

Consiglio di stato, sezione terza, sentenza n. 4811 del 29 luglio 2020

Gara telematica – Malfunzionamento – 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 2815 del 2020, proposto da S.p.A. in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con le societàS.r.l. e S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, Via n.;

contro

....., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso l'Ufficio di Rappresentanza della in Roma, via

per la riforma

per la riforma della sentenza n. 37 del 9 gennaio 2020 del Tribunale amministrativo regionale per la, sez. I, resa tra le parti, concernente il diniego alla riapertura dei termini per la presentazione delle offerte per l'affidamento dei servizi di governo, conduzione e manutenzione degli impianti tecnologici ed elevatori al

servizio delle strutture sanitarie dell'azienda ospedaliera regionale San Carlo e della azienda sanitaria di Potenza.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2020, svolta in modalità telematica, il Cons. Giovanni Pescatore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in GURI in data 31 dicembre 2018 la stazione unica appaltante presso la (di seguito “.....”) ha indetto una procedura comparativa per l'affidamento dei servizi di governo, di conduzione e di manutenzione degli impianti tecnologici ed elevatori al servizio delle strutture sanitarie dell'Azienda ospedaliera regionale e dell'Azienda sanitaria di

2. Il disciplinare ha previsto lo svolgimento della gara ai sensi dell'art. 58 del d.lgs. n. 50 del 2016, mediante il portale di e-procurement della stazione appaltante, con fissazione del termine di scadenza per la presentazione delle offerte al 3 giugno 2019, ore 12.00.

3. A causa di un malfunzionamento della piattaforma informatica la concorrentes.p.a. (di seguito “.....”), pur essendo riuscita “a caricare” i file della busta amministrativa e dell'offerta tecnica, non è riuscita a fare altrettanto con riguardo all'offerta economica.

4. Il giorno 3 giugno 2019 ha quindi comunicato alla stazione appaltante il malfunzionamento del portale telematico, attraverso una prima segnalazione (delle ore 12.04) e una successiva diffida via Pec (delle ore 21.06), in entrambi i casi senza ricevere risposta.
5. Avvedutasi della pubblicazione sul sito istituzionale, in data 5 giugno, di un avviso di differimento del termine di presentazione dell'offerta alla data del 7 giugno 2019, ore 12:00, ha sollecitamente contestato l'omesso invio di un avviso individuale che preannunciasse la posticipazione del termine, stigmatizzando il comportamento della stazione appaltante come contrario alle regole di buona fede e trasparenza.
6. La diffida è stata riscontrata dal RUP con una nota di diniego oggetto della impugnativa di primo grado, definita con la sentenza qui appellata n. 37/2020.
7. La tesi della Regione, avallata dal Tar, è che nella vicenda innanzi descritta non è ravvisabile alcuna violazione dell'art. 79, comma 5-bis, del codice dei contratti, in quanto la forma di comunicazione della proroga del termine - disposta in seguito al constatato malfunzionamento della piattaforma telematica - è risultata pienamente idonea allo scopo, avendo consentito agli altri partecipanti alla gara di presentare puntualmente la propria offerta; sotto altro profilo, è stato pienamente rispettato il parametro legale della tempestiva pubblicazione dell'avviso *“presso dell'indirizzo internet dove sono accessibili i documenti di gara”*, quale modalità adeguata alla prefissata esigenza di divulgazione del differimento dei termini. Il Tar ha ritenuto, infine, che la proroga, nella misura concessa, ha rispettato il canone di proporzionalità, in quanto il lasso temporale aggiuntivo è risultato *“pari a oltre il doppio di quello in cui l'inconveniente si è verificato, dunque tutt'altro che “irrisorio”, non congruo o sproporzionato”*.
8. In questa sede la impugna la sentenza di primo grado sostenendo, con un primo motivo, che:

8.1. - il dato testuale dell'art. 79, comma 5-bis - nel prevedere che la proroga conseguente al malfunzionamento della piattaforma telematica debba essere pubblicizzata mediante avviso presso l'indirizzo internet dove sono accessibili i documenti di gara "*nonché attraverso ogni altro strumento che ritenga opportuno*" - impone alla stazione appaltante una duplice e cumulativa forma di pubblicità dell'avviso di riapertura/posticipazione del termine, che si realizza: *i)* sia tramite la pubblicazione dell'avviso sulla medesima pagina del sito in cui sono pubblicati gli atti di gara; *ii)* sia (è il significato della congiunzione "*nonché*") tramite la comunicazione ai concorrenti con altro strumento adeguato;

- le suddette misure non sono alternative, né è riconosciuta alcuna discrezionalità alla stazione appaltante nel modularle (essendole concessa la sola possibilità di scegliere la tipologia di strumento con la quale realizzare il secondo sistema di pubblicità);

- nel caso di specie, tuttavia, l'avviso di riapertura termini non è stato pubblicato al medesimo indirizzo dove risultavano accessibili i documenti di gara (art. 76, co. 5-bis cod. contratti), coincidente (secondo quanto stabilito dagli artt. 2.1 e 2.3 del disciplinare) con il sito internet; e, al contempo, è mancata l'adozione "*di ogni altro strumento*" di trasmissione ai concorrenti dell' "alert" circa l'avvenuta proroga del termine (secondo quanto disposto nel penultimo periodo dell'art. art. 79, comma 5-bis).

8.2. Con un secondo motivo nega che il differimento del termine concesso sia risultato "*proporzionale alla gravità*" del malfunzionamento riscontrato, in quanto esso ha obbligato i concorrenti, nelle poche ore a disposizione, ad attivarsi per procedere al caricamento *ex novo* di tutta la documentazione a corredo dell'offerta.

9. La si è ritualmente costituita in giudizio, replicando alle deduzioni avversarie e chiedendone la reiezione.

10. A seguito dell'accoglimento dell'istanza cautelare (disposto dapprima con decreto n. 1634 dell'1.4.2020, quindi con ordinanza n. 1814 del 7.4.2020, che ha riammesso con riserva alla gara l'offerta presentata dalla parte appellante), la causa è passata in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 16 luglio 2020.

DIRITTO

1. - Il D.Lgs n. 50/2016, così come modificato dal D.Lgs. n. 56/2017, ha aggiunto, all'originale previsione dell'art. 79, il comma 5 bis, recante la seguente specifica: *“...la stazione appaltante adotta i necessari provvedimenti al fine di assicurare la regolarità della procedura nel rispetto dei principi di cui all'art. 30, anche disponendo la sospensione del termine per la ricezione dell'offerte per il periodo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento [.....] la pubblicità di tale proroga avviene attraverso la tempestiva pubblicazione di apposito avviso presso l'indirizzo internet dove sono accessibili i documenti di gara ... nonché attraverso ogni altro strumento che la Stazione appaltante ritenga opportuno”*.

2. - Le circostanze fattuali controverse nel presente giudizio attengono, da un lato, alle vicende che hanno motivato la proroga del termine; dall'altro, alle modalità di pubblicazione dell'avviso di posticipazione.

Secondo la parte appellante: *a1)* il malfunzionamento della piattaforma telematica è intervenuto nella fase di caricamento della domanda (quando il relativo termine non era ancora scaduto) ed ha impedito il regolare inoltro dei documenti; *b1)* l'avviso di proroga non è stato pubblicato nel sito ufficiale di gara ma solo su quello della

L'Avvocatura regionale di contro sostiene che: *a2)* non si è verificato alcun malfunzionamento del sistema ma è stata riscontrata un'anomalia da parte di alcuni operatori economici, aggravata dal fatto che ha avviato il caricamento dell'offerta nella fase terminale del tempo a sua disposizione; *b2)* la stazione appaltante ha rispettato l'art. 79 comma 5 bis del Codice dei contratti pubblici,

avendo pubblicato l'avviso di posticipazione del termine di presentazione delle offerte sul sito della, sul portale avvisi e gare, nonché sul mini-sito della SUA-RB.

2.1. Ebbene, sul primo profilo controverso deve ritenersi irrilevante la controdeduzione della difesa regionale circa il fatto che non vi sarebbe stato un blocco “totale” del sistema, ma si sarebbero verificate soltanto delle anomalie riscontrate da alcuni operatori economici: è proprio a fronte di dette anomalie che, al pari di altri operatori, si è vista ostacolata nel portare a conclusione le operazioni di caricamento entro il termine previsto. Tale circostanza risulta certificata dallo stesso gestore della piattaforma, e di conseguenza dalla stazione appaltante, in quanto nell'avviso di riapertura del termine si dà conto “*..del riscontro trasmesso dal gestore del servizio assistenza, prot. n. 35654/20AB del 05/06/2019, che certifica la presenza d'anomalia al sistema inerente la visualizzazione in fase di caricamento delle offerte economiche..*”. Donde la conseguente (e corretta) decisione da parte della stazione appaltante di riaprire il termine di presentazione delle offerte.

2.2. Sussistono valide ragioni per fare applicazione, pertanto, dell'orientamento interpretativo, di recente ribadito anche da questa sezione, secondo il quale “*..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).

Nel medesimo senso si è chiarito, con statuizione di principio pienamente traslabile nel caso di specie, che “*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)*” (Cons. Stato, sez. III, n. 86/2020).

2.3. In stretta consecuzione ai dati ricostruttivi della vicenda in fatto sin qui riepilogati, risulta del tutto indimostrata l'affermazione secondo cui avrebbe iniziato tardi il caricamento dell'offerta.

La Regione non ha addotto alcun elemento o principio di prova sul punto, né ha depositato gli appositi registri informatici con i quali dimostrare il tardivo inserimento dell'offerta.

2.4. Quanto alla distinta tematica delle modalità di pubblicazione dell'avviso (secondo profilo fattuale controverso), si deve innanzitutto constatare che la ricostruzione proposta dalla difesa regionale (e recepita dal Tar) non è stata efficacemente contraddetta dalla parte appellante. Non vi sono, infatti, elementi probanti per poterla smentire, come tale non potendosi apprezzare neppure la produzione difensiva della contenuta all'interno della memoria difensiva del 28/6/2019 (pag. 5 e 6) e richiamata a supporto delle proprie deduzioni dalla parte appellante: invero, la riproduzione degli screenshot delle pagine relative alla pubblicazione dell'avviso, estratti dal sito della (www.regione.....it), non consente di escludere che l'avviso sia stato inserito anche nella piattaforma “..... *pro-curement*” (www.sua-rb.it).

Viceversa, le deduzioni contenute nella memoria di costituzione depositata nel presente grado di giudizio dalla Regione (pag. 14 e 15), non ulteriormente contraddette da parte appellante, forniscono una esemplificazione puntuale della possibilità di accesso agli atti di gara e all'avviso di proroga anche tramite consultazione diretto del sito della stazione appaltante.

3. – Tutto ciò posto, il primo motivo di appello è comunque fondato nella parte concernente il mancato assolvimento dell'obbligo di pubblicità imposto dall'art. 79 comma 5 bis.

3.1. La norma impone che della riapertura/proroga del termine di presentazione delle offerte la stazione appaltante fornisca adeguata pubblicità “*attraverso la tempestiva*

pubblicazione di apposito avviso presso l'indirizzo internet dove sono accessibili i documenti di gara ... nonché attraverso ogni altro strumento che la stazione appaltante ritenga opportuno".

3.2. Nell'interpretare la riportata formulazione deve ritenersi che l'attivazione di iniziative aggiuntive alla sola pubblicazione sul sito internet ricada nell'alveo di una valutazione discrezionale della stazione appaltante. A non diverse conclusioni induce la presenza della congiunzione "*nonché*", la quale altro non fa che introdurre una clausola generale che suggella il carattere "*elastico*" della soluzione di volta in volta rimessa, sul punto, al giudizio di "*opportunità*" dell'amministrazione.

3.3. Peraltro, se è pur vero che la modulazione degli strumenti aggiuntivi alla pubblicazione sul sito è rimessa allo scrutinio discrezionale dell'amministrazione, ciò non toglie che la scelta in concreta operata possa essere vagliata - sia pure nei limiti del sindacato sull'eccesso di potere - nel suo stesso fondamento di "*adeguatezza ed opportunità*", alla luce dei generali principi di leale cooperazione e proporzionalità e, quindi, secondo i paradigmi di "*buona fede*" e "*correttezza*", enucleabili dal più ampio concetto di "*buon andamento*" della funzione amministrativa.

Tanto vale, a maggior ragione, all'interno di procedure telematiche caratterizzate da termini particolarmente ristretti e nelle quali risulta fondamentale l'utilizzo di modalità idonee e coerenti per comunicare lo svolgimento delle operazioni di gara, onde evitare di imporre ai concorrenti degli oneri di diligenza sostanzialmente sproporzionati, che possono condurre alla loro estromissione per omissioni facilmente evitabili e, quindi, all'ingiustificata compromissione del principio della massima partecipazione.

3.4. Nel caso di specie, deve ritenersi che la sola mera pubblicazione dell'avviso sul sito internet non si sia rivelata adeguata e sufficiente a ritenere adempiuto l'obbligo di pubblicità imposto dalla richiamata norma, ed a tanto si sovviene in quanto: *i)* l'inserimento dell'avviso telematico di per sé non ne garantisce l'immediata conoscenza da parte dei destinatari - i quali potrebbero mancare di

accedere al sito o farlo tardivamente, una volta decorso inutilmente il termine; *ii*) l'eventualità di un simile inconveniente nel caso *de quo* assumeva specifica concretezza proprio in virtù del carattere esiguo della posticipazione del termine (di soli due giorni - dal 5 giugno, al 7 giugno h. 12); *iii*) di contro, l'attivazione di un ulteriore canale di comunicazione avrebbe comportato per la stazione un impegno aggiuntivo ed un correlato sacrificio assai modesti (l'invio di una pec), del tutto coerente con le indicazioni contenute nel disciplinare di gara (ove si prevede chiaramente, all'art. 2.3, che le comunicazioni tra committente e concorrente avvengano tramite piattaforma e con l'ausilio di “*notifiche all'indirizzo PEC ... indicato dai concorrenti nella documentazione di gara*”); *iv*) l'inoltro di comunicazioni individuali si sarebbe posto in linea consequenziale ai precedenti contatti con i quali gli stessi concorrenti avevano, poco tempo prima, segnalato il guasto e sollecitato la controparte pubblica a fornire indicazioni sulle modalità di riattivazione del sistema.

3.5. Risulta quindi non risolutiva l'asserzione del primo giudice secondo cui era rimesso al singolo concorrente interessato ogni onere di “*..di consultazione quantomeno quotidiana, con ordinaria diligenza e ben modesto impegno, dell'unico canale di informazione specifica previsto dalla legge di gara, ovvero l'apposita sezione del sito internet regionale*”: un corretto bilanciamento dei rispettivi oneri di diligenza della parte pubblica e privata, proporzionati alla specificità del caso e alla misura della proroga concessa, avrebbe più ragionevolmente consigliato di evitare un unilaterale appesantimento procedimentale a carico di una sola delle parti del rapporto (la parte privata), trattandosi di soluzione contraria alla logica semplificatoria dell'introduzione delle procedure telematiche e, comunque e per quanto esposto, non pienamente proporzionata e coerente con i principi di correttezza, leale cooperazione e buona fede. Questi ultimi, d'altra parte, impongono una considerazione solidaristica, ponderata e dinamica degli obblighi ricadenti sulle parti della relazione giuridica, in un'ottica di accentuato favore per l'instaurazione di contegni di reciproco e

collaborativo soccorso, volti alla salvaguardia dell'altrui utilità ove commisurata ad un sacrificio di analoga portata.

3.6. Nel medesimo ordine di considerazioni, merita di essere stigmatizzata anche l'ulteriore affermazione contenuta nella sentenza impugnata secondo la quale il “*.. capo 2.3 del disciplinare di gara .. fa effettivamente riferimento a un indirizzo di posta elettronica certificata da indicare a cura degli offerenti, ma al solo fine delle comunicazioni di cui all'art. 76, co. 5, del codice dei contratti?*”.

Diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice, la regola stabilita dal disciplinare non riguarda esclusivamente le comunicazioni ex art. 76, comma 5 (disposizione effettivamente richiamata dal comma 1 dell'art. 2.3) bensì, a fronte di quanto espressamente disposto dal successivo comma 2 dell'art. 2.3, “*tutte le comunicazioni tra stazione appaltante e operatori?*” che “*si intendono validamente ed efficacemente effettuate qualora rese attraverso il Portalee con l'eventuale ausilio di notifiche all'indirizzo PEC:ufficio.centrale.committenza.soggetto.aggregatore@cert.regione.....it e all'indirizzo indicato dai concorrenti nella documentazione di gara?*” (disciplinare, art. 2.3, pag. 6).

