

**TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO**

**- SEDE DI ROMA –**

**RICORSO CON ISTANZA CAUTELARE**

*nell'interesse di*

**IBH GALZIGNANO SRL** (6867020486), con sede legale in Roma, alla Via Giuseppe Sacconi 4/B, (00131), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa, giusto mandato in calce al presente ricorso, unitamente e disgiuntamente tra loro, dagli Avv.ti Giuseppe Maria Berruti (c.f. BRRRGPP83E13A783Q) e Diana Cecconi (c.f. CCCDNI89H63H501R), ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo difensore in Roma, Piazzale Clodio 32, con richiesta di ricevere agli indirizzi PEC [giuseppemariaberruti@ordineavvocatiroma.org](mailto:giuseppemariaberruti@ordineavvocatiroma.org) e [dianacecconi@ordienavvocatiroma.org](mailto:dianacecconi@ordienavvocatiroma.org) ogni notificazione e comunicazione e comunicando altresì, in subordine, il numero di telefax 06.39739911.

*- ricorrente -*

*contro*

**- PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI**, in persona del Presidente *pro tempore* e **MINISTERO DEL TURISMO**, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui sono per legge domiciliati, in Roma, Via dei Portoghesi, 12, 00186 Roma RM.

**- L'AGENZIA NAZIONALE PER L'ATTRAZIONE DEGLI INVESTIMENTI E LO SVILUPPO D'IMPRESA – INVITALIA S.P.A.**, in persona del Presidente *pro tempore*, con sede legale in Roma, Via Calabria, 46 – 00187.

*- resistenti –*

*nei confronti di*

- **CALIPSO DI PISANI PAOLO & C. S.N.C.** (01721850780), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Calopezzati (CS), Contrada Marinella, 87060, (PEC villaggio.calipso@pec.it);

- **DESIREE 2 DI GIULIANI ADRIANO** (GLNDRN75M08C773G), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Alba Adriatica (TE), Via Mincio, 8, 64011 (PEC info@pec.albergoesiree2.com);

- **BOSA MARE SRL SEMPLIFICATA** (03526550920) in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale, Cagliari (CA), viale regina Margherita (PEC: bosamaresrl@legalmail.it);

- **ITACA SOCIETA' A RESPONSABILITA' LIMITATA** (01361010463) in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Forte dei Marmi (LU), Via provinciale 155 - 55042 (PEC: info@pec.hotelastorvictoria.it).

- *controinteressate* –

*Per l'annullamento, previo accoglimento della domanda cautelare*

- del Decreto del Ministro del Turismo n. 8180 (**doc. 1**) con il quale è stata disposta la concessione delle agevolazioni di cui al d.l. 5 novembre 2021, n. 152 (come convertito in legge) ed ai conseguenti avvisi pubblici del 23 dicembre 2021 e del 18 febbraio 2022, in favore dei soggetti richiedenti individuati nell'Elenco beneficiari (**doc. 2**), poi rettificato in data 1° luglio 2022 (**doc. 3**) con provvedimento sconosciuto negli estremi ma con motivazione pubblicata sul sito internet del Ministero (**doc. 4**), nella parte in cui non contemplano la ricorrente tra le imprese ammesse all'incentivo;

- della comunicazione del 28 luglio 2022 di Invitalia nella quale veniva

reiterata l'esclusione dall'elenco degli ammessi all'agevolazione di riscontro all'istanza della ricorrente del 14 luglio 2022 (**doc. 5**);

- di ogni altro atto consequenziale, connesso, presupposto, anche di contenuto sconosciuto, in quanto lesivo, con riserva di proporre motivi aggiunti

***per la condanna***

- dell'intimata Amministrazione a disporre il subentro nella graduatoria della ricorrente.

**PREMESSA**

1. Nel corso della diffusione della crisi epidemiologica da Covid-19, gli Organi dell'Unione Europea hanno istituito e messo a disposizione degli Stati membri numerosi fondi economici destinati alla “ripresa e resilienza” dalla pandemia; senza dilungarsi oltremodo sulle notorie motivazioni e le modalità con le quali si è arrivato a tale determinazione da parte dell'UE, giova rammentare che il Governo Italiano il 30 aprile 2021 ha trasmesso alla Commissione Europea il Piano nazionale di ripresa e resilienza «Next Generation Italia» (PNRR), poi approvato con decisione del Consiglio del 13 luglio 2021.

2. Successivamente, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 6 agosto 2021, le risorse riservate all'Italia e che saranno via via erogate sono state assegnate a ciascuna amministrazione titolare degli interventi PNRR, suddividendole in singole Missioni; tra esse, per quanto di interesse in questa sede, figura la Missione 1 - Componente C3 “Turismo e cultura” ed in particolare la misura 4.2: «*Fondo integrativo per la competitività delle imprese turistiche*».

3. Con successivo D.L. 5 novembre 2021, n. 152, recante “*Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la*

*prevenzione delle infiltrazioni mafiose*” (convertito con modificazioni dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233 e [consultabile tramite questo link permanente](#)) ed in particolare con l’articolo 1, commi 1, 2 e 9, sono stati previsti degli incentivi destinati sotto forma di credito d’imposta e contributo a fondo perduto alle imprese alberghiere, alle strutture che svolgono attività agrituristica, alle strutture ricettive all’aria aperta, nonché alle imprese del comparto turistico, ricreativo, fieristico e congressuale, ivi compresi gli stabilimenti balneari, i complessi termali, i porti turistici, i parchi tematici, inclusi i parchi acquatici e faunistici e disposto che con avviso del Ministero del Turismo fossero stabilite le modalità applicative per l’erogazione degli incentivi previsti.

**4.** Conformemente al dettato normativo, il Ministero del Turismo ha emanato l’Avviso pubblico del 23 dicembre 2021 (**doc. 6**) recante *”Modalità applicative per l’erogazione di contributi e crediti di imposta a favore delle imprese turistiche di cui all’articolo 1, commi 1 e 2, del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152”* che, in particolare:

- indicava che la procedura si svolgesse esclusivamente tramite piattaforma *on line*;

- disponeva, all’articolo 6, comma 1, che la documentazione amministrativa e tecnica, unitamente a quanto non fosse espressamente disciplinato dal decreto medesimo, nonché le modalità di accesso alla piattaforma *on line*, *“saranno definite con pubblica comunicazione del Ministero del turismo entro sessanta giorni dalla pubblicazione del presente Avviso”*;

- stabiliva che gli incentivi fossero attribuiti secondo l’ordine cronologico delle domande e, previa verifica dei requisiti soggettivi ed oggettivi previsti dall’Avviso

medesimo, nel rispetto dei limiti di risorse attribuite (100 milioni per l'anno 2022, 180 milioni per ciascuno degli anni 2023, e 2024 e 40 milioni per il 2025, dunque di 500 milioni complessivamente).

5. Veniva pertanto pubblicato l'ulteriore Decreto prot. 2615 del 18 febbraio 2022 (**doc. 7**), a mente del quale, in particolare, veniva disposto che:

- la domanda di accesso al contributo e al credito d'imposta poteva essere compilata e presentata dalle **ore 12:00 del giorno 28 febbraio 2022 alle ore 17:00 del giorno 30 marzo 2022;**

- l'invio doveva avvenire esclusivamente tramite sistema pubblico di identità digitale (SPID), carta d'identità elettronica (CIE), carta nazionale dei servizi (CNS) all'apposita procedura *on line*;

- detta procedura comprendeva espressamente l'inserimento delle informazioni richieste per la compilazione della domanda ed il caricamento del modulo di domanda di agevolazione, completa delle informazioni previste in ogni sua parte e nei relativi allegati, debitamente compilato e digitalmente sottoscritto dal legale rappresentante del soggetto richiedente e dei relativi allegati;

- anche l'invio della domanda dovesse avvenire esclusivamente tramite piattaforma, che avrebbe rilasciato l'attestazione di avvenuta presentazione della domanda stessa recante il giorno e l'orario di acquisizione della medesima e il suo codice identificativo.

6. La ricorrente, dunque, si apprestava a richiedere gli incentivi previsti e – trattandosi sostanzialmente di un cd. *Procedura Click-day*, ossia nella quale, soddisfatti i requisiti previsti, la differenza tra le imprese è data dalla maggiore tempestività della domanda della domanda – il giorno 28 febbraio 2022, alle ore 12:00

in punto (dunque al momento dell'apertura degli accessi ai fini dell'inserimento delle domande), si collegava alla piattaforma telematica indicata dal Ministero per compilare la propria domanda, caricare tutti gli allegati e procedere all'invio telematico nel più breve tempo possibile.

7. Tuttavia, al momento dell'invio della domanda di partecipazione, la piattaforma informatica indicava un errore nell'importo dell'agevolazione richiesta per l'intervento a.1 (**doc. 8**) indicando che l'importo inserito era "troppo alto", nonostante nessuna disposizione di legge, né dei due avvisi, prevedesse alcun limite in tal senso. Pertanto, alle ore **13:35 del 28 febbraio 2022 (doc. 9)** la ricorrente, tramite il proprio incaricato al deposito della domanda, procedeva a segnalare il malfunzionamento *tecnico* della piattaforma, senza avere alcun riscontro tempestivo (il riscontro perveniva, come si vedrà, solo due giorni dopo). Sul punto corre l'obbligo di precisare che la domanda è stata inserita da un unico team di lavoro (a supporto dei legali rappresentanti) di due società appartenenti al medesimo gruppo che fa capo alla MAD s.r.l. (v. **doc. 14**, organigramma di gruppo e **doc. 15**, visure camerali), società che controlla sia l'esponente IBH Galzignano S.r.l., sia la società IBH RIPA S.r.l. (anch'essa ricorrente per le identiche ragioni in altro separato giudizio, cui si chiede sin d'ora che il presente venga riunito). Dunque, con il quesito posto (ed allegato al doc. 9) l'operatore denunciava l'identico problema di inserimento in cui era incorso, tanto per la domanda della odierna ricorrente, quanto per quella della IBH RIPA S.r.l..

8. In assenza di chiarimenti, tuttavia, alla ricorrente non restava altro che procedere ad una nuova e differente suddivisione delle somme richieste a titolo di incentivo, riformulando integralmente il proprio progetto (**doc. 10**); ciò richiedeva

diverse ore di lavoro, consentendo alla società di procedere all’inserimento della nuova istanza solo in data **1° marzo 2022 alle ore 12:21 (docc. 11 e 12)**.

**9.** Come anticipato, solo il giorno 2 marzo 2022 alle ore 9:37 (sempre **doc. 8**) Invitalia riscontrava la richiesta di intervento formulata dalla ricorrente il 28 febbraio precedente, affermando testualmente: *“con riferimento alla problematica riscontrata, l’anomalia dovrebbe essere stata risolta a seguito di un intervento di manutenzione sulla piattaforma. La incitiamo a riprovare dopo aver eseguito una pulizia di caches e cookies del suo Browser. Qualora dovesse riscontrare nuove difficoltà oppure nel caso in cui il problema dovesse persistere, la invitiamo a ricontattarci.”*. Dunque, non solo Invitalia riscontrava la richiesta a termine di deposito ormai spirato, ma confermava espressamente l’esistenza del disservizio e di un **successivo (e tardivo)** intervento di manutenzione per porvi rimedio.

**10.** In data 27 giugno 2022, infine, con Decreto del Ministro del Turismo n. 8180 (doc. 1), veniva disposta la concessione delle agevolazioni in favore dei soggetti richiedenti individuati nell’Elenco beneficiari (doc. 2).

Detto elenco veniva poi rettificato in data 1° luglio 2022 (doc. 3), con provvedimento sconosciuto negli estremi, ma con motivazione pubblicata sul sito internet del Ministero (doc. 4), ove si legge *“la piattaforma online, a causa dell’elevata concentrazione di domande ricevute in contemporanea (nello stesso secondo) ovvero immediatamente in coda (a distanza di 1 o 2 secondi), nella fase di formattazione automatica dell’elenco dei n. 3.700 beneficiari ammessi alle agevolazioni della misura predisposto dal Soggetto gestore, ha determinato un disallineamento per n. 46 beneficiari, dovuto ad un mero errore materiale di associazione tra il campo “ID domanda” ed i campi “Denominazione” e “Codice*

*fiscale”, ferma restando la corretta associazione tra i campi “ID domanda” e “Totale incentivo concesso” e tutte le sue articolazioni (Fondo perduto, Credito d’imposta, Area geografica, Riserva Mezzogiorno, Riserva qualificazione energetica)”.*

**11.** La ricorrente non rientrava in nessuno dei due elenchi dei beneficiari ammessi, e ciò solo in considerazione della data ed orario di invio della sua domanda.

Ed infatti, gli **stessi elenchi sopra menzionati confermano che la domanda di cui si era precedentemente tentato l’invio**, respinta dalla piattaforma solo per via dell’errore tecnico del sistema informatico di Invitalia, **sarebbe stata ampiamente tempestiva ed ammessa all’agevolazione.**

Per l’appunto, l’ultima domanda ammessa risulta inoltrata dall’impresa ammessa al numero 3700 alle ore 17:13 del 28 febbraio 2022, **mentre la ricorrente, come visto, alle ore 13:35 dello stesso giorno già aveva tentato il primo invio, e poi lamentato l’impossibilità di inoltro della sua domanda per cause imputabili esclusivamente al sistema informatico.**

**12.** Con comunicazione del 14 luglio 2022 (**doc. 13**), dunque, l’odierna ricorrente significava ad Invitalia quanto accaduto, domandando *la formale (ri)ammissione della IBH Ripa .... al Decreto di Concessione; e (ii) in caso di mancata (ri)ammissione di IBG Ripa ... diffidando dal dare esecuzione al Decreto di Concessione.* In risposta a detta comunicazione, Invitalia (doc. 5) nel rigettare la richiesta espressamente riconosceva che il *“malfunzionamento è stato riscontrato dalle Sue assistite tra le ore 13.30 e le ore 14.30 del 28 febbraio 2022, una tempestiva reiterazione della procedura di inoltro dell’istanza avrebbe senz’altro consentito alle richiedenti in parola di ricoprire una posizione in graduatoria tale da risultare tra i soggetti ammessi. Al contrario, essendo stata detta procedura completata unicamente*



*in data 1° marzo 2022, alla conseguente collocazione in graduatoria è conseguita l'esclusione delle domande di cui ai protocolli in oggetto dall'elenco delle istanze ammesse"; sulla scorta di detta infondata ed inconferente motivazione, Invitalia respingeva la richiesta formulata dalla società esponente.*

13. Per tutti fatti innanzi esposti, la ricorrente si è vista costretta all'instaurazione del presente giudizio, al fine di veder dichiarata l'illegittimità degli atti impugnati per tutti i seguenti

### **MOTIVI**

**I. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST., DEGLI AVVISI PUBBLICI DEL 23 DICEMBRE 2021 E DEL 18 FEBBRAIO 2022, NONCHÉ DELL'ART. 1 DEL D.L. 5 NOVEMBRE 2021, N. 152 COME CONVERTITO IN LEGGE; VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 6, LEGGE 7 AGOSTO 1990, N. 241. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO. ECCESSO DI POTERE PER INGIUSTIZIA MANIFESTA, TRAVISAMENTO ED ERRONEA RAPPRESENTAZIONE DEI FATTI, ERRORE NELL'OPERATO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ, ILLOGICITÀ MANIFESTA, IRRAGIONEVOLEZZA, TRAVISAMENTO DEI FATTI, CARENZA MOTIVAZIONALE, DISPARITÀ DI TRATTAMENTO, ARBITRARIETÀ E PERPLESSITÀ MANIFESTA.**

I.1 Come si è avuto modo di anticipare e documentare in premessa, parte ricorrente, a norma dell'art. 6 dell'avviso pubblico del 23 dicembre 2021, dell'art. 1 dell'avviso del 18 febbraio 2022 nonché, più in generale, dell'art.1 del DL 5 novembre 2021 (come convertito in legge), alle ore 13:35 del 28 febbraio era pronta ad inoltrare – e tentava

una prima volta l'inoltro - la propria domanda finalizzata all'ottenimento dell'incentivo previsto dalla normativa vigente (inoltro che, come detto, non andava a buon fine stante l'esistenza di una anomalia del sistema informatico).

È provato in via documentale che tale primo inoltro avrebbe consentito alla ricorrente di collocarsi intorno alla posizione **1230** della graduatoria (posizione in questo momento occupata da una impresa che ha depositato la propria domanda alla stessa ora di quel giorno); dunque, ben 2470 posizioni sopra l'ultima dichiarata idonea (ossia la n. 3700).

