciplinare e del capitolato, delle Norme tecniche di funzionamento del sistema START, del Manuale d'uso per gli operatori economici della piattaforma START, nonché dei relativi allegati;
 - di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso ai precedenti ancorché non noto;
- nonché, se stipulato, per la declaratoria di inefficacia del contratto, e per il risarcimento del danno, con richiesta in via istruttoria:
- di acquisizione del file log, onde disporre su di esso una verifica al fine di accertare blocchi, rallentamenti o altre anomalie della piattaforma START nella fase di caricamento dell'offerta da parte di Ernesto Invernizzi S.p.a..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di E.S.T.A.R. - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2021 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 e 120 co. 6 cod. proc. amm.;

1. La Ernesto Invernizzi S.p.a. ha partecipato alla procedura di appalto indetta da E.S.T.A.R. – centrale di committenza specializzata di aziende ed enti del servizio sanitario toscano – per l'affidamento, nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione, della fornitura di container per sterilizzazione.

La gara, indetta con la determinazione n. 928 dell'8 giugno 2021 e suddivisa in due lotti, si è svolta integralmente mediante la piattaforma telematica "START" (Sistema Telematico Acquisti della Regione Toscana). Il termine per la presentazione delle offerte era fissato dal disciplinare di gara per le ore 16:00 del 13 luglio 2021, con la

precisazione che il sistema non avrebbe consentito di completare le operazioni di presentazione di un'offerta una volta scaduto il termine.

La società ricorrente espone di aver intrapreso il caricamento della propria offerta sulla piattaforma alle ore 15:08:10 e di avere completato l'operazione alle ore 15:58:24 del 13 luglio. Entro le 16:00 essa avrebbe altresì provveduto all'invio telematico dell'offerta, ricevendo dal sistema un primo messaggio di conferma, seguito, alcuni minuti più tardi, da un messaggio PEC contenente la notifica di ricezione dell'offerta. Sia il primo, che il secondo messaggio di riscontro, indicavano quale orario di ricezione le 16:00:15.

Non avendo ricevuto altre comunicazioni, il 3 agosto 2021 Invernizzi S.p.a. ha sollecitato alla stazione appaltante chiarimenti circa lo stato della procedura. Con nota del 6 agosto, E.S.T.A.R. avrebbe risposto all'interessata di avere proceduto all'apertura delle buste elettroniche contenenti la documentazione amministrativa presentata dai concorrenti, ma di non aver rinvenuto la sua offerta fra quelle ammesse alla gara attraverso il sistema telematico.

L'odierna ricorrente ha quindi trasmesso a E.S.T.A.R. i documenti attestanti – a suo avviso – l'avvenuta, tempestiva, presentazione dell'offerta. I successivi scambi fra le parti si sono peraltro conclusi con la nota del 15 settembre 2021, con la quale l'amministrazione procedente ha confermato l'ammissione alla gara delle sole offerte acquisite attraverso la piattaforma START.

1.1. La mancata ammissione alla procedura in questione, per entrambi i lotti, è impugnata dalla Invernizzi, che ne chiede l'annullamento sulla scorta di due motivi in diritto.

Il gravame è esteso, all'occorrenza, alle norme tecniche di funzionamento e al manuale d'uso del sistema START, e si accompagna alla richiesta di acquisire in via istruttoria il file di log, contenente la registrazione delle operazioni da essa eseguite sulla piattaforma telematica, onde sottoporlo a verifica volta ad accertare l'esistenza di blocchi, rallentamenti o altre anomalie del sistema nella fase di caricamento dell'offerta da parte di Invernizzi S.p.a..

1.2. Resiste al ricorso E.S.T.A.R., mentre non si è costituita Accenture S.p.a., evocata in giudizio in veste di gestore della piattaforma START.

1.3. Sulla domanda cautelare formulata con dalla società ricorrente, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella camera di consiglio del 9 novembre 2021,

con avvertimento alle parti circa la possibilità di una definizione nel merito con sentenza “breve”.

