

A proposito della rimessione in termini per la presentazione telematica delle offerte

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 12-8-2023

La rimessione in termini per la presentazione telematica dell'offerta ex art. 79, comma 5 bis, d.lgs. n. 50 del 2016 opera soltanto se (e nella misura in cui) ricorra almeno una delle due seguenti situazioni: a) malfunzionamento della piattaforma digitale imputabile alla stazione appaltante; b) incertezza assoluta circa la causa del tardivo invio dell'offerta (se per un malfunzionamento del sistema oppure per negligenza dell'operatore economico). Viceversa, la remissione in termini, ex art. 79, comma 5 bis, d.lgs. n. 50 del 2016, non può mai operare in caso di comprovata negligenza dell'operatore economico, il quale – benché reso edotto ex ante (grazie a regole chiare e precise contenute nella *lex specialis*) delle modalità tecniche di presentazione telematica dell'offerta e dell'opportunità di attivarsi con congruo anticipo – non si è invece attivato per tempo.

L'operatore economico ha diritto ad essere rimesso in termini per la presentazione dell'offerta se, avvalendosi dei mezzi di comunicazione elettronica messi a disposizione dalla stazione appaltante, non riesce a tramettere la propria offerta entro il termine prestabilito a causa di un malfunzionamento informatico imputabile alla stazione appaltante (art. 79, comma 5 *bis*, d.lgs. n. 50 del 2016).

Allo stesso modo, detto diritto può essere invocato se la trasmissione dell'offerta sia stata impedita da un vizio del sistema informatico imputabile alla stazione appaltante, le conseguenze degli esiti anormali del sistema non possono andare a detrimento dei partecipanti, stante la natura meramente strumentale del mezzo informatico, nonché i principi di *par condicio* e di *favor participationis*^[1].

Ne discende che il meccanismo della rimessione in termini del singolo operatore economico (il quale non sia riuscito ad inviare in tempo l'offerta o la domanda di partecipazione) opera non soltanto in caso di comprovato malfunzionamento della piattaforma digitale della stazione appaltante, ma anche in caso di incertezza assoluta circa la causa del tardivo invio (e cioè se per colpa della stazione appaltante oppure del singolo operatore economico che non si è attivato per tempo).

In sostanza, il rischio della “causa ignota” del malfunzionamento informatico ricade sulla stazione appaltante.

Nessun diritto alla rimessione in termini può essere riconosciuto, invece, in caso di comprovata negligenza del singolo operatore economico.

In proposito, la giurisprudenza amministrativa ha più volte evocato il principio di

autoresponsabilità, e ciò con specifico riguardo alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica che si svolgono mediante la presentazione telematica dell'offerta[2].

Pubblicato il 04/08/2023

N. 13137/2023 REG.PROV.COLL.

N. 09261/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 9261 del 2023, proposto dal Consorzio Stabile Arcale, rappresentato e difeso dall'Avvocato Lodovico Visone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consip S.p.A., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

per l'annullamento

previa adozione di idonea tutela cautelare

a. della nota prot. 27420 del 7 giugno 2023, recante rigetto dell'istanza proposta dalla ricorrente in data 29 maggio 2023, per la rimessione in termini per la presentazione dell'offerta per la gara a procedura aperta ai sensi del d.lgs. 50/2016 per la conclusione di un accordo quadro avente ad oggetto la realizzazione di insediamenti con soluzioni abitative in emergenza – id 2549;

- nonché, ove e per quanto occorra:

b. degli artt. 2 e 12 del capitolato d'oneri della procedura aperta per l'affidamento di un accordo quadro avente ad oggetto la realizzazione di insediamenti con soluzioni abitative in emergenza – id 2549, ove interpretati/interpretabili nel senso di legittimare il provvedimento impugnato sub a);

c. della lista dei candidati ammessi alla procedura, ove adottata e nelle more pubblicata, a dispetto della secretazione richiesta;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2023 il dott. Michele Tecchia 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

Viene all'esame del Collegio la gara a procedura aperta – indetta con bando pubblicato sulla GUEE n. S85 del 2.5.2023 – *“per la conclusione di un Accordo Quadro avente ad oggetto la realizzazione di insediamenti con soluzioni abitative in emergenza - S.A.E. per conto della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Protezione Civile – (ed. 3)”*, ID 2549, della durata di quattro anni e di importo totale a base d'asta di Euro 1.698.400,00.

