

**Consiglio di Stato, sezione terza, sentenza n. 86 del 7 gennaio 2020**

*Gara Telematica – Presentazione tardiva dell’offerta a causa di mal funzionamento della piattaforma telematica – Illegittima l’esclusione*

**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6138 del 2018, proposto ....., in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa ....., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

..... s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’Avvocato ....., ....., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato ..... in Roma, corso .....

***nei confronti***

..... s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’Avvocato ....., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dell’Avvocato ..... in Roma, largo .....

***per la riforma***

della sentenza n. 793 del 9 maggio 2018 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, resa tra le parti, concernente l’affidamento della fornitura in service, dell’assistenza tecnica *full-risk*, sistemi analitici interfacciati

bidirezionalmente con modalità *host query* per l'esecuzione di esami diagnostici presso i laboratori delle aziende ospedaliere.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'appellata ..... s.p.a. e di ..... s.p.a.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2019 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierna appellante, l'....., ....., per l'odierna appellata, ..... s.p.a., ..... e per ..... s.p.a. l'Avvocato .....

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellata, ..... s.p.a., ha preso parte alla procedura aperta telematica di gara indetta dall'..... (di qui in avanti, per brevità, l'Azienda) per l'affidamento della fornitura quinquennale *in service*, comprensiva di assistenza tecnica *full-risk*, di sistemi analitici, interfacciati bidirezionalmente con modalità *Host Query*, e di tutto il materiale necessario per l'esecuzione di esami diagnostici presso i laboratori di analisi aziendali del Presidio Ospedaliero Centrale ("S.S. Annunziata – "S.G. Moscati" di Statte – "San Marco" di Grottaglie) e dei presidi ospedalieri "M. Giannuzzi" di Manduria, "Valle d'Itria" di Martina Franca e Castellaneta, da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. Il 2 marzo 2018 ..... S.p.a., al fine di predisporre la domanda di partecipazione alla procedura selettiva con riferimento al lotto n. 2 "*Area Siero 2 e Tabella B*", ha posto in essere alcune iniziali operazioni, quali l'accesso alla piattaforma *EmPulia* e al relativo portale di *e-procurement*, la creazione dell'offerta telematica, il caricamento della busta "Documentazione", il caricamento della busta tecnica con relativo riscontro.

1.2. Il successivo 5 marzo 2018, per completare la trasmissione dell'offerta, ..... s.p.a. ha effettuato l'accesso al portale *EmPulia* alle ore 11:02, ma la procedura di invio della domanda non è stata completata entro le ore 12:00 dello stesso giorno.

1.3. In particolare, entro le ore 12:00 è stato ultimato il caricamento della busta afferente all'offerta tecnica, in quanto ..... s.p.a. ha caricato l'offerta in formato “.*zip*”, il sistema ha generato il file “.*pdf*”, firmato digitalmente, che è stato riscontrato (mediante ricaricamento), ma non quello della busta relativa all'offerta economica, poiché alle ore 12:00 è risultato concluso l'inserimento dell'offerta in formato “.*zip*”, oltre che la generazione della relativa busta in formato “.*pdf*” firmata digitalmente, mentre solo alcuni minuti dopo, alle ore 12:02, si completava il riscontro mediante ricaricamento.

1.4. Per conseguenza, non si è perfezionata tempestivamente l'invio complessivo dell'offerta.

1.5. Nella stessa data del 5 marzo 2018, alle ore 13:02, ..... s.p.a. ha trasmesso all'Azienda una *mail* con la quale ha segnalato il difetto di funzionamento e il notevole rallentamento del sistema di acquisizione in prossimità della scadenza del termine.

1.6. In virtù di ciò, pertanto, ha chiesto una proroga per il completamento delle operazioni rimanenti per il perfezionamento dell'invio della propria offerta.

1.7. Ancora il successivo 5 marzo 2018 ..... s.p.a. ha trasmesso alla stazione appaltante una *pec* del proprio legale con la quale, allegando le schermate attestanti le varie operazioni poste in essere, ha chiesto nuovamente la proroga del termine di presentazione dell'offerta o la rimessione in termini della stessa società, con diretta ammissione alla gara.

1.8. Il 6 marzo 2018 l'Azienda, nella persona del responsabile dell'Area Gestione Patrimonio, dott. ...., ha risposto negativamente alle suddette istanze,

affermando che «*la stazione appaltante non è responsabile del funzionamento della piattaforma telematica di e-procurement EmPulia*».

1.9. Nello stesso giorno e con una separata comunicazione, inviata alcuni minuti dopo il diniego rivolto a ..... S.p.a., l'Azienda ha comunque richiesto chiarimenti a EmPulia con riferimento ai disservizi della piattaforma denunciati dall'odierna appellata.

2. Con una successiva pec del proprio legale del 26 marzo 2018, ..... s.p.a. ha trasmesso la perizia *medio tempore* redatta, su incarico della ricorrente, dal dott. ...., chiedendo, alla luce dell'analisi svolta dal tecnico, l'ammissione della società alla gara.

2.1. In particolare la nota inviata alla stazione appaltante, unitamente al relativo allegato peritale, ha posto in evidenza la circostanza che tutta la documentazione componente l'offerta sarebbe stata presente sulla piattaforma di *e-procurement* in orario antecedente alle ore 12:00 del 5 marzo 2018.

2.2. È stata inoltre denunciata e documentata la presenza di numerosi “*blocchi di connessione*” con *reset* (almeno sei nello stesso minuto) riscontrati da ..... s.p.a. nell'ora antecedente alla scadenza del termine.

2.3. Le chiusure hanno riguardato l'accesso al sito *EmPulia*, unico veicolo che ha consentito l'ingresso alla piattaforma di *e-procurement* deputata, in via esclusiva, all'acquisizione delle offerte.

2.4. La perizia ha fatto rilevare come, nell'arco temporale compreso tra le ore 11:04 e le ore 11:24, il sistema non operasse regolarmente, così compromettendo il buon esito dell'invio dell'offerta della società.

2.5. L'Azienda, prima di ricevere da EmPulia i chiarimenti tecnici già richiesti, con la propria nota del 28 marzo 2018 ha opposto a ..... S.p.a. un nuovo diniego, sostanzialmente riproduttivo, *in toto*, della precedente comunicazione del 6 marzo 2018.

2.6. Solo in data 30 marzo 2018, infatti, EmPulia ha trasmesso all'Azienda le informazioni richieste.

2.7. Alla relazione ha replicato il tecnico incaricato da ..... S.p.a., con apposito supplemento di perizia.

3. Con il ricorso notificato il 5 aprile 2018 all'Azienda e ad ..... S.p.a. e depositato avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, ..... s.p.a. ha chiesto l'annullamento della nota dell'Azienda del 6 marzo 2018, con la quale è stata respinta l'istanza di rimessione in termini della ricorrente proposta il 5 marzo 2018, e della nota del 28 marzo 2018, con la quale è stata respinta l'istanza di ammissione e/o rimessione in termini proposta da ..... il 26 marzo 2018.

3.1. Il ricorso è stato affidato ad unico motivo, inerente al denunciato eccesso di potere e sviamento, alla motivazione erronea e insufficiente, alla grave carenza di istruttoria, alla illogicità e contraddittorietà, all'ingiustizia manifesta, alla violazione del principio di efficacia ed efficienza di cui all'art. 97 Cost., alla violazione del principio di massima partecipazione e concorrenza di cui all'art. 30 del d. lgs. n. 50 del 2016.

3.2. La ricorrente in prime cure, in esito alla costituzione dell'Azienda, ha anche impugnato, *per incidens*, il disciplinare di gara, nella parte in cui tale atto non ha previsto garanzie uniformi di accesso alla piattaforma per tutti gli operatori e non ha indicato alcuna procedura da seguire in caso di emergenza, limitandosi a mettere a disposizione un servizio di *help desk* da attivarsi obbligatoriamente 48 ore prima della scadenza dei termini di presentazione delle offerte.

3.3. .... s.p.a. ha comunque proposto domanda di tutela cautelare, anche in sede monocratica, ai sensi dell'art. 56 c.p.a.

3.4. Nel primo grado del giudizio si è costituita l'Azienda si è costituita con la memoria depositata il 23 aprile 2018, con la quale ha chiesto la reiezione del ricorso e dell'istanza cautelare, in quanto infondati.

3.5. All'atto di costituzione è stata allegata relazione tecnica redatta il 19 aprile 2018 da ..... s.p.a., nella persona del responsabile tecnico del Servizio EmPulia.

3.6. Dalla relazione si evincerebbe, tra l'altro, la conferma degli intervenuti sei blocchi di connessione denunciati dalla ricorrente in prime cure, con la precisazione che essi erano da riferirsi all'accesso al sito informativo *EmPulia* e non alla piattaforma di *e-procurement* volta all'immissione delle offerte (pagg. 3-4 della relazione tecnica di ..... s.p.a.). 3.8. Quanto all'impugnazione del disciplinare, peraltro, l'Azienda ne ha chiesto la declaratoria di inammissibilità, in quanto tardiva, e comunque il rigetto nel merito.

3.9. La società ..... s.p.a. non si è costituita nel primo grado del giudizio.

3.10. Con il decreto presidenziale n. 184 del 7 aprile 2018 è stata accolta in via provvisoria «*l'istanza di misure cautelari monocratiche [...] ai fini dell'ammissione con riserva dell'offerta della ricorrente alla procedura per cui è causa*» ed è stata fissata per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 26 aprile 2018.

4. Infine, con la sentenza n. 793 del 9 maggio 2018, il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, ha accolto il ricorso e ha annullato gli atti impugnati.

4.1. Secondo il primo giudice, infatti, la tardiva presentazione dell'offerta che sia riconducibile a un malfunzionamento ascrivibile al gestore del sistema non può risolversi in danno del partecipante, e ciò in applicazione dei principi di *par condicio* e di *favor participationis* nelle procedure di gara.

4.2. In presenza di una denuncia di malfunzionamento con richiesta di rimessione in termini da parte del concorrente, pertanto, la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare la fondatezza della stessa e l'eventuale riconducibilità del disservizio alla

sfera di responsabilità del gestore del sistema, determinandosi poi in termini consequenziali rispetto all'istanza proposta dal soggetto partecipante alla gara.

4.3. Nel caso di specie, la condotta di ..... s.p.a. è risultata pienamente rispettosa del principio di autoresponsabilità

4.4. La società richiedente si sarebbe attivata, infatti, con ben tre giorni di anticipo (il 2 marzo) per l'immissione di tutti i dati e documenti necessari alla partecipazione, senza incontrare difficoltà di sorta.

4.5. Solo la predisposizione dell'offerta economica, per ragioni aziendali, era stata demandata al giorno di scadenza.

4.6. La ricorrente in prime cure, dunque, si attivava nell'ultima ora dell'ultimo giorno per il solo espletamento delle poche operazioni che le residuavano da compiere, confidando nel costante corretto funzionamento del sistema messo a disposizione dalla stazione appaltante.

4.7. Purtroppo, ha rilevato ancora la sentenza impugnata, in tale lasso temporale ..... s.p.a. ha rilevato invece difficoltà ad accedere alla piattaforma di caricamento delle offerte subendo, come successivamente acclarato, dei blocchi di connessione che avrebbero impedito il tempestivo perfezionamento della procedura.

4.8. I "blocchi" connettivi risulterebbero confermati anche dalla relazione tecnica del 19 aprile 2018 redatta dal gestore ..... s.p.a., che li ha riferiti però all'accesso al sito *EmPulia* e non alla piattaforma di *e-procurement* ivi ospitata.

4.9. La precisazione svolta in tal senso da ..... s.p.a., ha però osservato ancora la sentenza impugnata, non ha alcuna rilevanza ai fini della decisione della presente causa.

4.10. I suddetti blocchi infatti, quand'anche relativi all'accesso al sito invece che alla piattaforma, costituivano comunque delle anomalie riferibili al gestore che impedivano la tempestiva presentazione dell'offerta.

4.11. Come attestato dal disciplinare di gara (punto 1 del paragrafo 3.2), infatti, l'unico modo per accedere alla piattaforma di caricamento dell'offerta era quello di attivare un *link* presente sul sito *EmPulia*, con la conseguenza che le difficoltà di accesso al sito si sarebbero tradotte inevitabilmente in ostacoli di ingresso alla piattaforma e in conseguenti impedimenti alla presentazione dell'offerta.

5. Il primo giudice ne ha concluso che, in presenza di anomalie riconducibili al gestore del sistema, la partecipazione dell'impresa che da tali disservizi era stata danneggiata non avrebbe dovuto essere compromessa.

5.1. La stazione appaltante, nel caso di specie, ha negato invece la remissione in termini dell'impresa senza verificare la fondatezza della relativa denuncia, senza dare una motivazione che rendesse conto del ruolo del gestore, ancorandosi a provvedimenti giurisdizionali emessi nell'ambito di altre cause, pendenti tra parti diverse.

5.2. In considerazione di tutto quanto sopra esposto, ad avviso del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, il duplice diniego opposto dall'Azienda alla richiesta di remissione in termini e/o di acquisizione diretta dell'offerta sarebbe viziato da eccesso di potere per illogicità manifesta, contraddittorietà, travisamento dei fatti, carenza di istruttoria e insufficiente motivazione.

5.3. Tralasciando qui quanto rilevato dal primo giudice circa il riferimento motivazione dei dinieghi a provvedimenti cautelari emessi dal Tribunale in altri giudizi, in quanto la motivazione della sentenza sul punto non è stata oggetto di specifica censura da parte dell'Azienda appellante, il Tribunale ha rilevato che in entrambi i provvedimenti impugnati – quello del 6 marzo 2018 e quello del 28 marzo 2018 – il diniego opposto dall'Azienda nei riguardi della ..... s.p.a. era volto unicamente a porre in luce l'assenza di responsabilità della stazione appaltante, che si sarebbe proclamata, appunto, «*non responsabile del funzionamento della piattaforma*



*telematica di e-procurement EmPulia*», con ciò omettendo ogni valutazione che riguardasse e accertasse il ruolo del gestore della piattaforma.

5.4. Della posizione e responsabilità del soggetto gestore sarebbe invece stato necessario dare conto, in virtù del principio di partecipazione responsabile, e alla luce delle osservazioni svolte dalla ricorrente in prime cure nelle richieste inviate alla stazione appaltante e nella documentazione tecnica trasmessa all'Azienda.

5.5. Difetterebbe pertanto, nei provvedimenti qui gravati, l'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto poste alla base di una valutazione, quella riguardante il ruolo di ..... s.p.a., fondamentale per l'adozione del provvedimento, e completamente omessa.

5.6. Con riferimento al difetto di istruttoria, ancora, il primo giudice ha osservato come l'indagine tecnica volta ad acclarare la presenza di malfunzionamenti del servizio e responsabilità del gestore sia stata commissionata a ..... s.p.a. solo in epoca successiva al primo diniego.

5.7. La prima risposta negativa è stata pertanto emessa dall'Azienda senza aver accertato presso il gestore del servizio la fondatezza delle lamentele avanzate dalla ..... s.p.a., poiché la risposta negativa inviata al legale della ricorrente reca il protocollo n. 44217 del 6.3.2018 alle ore 13:45, mentre la richiesta di informazioni diretta a EmPulia riporta il protocollo posteriore, n. 44220, del 6 marzo 2018 alle ore 13:47.

5.8. Il grave difetto di istruttoria riscontrabile nella condotta della stazione appaltante si reiterava, peraltro, anche con riferimento al secondo diniego.

5.9. Tale provvedimento è stato emesso dall'Azienda il 28 marzo 2018, senza attendere l'esito delle verifiche tecniche richieste a EmPulia, il cui risultato sarebbe stato acquisito dalla stazione appaltante solo il 30 marzo 2018.

6. Da quanto sin qui ricordato in estrema sintesi il primo giudice ha tratto la conclusione della contraddittorietà e della illogicità che hanno caratterizzato

*l'agere* della pubblica amministrazione che, da un lato, ha riconosciuto la necessità di un'indagine tecnica (che in effetti commissionava a EmPulia) e, dall'altro, ha emesso i provvedimenti di diniego, che dall'esito dell'indagine sono dipesi, senza attenderne la conclusione e, dunque, a prescindere da essa.

6.1. Il travisamento di fatti è stato in particolare ravvisato con riferimento alla presenza dei sei blocchi di connessione, evidenziati da ..... s.p.a. in sede di richiesta di proroga del termine e/o riammissione alla gara inviata all'Azienda il 26 marzo 2018, e successivamente riconosciuti anche da ..... s.p.a. con la relazione tecnica del 19 aprile 2018.

6.2. Tali accadimenti, per quanto già osservato sulla strumentalità dell'accesso al sito *EmPulia* rispetto all'ingresso nella piattaforma di *e-procurement*, non potevano che incidere in modo determinante sulla possibilità di presentazione tempestiva dell'offerta, ad avviso del primo giudice.

6.3. Detto elemento fattuale, decisivo ai fini dell'adozione del provvedimento amministrativo richiesto dalla ricorrente, non è stato oggetto di alcuna considerazione da parte dell'Azienda, la quale ha ommesso pertanto la valutazione di un fatto rilevante ed essenziale.

7. Il ricorso, con riferimento alla domanda di annullamento dei due atti di diniego impugnati, è stato pertanto ritenuto fondato dal primo giudice.

8. Ritenuta l'ammissibilità della impugnazione "incidentale" del bando, peraltro, il primo giudice ne ha esaminato la fondatezza e l'ha accolta.

8.1. Il disciplinare è stato ritenuto illegittimo in quanto viziato da eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e violazione dei principi di *par condicio* e *favor participationis* alla gara, nella parte in cui non prevede procedure di emergenza attivabili dal concorrente penalizzato da comprovate problematiche di carattere tecnico.

8.2. Ciò a maggior ragione per i disservizi insorti nel lasso di tempo prossimo alla scadenza del termine di presentazione, allorquando eventuali malfunzionamenti possono essere lesivi in modo definitivo e irreparabile dell'interesse alla partecipazione alla gara da parte dell'operatore economico.

8.3. Certo non può essere rilevante, in senso contrario, la presenza di un *help desk* accessibile solo con un preavviso di 48 ore rispetto alla scadenza, con ristretti limiti temporali, quale quello predisposto da EmPulia.

8.4. Un simile presidio si rivelerebbe infatti del tutto privo di utilità proprio per quegli utenti che, come accaduto a ..... s.p.a., in prossimità della scadenza incontrino difficoltà per eventi imprevedibili e inevitabili, da essi non governabili e non riconducibili a imperizia nell'uso delle procedure informatiche.

8.5. Del resto, ove il disciplinare dovesse essere inteso come atto a imporre al partecipante un onere di attivazione presso l'*help desk* nelle 48 ore antecedenti alla scadenza del termine, esso implicherebbe una sostanziale, e totalmente illegittima, contrazione del tempo utile per la presentazione dell'offerta, il quale deve invece essere, proprio per i principi di massima partecipazione e parità tra i concorrenti, pienamente e integralmente fruibile dai soggetti interessati.

8.6. Sul punto la sentenza impugnata ha rilevato che nel caso di malfunzionamento del portale informatico del gestore è ravvisabile la «*conseguente violazione del dovere di garantire sempre il normale funzionamento del sistema e predisporre, o comunque consentire, modalità alternative di inoltro delle domande*» (Cons. St., sez. VI, 7 novembre 2017 n. 5136, richiamata dalla sentenza impugnata).

8.7. Il disciplinare è stato pertanto annullato dal primo giudice nella parte in cui esso non prevede procedure di emergenza che rendano possibile la presentazione delle offerte, anche in prossimità della scadenza fissata, in caso di non corretto funzionamento del sistema di acquisizione delle domande fondato.

9. Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, ha quindi accolto per questi motivi il ricorso e, per l'effetto, ha annullato i provvedimenti impugnati ai sensi e nei limiti anzidetti.

10. Avverso tale sentenza ha proposto appello l'Azienda, articolando quattro motivi di censura che di seguito saranno esaminati, e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con la conseguente reiezione del ricorso proposto in primo grado.

10.1. Si è costituita l'appellata ..... s.p.a. per chiedere, invece, la reiezione dell'appello.

10.2. Si è altresì costituita ..... s.p.a. per chiedere, invece, l'accoglimento dell'appello.

10.3. Con l'ordinanza n. 3999 del 31 agosto 2018 il Collegio ha respinto l'istanza cautelare, proposta dall'appellante, e ha disposto incumbenti istruttori, incaricando il Direttore del Dipartimento di Informatica dell'Università degli Studi di Bari "*Aldo Moro*", affinché, con facoltà di sub-delega, svolti tutti i necessari accertamenti, sia avvalendosi della documentazione prodotta in giudizio dalle parti, sia attraverso l'accesso diretto agli apparati informatici in dotazione delle stesse, previa idonea verifica della attendibilità e genuinità dei dati a tal fine acquisibili, rispondesse, mediante la stesura di apposita e documentata relazione, ai seguenti quesiti:

1) se fosse effettivamente riscontrabile il malfunzionamento della piattaforma informatica destinata al caricamento delle offerte, lamentata dalla parte appellata e posta a fondamento della sentenza di primo grado;

2) se, in particolare, gli eventi telematici, rappresentati dal tecnico della parte appellante come "chiusure di connessione", possano ritenersi all'origine della inoperatività della suddetta piattaforma per circa 20 minuti, che la parte appellata deduce aver determinato il ritardo nel perfezionamento dell'*iter* di presentazione della sua offerta, chiarendo, in caso affermativo, a quale causa essi siano imputabili;