2. La controversia va definita con sentenza in forma semplificata, sussistendo le condizioni richieste dall'art. 120 co. 6, primo periodo, c.p.a., come modificato dal d.l. n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020.

Con il primo motivo di ricorso, Ernesto Invernizzi S.p.a. afferma di avere completato la procedura di caricamento e invio telematico dell'offerta entro l'orario stabilito dalla legge di gara, ricevendone la conferma da parte del sistema. Di contro, E.S.T.A.R. avrebbe fondato la mancata ammissione sulle mere risultanze della piattaforma START, senza eseguire altre verifiche, e questo nonostante la stessa piattaforma avesse fornito riscontri discordanti posto che, secondo quanto asserito da E.S.T.A.R., l'offerta di Invernizzi non risulterebbe né dall'elenco delle offerte presentate, né dal verbale delle operazioni di gara; eppure sarebbe stata regolarmente presentata, come confermato dal messaggio PEC trasmesso a Invernizzi e che, stando alle norme tecniche di funzionamento del sistema START, non sarebbe dovuto giungere in presenza di un'offerta inviata oltre il termine.

Con il secondo motivo la ricorrente deduce che, ove la propria offerta dovesse essere ritenuta tardiva, la mancata ammissione alla gara sarebbe comunque illegittima.

Dai messaggi ricevuti dal sistema, l'offerta risulterebbe “sottomessa” alle ore 16:00:15 del 13 luglio 2021. Tuttavia il disciplinare di gara, nello stabilire quale termine ultimo per la presentazione delle offerte le ore 16:00, andrebbe inteso nel senso di ritenere tardive le offerte inviate o inserite a partire dalle 16:01. Del resto, risulterebbe provato che il sistema telematico ha consentito alla ricorrente di effettuare il completamento delle operazioni di presentazione dell'offerta, dando conferma dell'invio e della “sottomissione” della stessa, il che non sarebbe potuto accadere se l'offerta fosse stata tardiva; e la giurisprudenza avrebbe da tempo affermato il principio secondo cui il rischio inerente le modalità di trasmissione dell'offerta telematica non potrebbe farsi gravare sui concorrenti, con conseguente illegittimità delle norme tecniche che, nel caso in esame, dovessero avallare una opposta conclusione.

Aggiunge infine la ricorrente di aver adempiuto al proprio onere probatorio, fornendo tutti gli elementi necessari a evidenziare il malfunzionamento del sistema, e insiste perché il collegio disponga al riguardo apposita verifica.

2.1. Le censure, da esaminarsi congiuntamente, sono infondate.

Il paragrafo 11.2 del disciplinare di gara prevede che, per partecipare alla procedura, i concorrenti avrebbero dovuto inserire nel sistema telematico la domanda di partecipazione, l'offerta tecnica e l'offerta economica, con i rispettivi allegati, entro le ore 16:00 del giorno 13 luglio 2021.

Per espresso riconoscimento del medesimo disciplinare (se ne veda il paragrafo 1) e ai sensi dell'art. 8 co. 3 del regolamento di cui alla D.P.G.R. n. 79/R/2009 (*“Le norme tecniche di funzionamento del sistema costituiscono parte integrante della documentazione di gara”*), la disposizione va peraltro integrata con le norme tecniche di funzionamento del sistema START, approvate dalla Regione Toscana con decreto n. 3631/2015, il cui paragrafo 6 delle norme tecniche stabilisce che gli operatori economici interessati sono tenuti a presentare la documentazione richiesta entro il termine fissato dalla legge di gara *“attraverso il completamento di tutti i passi previsti dalla procedura telematica”*, con l'ulteriore precisazione che la presentazione dell'offerta è compiuta *“quando il concorrente visualizza un messaggio del Sistema di conferma della corretta ricezione dell'offerta. Nella Sezione “Comunicazioni ricevute” relative alla gara il Sistema inserisce la notifica del corretto recepimento dell'offerta stessa; tale notifica è inoltrata alla casella di posta elettronica certificata del concorrente ovvero, qualora non indicata, alla casella e-mail presente nell'indirizzario”*.