La gara è stata suddivisa in 4 lotti territoriali da aggiudicare, senza vincolo di partecipazione e di aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La procedura – in base a quanto previsto dal Capitolato d'oneri (nel prosieguo anche il “Capitolato d'Oneri”) – si è svolta attraverso l'utilizzo del sistema telematico di negoziazione, conforme alle prescrizioni di cui al D. Lgs. 50/2016 e al D. Lgs. 82/2005 (Codice dell'Amministrazione Digitale), nonché nel rispetto delle Regole del Sistema di *E-procurement* della Pubblica Amministrazione.

L'art. 12 del Capitolato d'Oneri – nel disciplinare le modalità di presentazione telematica dell'offerta da parte dei concorrenti – stabilisce che:

(i) *“tutti i documenti relativi alla presente procedura devono essere presentati esclusivamente attraverso il Sistema, ove non diversamente previsto”;*

(ii) *“non sono considerate valide offerte presentate attraverso modalità diverse da quelle previste” nel Capitolato d’Oneri;*

(iii) *“ciascun operatore economico, per la presentazione dell’offerta, ha a disposizione una capacità pari alla dimensione massima di 13 MB per singolo file, oltre la quale non è garantita la tempestiva ricezione”;*

(iv) per l’invio di file di dimensioni maggiori *“si suggerisce il frazionamento degli stessi in più file”.*

(v) l’offerta *“deve pervenire entro e non oltre le ore 16:00:00” del 26 maggio 2023 “a pena di irricevibilità”, fermo restando che “il sistema non accetta: - offerte presentate dopo la data e l’orario stabiliti come termine ultimo di presentazione dell’offerta; - offerte incomplete di una o più parti la cui presenza è necessaria ed obbligatoria”;*

(vi) *“le operazioni di inserimento sul Sistema di tutta la documentazione richiesta rimangono ad esclusivo rischio del concorrente”;*

(vii) si invitano *“i concorrenti ad avviare tali attività con congruo anticipo rispetto alla scadenza prevista onde evitare la non completa e quindi mancata trasmissione dell’offerta entro il termine previsto”.*

I paragrafi 14, 15 e 16 disciplinano, a loro volta, la copiosa documentazione da trasmettere alla stazione appaltante al fine di attestare il possesso dei requisiti generali di partecipazione (par. 14), nonché offrire in comunicazione l’offerta tecnica (par. 15) e l’offerta economica (par. 16).

Con specifico riferimento all’offerta tecnica, il succitato paragrafo 15 del Capitolato d’Oneri prevede, in particolare, che la stessa debba contenere *“a pena di esclusione”* i seguenti documenti:

a) *“l’“Offerta Tecnica, generata automaticamente dal Sistema, contenente i valori inseriti a Sistema dal Concorrente nella/e scheda/e tecnica/he”, da “caricare a Sistema dopo averla: i) scaricata e salvata sul proprio PC; ii) sottoscritta digitalmente”;*

b) *“la Relazione Tecnica, conforme al modello di cui all’Allegato n. 5 “Offerta tecnica”, contenente una proposta tecnico-organizzativa” di illustrazione della proposta progettuale;*

c) *“Progetti Tecnici relativi alle diverse tipologie di S.A.E. costituiti dagli elaborati di cui all’Allegato n. 5 “Offerta Tecnica””.*

Il paragrafo 15 del Capitolato d’Oneri precisa, altresì, che *“la mancata produzione anche di uno solo dei Progetti tecnici ... comporterà l’impossibilità di valutare il Progetto Tecnico relativo alla Realizzazione delle S.A.E. e, pertanto, l’esclusione del concorrente dalla procedura di gara”.*

A ciò si aggiunga che ogni singolo progetto tecnico si scompone a sua volta in plurimi elaborati progettuali, tutti da caricare a sistema a cura dell'operatore economico entro la succitata scadenza (26 maggio 2023, ore 16.00).

In particolare, atteso che ogni lotto di gara richiede la realizzazione di diverse tipologie di soluzioni abitative emergenziali (unità abitative da 80 mq, unità abitative da 60 mq, unità abitative da 50 mq, unità abitative da 40 mq, unità abitative destinate a persone diversamente abili, etc.) ogni soluzione abitativa esige un suo specifico progetto tecnico, il quale si articola a sua volta in plurimi elaborati progettuali.

A titolo esemplificativo, per quel che concerne il progetto tecnico avente ad oggetto l'unità abitativa da 60 mq, la *lex specialis* richiede il caricamento del progetto esecutivo architettonico (comprensivo di relazione generale architettonica; dichiarazione l. 13/89; verifica l. 13/89; relazione illustrativa degli arredi offerti e relative schede tecniche allegate), degli elaborati grafici architettonici, del progetto esecutivo strutturale (comprensivo di relazione generale delle strutture; relazione di calcolo delle strutture; relazione sui materiali), degli elaborati grafici strutturali, del progetto esecutivo degli impianti (comprensivo di relazione generale e di calcolo), degli elaborati impiantistici, del manuale di montaggio/smontaggio della soluzione abitativa emergenziale.

La *lex specialis* prevede, altresì, la facoltà di ciascun operatore economico di partecipare a tutti e quattro i lotti in cui è stata suddivisa la gara, non essendo previsto alcun vincolo di partecipazione.

In caso di partecipazione a tutti e 4 i lotti, pertanto, l'operatore economico è tenuto a caricare a sistema - oltre alla documentazione amministrativa (che è unica per tutti i lotti) - anche tante offerte economiche ed offerte tecniche (ciascuna delle quali a sua volta costante di numerosi documenti ed elaborati progettuali) quanti sono i lotti per i quali si concorre.

Va da sé che la scelta a monte dell'operatore economico di partecipare alla gara per tutti i lotti (presentando dunque un'unica offerta, composta da tante offerte tecniche ed economiche quanti sono i lotti) vincola l'operatore economico a caricare a sistema tutta la documentazione richiesta per ciascun lotto, potendo quindi procedere alla conferma e all'invio dell'offerta soltanto una volta completate le operazioni di *upload* per ciascun lotto.

È proprio in considerazione di quanto precede che il succitato paragrafo 12 del Capitolato d'Oneri invita i concorrenti, come già visto, "*ad avviare tali attività con congruo anticipo rispetto alla scadenza prevista onde evitare la non completa e quindi mancata trasmissione dell'offerta entro il termine previsto*".

Venendo dunque al Consorzio odierno ricorrente, quest'ultimo ha partecipato alla gara in contestazione per tutti e 4 i lotti, ma ne è stato escluso perché all'orario di scadenza del termine di presentazione della domanda (ore 16.00 del 26.5.2023) non ha completato il caricamento di tutti i documenti richiesti.

Deduce in particolare il Consorzio ricorrente che:

- alle ore 13.55 del 26 maggio 2023 è stato firmato e successivamente caricato in tutti i lotti il progetto delle unità abitative da 40, 50 e 80 mq;
- alle ore 13.55 del 26 maggio 2023 è stato firmato e successivamente caricato in tutti i lotti il progetto tecnico per le unità abitative destinate a persone diversamente abili;
- alle ore 15.21 del 26 maggio 2023 è stata caricata la relazione tecnica in tutti e 4 i lotti;
- tra le 15.30 e le 16.00 del 26 maggio 2023 il Consorzio ricorrente ha tentato di caricare il progetto tecnico delle unità abitative da 60 mq, ma non è riuscito a farlo entro la scadenza prefissata (ore 16.00), sicchè il sistema automatico - una volta spirato il suddetto termine - ha impedito all'odierno ricorrente di trasmettere e validare l'offerta.

Ad avviso del Consorzio ricorrente, il mancato tempestivo caricamento del progetto tecnico delle unità abitative da 60 mq sarebbe dipeso da un rallentamento del server imputabile alla stazione appaltante.

In ragione di quanto precede, pertanto, in data 29 maggio 2023 il Consorzio ricorrente ha trasmesso alla stazione appaltante un'istanza di rimessione in termini ex art. 79, co. 5bis, d.lgs. 50/2016.

Con successiva nota prot. 27420 del 7 giugno 2023, la stazione appaltante ha respinto detta istanza, esponendo quanto segue:

- *“è stata tempestivamente richiesta una verifica al Gestore del Sistema medesimo al fine di accertare quanto accaduto nelle fasi di caricamento della vostra offerta”;*
- *“all'esito delle verifiche effettuate, il Gestore ha fornito alla stazione appaltante, e segnatamente alla struttura Consip dedicata al Sistema di e-Procurement, le risultanze delle verifiche svolte”, dalle quali si evince conclusivamente che “l'OE ha potuto procedere con le attività di partecipazione senza riscontrare alcun malfunzionamento. Inoltre, dalle ore 16:00:55 l'utente ha continuato a navigare all'interno della propria negoziazione ricevendo, infine, alle ore 16:41 un ulteriore avviso del Sistema di termini di presentazione dell'offerta scaduti”, sicchè “non si evincono malfunzionamenti del Sistema di tipo applicativo e/o infrastrutturale che ne possano aver impedito la corretta partecipazione”.*

Con la summenzionata nota, pertanto, la stazione appaltante – premesso che “i) codesto Consorzio non ha prodotto elementi idonei a fornire un principio di prova dell'esistenza del malfunzionamento lamentato che avrebbe in ipotesi impedito la partecipazione, ii) la stazione appaltante ha tempestivamente contattato il Gestore della Piattaforma al fine di accertare l'effettiva sussistenza del malfunzionamento lamentato, iii) le verifiche svolte dal Gestore della Piattaforma, anche attraverso i log di sistema, hanno escluso l'esistenza di malfunzionamenti nella fase di caricamento dell'offerta” – ha disposto che “non si ritengono sussistenti i presupposti per la riapertura dei termini per la presentazione dell'offerta nell'ambito della procedura di gara in oggetto né per accogliere le ulteriori richieste formulate nella diffida del 29 maggio 2023”.

Con l'odierno ricorso, pertanto, il Consorzio insorge avverso la surrichiamata nota reiettiva prot. n. 27420 del 7 giugno 2023 (con cui la stazione appaltante ha respinto l'istanza di rimessione in termini ex art. 79, comma 5 bis, d.lgs. n. 50 del 2016) nonché avverso gli artt. 2 e 12 del Capitolato d'Oneri (in qualità di atto-presupposto) laddove interpretabili nel senso di legittimare il diniego di rimessione in termini.

Il ricorso è affidato a tre motivi di gravame.

Con il primo e il secondo motivo di ricorso, il Consorzio lamenta l'illegittimità dei provvedimenti gravati per contrasto con l'art. 79 del D. Lgs. 50/2016 e con i principi del risultato e della concorrenza, così come declinati dal D. Lgs. 36/2023 (non applicabile alla procedura *de qua*), i quali avrebbero imposto alla stazione appaltante di far prevalere la sostanza sulla forma, concedendo al Consorzio la riapertura dei termini per la presentazione dell'offerta.

A fondamento della propria censura, il Consorzio deduce:

- un asserito malfunzionamento/rallentamento del sistema, che non avrebbe consentito *“di caricare 4 files, tra l'altro non particolarmente ingombranti, nel giro di ben 6 minuti”*;
- una presunta scarsa chiarezza delle prescrizioni contenute nel Capitolato d'Oneri in ordine ai passaggi da compiere per il caricamento dell'offerta e della relativa documentazione; ciò che avrebbe indotto il concorrente a *“presumere di poter direttamente caricare l'offerta, senza defatiganti sequenze di step”* che avrebbero avuto *“una forte incidenza nella gestione dei tempi”*.

Con il terzo motivo di ricorso, il ricorrente ha dedotto l'illegittimità degli atti gravati per difetto di motivazione e di istruttoria, non avendo la stazione appaltante, in tesi, osservato nulla in ordine al rallentamento del server.

Consip si è ritualmente costituita in giudizio per resistere al ricorso.

Alla camera di consiglio del 19 luglio 2023 calendarizzata per la trattazione dell'istanza cautelare ex art. 55 c.p.a., il Collegio – dato avviso alle parti della possibilità di definire il giudizio con una sentenza in forma semplificata ex art. 60 c.p.a. – ha introiettato la causa in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene che il giudizio possa essere definito in esito all'udienza cautelare con sentenza ai sensi dell'articolo 60 c.p.a., essendo trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione, non essendovi necessità di integrare il contraddittorio, risultando completa l'istruttoria e non avendo alcuna delle parti dichiarato di voler proporre ulteriori motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza o di giurisdizione.

Il ricorso è infondato e va quindi respinto.

La sostanziale omogeneità contenutistica delle doglianze sollevate con i tre motivi di ricorso ne impone una trattazione unitaria e contestuale, trattazione che non può non partire, peraltro, dai consolidati principi foggianti dalla giurisprudenza amministrativa in sede di applicazione dell'art. 79, comma 5 *bis*, d.lgs. n. 50 del 2016 (norma *ratione temporis* applicabile al caso di specie).

Detta norma prevede 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. 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 pubblicità di tale proroga avviene attraverso la tempestiva pubblicazione di apposito avviso presso l'indirizzo Internet dove sono accessibili i documenti di gara, ai sensi dell'articolo 74, comma 1, nonché attraverso ogni altro strumento che la stazione appaltante ritenga opportuno. In ogni caso, la stazione appaltante, qualora si verificano malfunzionamenti, ne dà comunicazione all'AGID ai fini dell'applicazione dell'articolo 32-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante codice dell'amministrazione digitale”*.

Non è revocabile in dubbio, pertanto, che se l'operatore economico – il quale si avvale dei mezzi di comunicazione elettronica messi a disposizione dalla stazione appaltante – non riesce a tramettere la propria offerta entro il termine prestabilito a causa di un malfunzionamento informatico imputabile alla stazione appaltante, lo stesso ha evidentemente diritto da essere rimesso in termini per la presentazione dell'offerta.

Tuttavia, in molteplici statuizioni anche recenti, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che ove non sia possibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del singolo operatore economico, oppure se invece la trasmissione dell'offerta sia stata impedita da un vizio del sistema informatico imputabile alla stazione appaltante, le conseguenze degli esiti anormali del sistema non possono andare a detrimento dei partecipanti, stante la natura meramente strumentale del mezzo informatico (Cons. Stato, Sez. III, nn. 8348/2020, 86/2020 e 481/2013), nonché i principi di *par condicio* e di *favor participationis*.

Ne discende che il diritto alla rimessione in termini del singolo operatore economico (il quale non sia riuscito ad inviare in tempo l'offerta o la domanda di partecipazione) sorge non soltanto in caso di comprovato malfunzionamento della piattaforma digitale della stazione appaltante, ma anche in caso di incertezza assoluta circa la causa del tardivo invio (e cioè se per colpa della stazione appaltante oppure del singolo operatore economico che non si è attivato per tempo).

In sostanza, il rischio della “causa ignota” del malfunzionamento informatico ricade sulla

stazione appaltante.

Nessun diritto alla rimessione in termini può essere riconosciuto, invece, in caso di comprovata negligenza del singolo operatore economico.

In proposito, la giurisprudenza amministrativa ha più volte evocato il principio di autoresponsabilità, e ciò con specifico riguardo alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica che si svolgono mediante la presentazione telematica dell'offerta.

In linea generale, il Consiglio di Stato ha avuto modo di statuire che ciascuno dei concorrenti *“sofferta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione”* (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014 n. 9).

Nello specifico, con particolare riferimento alle gare che prevedono la presentazione dell'offerta per via telematica, si è avuto modo di statuire che: *“Il concorrente che si appresta alla partecipazione di una gara telematica, fruendo dei grandi vantaggi logistici e organizzativi che l'informatica fornisce ai fruitori della procedura, è consapevole che occorre un certo tempo per eseguire materialmente le procedure di upload, e che tale tempo dipende in gran parte dalla performance dell'infrastruttura di comunicazione (lato utente e lato stazione appaltante), quest'ultima a sua volta interferita da variabili fisiche o di traffico. Trattasi della dinamica fisiologica e ampiamente prevedibile dei fattori impiegati per la comunicazione elettronica, che dev'essere conosciuta, data per presupposta e accettata nei suoi vantaggi e nei suoi (pochi) svantaggi una volta che il legislatore ha dato ad essa validità; ferma, ovviamente la gestione del vero e proprio malfunzionamento impeditivo della piattaforma di negoziazione per il quale, invece, lo stesso legislatore appronta specifici rimedi, quali la “sospensione del termine per la ricezione delle 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 (art. 79 comma 5 bis D.Lgs. n. 50 del 2016, cit.). 5.4. In tale chiave ricostruttiva, l'esperienza e abilità informatica dell'utente, la stima dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni di upload, la preliminare e attenta lettura delle istruzioni procedurali, il verificarsi di fisiologici rallentamenti conseguenti a momentanea congestione del traffico, sono tutte variabili che il partecipante ad una gara telematica deve avere presente, preventivare e “dominare” quando si accinge all'effettuazione di un'operazione così importante per la propria attività di operatore economico, non potendo il medesimo pretendere che l'amministrazione, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione operante su efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni, qualunque sia l'ora di inizio delle stesse, prescelto dall'utente, o lo stato contingente delle altre variabili sopra solo esemplificativamente indicate”* (Cons. Stato, Sez. III, 24 novembre 2020 n. 7352; cfr., inoltre, Cons. Stato, sez. I, 24 gennaio 2020 n. 220; sez. III, 2 luglio 2014, n. 3329; sez. V, 29 dicembre 2014, n. 6416).

Riepilogando, quindi, ed in sintesi, il meccanismo di sospensione e proroga del termine di presentazione telematica dell'offerta ex art. 79, comma 5 bis, d.lgs. n. 50 del 2016 – così come interpretato dalla consolidata giurisprudenza amministrativa in materia – opera soltanto se (e nella misura in cui) ricorra almeno una delle due seguenti situazioni:

- a) malfunzionamento della piattaforma digitale imputabile alla stazione appaltante;
- b) incertezza assoluta circa la causa del tardivo invio dell'offerta (e cioè se per un malfunzionamento del sistema oppure per negligenza dell'operatore economico).

Viceversa, il meccanismo di sospensione e proroga del termine *ex art. 79, comma 5 bis, d.lgs. n. 50 del 2016*, non può mai operare in caso di comprovata negligenza dell'operatore economico, il quale – benché reso edotto *ex ante* (grazie a regole chiare e precise contenute nella *lex specialis*) delle modalità tecniche di presentazione telematica dell'offerta e dell'opportunità di attivarsi con congruo anticipo – non si è invece attivato per tempo.

Compendiati i principi che governano la fattispecie sottoposta all'esame del Collegio, va osservato, con riferimento al concreto caso di specie, che:

- da un lato v'è la prova del regolare funzionamento della piattaforma telematica della stazione appaltante;
- dall'altro lato v'è la prova della negligenza del Consorzio ricorrente, il quale non si è attivato tempestivamente al fine di trasmettere la propria offerta.

Ne discende, quindi, che *non* sussiste alcuna delle due fattispecie che, come visto, consentirebbero di applicare il meccanismo di sospensione e proroga del termine di presentazione dell'offerta *ex art. 79, comma 5 bis, d.lgs. n. 50 del 2016*.

In particolare, per quel che riguarda l'asserito malfunzionamento della piattaforma, Consip ha fornito la prova del regolare funzionamento di quest'ultima, prova consistente nella relazione tecnica del gestore della piattaforma, dalla quale si evince chiaramente che non vi sono stati malfunzionamenti nella vicenda in contestazione.

Né tale prova risulta superata dalla perizia tecnica versata in atti in data 15 luglio 2023 dal Consorzio ricorrente.

Tale perizia, infatti, nel provare che in 6 minuti (dalle ore 15.54 alle ore 16.00 del 26 maggio 2023) sarebbe stato tecnicamente possibile trasmettere più volte un ipotetico file avente una dimensione di 13 MB in formato p7m (e in astratto anche un file con una dimensione di 28,8 MB), non dimostra affatto che nel caso concreto in contestazione – e cioè il 26 maggio 2023 – la piattaforma di Consip ha palesato un malfunzionamento nella ricezione di quella specifica documentazione che il Consorzio aveva tentato di caricare a sistema tra le ore 15.54 e le ore 16.00.

Ed invero, in tale perizia non v'è alcuna asseverazione del fatto che il Consorzio aveva tentato di caricare (il giorno 26 maggio 2023 tra le ore 15.54 e le ore 16.00) un file con dimensioni pari o inferiori a 13 MB (e cioè un file con dimensioni corrispondenti a quelle assunte a riferimento dal consulente di parte nella sua perizia in atti).

Detto in altri termini, la perizia di parte attesta una circostanza *meramente astratta* (e cioè che

in 6 minuti sarebbe stato teoricamente possibile trasmettere più volte un file di 13 MB), ma questa circostanza è – da sola considerata – irrilevante ai fini di causa.

Ciò in quanto sarebbe stato anche necessario dimostrare – al fine di superare la prova fornita da Consip – che nel preciso istante in contestazione (*id est* 26 maggio 2023, tra le ore 15.54 e le ore 16.00) il Consorzio aveva tentato di caricare a sistema un file con dimensioni effettivamente corrispondenti a quelle (13 MB) su cui si basa la preliminare valutazione astratta del consulente di parte.

In proposito, appare utile soggiungere che alle ore 15.54 del giorno 26 maggio 2023 il Consorzio ricorrente – come risulta dalla relazione tecnica versata in atti da Consip e dall'elenco dei log di quella giornata prodotto in giudizio da entrambe le parti – aveva proceduto al caricamento e validazione dell'“offerta e documentazione” del lotto 2 (cfr. riga 2243 dell'elenco dei log versato in atti).

Orbene, la perizia di parte del Consorzio ricorrente non contiene – lo si ripete – alcuna asseverazione e/o certificazione del fatto che il file (o i files) caricati in tale occasione dall'operatore economico avessero le dimensioni poste a base della stessa perizia.

Circostanza, questa, che priva la perizia di parte di qualsiasi concreta capacità dimostrativa, *a fortiori* ove si consideri che in base al paragrafo 12 del Capitolato d'Oneri “ciascun operatore economico, per la presentazione dell'offerta, ha a disposizione una capacità pari alla dimensione massima di 13 MB per singolo file, oltre la quale non è garantita la tempestiva ricezione. Nel caso fosse necessario l'invio di file di dimensioni maggiori si suggerisce il frazionamento degli stessi in più file. Per quanto concerne, invece, l'area comunicazioni del Sistema, ciascun operatore ha a disposizione una capacità pari alla dimensione massima di 6 MB per comunicazione. Nel caso fosse necessario inviare comunicazioni con allegati file di dimensioni superiori si suggerisce l'invio di più comunicazioni”.

La *lex specialis* era quindi chiara nel prevedere che la dimensione massima del singolo file avrebbe dovuto essere 13 MB, con l'ulteriore opportuna precisazione che in caso di superamento di tale dimensione massima “non è garantita la tempestiva ricezione”.

Ne discende, quindi, che se parte ricorrente avesse voluto “superare” la prova (già fornita da Consip) dell'assenza di malfunzionamenti – e quindi fornire la prova contraria (ovverossia la prova del fatto che un malfunzionamento c'è in realtà stato) – avrebbe dovuto dimostrare che il documento (o i documenti) caricati dal Consorzio in data 26 maggio 2023 alle ore 15.54 rispettassero effettivamente il limite dimensionale di 13 MB.

Tale dimostrazione non è stata fornita, ciò che priva la consulenza tecnica di parte di qualsiasi efficacia dimostrativa.

Non solo, quindi, non v'è in atti alcuna prova dell'asserito malfunzionamento, ma v'è addirittura la dimostrazione (fornita da Consip) che il sistema ha funzionato regolarmente.

A ciò si aggiunga che i log di sistema e le stesse allegazioni difensive delle parti dimostrano la

sussistenza di una negligenza del Consorzio ricorrente, atteso che quest'ultimo ha atteso soltanto le ore 15.54 (appena 6 minuti prima della scadenza del termine fissata per le ore 16.00) per il caricamento dell'offerta e della documentazione relativa al lotto 2.

Negligenza resa ancor più evidente dal fatto che in base al Capitolato d'Oneri (cfr. paragrafi 12, 14, 15 e 16) la documentazione che il singolo operatore economico deve caricare a sistema è particolarmente copiosa, essendo necessario trasmettere non soltanto la documentazione amministrativa generale (che è unica per tutti e 4 i lotti) ma anche tanti documenti/elaborati/progetti tecnici in relazione ad ogni singola offerta tecnica di ciascuno dei 4 lotti (con effetti – facilmente prevedibili *ab origine* – di moltiplicazione e proliferazione della documentazione da caricare a sistema).

In tale contesto, il fatto – comprovato dai log di sistema versati in atti da entrambi i ricorrenti – che la ricorrente abbia rinviato all'ultimo giorno utile (26 maggio 2023) il caricamento di quasi tutta la documentazione tecnica richiesta dalla *lex specialis* per tutti e 4 i lotti, appare da solo sufficiente a provare la colpevole negligenza dell'operatore economico.

In definitiva, quindi, v'è in atti sia la prova del regolare funzionamento della piattaforma di Consip, sia la prova della negligenza dell'operatore economico, ciò che esclude in radice la possibilità di invocare l'applicazione dell'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016, con l'ulteriore conseguenza che il provvedimento impugnato (con cui Consip ha negato la rimessione in termini ai sensi di detta disposizione) appare immune dai vizi censurati.

Né appare fondata la censura con cui parte ricorrente si duole di una presunta scarsa chiarezza delle prescrizioni contenute nel Capitolato d'Oneri in ordine ai passaggi da compiere per il caricamento dell'offerta e della relativa documentazione.

Ed infatti, il Capitolato d'Oneri indica specificatamente i numerosi elaborati progettuali che ciascun operatore economico deve trasmettere per ciascun lotto e, all'intero di ciascun lotto, per ogni singola soluzione abitativa di emergenza, il che consente a chiunque di comprendere che l'operazione di caricamento a sistema dell'intera offerta tecnica per tutti i lotti non sarebbe mai stato un adempimento effettuabile in pochi minuti.

A ciò si aggiunga che l'art. 12 del Capitolato d'Oneri – nel disciplinare le modalità di presentazione dell'offerta da parte dei concorrenti – stabilisce chiaramente che:

(i) *“tutti i documenti relativi alla presente procedura devono essere presentati esclusivamente attraverso il Sistema, ove non diversamente previsto”*;

(ii) *“non sono considerate valide offerte presentate attraverso modalità diverse da quelle previste”* nel Capitolato d'Oneri;

(iii) *“ciascun operatore economico, per la presentazione dell'offerta, ha a disposizione una capacità pari alla dimensione massima di 13 MB per singolo file, oltre la quale non è garantita la tempestiva ricezione”*;

(iv) per l'invio di file di dimensioni maggiori *“si suggerisce il frazionamento degli stessi in più file”*.

(v) l'offerta *“deve pervenire entro e non oltre le ore 16:00:00”* del 26 maggio 2023 *“a pena di irricevibilità”*, fermo restando che *“il sistema non accetta: - offerte presentate dopo la data e l'orario stabiliti come termine ultimo di presentazione dell'offerta; - offerte incomplete di una o più parti la cui presenza è necessaria ed obbligatoria”*;

(vi) si invitano *“i concorrenti ad avviare tali attività con congruo anticipo rispetto alla scadenza prevista onde evitare la non completa e quindi mancata trasmissione dell'offerta entro il termine previsto”*.

Non è revocabile in dubbio, pertanto, che la *lex specialis* contiene prescrizioni sufficientemente chiare e precise.

Le suesposte considerazioni conducono, dunque, alla reiezione dei primi due motivi di ricorso.

Identica sorte merita il terzo motivo di gravame (con cui parte ricorrente si è doluta di un generico difetto di motivazione e istruttoria del provvedimento impugnato), atteso che i puntuali richiami alla relazione del gestore della piattaforma telematica – richiami che Consip si è premurata di fare con l'atto impugnato – attestano inequivocabilmente la completezza degli accertamenti istruttori sulla base dei quali la stazione appaltante ha escluso qualsiasi malfunzionamento e, per l'effetto, anche la necessità di una rimessione in termini per la presentazione dell'offerta.

Conclusivamente, quindi, il ricorso va respinto in quanto infondato.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente alla refusione delle spese del giudizio in favore di Consip S.p.A., spese che liquida in misura complessivamente pari ad € 3.000,00 (tremila/00) oltre oneri accessori come per legge (se dovuti) ovvero IVA, CPA e rimborso forfettario *ex lege*.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Giovanna Vigliotti, Referendario

Michele Tecchia, Referendario, Estensore

[\[1\]](#) Cons. Stato, Sez. III, n. 8348 del 2020; n. 86 del 2020 e n. 481 del 2013.

[\[2\]](#) Cons. Stato, Ad. Plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9.