

Piattaforma digitale: ritardi nella gara per errore tra caricamento e ricevimento dell'offerta.

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 8-2-2024

In questa sede devono applicarsi per analogia i consolidati principi, affermati dalla giurisprudenza amministrativa, 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 siffatta operazione, ma non sia riuscito a finalizzare l'invio a causa di un rallentamento del sistema, non imputabile al concorrente.

N. 00800/2024 REG.PROV.COLL.

N. 05769/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 5769 del 2023, proposto da:
Castiglia S.r.l. in proprio e quale mandataria dell'ATI Costituenda con Ecotherm S.r.l., General Smontaggi S.p.A., Marazzato Soluzioni Ambientali S.r.l. a Socio unico (mandanti), in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9929395BF5, rappresentati e difesi dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Commissario Unico per la Realizzazione Interventi Necessari, Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata, Ministero Infrastrutture e Trasporti, Ministero Università e Ricerca (MUR), Ministero Istruzione e del Merito, Ministero Ambiente e Sicurezza Energetica, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio; Ministero dell'Interno, Presidenza Consiglio Ministri Unità Tecnico amministrativa ex Art 15 OPCM 3920 2011, Commissario Unico per la bonifica delle discariche comando Unità Forestali Ambientali e Agroalimentari, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz 11;

per l'annullamento

previa adozione di idonee misure cautelari:

- a) della pec del 1° dicembre 2023 comunicato in pari data, con cui l'RTI ricorrente veniva escluso dalla procedura di gara avente ad oggetto l' "Appalto integrato su progetto di fattibilità tecnica ed economica (PFTE) per la progettazione esecutiva ed i lavori di copertura della discarica, la realizzazione dell' "impianto di emungimento e trattamento percolato, e della captazione del biogas, presso la discarica di Malagrotta" in quanto "Malagrotta MISP: offerta non inserita correttamente in piattaforma informatica e pertanto non conforme a quanto richiesto dal disciplinare di gara (lex specialis)"
- b) per quanto occorra, dei verbali di gara del 24 ottobre 2023, del 7 novembre 2023 e del 1° dicembre 2023, mai comunicati né notificati e di contenuto sconosciuto;
- c) per quanto occorra, della nota prot. n. UTA/U0003399/2023 del 10 ottobre 2023, della nota prot. n. UTA/U0003775/2023 del 3 novembre 2023, della nota prot. n. UTA/U0003989/2023 del 21 novembre 2023 con le quali si invitava l'RTI ricorrente a partecipare alle sedute di gara;
- d) per quanto occorra, del provvedimento del Commissario n. 1230 del 31 ottobre 2023, avente ad oggetto la nomina della Commissione di gara;
- e) per quanto occorra, del bando di gara;
- f) per quanto occorra, del disciplinare di gara;
- g) per quanto occorra, del capitolato tecnico;
- h) per l'accertamento del diritto dell'RTI ricorrente ad essere ammessa alle fasi successive della procedura di gara in esame al fine di provvedere con la valutazione dell'offerta da essa presentata; i) di ogni altro atto preordinato, connesso e consequenziale comunque incidente negativamente sugli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno, della Presidenza Consiglio Ministri Unità Tecnico amministrativa ex Art 15 OPCM 3920 2011, del Commissario Unico per la bonifica delle discariche Comando Unità Forestali Ambientali e Agroalim;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2024 il dott. Gianmario Palliggiano, presenti l'avv. D'Angiolella e l'avv. dello Stato L. Tesauro;

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

1.- La Società Castiglia s.r.l. - in proprio ed in qualità di mandataria del costituendo RTI con le società Ecotherm S.r.l., General Smontaggi S.p.A., Marazzato Soluzioni Ambientali S.r.l. a Socio unico – aveva partecipato alla procedura di gara per l'aggiudicazione dell' "Appalto integrato su progetto di fattibilità tecnica ed economica (PFTE) per la progettazione esecutiva ed i lavori di copertura della discarica, la realizzazione dell'impianto di emungimento e trattamento percolato, e della captazione del biogas, presso la discarica di Malagrotta." CUP: G81J22000750006 - CIG: 9929395BF

Con provvedimento del 5 dicembre 2023 la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Unità Tecnica Amministrativa ex O.P.C.M. 3920/2011 - Sede di Napoli, sita alla Via Concezio Muzy - Castel Capuano, quale Ente Delegato dal Commissario Unico – ha disposto l'esclusione del costituendo RTI dalla gara <<in quanto la documentazione non è stata completamente caricata sulla piattaforma informatica entro i limiti temporali previsti dal bando di gara "ore 12:00:00 del 09.10.2023">>.

