

Publicato il 03/04/2020

N. 00461/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00718/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 718 del 2019, proposto da Vitrociset s.p.a., Tim s.p.a. e Bv Tech s.p.a, nelle rispettive qualità di mandataria e mandanti del costituendo RTI, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dal prof. avv. Vincenzo Caputi Iambrenghi e dagli avv.ti Raffaele Izzo e Alessandro Vinci Orlando, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del prof. avv. Vincenzo Caputi Iambrenghi in Bari, alla via Abate Eustasio, n. 5;

contro

Innovapuglia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizia Venezia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Aeroporti di Puglia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaella Calasso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Engineering D. Hub s.p.a., Exprivia s.p.a., non costituite in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione,

dei seguenti atti: 1) la determinazione di cui alla nota prot. n° 0008772 del 06.06.2019, inviata a mezzo pec, con la quale il Direttore generale di Aeroporti di Puglia s.p.a. ha comunicato che, a seguito di quanto dichiarato dal gestore del portale EmPULIA con pec del 21.05.2019, “*non può trovare accoglimento l'istanza di ammissione avanzata da codesto concorrente*”, unitamente all'attestato del 28 maggio 2019, prot. n. 8081 con il quale si è dato evidenza delle offerte pervenute entro le ore 12:00 del 16.05.2019; 2) le note di Aeroporti di Puglia s.p.a. prot. n. 7439 del 16.05.2019; prot. 7761 del 22.05.2019, prot. 8227 del 29.05.2019; 3) se ed in quanto necessario, la comunicazione pec 21.05.2019 trasmessa da assistenza.emulia@pec.rupar.puglia.it ad Aeroporti di Puglia s.p.a., unitamente al relativo contenuto; l'art. 12 della Disciplina per l'utilizzo del servizio telematico denominato EmPULIA richiamato nella citata pec del 21.05.2019, laddove interpretato nel senso di far ricadere sui concorrenti i rischi derivanti dalle anomalie e dai malfunzionamenti della piattaforma; 4) nei limiti di interesse, tutti i verbali di gara e, nello specifico, quelli relativi alla presentazione delle offerte, *medio tempore* intervenuti; 5) *in parte qua* e nei limiti di interesse, il bando e il disciplinare di gara relativo alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di adeguamento normative GDPR e Cybersecurity infrastruttura ICT Aeroporti di Puglia; 6) ogni altro atto precedente, conseguente e/o comunque connesso a

quelli impugnati, con espressa riserva di proporre motivi aggiunti all'esito della relativa conoscenza;

nonché per l'accertamento del diritto a partecipare alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di adeguamento normative GDPR e Cybersecurity infrastruttura ICT Aeroporti di Puglia; e per la condanna della parte resistente al risarcimento dei danni subiti e subendi in favore del ricorrente raggruppamento per l'eventuale mancata partecipazione alla procedura;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Innovapuglia s.p.a. e di Aeroporti di Puglia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 febbraio 2020 la dott.ssa Giacinta Serlenga e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con bando pubblicato sulla GUUE n. 12 del 31 gennaio 2019, Aeroporti di Puglia s.p.a. indiceva procedura aperta gestita tramite piattaforma telematica per l'affidamento del servizio di adeguamento normative GDPR e Cybersecurity infrastruttura ICT Aeroporti di Puglia, con importo a base d'asta pari a € 13.400.000,00 (I.V.A. esclusa) e criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La possibilità di partecipare alla gara era stabilita in bando esclusivamente mediante modalità telematica. A tal fine, il disciplinare di gara indicava un'articolata sequenza di operazioni

tecnico informatiche finalizzate alla presentazione della domanda (cfr. art. 5 del disciplinare in atti).

La scadenza per la presentazione delle offerte veniva fissata per il giorno 16 maggio 2019 alle ore 12.00, termine entro il quale le offerenti avrebbero dovuto inviare la propria istanza, in formato telematico, tramite il portale EmPulia.

La Vitrocest s.p.a., intendendo partecipare alla gara nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Tim s.p.a. e Bv Tech s.p.a., in data 16 maggio 2019 alle ore 11.46, procedeva al caricamento, sul portale suddetto, di tutta la documentazione richiesta dal disciplinare di gara e chiedeva al sistema di creare la busta afferente l'offerta di gara. Riferisce, tuttavia, che malgrado l'avvenuta corretta registrazione sulla piattaforma, quale adempimento preliminare finalizzato alla presentazione della domanda e al caricamento sui server della stessa dell'intera documentazione, non riusciva a completare l'operazione di invio definitivo della domanda per un'anomalia tecnico informatica del sistema che generava la seguente richiesta: *"recupero info azienda dal codice fiscale"*; il sistema non poneva però a disposizione il campo ove inserire il dato richiesto.

La società contattava quindi - più volte- l'help desk per richiedere assistenza, non riuscendo ad ottenere le informazioni utili a superare la situazione di "stallo telematico" e vedendosi costretta a reiterare il tentativo di invio complessivo dell'offerta per ben tredici volte.

Solo alcuni minuti dopo l'orario massimo previsto dal bando, alle ore 12.10, si completava la procedura mediante ricaricamento, generando ben quattro buste.

Nella stessa data del 16 maggio 2019, la Vitrocest s.p.a. trasmetteva, dunque, alla stazione appaltante una pec con la quale segnalava il

difetto di funzionamento e il notevole rallentamento del sistema di acquisizione in prossimità della scadenza del termine.

Il giorno 22 maggio 2019, Aeroporti Puglia s.p.a., nella persona del responsabile unico del procedimento, inoltrava all'interessata la comunicazione della ricevuta rilasciata da EmPulia attestante l'asserito corretto funzionamento della piattaforma. Conseguentemente, con successiva pec del 30 maggio 2019, la società stessa contestava i chiarimenti tecnici resi dal gestore EmPulia con riferimento ai disservizi della piattaforma denunciati e chiedeva la rimessione in termini, con diretta ammissione alla gara, evidenziando la circostanza che tutta la documentazione componente l'offerta sarebbe stata caricata sul portale in orario antecedente alle ore 12.00 del 16 maggio 2019.

Con nota n. 0008772 del 6 giugno 2019 Aeroporti di Puglia s.p.a., contattato il gestore del portale EmPulia per informazioni in ordine al lamentato malfunzionamento del sistema e avendo ricevuto da quest'ultimo rassicurazioni in ordine al regolare funzionamento dello stesso, con pec del 21 maggio 2019 rigettava l'istanza suddetta.

Con l'atto introduttivo del presente giudizio, la Vitrocest s.p.a. –unitamente alle mandanti del costituendo R.T.I.-impugnava quindi la nota di Aeroporti Puglia s.p.a. del 6 giugno 2019, con la quale era stata respinta l'istanza di ammissione e/o rimessione in termini; le note di Aeroporti di Puglia s.p.a. prot. n. 7439 del 16.05.2019; prot. 7761 del 22.05.2019, prot. 8227 del 29.05.2019; la nota del 21.05.2019 di EmPulia; in subordine e *in parte qua*, la disciplina per l'utilizzo del servizio telematico EmPulia (art. 12).

Il ricorso, assistito da istanza cautelare, veniva affidato ad unico articolato motivo, inerente al denunciato eccesso di potere per

difetto dei presupposti e di istruttoria, irragionevolezza, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, alla violazione del principio di efficacia ed efficienza di cui all'art. 97 Cost., alla violazione e falsa applicazione degli artt. 4, 30, 52, 58, 79 e 83 del d.lgs. n. 50 del 2016; alla violazione del principio di massima partecipazione alle gare d'appalto e di affidamento; alla violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990.

Si costituivano in giudizio le società Aeroporti di Puglia s.p.a. e Innovapuglia s.p.a. per resistere al gravame, chiedendone il rigetto.

Con ordinanza collegiale n. 257 del 10 luglio 2019, veniva disposta in sede cautelare l'ammissione con riserva del Raggruppamento ricorrente alla procedura per cui è causa. Superata la preselezione, l'offerta veniva avviata a valutazione.

All'udienza del 5 febbraio 2020 la causa veniva introitata per la decisione, con la valutazione delle offerte ancora in corso.

3.- Il ricorso è fondato e va accolto sulla scorta delle argomentazioni già svolte in sede cautelare e che trovano conferma anche ad un più approfondito esame.

Il punto centrale della motivazione su cui si fonda l'ordinanza gravata è invero la non sicura imputabilità del malfunzionamento al Raggruppamento ricorrente, comprovata dai tredici tentativi di inserimento dei documenti e dalla conseguente generazione di ben quattro buste, risultate acquisite -con il relativo contenuto- al sistema stesso.

La si riporta di seguito: *“Ritenuto plausibile che la registrazione del costituendo Raggruppamento sul portale EmPULLA – ai fini della partecipazione alla gara de qua - con dieci minuti di ritardo sulla scadenza del termine previsto dalla lex specialis sia imputabile al malfunzionamento del*

sistema della ricevente o, comunque, al cattivo funzionamento dell'invio telematico, posto che gli interessati hanno dato prova di ben tredici tentativi, entro il termine di scadenza stesso, non andati a buon fine per fatto non imputabile agli stessi; sospetto confermato dall'improvvisa generazione di ben quattro buste, alle ore 12:10 come esito dei tentativi posti in essere;

Ritenuto, altresì, che le procedure concorsuali, quand'anche completamente informatizzate, non possono che svolgersi nella cornice dei principi generali, tra cui, in particolare, il favor participationis e che è interesse della stessa Amministrazione appaltante consentire la partecipazione a una platea di soggetti quanto più ampia possibile”.

In relazione a fattispecie del tutto assimilabili a quella che ci occupa, la giurisprudenza amministrativa, sia di primo che di secondo grado, ha in effetti evidenziato come *“il rischio inerente alle modalità di trasmissione non può far carico che alla parte che unilateralmente aveva scelto il relativo sistema e ne aveva imposto l'utilizzo ai partecipanti; e se rimane impossibile stabilire 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. C.d.S., Sez. III, 25.1.2013, n. 481; in termini Tar Lombardia - Milano, Sez. I, 04.03.2019 n. 455 e questo Tar, Sez. I, 28.7.2015, n. 1094); facendone discendere, quale corollario, che *“...le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi debbano collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti fra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni, nei reciproci rapporti”* (cfr. questo Tar, Sez. I, 28.7.2015, n. 1094; in termini, Tar Lecce 10.06.2019, n. 977).

In buona sostanza, dalla natura meramente strumentale dell'informatica applicata all'attività della pubblica Amministrazione discende il corollario dell'onere per l'Amministrazione stessa di accollarsi il rischio dei malfunzionamenti e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui la stessa si avvale; anche come contropartita dell'agevolazione che deriva -sul fronte organizzativo interno- dalla gestione digitale dei flussi documentali. Tale utilità deve cioè essere controbilanciata dalla capacità di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che possano verificarsi, in particolare attraverso lo strumento procedimentale del soccorso istruttorio (art. 83 d.lgs. n. 50/2016 e art. 6 l. n. 241/1990).

In senso conforme anche la decisione n. 5136 del 7.11.2017 della quarta Sezione del Consiglio di Stato, a termini della quale incombe sul gestore del sistema *“predisporre, o comunque consentire, modalità alternative di inoltro delle domande”*, proprio per ovviare a possibili malfunzionamenti del sistema stesso.

In ipotesi dubbie, pertanto, gli effetti devono ricadere sul gestore del sistema; e ciò non solo in applicazione dei principi di *par condicio* e di *favor participationis* nelle procedure di gara (come già specificato in sede cautelare) ma anche come ricaduta dell'utilità che la pubblica Amministrazione trae dall'utilizzo di tali più spediti sistemi, fino a configurarsi in capo all'Amministrazione stessa un obbligo di predisporre *“pro futuro ed in un'ottica conformativa del potere... unitamente a strumenti telematici di semplificazione dei flussi documentali in caso di procedure concorsuali di massa, altresì procedure amministrative parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza, in caso di non corretto funzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro della domanda”* (in tal senso TAR Roma, Sez. III, 11.1.2018 n. 299).

Proprio di recente il Consiglio di Stato è tornato sul tema con la sentenza n. 86 del 7 gennaio 2020 esprimendo principi sostanzialmente in linea con la giurisprudenza sin qui richiamata: *“Devono qui trovare applicazione i consolidati principi, affermati da questo Consiglio di Stato, 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 tale operazione, ma non è riuscito a finalizzare l’invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore (v. di recente, per un caso non dissimile, Cons. St., sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922 e anche la sentenza di questa sezione III, 7 luglio 2017, n. 3245, che però concerne un errore dell’impresa e non già un malfunzionamento del sistema)”*; facendone discendere che *“se rimane impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull’ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara (cfr., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 25 gennaio 2013, n. 481)”*.

Tornando alla fattispecie che ci occupa, l’imputabilità del malfunzionamento a parte ricorrente non è stata dimostrata dalle Amministrazioni resistenti con argomenti decisivi.

Non appaiono dirimenti le apodittiche conclusioni della difesa di Aeroporti Puglia s.p.a., tese a sostenere che l’errore vada certamente addebitato al browser della ricorrente, che avrebbe impedito il completamento tempestivo della procedura prevista per il caricamento a sistema dell’offerta di gara (cfr. memoria del 24 gennaio 2020), posto che il blocco stesso può simmetricamente costituire un’anomalia riferibile al gestore, in assenza di convincente prova contraria; un’anomalia peraltro temporanea, come detto, giacché –si ribadisce ancora una volta- la piattaforma ha poi generato

ben quattro buste nell'arco di pochi secondi ma alle ore 12.10, all'esito dei tredici tentativi posti in essere dalla ricorrente.

Né il dubbio che le disfunzioni operative del sistema si pongano in un'interrelazione causale con un blocco momentaneo del browser del gestore sono stati dissipati dalle considerazioni tecniche contenute nella relazione del 16 gennaio 2020, a firma del Direttore generale di Innova Puglia, secondo cui la ricorrente avrebbe cancellato erroneamente la riga della mandataria, avendo modificato il raggruppamento. Le simulazioni che sarebbero state effettuate sulla piattaforma telematica dalle resistenti, inerenti ad eventuali cancellazioni ed errori di dati da parte del raggruppamento ricorrente, sono prive di reale riscontro e contraddicono la circostanza che alle ore 11.46 del giorno di scadenza dell'offerta il sistema generava il messaggio "*Verifica informazioni eseguito correttamente*".

Un dato è invece incontrovertibile: a posteriori, tutti i documenti sono stati rinvenuti nel sistema e hanno consentito a parte ricorrente di superare la preselezione; sicché, a fronte della concreta acquisizione della documentazione al sistema e in assenza di prova certa dell'imputabilità dell'errore a parte ricorrente stessa, se ne sarebbe dovuta consentire la partecipazione alla gara.

La determinazione di non disporre la riammissione in sede di soccorso istruttorio e, in ogni caso, l'esclusione dalla gara si appalesano dunque illegittime, per quanto sin qui argomentato.

La *lex specialis* va invece interpretata in senso conforme ai principi su indicati e, conseguentemente, si rivela esente dai vizi di legittimità prospettati in via subordinata.

4.- In conclusione, alla stregua delle considerazioni che precedono, il ricorso merita accoglimento e, per l'effetto, annullati gli atti impugnati in via principale. Le spese di causa vengono parzialmente poste a carico di Aeroporti di Puglia s.p.a. nella misura liquidata in dispositivo e, viceversa, compensate in relazione alle altre parti del giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla le determinazioni di esclusione dalla gara e di diniego di riammissione. Condanna Aeroporti di Puglia s.p.a. alla rifusione parziale delle spese di causa in favore della società ricorrente, liquidandole in complessivi €. 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre spese, C.U. e accessori come per legge; compensa invece con le altre parti.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 5 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere

Giacinta Serlenga, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giacinta Serlenga

IL PRESIDENTE
Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO