

APPALTI: Gara telematica – Mancato caricamento della documentazione – Per malfunzionamento del sistema – Aggiudicazione – Illegittimità – Fattispecie.

Tar Campania - Napoli, Sez. I, 21 novembre 2022, n. 7202

“[...] l’istruttoria espletata ha consentito di appurare che vi è stato un “malfunzionamento generalizzato riguardante il caricamento di file da allegare alla partecipazione [...] imputabile a problemi infrastrutturali” [...].

Tenuto conto di ciò, nella fattispecie all’esame deve ritenersi prodotto un evento che ha sottratto alla ditta la possibilità di partecipare alla gara, senza che siano imputabili errori o negligenze all’impresa che [...] segnalava i problemi di caricamento dei file, chiedendo poi che fosse prorogato il termine di scadenza per la presentazione delle offerte [...].

In tale contesto, spettava alla stazione appaltante operare le necessarie verifiche [...] applicando quanto disposto dal citato art. 79, comma 5-bis, qualora la circostanza denunciata fossero risultata veritiera, come accertato in corso di giudizio [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Solopaca e della Sannio Appalti s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2022 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con bando di gara prot. n. 4961 del 12/7/2022 il Comune di Solopaca ha indetto una procedura aperta sotto soglia, mediante R.D.O. su piattaforma MEPA, per l’affidamento dei lavori di sistemazione idrogeologica e ripristino funzionale delle scarpate, impluvi ed attraversamenti sul versante Nord del territorio comunale – località S. Aniello (CUP: B17H20001910001 – CIG: 9192708E9C), dal valore complessivo di € 750.000,00.

La ricorrente espone che l’1/8/2022 (termine ultimo per la presentazione dell’offerta) si verificavano numerosi errori nell’upload e, ripetendo più volte l’operazione, venivano caricati gran parte dei file della busta amministrativa, fino al blocco del sistema (dalle ore 14:45 circa alle ore 17:55), che non consentiva il perfezionamento dell’inoltro della documentazione per la partecipazione.

Aggiunge di aver contattato inutilmente il servizio assistenza mentre, ad altro recapito telefonico, era informata che si trattava di un problema tecnico in via di risoluzione e che era stata inserita nella segnalazione già presentata da altri concorrenti (ticket n. 1-245431771), fin quando alle 17:55 riusciva a caricare i file della busta amministrativa e a compilare il dettaglio dell'offerta economica, ricevendo tuttavia alle ore 18 la segnalazione che il tempo a disposizione era terminato, bloccando le operazioni di upload.

Rappresenta di avere alle 17:50 fornito comunicazione alla stazione appaltante, che con pec del 2/8/2022 negava la richiesta di proroga per presentare l'offerta, non avendo l'Ente ricevuto alcuna comunicazione di un problema tecnico dal MePA, facendo poi seguire, alla contestazione della ditta (nota del 3/8/2022 prot. n. 5514), la risposta prot. n. 5539 del 4/8/2022 in cui ribadiva che non v'erano state segnalazioni di un guasto tecnico e che, in ogni caso, ai sensi del bando e del disciplinare, la responsabilità dell'inoltro della domanda ricadeva esclusivamente sul mittente.

Con ulteriore comunicazione del 4/8/2022 la ricorrente insisteva affinché fosse verificata la sussistenza del guasto tecnico e, con nota prot. n. 5562 del 5/8/2022, il Comune richiedeva alla CONSIP di fornire una comunicazione attestante il malfunzionamento o meno della piattaforma.

Nel contempo veniva informata la Commissione che, come risulta dal verbale n. 1 del 5/8/2022, prendeva atto della richiesta del RUP di sospendere la gara nelle more del chiarimento richiesto al MePA.

Nessun riscontro veniva fornito di tal che, ricevuta la comunicazione con cui il RUP evidenziava la necessità di approvare entro il 23/8/2022 la proposta di aggiudicazione per fruire del finanziamento (cfr. verbale n. 2 dell'11/8/2022), le operazioni di gara proseguivano e si è pervenuti all'aggiudicazione in favore della controinteressata.

Il provvedimento è stato impugnato, unitamente agli altri atti e provvedimenti indicati in epigrafe, deducendo con i primi due motivi la violazione degli artt. 3 e 97 Cost., degli artt. 30, 52, 60 e 79 del d.lgs. n. 50/2016 e della legge n. 241/90, nonché del principio del *favor participationis*, oltre all'eccesso di potere per errata valutazione dei fatti, arbitrarietà, ingiustizia manifesta e difetto di motivazione.

Con il terzo motivo è denunciata in via subordinata, per gli stessi vizi dedotti, la violazione del termine di 35 giorni per la ricezione delle offerte, di cui all'art. 60, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016.

Si sono costituiti in giudizio per resistere il Comune e la controinteressata, producendo memorie difensive e documentazione.

Con ordinanza n. 1749 del 6/10/2022 è stata disposta istruttoria, richiedendo alla CONSIP di far conoscere se effettivamente si fossero verificati malfunzionamenti nel caricamento delle offerte sul portale.

La CONSIP ha depositato una relazione, con atti allegati, in data 17/10/2022.

Le parti hanno depositato scritti difensivi.

All'udienza in camera di consiglio del 9 novembre 2022, per la trattazione dell'istanza cautelare, è stato formulato alle parti l'avviso ex art. 60 c.p.a. e la causa è stata assegnata in decisione.

2.- Sussistono le condizioni per la definizione del presente giudizio con una sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., sentite sul punto le parti costituite, trascorso il termine dimezzato di dieci giorni dalla notificazione del ricorso, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, in assenza della volontà delle parti di proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione.

Con le censure articolate la ricorrente deduce che:

- una volta denunciato il malfunzionamento della piattaforma, erroneamente la stazione appaltante (che pur aveva chiesto chiarimenti alla CONSIP) ha ritenuto di non prorogare il termine di presentazione delle offerte;
- la responsabilità dell'invio non può ricadere sul mittente, in applicazione dell'art. 19 del bando e dell'art. 14 del disciplinare, per fatti che esulano dalla sua sfera giuridica;
- l'art. 79, co. 5-bis, del d.lgs. n. 50/2016, nel caso di malfunzionamento dei mezzi di comunicazione elettronica, impone alla stazione appaltante l'adozione dei provvedimenti necessari ad assicurare la regolarità della procedura, tra cui la sospensione o proroga del termine, in virtù di un obbligo previsto anche dal disciplinare di gara;
- difettano un'adeguata istruttoria e una congrua motivazione, dal momento che il RUP aveva richiesto chiarimenti alla CONSIP, mentre la Commissione ha immotivatamente stabilito di proseguire le operazioni di gara, né il RUP stesso ha sospeso la procedura, esercitando le proprie autonome funzioni.

In via subordinata è dedotto che, in base all'art. 60, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016, il termine minimo per la ricezione delle offerte è stabilito in trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando di gara, che è stato nella specie violato poiché, pubblicato il bando in data 12/7/2022, il termine di presentazione delle offerte scadeva dopo 20 giorni (1/8/2022).

2.1. Ciò posto, vanno previamente disattese le eccezioni sollevate dalla controinteressata, in quanto:

- a) sussiste l'interesse della ricorrente ad avversare le operazioni e la conclusione della gara, al fine di ottenerne la rinnovazione e la possibilità di parteciparvi;

b) l'atto n. 229 del 29/9/2022, come palesa il suo contenuto dispositivo, rende efficace l'aggiudicazione, ed atteso il suo carattere dichiarativo non necessita di impugnazione, a pena di improcedibilità del ricorso rivolto avverso l'aggiudicazione (determina n. 179 del 19/8/2022);

c) non può ravvisarsi la tardività del ricorso, quanto all'impugnativa delle regole di gara, non assumendo ciò carattere decisivo per la risoluzione della controversia, che si incentra sulla legittimità dell'operato della stazione appaltante che ha condotto all'aggiudicazione.

2.2. Nel merito, il ricorso è fondato.

L'invocato art. 79, comma 5-bis, primo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 ha stabilito che:

“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”.

È stato al riguardo ribadito a più riprese che *“la giurisprudenza ha saldamente affermato che, laddove la stazione appaltante abbia condotto la gara telematica senza ravvisare malfunzionamenti impeditivi della piattaforma messa a disposizione “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” (cfr., in termini, Cons. Stato, Sez. V, 20 novembre 2019 n. 7922). Nel medesimo senso si è chiarito 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., in termini, Cons. Stato, Sez. III, 7 gennaio 2020 n. 86)” (Cons. Stato, sez. VI, 30/6/2021 n. 4918).*

Ciò posto, si tratta di stabilire se ricorra effettivamente un'ipotesi di malfunzionamento del sistema informatico, oppure se l'impossibilità di trasmissione della domanda sia dipesa da negligenza dell'operatore economico, su cui incombe l'onere di approntare e curare adeguatamente, nei tempi e con le modalità stabilite, l'inoltro della propria domanda (atteso che, *“laddove il funzionamento della piattaforma non sia stato inficiato da anomalie o malfunzionamento durante le operazioni di caricamento ma, al contrario, l'operatore che ha caricato la domanda ha mal gestito tempi e*

modalità di ingresso, non può operarsi un soccorso istruttorio, prevalendo l'esigenza di assicurare il rispetto di regole certe e inderogabili a presidio della par condicio competitorum": sentenza della sez. VIII di questo TAR del 10/6/2021 n. 3923, tra le altre dello stesso tenore).

Nel caso di specie, l'istruttoria espletata ha consentito di appurare che vi è stato un *"malfunzionamento generalizzato riguardante il caricamento di file da allegare alla partecipazione [...] imputabile a problemi infrastrutturali"*, come indicato nella nota Consip depositata il 17/10/2022.

È in essa specificato che *"il 01/08/2022 si è verificato un problema sull'infrastruttura su cui risiede il Sistema di e-Procurement"*, *"risolto alle ore 17.57 dello stesso giorno, eseguendo il riavvio dei servizi infrastrutturali interessati"*, chiarendo, relativamente alla posizione della ricorrente, che *"risulta che in data 01/08/2022 l'OE ha riscontrato errori nel caricamento della documentazione necessaria per completare la procedura di partecipazione"*.

Tenuto conto di ciò, nella fattispecie all'esame deve ritenersi prodotto un evento che ha sottratto alla ditta la possibilità di partecipare alla gara, senza che siano imputabili errori o negligenze all'impresa che, alle ore 17:50 dell'1/8/2022, segnalava i problemi di caricamento dei file, chiedendo poi che fosse prorogato il termine di scadenza per la presentazione delle offerte (nota del 3/8/2022).

In tale contesto, spettava alla stazione appaltante operare le necessarie verifiche (non potendo ritenere sufficiente che la Consip non avesse fornito risposta alla richiesta di chiarimenti), applicando quanto disposto dal citato art. 79, comma 5-bis, qualora la circostanza denunciata fossero risultata veritiera, come accertato in corso di giudizio.

Né può obiettarsi che il bando e il disciplinare ponessero a carico del concorrente la responsabilità per l'inoltro della domanda, essendo tale disposizione riferibile innanzitutto all'ipotesi di malfunzionamento dei propri mezzi informatici e del collegamento telematico dal concorrente *"utilizzati"* (art. 14 del disciplinare), mentre l'esonero della stazione appaltante da responsabilità per il funzionamento della piattaforma fa comunque salvi *"i limiti inderogabili di legge"* (art. 14 cit.), tra cui quanto espressamente previsto dall'art. 79, co. 5-bis, del d.lgs. n. 50/2016, per cui non può farsi ricadere sull'impresa il rischio connesso a un fattore rientrante nella sfera di disponibilità del gestore del sistema.

Nemmeno può ritenersi che il ripristino del sistema alle ore 17:57 consentisse la partecipazione alla gara, essendo il lasso di tempo di tre minuti insufficiente per l'operatore economico, non potendosi da esso pretendere un comportamento che si mostra inesigibile, in uno spazio temporale così ristretto (cfr., in generale, Cons. Stato, sez. VII, 2/5/2022 n. 3418, p. 5.4: *"Secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale, il principio della c.d. "autoresponsabilità" della ditta partecipante*

per le ipotesi di mancata (o tardiva) presentazione, con modalità telematiche, della domanda di partecipazione ad una procedura di gara non può considerarsi assoluto, essendo inevitabilmente condizionato dalla idoneità delle piattaforme informatiche predisposte dalla amministrazione, al fine di assicurare il regolare e tempestivo inoltro delle domande da parte dei candidati; il principio di leale collaborazione tra l'amministrazione e il privato, ora codificato nell'art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990 e s.m.i., induce a ritenere applicabile l'istituto del soccorso istruttorio laddove, nello svolgimento delle operazioni di presentazione per via telematica della domanda di partecipazione, il candidato incontra ostacoli oggettivi, non imputabili in via esclusiva al privato (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 giugno 2021 n. 4917)”).

Per queste motivazioni è illegittimo l'operato della stazione appaltante che ha condotto all'aggiudicazione alla controinteressata.

La questione vagliata esaurisce la vicenda sottoposta all'esame del Tribunale, essendo stato valutato l'aspetto rilevante e decisivo a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato, con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

3.- In accoglimento del ricorso vanno dunque annullati i verbali di gara e l'impugnata aggiudicazione, agli effetti che ne conseguono, determinandosi in ragione di quanto suesposto la necessità che il Comune di Solopaca proceda alla riedizione della gara.

Le spese di giudizio vanno poste a carico del Comune soccombente e sono liquidate nella misura indicata nel dispositivo, con distrazione in favore del difensore dichiaratosi anticipatario, giustificandosene la compensazione per l'intero tra la ricorrente e la controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i verbali di gara e la determina di aggiudicazione n. 179 del 19/8/2022 del Responsabile del Settore Lavori Pubblici, ai sensi e per gli effetti che ne conseguono, come chiarito in motivazione.

Condanna il Comune di Solopaca, in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente, liquidate in € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, nonché al rimborso del contributo unificato, il tutto con attribuzione all'avvocato Pasquale Marotta, anticipatario; compensa per l'intero le spese di giudizio tra la ricorrente e la controinteressata.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gianmario Palliggiano, Presidente FF

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

Domenico De Falco, Consigliere

IL SEGRETARIO