Pubblicato il 24/11/2020

N. 07352/2020REG.PROV.COLL.

N. 01282/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 1282 del 2020, proposto da
Azienda Sanitaria Locale di Brindisi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaele Daloiso, con domicilio eletto presso lo studio Placidi Srl in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

contro

I.V.R.I. S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Pietro Ferraris, Enzo Robaldo, Francesco Caliandro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Enzo Robaldo in Milano, piazza Eleonora Duse n. 4;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:
Vis S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Nilo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 1727/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di I.V.R.I. S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2020 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Raffaele Daloiso, Francesco Caliandro e Luigi Nilo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ASL di Brindisi ha indetto, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 31 maggio 2019, una procedura aperta, da espletarsi con modalità telematica, per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso le strutture dell'amministrazione sanitaria, per la durata di 24 mesi.

Il termine per l'inoltro della domanda telematica di partecipazione è stato fissato alle ore 14:00 del 24 luglio 2019.

2. La IVRI s.p.a ha iniziato le operazioni di caricamento dei files necessari alla presentazione dell'offerta nella mattinata del giorno di scadenza ma, suppur per pochi minuti non è riuscita ad inoltrare la domanda a causa – questa la tesi della IVRI - di un rallentamento nel funzionamento della piattaforma EmPulia.

3. Il TAR Puglia, chiamato a decidere a seguito della mancata ammissione della IVRI s.p.a , ha accolto il ricorso di quest'ultima, ritenendo che si fossero verificate anomalie tra le quali la "*ripetizione frequentissima di avvisi di "una sessione già in uso*", e concluso nel senso che "*appare del tutto ragionevole presumere che, in assenza di tali molteplici e frequentissime anomalie, delle quali la parte resistente non individua la causa, la IVRI S.p.a. (avendo sforato il termine di soli 25 secondi), avrebbe potuto proporre la domanda in tempo*".

4. Avverso la sentenza ha proposto appello l'Asl Brindisi. La medesima deduce che nel file di log non vi è traccia di alcuna anomalia. Quanto poi alla ripetizione frequentissima di avvisi di "*una sessione già in uso*" - avviso che in realtà comparirebbe solo tre volte - osserva che si tratterebbe di un semplice alert, il quale viene visualizzato alla ripresa dell'attività, nel caso in cui l'operatore la sospenda e chiuda il browser senza effettuare il logout, senza interferire sull'immediata ripresa delle operazioni.

5. La causa è stata chiamata all'udienza camerale del 5 marzo 2020 per la decisione della domanda cautelare. In quella sede il Collegio, ritenuto che la questione oggetto del contendere, relativa all'imputabilità del ritardo nella presentazione dell'offerta in via telematica, necessitasse di adeguato approfondimento tecnico a mezzo di verificazione, ha designato quale organismo di verificazione, AGID, sottoponendo il seguente quesito: "*dica il verificatore se, alla luce della documentazione versata in atti, e in particolare di quella relativa ai file di log, emergano, o meno, durante la fase di "caricamento" dell'offerta da parte dell'IVRI s.p.a. , blocchi, rallentamenti o altre anomalie della piattaforma EmPulia"*.

6. A seguito del deposito della relazione di verificazione, parte appellante ha concluso nel senso che non emergono elementi (per quanto minimi) idonei a fare anche solo supporre che si siano verificati malfunzionamenti o rallentamenti della piattaforma telematica nella procedura in esame. Così anche la controinteressata VIS, intervenuta ad adiuvandum nel giudizio d'appello.

IVRI ritiene invece che la verificazione avrebbe accertato periodi di inattività che sono certamente imputabili alla piattaforma.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 12 novembre 2020.

DIRITTO

1. La giurisprudenza del Consiglio di Stato, applicabile ai casi in cui la stazione appaltante ha condotto la gara telematica senza ravvisare malfunzionamenti impeditivi della piattaforma messa a disposizione (per il diverso caso si veda art. 79 comma 5 bis d.lgs 50/2016), può compendiarsi nelle seguente massime: "..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; 4811/2020). 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" (Cons. Stato, sez. III, n. 86/2020 cit.).

2. Il Collegio, dunque, nel caso di specie, dinanzi all'opposta ricostruzione in linea tecnica delle parti ha disposto verificazione, chiedendo ad AGID di esaminare il file log fornito dal gestore della piattaforma e depositato in atti dall'amministrazione nell'ambito del primo giudizio (diversamente interpretato dalle parti ma non contestato in ordine alla sua attendibilità) e di rispondere, sulla base dell'esame condotto, al seguente quesito: "*dica il verificatore se, alla luce della documentazione versata in atti, e in particolare di quella relativa ai file di log, emergano, o meno, durante la fase di "caricamento" dell'offerta da parte dell'IVRI s.p.a. , blocchi, rallentamenti o altre anomalie della piattaforma EmPulia*".

Dalla relazione di verificazione è emerso che:

In merito al file di log in atti (già disponibile nel fascicolo di causa di primo grado), utilizzando anche i commenti allo stesso (presenti nella documentazione depositata in appello), si ha evidenza di un susseguirsi di attività in un arco temporale dalle 9:22 alle 16:30 del 24 luglio 2019; per quello che interessa le attività di verificazione ci si ferma alle 14:00:25.

In particolare, l'utente ha interagito con la piattaforma dalle 9:22 circa alle 9:52 circa, presumibilmente navigando tra le varie opzioni della piattaforma; successivamente, dopo un periodo di inattività da parte dell'utente - si può escludere un rallentamento della piattaforma stando alle evidenze del log - si rileva il tentativo di avvio di una nuova sessione a fronte di una già aperta, mentre dalle 10:38 circa iniziano le attività di caricamento dei documenti e delle informazioni sulla piattaforma. Da quel momento ed in particolare dalle 10:43:44 fino alle 11:08:07 si contano circa 30 operazioni.

Successivamente, per circa 27 minuti, segue un periodo di inattività; l'utente riprende nuovamente l'attività tentando di aprire una sessione che era rimasta non chiusa e dalle 11:38:15 alle 11:52:51 vengono effettuate oltre 80 operazioni da parte dell'utente.

Successivamente seguono 27 minuti fino alle 12:22:27 durante i quali l'utente, presumibilmente, effettua controlli e verifiche sulle operazioni svolte. Ulteriori attività si rilevano nei 12 minuti successivi, fino a quando, alle 12:34 circa, l'utente esegue

un controllo di completezza della documentazione caricata che restituisce un esito negativo. Seguono correzioni e integrazioni e una successiva fase, durante la quale l'utente, presumibilmente, ha effettuato controlli sull'attività svolta interagendo con la piattaforma. Dalle 13:06:43 alle 13:16:56 l'utente effettua 10 operazioni. A tali ultime operazioni segue, dalle 13:16:56 fino alle 13:39:18, un periodo di inattività al quale succede un periodo di circa 6 minuti di navigazione all'interno della piattaforma.

Alle 13:49:31 viene registrato l'inserimento di un documento da parte dell'utente, il quale alle 13:50:50, utilizzando una funzione della piattaforma, verifica la completezza della documentazione caricata, ricevendo dalla piattaforma stessa un esito positivo. A quel punto l'utente avvia la fase conclusiva di finalizzazione di tutte le attività, con la creazione dei file in formato PdF relativi alle due buste, tecnica ed economica, e successivamente attiva le funzioni di firma dei predetti documenti (buste) e li carica sulla piattaforma, completando l'operazione alle 14:00:25".

2.1. Sulla base di tale ricostruzione il verificatore ha concluso nel senso *"sulla base delle evidenze esaminate e delle considerazioni svolte nel paragrafo precedente, non può, alla luce della sola documentazione versata in atti, e in particolare di quella relativa al file di log, dichiarare l'esistenza di blocchi, rallentamenti o altre anomalie della piattaforma EmPulia, durante la fase di "caricamento" dell'offerta da parte dell'IVRI s.p.a..*

Il file di log in atti mostra che la piattaforma ha funzionato, gestendo l'interazione con l'utente, il quale in poco più di quattro ore e mezza dalla prima connessione, ha effettuato le operazioni necessarie, restando inattivo per un totale di circa novanta minuti di tempo".

3. Dinanzi a tale conclusione tecnica, *ictu oculi* favorevole alla tesi dell'appellante, la difesa di IVRI replica evidenziando, con il conforto delle premesse fatte dallo stesso verificatore, che i file di log non esauriscono l'intero quadro delle variabili posto che i rallentamenti potrebbero riguardare l'infrastruttura (lato utente o lato gestore) e non la piattaforma, comprensiva di accesso internet.

A tal fine IVRI deduce di aver utilizzato un'infrastruttura ad alte prestazioni (servizio Gigabusiness) e di aver ricevuto dal gestore dell'infrastruttura, rassicurazioni circa la mancanza di cadute di performance della linea nell'intera giornata del 24 luglio 2019 (giorno dell'inoltro della domanda), sebbene tali conclusioni siano state raggiunte in forza dei soli dati generali del traffico medio e della latenza media (unici dati storicizzati ancora disponibili).

Ne inferisce – la parte appellata - che il rallentamento, anche se non dovuto a malfunzionamenti della piattaforma, è con tutta probabilità da addebitare all'infrastruttura utilizzata dalla piattaforma.

4. L'amministrazione appellante ritiene invece di aver fatto tutto quanto nelle proprie possibilità per dimostrare la mancanza di anomalie e malfunzionamenti, depositando il file log, il quale avrebbe comprovato, secondo quanto autorevolmente chiarito anche dal verificatore, che tutto si è svolto senza inconvenienti tecnici e che semmai il mancato rispetto del termine è imputabile al colpevole ritardo nell'inizio delle operazioni di caricamento e nella lentezza dell'operatore.

5. Ritiene il Collegio che l'amministrazione sia nel giusto e che essa abbia assolto all'onere della prova che sulla stessa incombeva attraverso il deposito del file log, ossia di report tecnici ricostruenti le interazioni tra utente e sistema informatico nel periodo di interesse, e deponenti, anche secondo l'avviso del verificatore, per l'assenza di anomalie o malfunzionamenti della piattaforma prescelta per la gara.

5.1.La relazione di verificazione ha ricostruito esattamente tutti i passaggi di una procedura comunque molto complessa, in quanto caratterizzata dal caricamento di plurimi documenti, da procedure di validazione e inoltro, richiedenti oggettivamente un tempo considerevole.

5.2. 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.

5.3. 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 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*" (art. 79 comma 5 bis d.lgs 50/2016, 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 esemplificamente indicate.

6. Nel caso di specie due cose appaiono al Collegio pacifiche: 1) il funzionamento piattaforma non è stato inficiato da anomalie o malfunzionamenti durante le operazioni di caricamento; 2) l'operatore che in rappresentanza di IVRI ha caricato la domanda ha mal gestito i tempi e le variabili sopra indicate, terminando le operazioni 25 secondi dopo lo scadere del termine fissato dall'amministrazione.

7. *Rebus sic stantibus*, a nulla vale obiettare che si tratta di uno sforamento irrisorio, come pure sostenuto dall'appellante, poiché proprio l'esiguità del ritardo dimostra *ex post*, ove ve ne fosse bisogno, che se l'operatore avesse avuto l'accortezza di iniziare con congruo anticipo le operazioni di partecipazione - secondo un criterio che può definirsi di ordinaria diligenza nella partecipazione a gare telematiche - senz'altro sarebbe riuscito nel suo intento.

Del resto, come correttamente osservato dall'amministrazione, nelle gare telematiche non può certo operarsi un soccorso istruttorio in ragione dell'esiguità o meno del ritardo, necessitando le stesse, per converso, di regole certe e inderogabili a presidio della *par conditio* e della trasparenza, com'è pacificamente per le gare tradizionali.

8. L'appello è dunque accolto. Per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, il ricorso introduttivo di primo grado è respinto.

9. Avuto riguardo alla peculiarità e novità della questione e allo stato delle giurisprudenza, il Collegio ravvisa comunque giusti motivi per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie. Per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, respinge il ricorso introduttivo di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

Giulio Veltri **Michele Corradino**

IL SEGRETARIO