L'*anomalia* riscontrata dal sistema – pacifica, siccome riconosciuta da Invitalia – ha invece comportato la necessità di riprogrammare l'intero intervento (documentato al **doc. 10**) e tutta la documentazione giustificativa, causando un ritardo di circa 24 ore nel nuovo deposito, con la conseguente – ed ingiusta – esclusione della ricorrente dall'elenco degli ammessi.

Quanto precede trova puntuale riscontro dagli atti che si producono, ove emerge altresì che Invitalia, nella risposta alla diffida della ricorrente, espressamente riconosceva l'esistenza dell'*anomalia* tra le 13:30 e le 14:30 del 28 febbraio 2022.

**I.2** Nonostante i plurimi tentativi di interlocuzione con l'Amministrazione, tuttavia, la stessa ha provveduto alla pubblicazione delle graduatorie definitive senza operare alcun tipo di correzione rispetto alla situazione denunciata.

Secondo le argomentazioni poc'anzi svolte, risulta perciò violato in primo luogo il precetto dell'art. 6 della L. n. 241/90 atteso che, dinnanzi ad una situazione paradossale come quella che ci occupa, l'Amministrazione avrebbe dovuto accorrere in soccorso del partecipante, e di certo non ignorarlo – come ha fatto – per poi relegarlo in posizione della graduatoria non utile, come se non vi fosse stato alcun

problema sulla piattaforma informatica. Compito e intenzione della P.A. deve essere, difatti, quello di privilegiare il dato sostanziale rispetto a quello meramente formale e ciò in tutte quelle situazioni in cui – come nella specie – sia indiscusso il malfunzionamento di uno strumento che la stessa PA ha posto a disposizione della procedura per la partecipazione ad essa.

A ben vedere, sulla base degli elementi forniti in narrativa, mal si comprendono le ragioni che hanno spinto l'Amministrazione a non applicare al caso di specie detti principi.

**I.3** È piuttosto marchiano il vizio inerente la motivazione di esclusione indicata nella nota (**doc. 5**) di riscontro alla contestazione dell'esclusione, ove si legge che il *“malfunzionamento è stato riscontrato dalle Sue assistite tra le ore 13.30 e le ore 14.30 del 28 febbraio 2022, una tempestiva reiterazione della procedura di inoltro dell'istanza avrebbe senz'altro consentito alle richiedenti in parola di ricoprire una posizione in graduatoria tale da risultare tra i soggetti ammessi. Al contrario, essendo stata detta procedura completata unicamente in data 1° marzo 2022, alla conseguente collocazione in graduatoria è conseguita l'esclusione delle domande di cui ai protocolli in oggetto dall'elenco delle istanze ammesse”*.

Tale motivazione è del tutto inconferente: al momento della produzione della domanda, e dunque già prima delle 13:35 del 28 febbraio 2022 (momento di invio del messaggio al supporto di Invitalia), la ricorrente aveva più volte tentato l'invio; poi ha contattato il gestore della piattaforma indicato per la risoluzione di ogni problema, trasmettendo quel messaggio (**doc. 9**) cui è stato dato riscontro da Invitalia solo due giorni dopo; ha intanto continuato a provare ad inoltrare la domanda (lo *screenshot* del tentativo di invio della domanda prodotto in giudizio è delle ore 14:29, ma si è

proseguito oltre per almeno un'altra ora); ha tentato di contattare Invitalia; ha infine dovuto necessariamente procedere a rimodulare completamente la propria proposta, così di fatto perdendo tutto il lavoro svolto negli ultimi mesi per approntare una offerta che – per mero errore e/o anomalia della piattaforma – non era ritenuta valida dal sistema informatico, nonostante fosse pienamente conforme agli atti della procedura ed alla *lex specialis*.

Solo *ex post*, con il senno del poi, si potrebbe sostenere che la ricorrente avrebbe avuto a disposizione sino alle ore 17:13 per continuare a tentare ad inviare la domanda ritenuta non ammissibile dal sistema e risultare anche assegnataria dell'incentivo (quello l'orario di deposito dell'ultima domanda ammessa in graduatoria, la n. 3700).

Ma per l'appunto, tale ipotesi non elide l'illegittimità della condotta dell'amministrazione siccome all'epoca dei fatti ciò non era dato sapere; anzi, all'epoca dei fatti, la domanda come formulata era ritenuta inammissibile dal sistema - si ribadisce - per un mera anomalia; e soprattutto, in assenza di riscontro da parte dell'Amministrazione alla richiesta di intervento avanzata da parte della società, non vi era altra strada che riformulare la richiesta di agevolazione, diminuendo il valore che la piattaforma telematica non consentiva di inserire e di conseguenza rimodulare tutti i sub-valori di cui si componeva.

**I.4** Non può omettersi di considerare, allora, la posizione assunta dalla giurisprudenza sul punto controverso, seppur emersa principalmente in materia di appalti secondo cui il principio dominante in materia è che “*il malfunzionamento di un sistema dinamico ... che preclude la partecipazione all'operatore economico di presentare l'offerta ricade sulla stazione appaltante*” (T.A.R. Puglia, Bari, con la sentenza 3 aprile 2020, n. 461); nel caso appena citato, il giudice amministrativo si è occupato di un sistema

informatico che impediva la partecipazione del concorrente; esattamente come nel caso di specie. La circostanza che la piattaforma fosse dotata di un *potere espulsivo* e, dunque, della facoltà di impedire materialmente al concorrente di depositare la domanda di partecipazione, fa sì che la decisione del *software* rilevi al pari di quella di un qualsiasi soggetto appartenente all'amministrazione che ingiustamente ed illegittimamente abbia impedito o rifiutato la partecipazione all'odierna ricorrente. Ne consegue che la circostanza che un sistema telematico, ovvero una piattaforma, generi tali anomalie viola le più elementari regole di correttezza e affidamento, sotto il profilo civilistico, e di buon andamento e diligenza, sotto il profilo amministrativo. Le procedure concorsuali, infatti, quand'anche completamente informatizzate non possono che svolgersi nella cornice dei principi generali con la conseguenza che se il rischio di un errato invio o di una errata dichiarazione ricade sul partecipante, l'errata configurazione della piattaforma che gestisce la procedura non può che ricadere sull'amministrazione che ne deve subire le conseguenze secondo due alternative: - annullare e ripetere la procedura; - sanare i vizi rilevabili, documentati e procurati, ristabilendo il corretto ordine delle domande che, nel caso di specie, assurge ad unico criterio di prevalenza dell'una sull'altra. Il fattore tempo, infatti, è l'unico discrimine esistente, nel caso di specie, tra tutte le istanze depositate. Sicché è agevole per l'Amministrazione ristabilire l'ordine esatto di accesso alla piattaforma, verificare l'orario dei tentativi di completamento della procedura – che, comunque, in questa sede sono stati già documentati – e ristabilire l'ordine corretto della graduatoria.

**I.5** A quanto sopra consegue che non può essere escluso dalla gara il concorrente che, come nella specie, abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a

finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema imputabile al gestore (sul punto cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922 e T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 7 luglio 2017, n. 3245); peraltro, lo si espone solo per scrupolo difensivo, anche ove rimanesse impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente (fatto che nella specie è escluso), essendo piuttosto la trasmissione impedita per un vizio del sistema, il pregiudizio ricadrebbe peraltro comunque sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara (sul punto si veda Cons. Stato, sez. III, 25 gennaio 2013, n. 481). **In altri termini, siamo in presenza di una manifesta irragionevolezza, ingiustizia ed irrazionalità di un sistema di presentazione delle domande che, a causa di meri malfunzionamenti tecnici, è giunto ad esercitare impersonalmente un'attività amministrativa sostanziale, disponendo una esclusione *de facto* riconducibile a mere anomalie informatiche, cioè attribuibili ad un sistema digitale o alla c.d. Intelligenza Artificiale.**

Il malfunzionamento del sistema, dunque, non può che imputarsi alla P.A. ed alla scelta di adottare una piattaforma che presentava anomalie non risolte, ovvero programmata in modo non adeguato allo scopo; parimenti alla P.A. va imputata la responsabilità di non aver svolto adeguati test di verifica, validazione e certificazione diretti proprio ad evitare difetti connessi all'utilizzo della piattaforma *on line*, pregiudicando i diritti dell'operatore economico ricorrente.