Non, quindi, una modalità esclusiva delle comunicazioni relative agli esiti della procedura, bensì una generalizzato canale comunicativo, previsto dalla *lex specialis*, in quanto tale vincolante per ambo le parti in virtù della regola del cd. autovincolo.

Del resto, ha certamente iniziato il caricamento della propria offerta (dato incontestato anche dalla difesa della Regione), salvo non concluderlo per anomalie di sistema, il che induce a ritenere che, sino a che non fosse scaduto il nuovo termine di presentazione delle offerte del 7 giugno, essa avrebbe dovuto essere considerata necessariamente una “pretendente” alla gara, avendo già creato il proprio profilo sul portale e parzialmente caricato la documentazione di gara.

Nello stesso senso rileva la circostanza che ha dapprima contattato telefonicamente la SUA per avvertirla del disservizio e sollecitare la riapertura del termine, e successivamente ha inoltrato segnalazioni scritte (anche tramite il proprio

legale) così instaurando una interlocuzione alla quale la stazione appaltante ha ritenuto di dare seguito, nella fase di riapertura del termine, in modo non altrettanto prudente e cautelativo.

3.7. Nel quadro di principi sin qui tracciato, la circostanza che taluni ricorrenti principali siano riusciti a rispettare il termine fissato dalla *lex specialis* per la presentazione dell'offerta non vale ad escludere la rilevanza sul piano giuridico delle criticità incontrate da altri operatori. Sicché, anche l'argomento integrativo svolto in tal senso dal Tar e tendente a far refluire il parziale esito applicativo della regola giuridica sul piano della sua tenuta normativa, non può trovare seguito alcuno.

4. - Merita di essere accolto anche il secondo profilo di censura, per l'essenziale ragione che la proroga del termine nel caso di specie non sembra avere garantito il "recupero" dei documenti già caricati sul portale e loro integrazione con la documentazione mancante; bensì (stando alle allegazioni di parte appellante, non efficacemente confutate dalla difesa regionale) ha imposto una vera e propria interruzione e riapertura della procedura, obbligando i concorrenti a procedere alla creazione *ex novo* di un proprio profilo, con caricamento di tutta la documentazione richiesta per la regolare presentazione dell'offerta.

Stando così le cose, il parametro di riferimento non può rinvenirsi nel momento in cui le anomalie si sono verificate (quindi la mattina della originaria scadenza della gara), bensì nel tempo mediamente necessario affinché un operatore potesse mettersi nella condizione di ripresentare offerta. In definitiva, il concesso differimento di soli due giorni, non anticipato da un individualizzato preavviso, si è rivelato oggettivamente incongruo.

4.1. La difesa regionale, in replica, sostiene ancora che laavrebbe informato gli operatori economici che, in caso di accertamento di una disfunzione della piattaforma telematica, avrebbe pubblicato un avviso sul portale appalti (pag. 7 memoria costituzione).

4.2. Tuttavia l'assunto – oltre a rivelarsi controproducente rispetto alle tesi difensive della Regione, in quanto contrastante con l'argomento principale della sufficienza della pubblicità a mezzo del solo canale telematico – appare anche indimostrato, in quanto non risulta che, in data 3 giugno 2019, la stazione appaltante abbia anticipato a la propria intenzione di indicare una nuova data di scadenza per il completamento delle offerte.

Del resto, è la stessa Regione ad ammettere di aver deciso di posticipare il termine solo dopo aver ricevuto in data 5 giugno la certificazione, da parte del centro assistenza, della presenza di alcune anomalie riscontrate in sede di caricamento delle offerte (pagg. 4 e 13 della memoria di costituzione della Regione e avviso di riapertura del termine).

5. Per quanto sin qui esposto, l'appello è fondato e comporta l'annullamento dell'atto impugnato in primo grado e la conseguente riammissione alla gara della parte appellante.

6. L'alternativo esito dei giudizi e la consistenza essenzialmente interpretativa delle questioni esaminate giustificano la compensazione delle spese relative ai due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla l'atto di diniego con esso gravato, ai sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2020, svolta in modalità telematica

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO