

DE LAZZARO

LEGAL *Next*



IL MALFUNZIONAMENTO DELLA PIATTAFORMA TELEMATICA AL RIDOSSO DEL TERMINE DI PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE.

1. Profili generali
2. Cosa deve fare l'operatore economico?
3. Cosa deve fare la stazione appaltante?
4. La sentenza più recente
Consiglio di Stato 448/2022

Il malfunzionamento della piattaforma telematica a ridosso del termine di presentazione delle offerte.

1. Profili generali

La partecipazione ad una procedura di affidamento su piattaforma di approvvigionamento digitale è soggetta al rischio, abbastanza frequente, che un forte **rallentamento** della piattaforma stessa (se non proprio l'assoluta indisponibilità) renda impossibile finalizzare il caricamento di tutti i file necessari e quindi pregiudichi la partecipazione dell'operatore economico. Si tratta di un rischio non eliminabile perché ogni piattaforma di approvvigionamento digitale è soggetta al rischio tecnologico e perché i tempi necessari alla predisposizione delle offerte spingono gli operatori economici a concentrare le attività di upload delle versioni definitive dei file richiesti a ridosso della **scadenza del termine** ultimo posto dalla stazione appaltante per la presentazione delle offerte.

Si potrebbe ragionare sulla reale inevitabilità di porre un termine unico per il caricamento dei file e per la finalizzazione della manifestazione della volontà di partecipare, perché la scelta adottata dalle piattaforme e dai disciplinari di gara sembra la trasposizione "informatizzata" di una soluzione nata per le antiche procedure cartacee in cui l'invio del pacco tramite posta era necessariamente un atto unitario: a mio avviso qualcosa di nuovo e di più efficiente si potrebbe immaginare, ma al momento le forche caudine delle ultimissime ore non possono essere evitate dagli operatori economici che rischiano di non riuscire a finalizzare la partecipazione, e dai RUP che si trovano a dover gestire gli effetti di qualche mancata partecipazione.

L'articolo **25** del Codice dei Contratti Pubblici, dopo aver affermato che le procedure di affidamento devono essere espletate sulle piattaforme di approvvigionamento digitale, dichiara nell'ultimo periodo che *le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la partecipazione alla gara anche in caso di comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme, anche eventualmente disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del malfunzionamento.*

La risposta al malfunzionamento è pertanto la proroga del termine per la ricezione delle offerte e mai l'invio tramite PEC dei file contenenti l'offerta tecnica e quella economica perché questa azione provocherebbe la violazione del **principio di segretezza dell'offerta economica**, secondo un orientamento della giurisprudenza ormai consolidato. Difatti mentre le piattaforme di

approvvigionamento digitale garantiscono la criptazione dei file allegati al momento della partecipazione (che quindi non possono essere acceduti prima della regolare apertura delle offerte da parte della commissione giudicatrice, se non a pena di lasciare traccia indelebile nei sistemi di tracciamento delle operazioni) gli allegati alle PEC, per quanto firmati digitalmente possono essere liberamente aperti dalla stazione appaltante.

2. Cosa deve fare un operatore economico?

Nel caso in cui un operatore economico si renda conto che un malfunzionamento della piattaforma di approvvigionamento digitale non gli permette di fare l'upload dei file richiesti per finalizzare la partecipazione, la prima cosa da fare è chiamare il centro di assistenza che necessariamente il gestore della piattaforma deve aver messo a disposizione degli utenti per segnalare la problematica. Questo passaggio, oltre ad attivare un processo che potrebbe portare alla risoluzione del malfunzionamento in tempo utile, permette all'operatore di avere una prova utile in caso di successivo contenzioso. L'operatore economico deve fare attenzione a non attendere troppo tempo prima di attivare l'assistenza perché si tratta di un processo che richiede comunque tempo e che quindi può essere rischioso cercare di attivarla in un momento eccessivamente vicino a quello di scadenza del termine di presentazione delle offerte. La giurisprudenza ritiene infatti che si tratta di una attività che, per quanto eventuale, è comunque prevedibile e quindi la sua gestione, come i rischi connessi, ricade nell'ambito della necessaria organizzazione che l'operatore economico deve apprestare per gestire la procedura di affidamento e non determina, di solito, l'accoglimento di un ricorso.

Una volta attivata l'assistenza l'operatore deve segnalare formalmente alla stazione appaltante che non è riuscito a finalizzare la sua partecipazione alla procedura comunicando anche il numero identificativo della richiesta di assistenza (di solito chiamato "ticket") e di conseguenza chiedere la sospensione del termine per la ricezione delle offerte e la proroga dello stesso. Per inviare questa comunicazione è certamente corretto utilizzare un allegato ad una **PEC** ma per nessun motivo a questa PEC devono essere allegati i file dei quali si era tentato invano di fare l'upload, e in particolare i file contenenti l'offerta tecnica e quella economica. Difatti la giurisprudenza ha ormai consolidato l'orientamento che conferma l'esclusione dell'operatore economico che invia mediante PEC i file contenenti l'offerta tecnica e quella economica perché questo comporta la violazione del principio di segretezza dell'offerta economica, senza che possa assumere rilievo il fatto che quelle offerte non fossero state effettivamente lette dalla stazione appaltante.

3. Cosa deve fare la stazione appaltante?

.La stazione appaltante deve innanzi tutto monitorare la sua PEC e le attività del centro di assistenza a ridosso con particolare attenzione nel periodo immediatamente precedente quello di scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Qualora riceva una segnalazione di un operatore economico impossibilitato a finalizzare la partecipazione a causa di un malfunzionamento deve innanzi tutto verificare che l'asserito malfunzionamento sia effettivo perché le garanzie offerte dal Codice dei Contratti Pubblici agli operatori economici sono collegati la circostanza che il malfunzionamento sia comprovato, per evitare comportamenti dilatori e opportunistici. Per fare questo può certamente fare ricorso alle strutture tecniche, interne oppure esterne che gestiscono la piattaforma di approvvigionamento digitale.

Qualora le verifiche confermino il malfunzionamento la stazione appaltante deve necessariamente procedere, come recita l'articolo **25** del Codice dei Contratti Pubblici alla *“sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del malfunzionamento”*. Ovviamente una volta risolto il malfunzionamento la stazione appaltante potrà quantificare il la durata della proroga che, ovviamente andrà a vantaggio di tutti gli operatori economici e non solo di quello che aveva effettuato la segnalazione.

Non sempre però questa verifica può essere effettuata nei tempi stretti che la situazione potrebbe richiedere per cui può essere opportuno procedere alla sospensione del termine in presenza anche solamente del ragionevole dubbio che il malfunzionamento fosse eccessivo. In questo caso, qualora poi emergesse che non ci si trovava di fronte ad un malfunzionamento e che quindi la segnalazione dell'operatore economico era strumentale e opportunistica è ragionevole non procedere con una proroga perché questa scelta potrebbe risultare lesiva degli interessi di tutti gli altri operatori economici che già avevano finalizzato la loro partecipazione effettuando l'upload di tutti i file necessari.

4. La sentenza più recente

Il **Consiglio di Stato** si è pronunciato sul punto nella **sentenza 448/2022** che originava da un provvedimento di esclusione di un operatore economico, per violazione del principio di segretezza dell'offerta economica, in presenza della seguente sequenza di fatti:

- Un'ora prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte l'operatore economico aveva cercato di fare, sulla piattaforma di

approvvigionamento digitale, l'upload dei file contenenti l'offerta tecnica e quella economica, ricevendo però dal sistema un messaggio di errore;

- Cinque minuti prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte l'operatore economico, per salvare la partecipazione, aveva inviato alla stazione appaltante una PEC con la segnalazione dell'anomalia e con allegati i file contenenti l'offerta tecnica e quella economica;
- Poco dopo l'invio della PEC la piattaforma di approvvigionamento digitale aveva inviato all'operatore economico una notifica in cui si confermava che l'upload dei file, fatto in precedenza, era andato a buon fine;
- Subito dopo l'arrivo della notifica l'operatore aveva inviato alla stazione appaltante una seconda PEC invitandola a non tenere conto della PEC inviata poco prima con allegati i file contenenti l'offerta tecnica e quella economica.

L'operatore economico aveva contestato l'esclusione, evidenziando che la stazione appaltante aveva dichiarato, nel corso della procedura, di non aver preso visione del contenuto dell'offerta inviata via PEC, ma il giudice di primo grado aveva respinto il ricorso con sentenza che veniva appellata.

Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado, censurando come "improvvido" l'invio dei file contenenti l'offerta tecnica e quella economica e affermando che, in caso di malfunzionamento l'operatore economico avrebbe dovuto limitarsi a segnalare il malfunzionamento alla stazione appaltante, per stimolare l'attivazione dei poteri previsti dall'articolo 77 del D. Lgs. 50/2016, in vigore al momento della procedura, contenente la medesima norma ora rinvenibile nell'articolo 25 del D. Lgs. 36/2023, confermando il consolidato orientamento della giurisprudenza che valorizza la salvaguardia del principio di segretezza dell'offerta economica, anche rispetto ad un rischio meramente potenziale.

Sentenze conformi a questo orientamento:

- Cons. Stato, sez. III, 7 aprile 2021 n. 2819;
- Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1335;
- Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 825;
- Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2013 n. 2214;
- Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2012, n. 2734
- Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1734

Publicato il 24/01/2022

N. 00448/2022REG.PROV.COLL.
N. 09380/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9380 del 2021, proposto dalla società Sea – Soluzioni Eco Ambientali s.r.l., quale capogruppo mandataria del costituendo R.t.i. con la società Sarim s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Angelini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la Comunità Alto Garda e Ledro, in persona del legale rappresentante *pro tempore, ex lege* rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento n. 156 del 112 ottobre 2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Comunità Alto Garda e Ledro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 gennaio 2022 il consigliere Michele Conforti e uditi per le parti gli avvocati Alessandro Angelini e l'avvocato dello Stato Giorgio Santini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Giunge all'esame di questo Consiglio l'appello proposto dalla società Soluzioni eco ambientali - S.e.a. s.r.l. avverso la sentenza n. 156 del 12 ottobre 2021 del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento.

2. La controversia concerne, in particolare, l'impugnazione dell'atto di esclusione dalla gara, avente ad oggetto la "...*procedura aperta per l'appalto del servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani (domestici e speciali assimilati), anche differenziati e servizi accessori, afferenti l'ambito territoriale della Comunità Alto Garda e Ledro (Trento) a ridotto impatto ambientale ai sensi del PAN GPP e dei CAM (Criteri Ambientali Minimi) di cui al DM 13.2.2014 e ss.mm.ii.*", di cui è stata destinataria l'A.t.i. composta dalla società Soluzioni Eco Ambientali s.r.l. - SEA (mandataria) e la società S.a.r.i.m. s.r.l. (mandante).

3. Secondo quanto allegato dalla società SEA, intorno alle ore 10:00 (più precisamente, secondo il gestore del sistema, intorno alle ore 11:08:10) dell'ultimo giorno utile per la presentazione delle offerte (8 marzo 2021), da effettuarsi mediante deposito telematico degli atti, è accaduto che il

suddetto sistema, gestito dalla società SAP-SRM, non avrebbe consentito l'effettuazione del deposito, visualizzando un messaggio di errore.

4. La società Soluzioni Eco Ambientali - SEA s.r.l., per poter comunque prendere parte alla gara, ha pertanto trasmesso, alle ore 11:55, via pec, un messaggio di segnalazione dell'anomalia asseritamente verificatasi e, al contempo, in allegato, il documento di sintesi della documentazione tecnica ed economica.

5. Successivamente all'invio del messaggio di posta elettronica certificata, il sistema informatico ha però informato la società che la sua presentazione per via telematica dell'offerta era stata effettuata con successo.

6. La società ha dunque inviato una nuova comunicazione via pec, con la quale ha domandato di non tenere conto del precedente invio, mediante pec, dell'offerta.

7. Dopo aver appurato che non erano stati rilevati malfunzionamenti o rallentamenti sul sistema tra le ore 11:00 e le 12:00, dell'8 marzo 2021, la stazione appaltante ha escluso la società SEA s.r.l. dalla gara, rilevando che quest'ultima, oltre a rappresentare l'anomalia asseritamente verificatasi, ha anche palesato il contenuto dell'offerta economica. In fatto, giova sin da ora evidenziare che è assodato che tre dipendenti della stazione appaltante hanno ricevuto, fra l'altro, l'offerta economica della ditta SEA.

8. La stazione appaltante ha ritenuto di salvaguardare, in tal modo, il principio che richiede, a fini di imparzialità della scelta, che l'offerta (specialmente quella economica) di ciascun partecipante sia segreta.

9. La società SEA ha contestato l'esclusione, evidenziando che la medesima stazione appaltante avrebbe dichiarato, nel corso della procedura, di non aver preso visione del contenuto dell'offerta inviata via pec.

10. Con nota del 27 aprile 2021, il gestore del sistema SAP-SRM ha confermato che "*nel lasso temporale compreso tra le ore 10.00 e le ore 12.00 del giorno 8 marzo 2021 il sistema Mercurio (PR4 v7) ha funzionato regolarmente e non sono stati rilevati malfunzionamenti, né rallentamenti particolari?*".

11. Avverso l'atto di esclusione ha presentato ricorso la società SEA affidato a tre autonomi motivi (da pagina 13 a pagina 22 dell'impugnativa).

11.1. Con il primo motivo di ricorso, la società ha dedotto l'illegittimità dell'atto gravato per difetto d'istruttoria e travisamento dei fatti, contestando l'affermazione della stazione appaltante secondo cui non si sarebbe verificato alcun malfunzionamento del sistema.

11.2. Con il secondo motivo di ricorso, si è invece contestata la violazione del principio di efficacia ed efficienza ex art. 97 Cost. e la violazione del principio di massima partecipazione e di concorrenza ex art. 30 del d.lgs. n. 50/2016, nonché l'illegittimità dell'atto per eccesso di potere per illogicità manifesta, ritenendosi l'atto di esclusione emanato in contrasto a questi principi.

11.3. Con il terzo motivo di ricorso, infine, si è censurata l'illegittimità dell'atto di esclusione per eccesso di potere per contraddittorietà, manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti, allegandosi l'insussistenza, in concreto, della violazione del principio di segretezza dell'offerta economica.

12. Con la suindicata sentenza, il Giudice di primo grado ha respinto il ricorso e condannato la ricorrente al pagamento di 2.000,00 euro di spese di lite.

12.1. Segnatamente, il Giudice di primo grado:

a) ha respinto il primo motivo di ricorso, affermando, da un lato, che l'esclusione è stata determinata dalla violazione del principio della segretezza dell'offerta, poiché il documento di sintesi, inviato con la Pec,

unitamente al messaggio di malfunzionamento del sistema, conteneva indicazioni sull'offerta economica, oltre che le indicazioni degli elementi salienti dell'offerta tecnica, e, dall'altro, perché il malfunzionamento del sistema è stato smentito dalle risultanze processuali (si evidenzia, in sentenza, che “*Altri partecipanti alla gara hanno presentato del tutto regolarmente e senza riscontrare problemi... (CNS Consorzio nazionale servizi soc.coop., 11:33:49; Teknoservice s.r.l. 11:43:18; S.N.U.A. s.r.l. 11:24:24)*”;

b) ha respinto il secondo motivo di ricorso, richiamando il principio di auto-responsabilità ed evidenziando, da un lato, che la società ricorrente si è consapevolmente assunta il rischio di non poter contare sull'assistenza, collegandosi l'ultimo giorno utile per la presentazione dell'offerta, e, dall'altro, che, da parte della stazione appaltante, è stata data puntuale e trasparente informazione degli orari del servizio di supporto informatico, che l'offerta risulta correttamente caricata a sistema e, infine, che l'invio è avvenuto pochi minuti prima della scadenza del termine, con accettazione del rischio al riguardo;

c) ha respinto il terzo motivo di ricorso, statuendo, da un lato, che il pregiudizio alla segretezza secondo il predominante indirizzo giurisprudenziale, non deve necessariamente essere provato in concreto, e, dall'altro, che la stazione appaltante ha, per la prima volta nel corso del giudizio, indicato gli impiegati della stazione appaltante che hanno preso conoscenza del contenuto della Pec;

d) ha conseguentemente respinto le istanze istruttorie formulate dalla ricorrente, ritenendole inconferenti.

13. La società SEA ha proposto appello avverso la sentenza di primo grado.

14. L'appello originariamente proposto è stato riformulato a seguito del decreto presidenziale n. 1970 del 9 novembre 2021, che ha respinto l'istanza per il superamento dei limiti dimensionale previsti dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 2016 e ss.mm.

15. Con il primo motivo di appello sono state sollevate plurime censure.

15.1. Con la prima (pagine 10 - 18), la società ha impugnato il capo della sentenza che ha respinto il primo motivo di ricorso, evidenziandone l'erroneità.

La società sarebbe stata costretta all'invio della pec a causa del malfunzionamento del sistema di caricamento telematico delle offerte e l'assenza del malfunzionamento non sarebbe stata effettivamente comprovata in giudizio, essendosi il Tribunale basato su mere dichiarazioni di parte non suffragate da alcuna effettiva verifica probatoria.

Non sarebbe stata tenuta in alcun conto la perizia di parte presentata dalla società ricorrente a suffragio della propria tesi.

Non sarebbe stato tenuto in considerazione il malfunzionamento avvenuto in occasione della seduta del 1° settembre 2021, che dimostrerebbe come il sistema informatico non è stabile ed è suscettibile di malfunzionamenti.

Sarebbe inoltre non congruamente motivata l'affermazione secondo cui il ritardo di tre minuti nell'invio della pec di conferma sarebbe “fisiologico”. Secondo l'appellante, l'invio di questa pec dovrebbe invece avvenire contestualmente alla presentazione della domanda.

Non risulterebbe, infine, in alcun modo provato che la ricorrente si sia collegata al sistema soltanto alle ore 11:08:10 del giorno 8 marzo 2021.

In via istruttoria, si rinnova la richiesta di verifica, per l'accertamento del malfunzionamento del sistema e quella di prova testimoniale circa questo malfunzionamento.

15.2. Con una seconda censura (pagine 18 – 24), si impugna la pronuncia per aver accertato la violazione del principio di segretezza dell'offerta economica.

Si evidenzia che il documento di sintesi viene generato automaticamente dal sistema telematico, una volta inseriti tutti i dati pertinenti, e contiene necessariamente sia elementi tecnici che elementi economici.

Inoltre, si stigmatizza che sarebbe erronea l'affermazione del T.r.g.a., secondo cui prendere visione del contenuto della pec equivalga a conoscere anche il contenuto dell'allegato alla stessa: l'indicazione del ribasso offerto da SEA è contenuta nel solo “documento di sintesi” che è stato allegato alla suddetta pec in formato p7pm (vale a dire in un particolare formato digitale che non ne permette l'apertura automatica) ed inserito per di più all'interno di una “busta informatica”.

Si rimarca, poi, che soltanto nelle note di replica del 23 settembre 2021, la stazione appaltante ha affermato, per la prima volta, che alcuni funzionari avrebbero preso visione del contenuto del documento di sintesi e, quindi, dell'offerta economica, che si tratterebbe comunque di un'affermazione di parte, acriticamente accolta dal primo Giudice, e che la presa visione si riferirebbe alla sola pec in data 8 marzo 2021, senza alcun riferimento al contenuto dell'allegato alla stessa, in quanto la Comunità non ha mai asserito che uno dei tre soggetti da essa indicati avrebbe “aperto” e preso visione del contenuto del suddetto “documento di sintesi”.

Non viene inoltre specificato quale documentazione comproverebbe che il “sistema di protocollazione” in uso presso la Comunità sarebbe caratterizzato da “modalità” tali da comportare “*l'impossibilità (...) di garantire la segretezza della corrispondenza stessa*”.

15.3. Con un'ulteriore deduzione (pagina 25 - 27), si sostiene che vi sarebbe la prova che il documento di sintesi non sarebbe stato conosciuto dalla stazione appaltante, almeno fino all'apertura delle buste telematiche, in quanto, in quell'occasione, riscontrata la mancanza del documento denominato “allegato D1b – elementi quantitativi e tabellari” nell'offerta della società SEA, la stazione appaltante ha invitato la società a comprovare l'effettivo caricamento nel sistema di questo documento, senza fare riferimento al contenuto della busta inviata via pec.

Soltanto a seguito della nota della società SEA, con la propria nota 4 agosto 2021, prot. n. 11383/16.4.3, la Stazione appaltante, al fine di comprovare che il “tentativo di caricamento” del suddetto documento “non risulta essersi conclusa e non risulta essere andata a buon fine”, ha espressamente richiamato il contenuto del “documento di sintesi” che era stato allegato dalla ricorrente alla pec in data 8 marzo 2021.

Nondimeno, secondo l'appellante, l'iniziativa assunta dalla Stazione appaltante comporterebbe la patente violazione di principi fondamentali per garantire il corretto svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica ed inficia la legittimità dell'intera procedura.

16. Con il secondo motivo di appello (pagine 27 - 29), la società ha impugnato il capo della sentenza che ha respinto il secondo motivo di ricorso.

La società evidenzia che la pronuncia di primo grado sarebbe errata, laddove ha ritenuto legittima la previsione del bando che, limitando di fatto l'assistenza, richiedendone il preavviso di ventiquattro ore, ha conseguentemente limitato il tempo utile per la presentazione delle offerte.

Sostiene la società appellante che, poiché l'ultimo giorno utile per la presentazione delle offerte era il lunedì e non essendo chiarito nel bando se l'assistenza potesse essere attivata il sabato o la domenica, l'ultimo giorno utile per la presentazione delle offerte era da considerarsi il venerdì antecedente alla scadenza prevista dal bando, con limitazione di ben quattro giorni del tempo utile per la formulazione delle offerte.

17. Con il terzo motivo di appello (pagine 29 - 30), si grava il capo della sentenza che ha respinto il terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio.

Si evidenzia, circa il primo punto della motivazione, relativo all'adesione dell'orientamento di questo Consiglio che darebbe rilievo alla lesione anche solo potenziale del principio della segretezza, che sarebbe erroneo il richiamo a quest'ultimo, poiché, in realtà, l'orientamento maggioritario di questo Consiglio affermerebbe che il divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica va inteso in senso relativo, con indagini da condurre in concreto.

Secondo l'appellante, la fattispecie oggetto del presente giudizio è caratterizzata da una serie di peculiarità che impongono un'indagine da condurre in concreto e non in maniera indiscriminata, proprio come richiesto dal richiamato orientamento.

Sul secondo punto della motivazione, relativo all'avvenuta conoscenza da parte di alcuni soggetti del contenuto della pec, vengono richiamati, *per relationem*, gli argomenti già sviluppati nel primo motivo di appello.

18. Si è costituita in giudizio la stazione appaltante, la quale ha resistito all'appello, domandandone il rigetto.

19. Con l'ordinanza n. 6491 del 3 dicembre 2021, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare.

20. Con la memoria del 4 gennaio 2022, l'appellante ha illustrato ulteriormente le sue deduzioni e ha chiesto “*a codesto Consiglio di Stato, se del caso, di valutare l'opportunità di un rinvio pregiudiziale alla CGUE*” inerente “*alla sproporzione di un'esclusione fondata su (asserite) violazioni incidenti su un piano meramente astratto, di "mero pericolo di lesione" dei principi di segretezza e di parità tra concorrenti?*” in quanto “*Il valore fondamentale della concorrenza, per come presidiato dalla CGUE, non pare consentire un sacrificio in termini assoluti come quelli conseguenti all'esclusione ritenuta legittima da codesto T.R.G.A., ove la lesione lungi dall'essere concreta, incida su un piano meramente astratto e, come tale, inidoneo a pregiudicare sostanzialmente i valori in questione. L'orientamento che accoglie la sufficienza del pregiudizio in astratto rispetto ad una effettiva lesione dei valori in gioco, non pare coerente e rispettoso del fondamentale principio nazionale e sovranazionale di proporzionalità: tale principio, rinvenibile nell'art 3 Cost e nell'art 5 T.U.E., impone che ogni sanzione risponda a necessità ed adeguatezza, senza superare quanto necessario al raggiungimento dello scopo*”.

21. All'udienza del 20 gennaio 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

22. *In limine litis*, il Collegio, in applicazione della regola della ragione più liquida, respinge l'istanza di rinvio formulata dall'appellata, ravvisando la palese infondatezza dell'appello.

23. Il Collegio osserva che, a seguito della proposizione dell'appello, è nella sostanza riemerso interamente il *thema decidendum* del giudizio di primo grado – che perimetra necessariamente il processo di appello ex art. 104 c.p.a. – sicché, per ragioni di economia dei mezzi processuali e di semplicità espositiva, secondo la logica sottesa alla decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2015, il Collegio prende direttamente ed esclusivamente in esame gli originari motivi articolati in prime cure (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 1137 del 2020).

24. I motivi di doglianza, che possono essere esaminati congiuntamente, risultando tra loro logicamente connessi, sono infondati.

25. L'art. 2.2. del disciplinare di gara ha infatti espressamente regolamentato l'ipotesi di malfunzionamento del sistema, dettando un'apposita disciplina a tutela dei partecipanti alla gara e, al contempo, dell'ordinato svolgimento della stessa.

25.1. In particolare, la clausola del bando prevede che: “*ai sensi dell'art. 79 comma 5 bis del D.Lgs. 50/2016 qualora si verifichi un mancato funzionamento o un malfunzionamento della piattaforma informatica – accertato dal gestore del sistema – 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'art. 2 della LP 2/2016 e ss.mm., anche disponendo la*

sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento della piattaforma e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento. Nei casi 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. Detto/i provvedimento/i verrà/anno caricato/i a sistema S-AP-SRM tra la documentazione di gara ed altresì verrà/anno pubblicato/i contestualmente sul sito internet <https://www.altogardaeledro.tn.it/> nella sezione soprariportata.”.

25.2. La clausola in questione prevede, dunque, un apposito rimedio per l'ipotesi in cui si verifichi un “*mancato funzionamento*” o un “*malfunzionamento della piattaforma informatica*” ed enfatizza, al contempo, la necessità di tutelare la segretezza delle offerte presentate, salvaguardandola da ogni potenziale rischio.

26. In ragione della richiamata disciplina, l'iniziativa posta in essere dalla società risulta, pertanto, improvida e non in linea con la previsione della *lex specialis*, così come si palesano inconferenti le doglianze formulate in primo grado e reiterate innanzi a questo Consiglio.

26.1. Anche a voler ipotizzare il verificarsi di un malfunzionamento del sistema, come dedotto dalla società, quest'ultima non avrebbe dovuto, come invece ha fatto, inviare una pec contenente “*il documento denominato "Offerta_3000335408.pdf.p7m", vale a dire il documento di sintesi comunque generato dal sistema e sottoscritto digitalmente*”, ma, al più, limitarsi a segnalare tale malfunzionamento alla stazione appaltante, per stimolare l'attivazione dei poteri di cui al predetto articolo.

26.2. Con la sua condotta, invece, la società odierna appellante ha di fatto vulnerato, come già correttamente messo in evidenza dal Tribunale amministrativo regionale, il principio di segretezza dell'offerta economica.

E' assodato, infatti, che tre dipendenti dell'Amministrazione hanno avuto la disponibilità del contenuto della documentazione di gara prima che questa venisse aperta e valutata dalla commissione.

27. A tale riguardo, il Collegio ritiene che vada seguito il consolidato orientamento della giurisprudenza che valorizza la salvaguardia di tale principio, anche rispetto ad un rischio potenziale.

27.1. In argomento, questo Consiglio ha avuto modo di affermare, più volte, che: “*la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone che la tutela si estenda a coprire, non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, perché anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato dell'organo valutativo*” (Cons. Stato, sez. III, 7 aprile 2021 n. 2819; sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1335; sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 825; sez. V, 19 aprile 2013 n. 2214; 11 maggio 2012, n. 2734 e 21 marzo 2011, n. 1734).

27.2. Questa affermazione di carattere generale risulta viepiù fondamentale nella vicenda in esame, in considerazione della richiamata circostanza che la disciplina della *lex specialis* fa espressamente carico alla stazione appaltante di assicurare la segretezza delle offerte inviate, dando così risalto al richiamato principio.

28. Nessun rilievo assume, infine, la censura di parte appellante, relativa alla circostanza che, a causa del preavviso necessario per poter usufruire dell'assistenza informatica, non sarebbe stato assicurato tutto il tempo utile per la presentazione delle offerte, in quanto non sarebbe stata garantita un'assistenza continuativa e azionabile senza preavviso, dalla partecipante alla gara.

29. Sul punto, in astratto, va preliminarmente distinto il tempo accordato per la presentazione delle offerte da quello, invece, correlato alle modalità di fruizione dei servizi di assistenza.

29.1. Una restrizione dei tempi e delle modalità per la fruizione della seconda non ridonda, infatti, necessariamente, come sembra inferire l'appellante, con una sua petizione di principio, sul primo aspetto, in quanto il partecipante alla gara a conoscenza delle modalità con le quali il servizio di assistenza viene prestato avrà l'onere di organizzarsi compatibilmente all'erogazione di questo servizio ulteriore, se ritiene di volerne fruire o paventa che possa verificarsi questa eventualità.

29.2. La previsione di una particolare tempistica e di particolare modalità di erogazione dell'assistenza rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, e l'esercizio di questa discrezionalità può essere sindacato soltanto qualora esso si palesi come manifestamente irragionevole.

29.3. La scelta operata dalla stazione appaltante, oltre a non riverberare sulla legittimità dell'atto di esclusione, non può dunque neppure definirsi "biasimevole" come invece opinato dal T.r.g.a. e rimarcato dall'appellante.

30. In concreto, poi, la doglianza di parte si palesa manifestamente infondata, in considerazione delle concrete evenienze del caso di specie.

30.1. Risulta, dalle deduzioni di parte appellante, che quest'ultima si è connessa al sistema per procedere alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara per cui è causa l'ultimo giorno disponibile e ha caricato il documento di sintesi all'approssimarsi della scadenza (secondo le risultanze del sistema informatico, l'offerta risulta caricata alle ore 11:57, ossia pochissimi minuti prima della scadenza del termine ultimo per la presentazione delle offerte, prevista per le ore 12:00).

30.2. Risulta davvero difficile ritenere, in base al criterio inferenziale di ordine logico dell'*id quod plerumque accidit*, che se anche fosse stato garantito il servizio di assistenza fino all'ultimo minuto utile per la presentazione delle offerte e senza che fosse richiesto un preavviso per la sua fruizione, l'impresa partecipante avrebbe potuto, nel ristrettissimo lasso di tempo rimasto, contattare questo servizio, esporre il problema, trovare mediante l'assistenza una soluzione e compiere le operazioni di caricamento che essa aveva precedentemente intrapreso a partire dalle ore 10:00 dell'ultimo giorno utile.

31. Da ultimo, va poi richiamato con valenza dirimente, rispetto alle censure di parte appellante, il principio di autoreponsabilità, cui, in linea generale, ha fatto riferimento questo Consiglio con riferimento alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica e, in particolare, a quelle che si svolgono mediante la presentazione telematica dell'offerta.

32. In linea generale, questo Consiglio ha avuto modo di statuire che, in base al richiamato principio generale dell'autoreponsabilità, ciascuno dei concorrenti "supporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione" (Cons. Stato, Ad. pl., 25 febbraio 2014 n. 9).

33. 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 dell'offerta 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 esemplificamente 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).

34. I principi richiamati sono pienamente pertinenti al caso di specie e depongono, ulteriormente, per la reiezione delle censure esaminate.

34.1. In applicazione del principio di autoreponsabilità, essendo a conoscenza delle modalità e della tempistica relative al servizio di assistenza, l'impresa esclusa avrebbe avuto l'onere di organizzare il deposito dei documenti per la partecipazione all'appalto (anche anticipandolo), in modo tale da essere in condizione di poter fruire del servizio di assistenza, ove se ne fosse presentata la necessità, e di fronteggiare eventuali rallentamenti del sistema.

35. Da qui la reiezione della richiesta di rinvio pregiudiziale stante la sua inammissibilità (arg. *ex plurimis* da Corte di giustizia UE, grande sezione, 6 ottobre 2021, C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*; Corte di giustizia UE, sez. IV, 18 luglio 2013, n. 136/12; Corte di giustizia CE, 3 febbraio 1983, C-149/82, *Robards*; Corte di giustizia UE, 6 ottobre 1982, n. 283/81, *Cilfit e a.*), sotto il duplice profilo che:

i) la stessa è stata formulata in maniera del tutto generica riposando sopra una congettura;

ii) è la condotta dell'impresa che ha determinato tale conclusione della gara, alla stregua delle puntuali indicazioni recate dalla *lex specialis*, in parte *qua* non impugnata.

36. In definitiva, alla luce delle suindicate motivazioni, l'appello va respinto.

37. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo secondo i parametri di cui all'art. 26, comma 1, c.p.a. ed al regolamento n. 55 del 2014.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 9380 del 2021, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore della Comunità Alto Garda e Ledro, delle spese del giudizio che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre agli accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e rimborso spese generali al 15%).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente, Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Alessandro Verrico, Consigliere, Giuseppe Rotondo, Consigliere, Michele Conforti, Consigliere, Estensore