**I.6** Sia consentita una breve ulteriore digressione: la partecipazione a procedure di gara tramite sistemi informatizzati ha avuto la sua massima diffusione nel campo degli appalti e non è un caso che, proprio nel codice degli appalti, sia stato inserito un comma apposito all'interno dell'art. 79, che recita testualmente "*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 particolare attenzione del legislatore al caso del malfunzionamento del sistema informatico in materia di appalti, dimostra palesemente quanto sia frequente l'errore e quanto esso sia in grado di incidere su principi e valori fondamentali, come quello della *par condicio* e del *favor participationis*, ancor più importanti nell'ambito del contesto proprio della procedura oggetto del presente giudizio nella quale si trattava di incentivi concessi per applicazione del PNRR e, soprattutto, nella quale la loro concessione avveniva esclusivamente in base al solo principio di tempestività della relativa domanda.

Proprio sulla base di queste ragioni, del resto, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che *“Per quanto riguarda le gare svolte con modalità telematica e gli eventuali problemi legati all'invio delle domande di partecipazione, la giurisprudenza amministrativa è ormai giunta alla conclusione che: “..non può essere escluso dalla*

*gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore”* (Cons. Stato, sez. V, n. 7922/2019 e Cons. Stato, sez. III, n. 86/2020; 4811/2020 - così espressamente, Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 7352/2020). Tale principio è perfettamente mutuabile nel caso che ci occupa, ove la domanda è stata presentata con un ritardo, addebitabile alla PA, che ha compromesso l'ottenimento dell'incentivo.

**I.7** Si rammenta che la possibilità di utilizzare piattaforme informatizzate è stata introdotta originariamente con decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, al fine di effettuare in modalità digitale la presentazione delle domande connesse ai principali procedimenti amministrativi. L'utilizzo del sistema informatizzato, previsto a norma dell'art. 12 del su citato Decreto Legislativo, tuttavia, non può e non deve compromettere la correttezza formale e sostanziale della posizione degli utenti. Sul punto ha avuto modo di pronunciarsi anche il TRGA Trento con la Sentenza del 15 aprile 2015, n.149, affermando che sarebbe gravemente errato vedere nel procedimento informatico una sorta di amministrazione parallela, che opera in piena indipendenza dai mezzi e dagli uomini, e che i dipendenti si devono limitare a osservare con passiva rassegnazione (se non con il sollievo che può derivare dal discarico di responsabilità), con la conseguenza che l'insorgere di eventuali errori o criticità in seno allo stesso, sono sempre e comunque oggettivamente imputabili all'Amministrazione. Pertanto *“se lo strumento informatico determina situazioni anomale, vi è anzitutto una responsabilità di chi ne ha predisposto il funzionamento senza considerare tali conseguenze; ma v'è altresì la responsabilità, almeno omissiva,*



*del dipendente che, tempestivamente informato, non si è adoperato per svolgere, secondo i principi di legalità e imparzialità, tutte quelle attività che, in concreto, possano soddisfare le legittime pretese dell'istante, nel rispetto, comunque recessivo, delle procedure informatiche".* Nessun utente, dunque, può essere leso per problematiche legate esclusivamente al sistema informatico e, nel caso in cui si dovessero verificare malfunzionamenti, si deve ritenere responsabile direttamente l'Amministrazione che non ha provveduto alla rettifica dell'errore verificatosi quando richiesto. Ciò è esattamente quanto si sarebbe dovuto fare nel caso di specie ove l'Amministrazione, seppure tempestivamente informata, ha ommesso di adottare qualsiasi contromisura e non ha riscontrato la richiesta della odierna ricorrente prima dei successivi due giorni.

**I.8** In termini, si è espresso anche questo Ecc.mo TAR Lazio con la sentenza n. 1546/2011, ove è statuito che è iniqua ed illegittima un'esclusione - basata non su elementi sostanziali (quali la mancanza di requisiti di partecipazione, l'oggettiva tardività della domanda, l'uso di strumenti di redazione e trasmissione diversi da quelli prescritti dal bando, l'incertezza assoluta ed oggettiva sulla riferibilità dell'istanza ad un soggetto determinato, ecc.), ma solo su circostanze formali imposte dal Sistema informatico non imputabili al richiedente. Siffatta esclusione collide, infatti, con i principi di imparzialità, trasparenza, semplificazione, partecipazione, uguaglianza e non discriminazione, nonché con i più generali principi di ragionevolezza, proporzionalità, *favor participationis* che improntano di per sé l'azione amministrativa nella particolare materia concorsuale, anche se gestita in modalità telematica.