2.- Con l'odierno ricorso, ritualmente notificato e depositato, la società Castiglia s.r.l., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTI, ha impugnato l'esclusione deducendo le seguenti censure:

VIOLAZIONE DELL'ART. 1.1., 1.2, 1.3. DEL DISCIPLINARE DI GARA. VIOLAZIONE DELL'ART. 19 DEL D.LGS. 36/2023. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA'. ECCESSO DI POTERE. DIFETTO DI MOTIVAZIONE.

Terminate con successo le operazioni di caricamento dell'offerta economica (ore 11.19.54), della documentazione costituente l'offerta temporale (ore 11.20.31), della documentazione amministrativa (ore 11.50.31), dell'offerta tecnica (ore 11.58.53), nonostante la mandataria avesse pigiato prontamente il tasto "conferma", il sistema non recepiva l'invio poiché il timing di gara risultava scaduto di soli 8 (otto) secondi. Per tale motivo la ricorrente è stata esclusa dalla procedura de qua.

II. STESSA CENSURA SUB I) SOTTO DIVERSO PROFILO.

VIOLAZIONE DELL'ART. 1.1., 1.2, 1.3. DEL DISCIPLINARE DI GARA. VIOLAZIONE DELL'ART. 19 DEL D.LGS. 36/2023. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA'. ECCESSO DI POTERE. DIFETTO DI MOTIVAZIONE.

La mandataria non è riuscita a confermare l'offerta a causa delle criticità, di carattere tecnico-informatico, riscontrate nella fase di chiusura della gara, dettagliatamente riportate nell'atto introduttivo del ricorso.

III. STESSA CENSURA SUB II) SOTTO DIVERSO PROFILO.

VIOLAZIONE DELL'ART. 1.1., 1.2, 1.3. DEL DISCIPLINARE DI GARA. VIOLAZIONE DELL'ART. 19 DEL D.LGS. 36/2023. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA'. ECCESSO DI POTERE. DIFETTO DI MOTIVAZIONE.

Il ritardo, irrisorio nella sua consistenza temporale (di soli 8 secondi), rappresenta un aspetto puramente formale di una procedura telematica prevista da uno specifico portale.

IV. STESSA CENSURA SUB III) SOTTO DIVERSO PROFILO. VIOLAZIONE

DELL'ART. 1.1., 1.2, 1.3. DEL DISCIPLINARE DI GARA. VIOLAZIONE DELL'ART. 19 DEL D.LGS. 36/2023. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA'. ECCESSO DI POTERE. DIFETTO DI MOTIVAZIONE.

Il ritardo irrisorio avrebbe imposto all'amministrazione di applicare il principio di proporzionalità evitando di adottare un provvedimento di esclusione eccedente lo scopo prefissato.

Si sono costituite in giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Commissario unico per la bonifica ed il Ministero dell'Interno. Quest'ultimo con memoria depositata il 12 gennaio 2023, ha difeso la legittimità dell'operato della stazione appaltante chiedendo il rigetto del ricorso.

3.- La causa è stata inserita nel ruolo della camera di consiglio del 17 gennaio 2023 per l'esame dell'istanza cautelare.

Al termine della discussione, il Collegio, previo avviso reso alle parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a., ha trattenuto la causa per deciderla con sentenza in forma semplificata, anche ai sensi dell'art. 120, comma 6, c.p.a., ravvisandone la sussistenza dei presupposti di legge.

4.- Le diverse censure, in considerazione degli oggettivi profili di connessione e sovrapposizione dei relativi argomenti, possono ricevere sintetica trattazione unitaria.

Il ricorso è fondato.

Il bando di gara, alla Sezione IV: Procedura, al paragrafo IV.3.3), titolato “Termine per il ricevimento delle offerte”, precisa che “le offerte dovranno pervenire mediante l'utilizzo della piattaforma telematica “Net4market” ... entro il termine perentorio del 09/10/2023 ora locale: 12:00:00.”.

I fatti riportati dalla ricorrente non sono smentiti dalle amministrazioni resistenti e sono peraltro confermati da una serie di documenti allegati agli atti della causa. Pertanto sugli stessi può fondarsi la ricostruzione certa degli avvenimenti.

Il giorno 9 ottobre 2023, la Castiglia SRL, mandataria del costituendo RTI ricorrente, caricava sulla piattaforma, in ordine cronologico, i seguenti documenti:

- alle ore 11.19.54, il file dell'offerta economica, generato dal portale e firmato digitalmente da tutti i componenti del costituendo RTI;

- alle ore 11.20.31, la cartella .zip contenente la documentazione costituente l'offerta temporale, firmata da tutti i componenti del costituendo RTI;

- alle ore 11.50.31, la cartella .zip contenente la documentazione amministrativa, firmata da tutti i

componenti del costituendo RTI;

- alle ore 11.58.53, la cartella .zip contenente l'offerta tecnica, firmata esclusivamente dalla mandataria, con all'interno i tre files prescritti dal disciplinare firmati digitalmente da tutti i componenti del costituendo RTI.

Risulta quindi che, prima dell'orario stabilito dal bando come termine finale, la mandataria aveva provveduto a caricare sulla piattaforma l'intera documentazione relativa alle offerte, necessaria ai fini della partecipazione, svolgendo quindi diligentemente gli adempimenti previsti dal bando.

Ebbene, non può imputarsi alla ricorrente di avere iniziato il caricamento lo stesso giorno 9, a sole due ore dall'orario di scadenza, atteso che il bando di gara non imponeva alcun termine iniziale e, in ogni caso, la scelta del momento in cui iniziare gli adempimenti è da ritenersi del tutto congrua rispetto ai tempi ordinariamente preventivabili come necessari per caricare la documentazione sulla piattaforma e per confermarla.

Né può ricadere sulla ricorrente la circostanza che il sistema non abbia ricevuto la conferma di quanto già caricato entro il termine prefissato, in quanto non possono essere a suo carico non solo le anomalie manifeste del sistema che, nel caso in esame, non sembrano essersi verificate, ma nemmeno i meri ritardi nella ricezione delle offerte. Tali ritardi sono presumibilmente riconducibili al fatto che la piattaforma, la quale ha dovuto assorbire gli allegati caricati da una pluralità di operatori economici in un ristretto arco temporale, accusando rallentamenti nella procedura di caricamento.

In altri termini, il sovraccarico per eccesso di dati in entrata che, verosimilmente, non ha permesso la conferma dell'avvenuto caricamento entro l'orario previsto dal bando, non può riversarsi sulla ricorrente, ciò in applicazione dei principi di par condicio e di *favor participationis* alle procedure di gara (Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 86).

Peraltro, attribuire significato ad un ritardo di soli otto secondi si scontrerebbe col principio di proporzionalità atteso che imporrebbe la grave sanzione espulsiva nei confronti di un operatore che aveva pur sempre caricato in tempo nella piattaforma i dati utili.

In questa sede devono quindi applicarsi per analogia i consolidati principi, affermati dalla giurisprudenza amministrativa, 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 siffatta operazione, ma non sia riuscito a finalizzare l'invio a causa di un rallentamento del sistema, non imputabile al concorrente (per i casi di malfunzionamento del sistema, cfr. Cons. Stato, 86/2020 cit.; anche Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922; Sez. III, 7 luglio 2017, n. 3245, per ipotesi relativa ad un errore dell'impresa e non già ad un malfunzionamento del sistema).

La giurisprudenza ha anche chiarito che, se risulta 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. Stato, sez. III, 25 gennaio 2013, n. 481).

5.- In considerazione delle incertezze derivanti dalla esatta interpretazione e applicazione delle regole di gara, si ravvisano i giusti motivi per compensare integralmente le spese del giudizio tra le parti in causa.

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 il provvedimento di esclusione impugnato.

Compensa le spese del giudizio,

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere, Estensore

Domenico De Falco, Consigliere

Guida alla lettura

Con pronuncia n. **800** dello scorso 1° febbraio la **I Sezione del TAR Napoli** si è soffermata sui **nuovi strumenti telematici, utilizzati per la presentazione delle offerte nelle gare pubbliche e sulle possibili conseguenze nel caso di errori.**

La Corte rileva che nel caso sottoposto alla sua attenzione il **bando di gara**, alla **Sezione IV: Procedura**, al **paragrafo IV.3.3**, titolato “**Termine per il ricevimento delle offerte**”, precisa che: “*Le offerte dovranno pervenire mediante l'utilizzo della piattaforma telematica “OMISSIS” ... entro il termine perentorio del 09/10/2023 ora locale: 12:00:00.*”. I fatti riportati dalla ricorrente non sono smentiti dalle amministrazioni resistenti e sono peraltro confermati da una serie di documenti allegati agli atti della causa. Pertanto sugli stessi può fondarsi la ricostruzione certa degli avvenimenti.

Il giorno 9 ottobre 2023, la -OMISSIS- SRL, mandataria del costituendo RTI ricorrente, caricava sulla piattaforma, in ordine cronologico, i seguenti documenti:

- alle ore 11.19.54, il file dell’offerta economica, generato dal portale e firmato digitalmente da tutti i componenti del costituendo RTI;
- alle ore 11.20.31, la cartella .zip contenente la documentazione costituente l’offerta temporale, firmata da tutti i componenti del costituendo RTI;
- alle ore 11.50.31, la cartella .zip contenente la documentazione amministrativa, firmata da tutti i componenti del costituendo RTI;
- alle ore 11.58.53, la cartella .zip contenente l’offerta tecnica, firmata esclusivamente dalla mandataria, con all’interno i tre files prescritti dal disciplinare firmati digitalmente da tutti i componenti del costituendo RTI.

Ne deriva che **prima dell’orario stabilito dal bando come termine finale, la mandataria aveva provveduto a caricare sulla piattaforma l’intera documentazione relativa alle offerte, necessaria ai fini della partecipazione, svolgendo quindi diligentemente gli adempimenti previsti dal bando.**

Ebbene, non può imputarsi alla ricorrente di avere iniziato il caricamento lo stesso giorno 9, a sole due ore dall’orario di scadenza, atteso che il bando di gara non imponeva alcun termine iniziale e, in ogni caso, la scelta del momento in cui iniziare gli adempimenti è da ritenersi del tutto congrua rispetto ai tempi ordinariamente preventivabili come necessari per caricare la documentazione sulla piattaforma e per confermarla.

Né può ricadere sulla ricorrente la circostanza che il sistema non abbia ricevuto la conferma di quanto già caricato entro il termine prefissato, in quanto non possono essere a suo carico non solo le anomalie manifeste del sistema che, nel caso in esame, non sembrano essersi

verificate, ma nemmeno i meri ritardi nella ricezione delle offerte. Tali ritardi sono presumibilmente riconducibili al fatto che la piattaforma, la quale ha dovuto assorbire gli allegati caricati da una pluralità di operatori economici in un ristretto arco temporale, accusando rallentamenti nella procedura di caricamento. In altri termini, **il sovraccarico per eccesso di dati in entrata che, verosimilmente, non ha permesso la conferma dell'avvenuto caricamento entro l'orario previsto dal bando, non può riversarsi sulla ricorrente, ciò in applicazione dei principi di *par condicio* e di *favor participationis* alle procedure di gara** (Cons. Stato, Sez. III, 7 gennaio 2020, n. 86).

Peraltro, **attribuire significato ad un ritardo di soli otto secondi si scontrerebbe col principio di proporzionalità atteso che imporrebbe la grave sanzione espulsiva nei confronti di un operatore che aveva pur sempre caricato in tempo nella piattaforma i dati utili.**

I Giudici, pertanto, statuiscono che in questa sede devono **applicarsi per analogia i consolidati principi, affermati dalla giurisprudenza amministrativa, 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 siffatta operazione, ma non sia riuscito a finalizzare l'invio a causa di un rallentamento del sistema, non imputabile al concorrente** (per i casi di malfunzionamento del sistema, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 7 gennaio 2020, cit.; Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922; Cons. Stato, Sez. III, 7 luglio 2017, n. 3245, per ipotesi relativa ad un errore dell'impresa e non già ad un malfunzionamento del sistema).

Per completezza, poi, va rilevato come la giurisprudenza ha anche chiarito, così esternando il suo *favor* nei confronti del privato, che, **se risulta 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. Stato, Sez. III, 25 gennaio 2013, n. 481).