La disposizione tecnica che identifica nella *“corretta ricezione”* dell'offerta il momento rilevante ai fini della sua tempestiva presentazione riproduce, nella sostanza, quanto previsto in materia di gare telematiche dall'art. 58 co. 5 del d.lgs. n. 50/2016, in forza del quale è al *“momento della ricezione delle offerte”* che la stazione appaltante notifica a ciascun concorrente il *“corretto recepimento”* dell'offerta. Ed è in linea con il principio generale secondo cui sono irregolari le offerte *“ricevute in ritardo”* rispetto ai termini indicati nel bando (art. 59 co. 3 lett. b) d.lgs. n. 50/2016).

Il paragrafo 6 delle norme tecniche di funzionamento della piattaforma START stabilisce altresì che l'orario finale di presentazione delle offerte è predefinito dal sistema nel formato [hh:mm:ss]. L'orario finale stabilito dal disciplinare di gara deve intendersi dunque quello delle 16:00:00, integrato con l'espressione dei secondi.

Le indicazioni delle norme tecniche trovano riscontro nel manuale d'uso della piattaforma, dal quale si ricava che, completato il caricamento della documentazione dell'offerta, all'operatore economico è richiesto di procedere alla verifica dell'offerta e,

in ultimo, al suo invio al sistema mediante attivazione dell'apposito pulsante, seguito dall'apparizione, appunto, del messaggio di conferma recante l'indicazione della data e dell'orario di invio dell'offerta. L'orario di presentazione delle offerte, nel manuale, è sempre indicato nel formato [hh:mm:ss].

Tanto premesso, il file di log prodotto in giudizio da E.S.T.A.R. – nel quale sono registrate le attività eseguite dall'odierna ricorrente sulla piattaforma START – mostra che l'offerta di Invernizzi S.p.a. è stata “sottomessa” alle ore 15:59:54, sei secondi prima della scadenza del termine. Il processo si è tuttavia completato alle ore 16:00:15, orario che compare inoltre sul documento “dettaglio operazioni”, anch'esso prodotto da E.S.T.A.R., come pure sulla schermata telematica relativa all'offerta, prodotta invece dalla ricorrente, e sul messaggio PEC di conferma della ricezione trasmesso dal sistema; e, lo si è visto, sono le norme tecniche di funzionamento della piattaforma a esigere che nel termine stabilito dalla *lex specialis* intervenga il completamento di tutti i passaggi previsti dalla procedura telematica.

Nella seduta di gara del 14 giugno 2021, l'amministrazione resistente ha verificato la presenza sulla piattaforma START di cinque offerte, che non includevano quella di Invernizzi. La circostanza è perfettamente coerente con il superamento del termine delle ore 16:00:00, mentre non vale sostenere, come fa la ricorrente, che dovrebbero considerarsi tempestive le offerte presentate entro le 16:01, a ciò ostando le regole di gara come integrate dalle norme tecniche di funzionamento del sistema telematico.

A tale conclusione, la ricorrente oppone che la piattaforma START sarebbe stata programmata in modo da non consentire la presentazione di offerte tardive. Di conseguenza, l'avvenuta presentazione dell'offerta nonostante la sua presunta tardività segnalerebbe, quantomeno, un malfunzionamento.

Invernizzi argomenta, in particolare, dal penultimo capoverso del più volte citato paragrafo 6 delle norme tecniche, secondo cui il sistema “*permette di presentare offerte fino alla data e l'orario stabiliti come termine di presentazione delle offerte nella documentazione di gara. Dopo tale termine il sistema non permette di completare le offerte ancora in fase di redazione*”. La disposizione è riprodotta dal disciplinare di gara, che, nello stabilire il termine perentorio per la presentazione delle offerte, in nota chiarisce che il sistema telematico “*non permette di completare le operazioni di presentazione di una offerta dopo tale termine perentorio*”.