**I.9** Nel ribadire, dunque, che nessuna norma della legge, dei decreti ministeriali, degli avvisi pubblici, disponeva che per l'intervento a.1 vi fosse un limite di importo

complessivo richiesto alle agevolazioni (come invece opposto dal sistema al momento dell'invio della domanda), non si può che censurare fermamente l'esclusione della ricorrente dal novero delle imprese ammesse all'agevolazione, per tutte le ragioni sopra esplicate e dedotte.

\*\*\*

## **II. ISTANZA CAUTELARE ANCHE *INAUDITA ALTERA PARTE***

Quanto al *fumus bonis iuris*, sia consentito un integrale richiamo a tutto quanto sopra esposto, atteso che i grossolani ed evidenti vizi che emergono dalla condotta dell'Amministrazione appaiono ampiamente sufficienti a dimostrare l'esistenza di siffatto presupposto; stanti le censure sollevate, è evidente che la lesione concretizzatasi nei confronti di parte ricorrente non può essere a quest'ultima imputabile e che trattasi di una anomalia / errore del sistema informatico imputabile all'Amministrazione.

Alla ricorrente viene tuttavia preclusa, in maniera del tutto arbitraria, illegittima e definitiva, la possibilità di accedere alle agevolazioni di cui alla normativa, di legge e regolamentare, indicata in premessa, non vedendosi collocata in alcuna delle prime 3700 posizione della graduatoria, uniche utili all'ammissione all'agevolazione; il tutto per il mero dato temporale che, come detto, è stato direttamente influenzato dalle illegittimità denunciate. Ciò mentre l'Amministrazione ha già elargito e continua ad elargire le somme connesse alle agevolazioni richieste sino all'esaurimento della somma massima stanziata pari a 500 milioni di Euro.

L'errore da parte dell'Amministrazione ha, di fatto, mutato il destino della società ricorrente che avrebbe certamente avuto diritto alle somme richieste avendo tentato l'invio della propria domanda addirittura quattro ore prima dell'ultima impresa

ammessa in graduatoria.

Quel che si chiede è che l'Amministrazione provveda alla corretta attribuzione dell'orario di trasmissione della domanda con conseguente ammissione con riserva della ricorrente in graduatoria a discapito dell'ultima impresa effettivamente concorrente con essa che sia risultata ammessa e che il relativo beneficio resti congelato sino al pronunciamento della sentenza definitiva. In subordine, si chiede la sospensione dell'intera procedura in attesa della sentenza di modo da non compromettere definitivamente ed irrimediabilmente il diritto della ricorrente.

La mancata concessione della cautelare, infatti, inciderebbe negativamente sulla posizione della società esponente, la quale non potrebbe godere di un beneficio che, si rammenta, è stato previsto per incentivare l'esecuzione, nel rispetto dei principi della «progettazione universale» di cui alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, gli interventi nelle strutture turistiche su tutti, di: incremento dell'efficienza energetica, di riqualificazione sismica, di eliminazione delle barriere architettoniche, di realizzazione di piscine termali e acquisizione di strumentazioni per attività di cura termali. Il danno sarebbe irreparabile siccome le somme concesse sono direttamente correlate all'applicazione del PNRR e sono sino al loro esaurimento nella presente graduatoria.

### **III. ISTANZA DI RIUNIONE**

Si chiede sin d'ora che il presente ricorso sia riunito, ovvero comunque trattato congiuntamente, a quello introdotto dalla Società IBH RIPA SRL, avente le medesime parti resistenti e controinteressate ed inerente la richiesta di annullamento dei medesimi provvedimenti, che risulta essere stato notificato in data odierna.

Per quanto sopra esposto parte ricorrente

## **CHIEDE**

previo accoglimento dell'istanza cautelare, l'accoglimento del ricorso e, per l'effetto, l'annullamento, per quanto di interesse per parte ricorrente, degli atti impugnati con ogni conseguente statuizione, anche di condanna dell'intimata Amministrazione a disporre il subentro nella graduatoria della ricorrente.

Con vittoria di spese e compensi di difesa.

Si producono i documenti citati nel testo come da separato indice.

Si dichiara che il contributo unificato è dovuto in misura di € 650,00.

Roma, 23 settembre 2022

Avv. Giuseppe Maria Berruti

Avv. Diana Cecconi

*(atto firmato digitalmente)*