3) se, come dedotto dalla odierna appellata, l'offerta tecnica ed economica trasmesse dalla parte appellata possano ritenersi definitivamente acquisite alla piattaforma di *e-procurement* destinata alla presentazione delle offerte entro il termine fissato dal disciplinare di gara telematica;

4) quale sia il significato tecnico-informatico e quale la rilevanza, ai fini del corretto perfezionamento del procedimento di trasmissione ed acquisizione delle offerte da parte della piattaforma telematica all'uopo destinata, di ciascuno dei passaggi in cui, ai sensi del disciplinare di gara telematica, doveva articolarsi la presentazione delle offerte, con particolare riferimento a quello conclusivo, che la parte appellata non risulta aver tempestivamente realizzato.

10.4. Il Collegio, con la predetta ordinanza, ha fissato, ai fini dell'espletamento del suddetto incumbente istruttorio, il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione o comunicazione della stessa ordinanza all'organo incaricato e ha rinviato la causa, per la trattazione nel merito dell'appello, all'udienza pubblica del 7 febbraio 2019.

10.5. All'esito di tale udienza, con la successiva ordinanza n. 1051 del 14 febbraio 2019 il Collegio ha rinnovato gli incumbenti istruttori, già disposti con l'ordinanza n. 3999 del 31 agosto 2018, dandone mandato al Rettore dell'Università degli Studi di Bari "*Aldo Moro*", con facoltà di sub-delega, e ha fissato, ai fini dell'espletamento del suddetto incumbente istruttorio, il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione o comunicazione della presente ordinanza all'organo incaricato dal Rettore, rinviando la causa, per la trattazione nel merito dell'appello, all'udienza pubblica del 6 giugno 2019.

10.6. All'esito di tale ulteriore udienza, con la successiva ordinanza n. 4541 del 2 luglio 2019 il Collegio ha rinnovato di nuovo gli incumbenti istruttori, già disposti con l'ordinanza n. 3999 del 31 agosto 2018 e con l'ordinanza n. 1015 del 14 febbraio 2019, meglio indicati in motivazione, dandone nuovamente mandato al Rettore

dell'Università degli Studi di Bari “*Aldo Moro*”, con facoltà di sub-delega, e disponendo che il Rettore desse immediata comunicazione a questo Consiglio dell'organo designato o di eventuali impedimenti all'espletamento dell'incarico.

10.7. Il Collegio ha altresì fissato, ai fini dell'espletamento del suddetto incombenza istruttorio, il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione o comunicazione della presente ordinanza all'organo incaricato dal Rettore e ha rinviato la causa, per la trattazione nel merito dell'appello, all'udienza pubblica del 5 dicembre 2019.

10.8. La relazione di verifica è stata infine depositata il 7 novembre 2019 dal Prof. ...., organo verificatore incaricato dal Decano, facente funzioni di Rettore, dell'Università degli Studi di Bari “*Aldo Moro*”.

10.9. Infine, nella pubblica udienza del 5 dicembre 2019, il Collegio, sentiti i difensori delle parti anche in ordine all'esito della verifica, ha trattenuto la causa in decisione.

11. L'appello deve essere respinto.

12. Occorre prendere le mosse, una volta già chiarito il *thema decidendum* e senza inutili ripetizioni delle questioni tecniche oggetto di controversia, già sopra ampiamente riportate e sintetizzate, dall'esito della verifica disposta nel presente grado del giudizio con l'ordinanza n. 3999 del 31 agosto 2018.

12.1. Richiamati qui per brevità i quattro quesiti formulati con tale ordinanza, e già pure ricordati (v., *supra*, § 10.3.), il verificatore nella propria relazione ha formulato in ordine a ciascuno di essi le seguenti conclusioni.

13. Quanto al primo quesito, anzitutto, il verificatore ha rilevato che sono state riscontrate 6 chiusure forzate delle connessioni di rete, forzate (*reset*), dal portale *web* Em.pulia.it

13.1. I 6 *reset* sono avvenuti nell'arco di un secondo, intorno alle 11:05:14 del 5 maggio 2018, e hanno momentaneamente interrotto la connessione di rete tra il PC di ..... s.p.a. e il portale *web*.

13.2. Il verificatore ha precisato, però, che la piattaforma applicativa di *e-procurement*, dove si svolgono le operazioni di caricamento delle offerte, è in esecuzione su un server diverso da quello del portale *web*, Empulia.it, sul quale si svolgono le operazioni di *login* per l'autenticazione degli utenti.

13.3. L'operazione di *login*, per la parte appellata ..... s.p.a., era già avvenuta prima delle 11:05:14 e, quindi, i *reset* non potevano inficiare le operazioni di caricamento delle offerte.

13.4. Il verificatore ne ha concluso che non è riscontrabile il malfunzionamento della piattaforma informatica destinata al caricamento delle offerte, lamentata dalla parte appellata e posta a fondamento della sentenza qui impugnata.

14. Quanto al secondo quesito, poi, il verificatore, dopo avere ricordato che le chiusure di connessione con il portale sono limitate, sia nel numero (6) che nella durata (1 secondo), ha osservato che le chiusure di connessione a livello trasporto (TCP) non sono un evento anomalo, anche quando sono forzate (*reset*) dai *server*, perché i sistemi operativi dei computer sono programmati in modo da ripristinare nell'arco di pochi secondi le connessioni chiuse.

14.1. In caso di chiusura forzata, infatti, è possibile osservare un degrado delle prestazioni, ma nell'ordine dei secondi e non dei minuti.

14.2. Non esisterebbero peraltro evidenze documentante di malfunzionamenti di lunga durata (c.d. *freeze*) dei *browser* dei computer a seguito di chiusura delle connessioni.

14.3. Il verificatore ha quindi concluso che non ci sarebbe stata una inoperatività della piattaforma informatica destinata al caricamento delle offerte per circa 20 minuti e non è possibile dedurre che gli eventi telematici, detti "chiusure di connessione", siano la causa del ritardo nel perfezionamento dell'*iter* di presentazione dell'offerta da parte dell'appellata.

15. Quanto al terzo quesito, ancora, il verificatore ha accertato che, al momento del termine fissato dal disciplinare di gara telematica, alle ore 12:00, l'offerta tecnica ed economica erano state caricate dalla piattaforma informatica, ma non definitivamente, perché era ancora possibile apportare cambiamenti o rinunciare all'offerta.

15.1. L'acquisizione definitiva avviene solo quando l'utente preme il pulsante "*invia*", ma tale tasto è disabilitato dalla piattaforma di *e-procurement* quando scade il termine fissato dal disciplinare di gara telematica.

15.2. L'odierna appellata, ..... s.p.a., ha continuato ad operare oltre tale termine, modificando l'offerta economica alle ore 12:01:16 e generando la busta alle 12:01:38, senza, però, rendersi conto che non sarebbe stata in grado di trasmetterla in forma definitiva alla piattaforma di *e-procurement*.

15.3. Il verificatore ha quindi ritenuto che l'offerta tecnica ed economica trasmesse dall'odierna appellata non possono ritenersi definitivamente acquisite dalla piattaforma di *e-procurement* destinata alla presentazione delle offerte entro il termine fissato dal disciplinare di gara telematica.

16. Quanto al quarto quesito, infine, il verificatore ha acclarato che, non essendo stato premuto il pulsante "*invia*" in modo tempestivo, la presentazione dell'offerta tecnica e di quella economica, da parte dell'odierna appellata, non si può considerare avvenuta con successo poiché, secondo il disciplinare di gara, la volontà del fornitore poteva dirsi acquisibile soltanto con il passaggio finale, che consiste nel premere il pulsante "*invia*" entro il termine fissato dallo stesso disciplinare.

17. Se queste sono le risultanze della verifica, in sintesi, ritiene il Collegio che esse confermino comunque, e non smentiscano, le conclusioni alle quali è pervenuto il primo giudice.

18. Si deve osservare preliminarmente che non merita accoglimento l'eccezione di nullità della verifica sollevata dalla difesa di ..... s.p.a. nella memoria



difensiva (v., in particolare, pp. 2-3), depositata il 19 novembre 2019, per il fatto che il verificatore si sarebbe limitato a coinvolgere le parti in occasione dei due incontri peritali del 17 settembre 2019 e del 23 ottobre 2019, senza tuttavia sottoporre successivamente alle parti stesse la bozza della relazione che avrebbe depositato per completare il contraddittorio avviato.

19. L'art. 66, comma 1, c.p.a. non prevede, a differenza di quanto prevede l'art. 67, comma 3, lett. c), c.p.a. per la consulenza tecnica d'ufficio, che il verificatore depositi uno schema di relazione, seguito poi, dopo le eventuali osservazioni e conclusioni dei consulenti tecnici di parte, dalla relazione finale, ma prescrive semplicemente che il giudice assegni al verificatore un termine per il deposito della sola relazione conclusiva.

19.1. Ora, sebbene la disposizione non vieti al giudice di fissare al verificatore un termine intermedio per il deposito di uno schema di relazione, analogamente a quanto prevede l'art. 67, comma 3, lett. c), c.p.a., e sebbene ciò sia auspicabile per garantire una più completa interlocuzione tra le parti (e in particolar modo dei consulenti di parte) sul piano tecnico, l'ordinanza n. 3999 del 31 agosto 2019 di questo Consiglio non ha disposto tale adempimento a carico del verificatore e, pertanto, il deposito della relazione conclusiva, non preceduto da alcun deposito di schema di relazione, non ha violato il contraddittorio tra le parti né reso nulla la relazione.

19.2. E del resto, avendo le parti potuto svolgere le proprie controdeduzioni sulle conclusioni della relazione nelle memorie di cui all'art. 73 c.p.a., il principio del contraddittorio è stato ampiamente assicurato (v., sul punto, Cons. St., sez. IV, 18 settembre 2017, n. 4352), perché nulla vieta al giudice dopo la lettura di tali controdeduzioni, ove lo ritenga necessario per la completezza del quadro istruttorio, di richiedere chiarimenti al verificatore e di assegnargli un successivo termine per il

deposito di un'ulteriore relazione integrativa, che chiarisca gli eventuali punti rimasti lacunosi, oscuri o contraddittori nella relazione stessa.

20. E nel caso di specie, per quanto ora si esporrà, questa necessità non si è posta, perché il Collegio ritiene che, anche sulla scorta di siffatte conclusioni, le argomentazioni dell'odierna appellata in replica alle conclusioni della verifica conducano comunque, e nel merito, alla reiezione dell'appello.

21. Respinta quindi l'eccezione di nullità, per quanto detto, si deve rilevare nel merito che dalla verifica sono emersi, e confermati, alcuni punti indubitabili e, cioè, in particolare:

a) il sopravvenire di sei *reset*, chiusure forzate delle connessioni di rete, alle ore 11:05:14;

b) il blocco del *browser* dell'impresa contestualmente ai *reset* della connessione innescati dal *server*;

c) l'anomalia per la quale il sistema *client* in uso all'odierna appellata è risultato contemporaneamente connesso al portale *web* e alla piattaforma di gestione – ché, altrimenti, il sistema *server* di ..... s.p.a. non avrebbe rilevato e comunicato le sei chiusure forzate delle connessioni di rete, alle ore 11:05:14 – nonostante l'autenticazione tramite il portale *web* fosse stata già effettuata.

22. Ora la verifica non ha saputo chiarire per quale ragione si siano generate le chiusure forzate delle connessioni di rete prodotte dal portale *web*, che rappresentano un'anomalia di funzionamento sicuramente non imputabile a ..... s.p.a., ma soprattutto non sembra avere debitamente considerato che l'accesso alla piattaforma per il caricamento dell'impresa era consentito solo tramite il portale *web* e, pertanto, ogni eventuale disfunzione di quest'ultimo non poteva che riverberarsi sulla piattaforma stessa, come bene ha rilevato sul punto anche la sentenza impugnata, rimasta sul punto incontestata anche dall'odierna appellante e dall'esito della verifica.

22.1. Ciò a maggior ragione nel caso di specie in cui il sistema *client* in uso all'impresa era contemporaneamente connesso al portale *web* e alla piattaforma di gestione perché, diversamente, non si spiegherebbe come il sistema *server* di ..... s.p.a. abbia rilevato e comunicato le sei chiusure forzate delle connessioni di rete.

22.2. È circostanza pacifica, insomma, che in concomitanza con le disfunzioni sul *web*, verificatesi alle 11:05:14, si è generato il blocco del *browser* dell'impresa conseguente ai *reset* della connessione innescati dal *server*, sicché la circostanza che la piattaforma applicativa di *e-procurement*, dove si svolgono le operazioni di caricamento delle offerte, sia in esecuzione su un *server* diverso da quello del portale *web*, Empulia.it, sul quale si svolgono le operazioni di *login* per l'autenticazione degli utenti, non è decisiva per escludere la conclusione, avvalorata dal primo giudice, secondo cui il malfunzionamento del portale *web* abbia interferito con il regolare o, quantomeno, rapido caricamento dell'offerta nell'ultima ora utile per tale operazione.

22.3. Lo stesso verificatore, del resto, ha riconosciuto che gli effetti delle chiusure forzate delle connessioni di rete producono un «*degrado delle prestazioni*» e, quindi, ha ammesso di fatto, dopo averla negata almeno in linea di principio, una relazione causale tra chiusure forzate delle connessioni di rete e l'operatività del *browser*.

22.4. La correlazione o l'interferenza tra le chiusure e l'operatività, quantomeno sul piano di un rallentamento o di una maggiore difficoltà nell'operazione di caricamento, è dimostrata dalla circostanza che lo stesso verificatore, nel verbale dell'incontro del 17 settembre 2019, ha ammesso che quanto il *client* dell'impresa ha ripreso a funzionare, alle 11:24:39, «*non ci sono tracce che il client avesse ripreso le attività di gestione da zero*», il che parrebbe spiegarsi solo nel senso sopra detto e, cioè, che il sistema *client* in uso a ..... s.p.a. risultava contemporaneamente connesso al portale *web* e alla piattaforma di gestione, benché avesse ultimato le operazioni di autenticazione.

22.5. E del resto appare opinabile e aprioristica, in assenza di ulteriori accertamenti, l'affermazione del verificatore, secondo cui non sarebbe possibile dedurre un nesso causale tra le chiusure forzate delle connessioni di rete e l'inoperatività del *browser* per «l'assenza di evidenze documentate nella letteratura informatica di riferimento» poiché esistono molteplici autorevoli fonti – tra le quali la stessa *Microsoft* – che, in senso contrario, qualificano i *reset* del protocollo TCP quali chiusure improvvise delle sessioni, che causano la cancellazione immediata delle risorse assegnate alla connessione e di tutte le informazioni sulla connessione e, pertanto, come possibili indicatori di un problema di rete.

22.6. La verifica non ha, insomma, dissipato tutti i dubbi circa l'evenienza, invero non improbabile e non smentita convincentemente nemmeno dalle considerazioni tecniche del Prof. ...., che l'interrelazione tra connessione al portale *web* e alla piattaforma di caricamento abbia avuto una efficacia causale, secondo almeno la logica del “*più probabile che non*”, nelle disfunzioni operative che hanno condotto ad un blocco momentaneo del *browser* e abbiano reso impossibile o assai più difficoltosa, seppure per poco tempo (ma tale da determinare un ritardo irrimediabilmente ostativo alla definitiva acquisizione telematica dell'offerta), l'operatività anche della piattaforma di gestione, con il conseguente rallentamento delle operazioni di caricamento, conclusesi solo dopo le ore 12:00 e, peraltro, con un modestissimo ritardo di nemmeno due minuti.

22.7. In presenza di persistenti dubbi circa il rapporto causale tra la chiusura delle connessioni TCP e il *freeze* del *browser*, che questo giudice ritiene, almeno con riferimento al caso di specie, non siano stati superati nemmeno dell'esito della verifica, il malfunzionamento dell'intero sistema adottato dalla stazione appaltante nell'ultima ora utile per il caricamento dell'offerta economica, che peraltro risulta essere stata definitivamente inviata con appena due minuti di ritardo, non può che essere imputato, nel caso di specie, al sistema informatico in uso alla

stazione appaltante, come ha ritenuto il primo giudice, con una statuizione che va immune dalle censure sollevate dall'Azienda.

23. Devono qui trovare applicazione i consolidati principi, affermati da questo Consiglio di Stato, secondo cui 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 (v. di recente, per un caso non dissimile, Cons. St., sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922 e anche la sentenza di questa sezione III, 7 luglio 2017, n. 3245, che però concerne un errore dell'impresa e non già un malfunzionamento del sistema).

23.1. Se rimane impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 25 gennaio 2013, n. 481).

23.2. Nel caso di specie, per le ragioni esposte, non si può escludere ragionevolmente che il malfunzionamento del sistema nel suo complesso anche con riferimento al portale, essendo l'accesso alla piattaforma per il caricamento dell'offerta consentito solo tramite il portale *web*, abbia reso più difficoltosa, se non impedito per qualche tempo, l'operazione di caricamento dell'offerta economica nell'ultima ora utile, con un lievissimo ritardo di soli due minuti nella sua definitiva acquisizione, risultata impossibile proprio per tale lievissimo ritardo dopo la scadenza delle ore 12:00.

24. Pertanto, anche sulla scorta dei rilievi appena svolti all'esito della verifica e con assorbimento di ogni ulteriore questione, di fatto e di diritto, superflua ai fini del decidere, i quattro motivi di appello proposti dall'Azienda devono essere respinti in quanto, e in estrema sintesi:

a) con riferimento al primo motivo di appello (pp. 4-7 del ricorso), anzitutto, non si può escludere, per quanto detto, che le chiusure di connessione sul

portale *EmPulia* abbiano interferito anche sul caricamento dell'offerta e che il malfunzionamento del sistema, nel suo complesso, abbia impedito o rallentato il caricamento dell'offerta tra le ore 11:04 e le ore 11:24 del 5 marzo 2018;

*b)* con riferimento al secondo motivo di appello (pp. 7-9 del ricorso), seppure è vero che le chiusure di connessione sono evenienze diverse dai blocchi di connessione, cionondimeno il verificarsi delle chiusure – e non già dei blocchi – può avere provocato un degrado delle prestazioni, per le ragioni sopra viste, e avere richiesto una nuova verifica dei dati caricati all'impresa prima di riprendere le operazioni di caricamento alle ore 11:24, sicché pare al Collegio ragionevole e non confutata l'ipotesi per cui un rallentamento o una maggiore, inaspettata, difficoltà nella trasmissione dell'offerta economica non si sarebbero verificati se non si fossero generate dal sistema le chiusure predette;

*c)* con riferimento al terzo motivo di appello (pp. 9-13 del ricorso), ancora, il primo giudice ha condivisibilmente stigmatizzato la circostanza che il disciplinare di gara, nell'imporre ai concorrenti di richiedere l'assistenza all'*help desk* tecnico almeno 48 prima dalla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non abbia previsto alcuna possibilità di intervento per i problemi che si fossero verificati in tali ultime 48 ore, con un vistoso limite, e rischio, per i concorrenti che, in questo modo, non avrebbero potuto ottenere alcuna immediata assistenza per i problemi verificatisi nelle ultime 48 ore, come si è verificato nel caso di specie, e la conseguente illegittimità di tale previsione, che esonera la stazione appaltante da qualsiasi assistenza per detti problemi e addossa ai concorrenti il rischio di risolvere da soli e, quindi, anche di non risolvere criticità derivanti, eventualmente, dal sistema informatico utilizzato dalla stessa stazione appaltante;

*d)* quanto al quarto motivo di appello (pp. 13-14 del ricorso), infine, proprio le ragioni sin qui esposte evidenziano la correttezza della sentenza impugnata, laddove ha rilevato l'eccesso di potere che affligge i provvedimenti annullati in primo grado

per difetto di istruttoria laddove essi, senza attendere l'esito preventivo di una più accurata indagine sulle cause del malfunzionamento, avrebbero potuto pervenire ad una soluzione diversa, non essendosi al cospetto, comunque, di provvedimento vincolato ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-*octies*, comma 2, della l. n. 241 del 1990 di fronte ad una vicenda tanto complessa, incerta, e bisognosa certamente di approfondimento istruttorio.

25. In conclusione, per tutte le ragioni esposte e anche alla luce delle considerazioni sopra svolte in esito alla verifica, l'appello deve essere respinto nei suoi quattro motivi, con la piena conferma della sentenza impugnata e assorbimento di ogni ulteriore questione, superflua ai fini del decidere, per le ragioni, di fatto e di diritto, appunto sopra esposte.

26. Le spese di questo grado del giudizio, attesa la complessità tecnica del presente contenzioso che ha richiesto l'espletamento della verifica, possono essere interamente compensate tra le parti.

27. Le spese della verifica, ai sensi dell'art. 26 e dell'art. 66, comma 4, c.p.a., vanno poste definitivamente a carico dell'Azienda appellante.

27.1. Rimane definitivamente a carico dell'Azienda il contributo richiesto per la proposizione dell'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto dall'....., lo respinge e per l'effetto conferma, anche ai sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico dell'..... le spese della verifica disposta da questo Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 3999 del 31 agosto 2018, spese liquidate con separato decreto presidenziale.

Pone definitivamente a carico dell'..... il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2019

**L'ESTENSORE**  
**Massimiliano Nocelli**

**IL PRESIDENTE**  
**Marco Lipari**

IL SEGRETARIO