La tesi non convince.

La regola tecnica ha il solo scopo di avvertire i concorrenti che, scaduto il termine per la presentazione delle offerte, il sistema non consente di eseguire altre operazioni: ne discende, *a contrario*, che fino alla scadenza è possibile al concorrente operare e, come è accaduto nel caso in esame, anche inviare al sistema la richiesta di sottomissione dell'offerta con attivazione del meccanismo di notifica dell'avvenuto ricevimento da parte del sistema mediante messaggio di conferma e successiva PEC. Ciò non toglie che, stando alla stessa regola tecnica, la presentazione si perfeziona solo quando il processo è completato in ogni suo passaggio e l'offerta è effettivamente ricevuta dal sistema.

Se, pertanto, è al momento della ricezione dell'offerta da parte del sistema che occorre avere riguardo, la tempestività dell'offerta di Invernizzi S.p.a. non può che essere nuovamente esclusa sulla base delle risultanze della piattaforma telematica, le quali confermano che l'offerta è stata ricevuta alle 16:00:15, oltre il termine stabilito. Né la notifica telematica dell'avvenuto ricevimento dell'offerta denota di per sé alcun guasto, trattandosi di evento perfettamente compatibile con la norma tecnica (la quale, è appena il caso di ribadirlo, si limita ad avvertire dell'impossibilità di eseguire operazioni dopo la scadenza del termine).

Neppure il breve lasso di tempo intercorso fra la richiesta di sottomissione dell'offerta e il completamento dell'operazione – ventuno secondi – appare sintomatico di malfunzionamenti. È notorio che le procedure telematiche richiedono tempi che possono cambiare in ragione delle caratteristiche della rete di comunicazione elettronica e della sua capacità di assorbire il traffico di dati: una variabile la cui possibile incidenza, nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, è onere del concorrente prevedere facendo uso della diligenza esigibile dall'operatore economico professionale, a maggior ragione qualora la legge di gara, come nella specie, individui nella effettiva ricezione delle offerte da parte della piattaforma telematica il momento rilevante ai fini del rispetto del termine finale di partecipazione.

Per la sua esiguità, l'intervallo occorso fra l'invio dell'offerta di Invernizzi S.p.a. e la sua accettazione da parte del sistema non appare anomalo e, in mancanza di qualsivoglia elemento di prova in tal senso, non costituisce indizio di cattivo funzionamento della piattaforma START.

Quanto alla dedotta illegittimità delle norme tecniche, sia sufficiente osservare che non presenta aspetti di irragionevolezza o di contrarietà ai principi la previsione che, nello stabilire il formato dell'orario finale di presentazione delle offerte, utilizza non soltanto i minuti, ma anche i secondi. Al contrario, essa serve a fugare qualsiasi dubbio in ordine alla esatta individuazione del termine.

Allo stesso modo, non si vede quali principi o regole siano violati dalla norma (paragrafo 9 delle regole tecniche) che attribuisce alle registrazioni di sistema il valore di piena prova fra le parti.

3. In forza di tutte le considerazioni che precedono, il ricorso non può trovare accoglimento.

3.1. Le spese di lite seguono la soccombenza della società ricorrente nei rapporti con E.S.T.A.R., mentre non vi è luogo a pronuncia sulle spese nei rapporti fra Invernizzi S.p.a. e il gestore della piattaforma START, Accenture S.p.a., non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e condanna la ricorrente Ernesto Invernizzi S.p.a. alla rifusione delle spese processuali sostenute da E.S.T.A.R., che liquida in euro 4.000,00, oltre agli accessori di legge.

Nulla per le spese nei rapporti fra la ricorrente e Accenture S.p.a..

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

Silvia De Felice, Referendario

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Eleonora Di Santo

