

Pubblicato il 17/01/2023

N. 00574/2023REG.PROV.COLL.
N. 05341/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5341 del 2022, proposto da Troiani s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Malossini, Francesco Vannicelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Vannicelli in Roma, via Varrone 9;

contro

- Camera dei Deputati, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12 (anche appellante incidentale);
- CONSIP s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12 (anche appellante incidentale);

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 08038/2022, resa tra le parti, concernente la partecipazione di Troiani s.r.l. alla procedura ristretta bandita dalla Camera dei Deputati per

l'appalto del servizio di manutenzione degli arredi in legno e tappezzeria e per la fornitura di opere di tappezzeria, di falegnameria e vetrarie nelle sedi della Camera dei deputati (procedura ASP n. 2882337 – C.Q. 1.7.2020 – Bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee n. 2021/S 377995 del 27 luglio 2021 e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 5a serie speciale contratti pubblici, n. 86 del 28 luglio 2021) - CIG 8933092CB6;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale di Camera dei Deputati e CONSIP s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2022 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti l'avvocato Vannicelli e l'avvocato dello Stato De Bonis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante, Troiani s.p.a., è stata esclusa dalla procedura ristretta bandita dalla Camera dei Deputati per l'appalto del servizio di manutenzione degli arredi in legno e tappezzeria e per la fornitura di opere di tappezzeria, di falegnameria e vetrarie nelle sedi dell'organo costituzionale.

2. Secondo il bando di gara (pubblicato sulla GUCE n. 2021/S 377995 del 27 luglio 2021) le offerte dovevano essere presentate attraverso la piattaforma MEPA, gestita da CONSIP s.p.a., con caricamento telematico della documentazione tecnica ed economica entro le ore 17.00 del giorno venerdì 3 dicembre 2021.

3. Troiani, precedente esecutrice del servizio (e beneficiaria di una proroga fino al 31 dicembre 2022), ha proposto ricorso dinanzi al TAR del Lazio avverso l'esclusione, lamentando che il sistema le avesse impedito l'invio del modulo telematico con l'offerta, benché completo.

In particolare, ha prospettato (sulla base di una relazione della società specializzata I-TOP MANAGEMENT s.r.l.) che, nel corso del caricamento, si sia generata “una inaspettata ed ingiustificabile lentezza del sistema, che rimaneva per lungo tempo in upload dei documenti, anche di pochi Kb, generando a volte time-out, costringendoci a riprendere l’esecuzione di alcuni caricamenti”; che, in considerazione di questo evento anomalo, che stava erodendo sensibilmente il tempo intercorrente alla scadenza, aveva caricato, in ogni caso, l’offerta nei termini con tutti i documenti allegati; che, mentre si era in attesa del completamento del caricamento dell’ultimo documento (ricevuta del pagamento del contributo ANAC), il sistema interrompeva la sessione, riportando sulla pagina iniziale, con l’informazione che il bando era chiuso; non veniva rilasciata dal sistema alcuna informazione circa lo stato di acquisizione della documentazione, e a nulla valeva la pronta comunicazione di quanto accaduto al r.u.p. (che si diceva impossibilitato ad intervenire sulla piattaforma).

4. Con decreto presidenziale (I, n. 7146/2021) veniva disposta “la produzione (a cura della Consip, in quanto gestore della piattaforma MEPA) della traccia informatica del caricamento della pagina dell’offerta con gli upload della documentazione necessaria, a conferma della tempestività dell’azione della Troiani S.r.l. e del malfunzionamento del sistema”.

In data 17 dicembre 2021, CONSIP (Divisione E-procurement e Sistemi Informativi) presentava una documentata relazione, sulla quale Troiani formulava osservazioni critiche, basate su relazioni tecniche (della I-TOP MANAGEMENT s.r.l.).

In data 20 gennaio 2022, CONSIP replicava a dette osservazioni mediante una seconda documentata relazione, sottolineando, tra l’altro, che:

- “Il Log applicativo preso in esame, e fornito nell’allegato “Prot_42147_2021_41_Log Estrazione IDT 2882337”, è il Log che contiene tutte le informazioni riguardanti le attività eseguite dall’utente per la partecipazione alla negoziazione, in esso sono quindi riportati tutti i messaggi

riferiti sia alle azioni effettuate sia alle relative risposte del Sistema. Pertanto, qualora l'utente avesse ricevuto messaggi di tipo bloccante o semplici *alert* riconducibili ad errori del Sistema, sarebbero stati tracciati nel Log; nel caso in esame non risulta che l'utente in oggetto abbia mai ricevuto messaggi di questo tipo. Si ribadisce pertanto quanto già riportato nella precedente relazione (cfr.

“RISCONTRO_DECRETO_PRESIDENZIALE_7146_14122021” del 17 dicembre 2021), ossia che nella giornata del 03/12/2021 l'unico messaggio rilevante ricevuto dall'utente è stato evidenziato in giallo alla riga 640 dell'allegato: “Il termine per l'invio della busta è scaduto”, e che altri OE nell'intero periodo di osservazione hanno potuto fruire di un normale utilizzo del Sistema presentando la propria offerta anche in prossimità dell'orario previsto di scadenza del termine per la partecipazione alla negoziazione.”;

- “Come indicato all'interno della nota tecnica allegata nella nostra precedente relazione e confermata dalle ulteriori verifiche ivi allegate non si riscontrano problemi infrastrutturali nel periodo di osservazione ma un normale utilizzo del Sistema.”;

- “Per completezza, si evidenzia nuovamente che altri operatori economici nella stessa data del 03/12/2021 hanno presentato offerta rispettivamente alle ore 15:21:23 e alle 16:37:01 per la stessa negoziazione.”.

5. Il TAR Lazio respingeva la sospensiva, ma questa Sezione accoglieva l'appello cautelare (con ordinanza n. 1272/2022, così motivata: “Ritenuto necessario che, alla luce del principio del soccorso istruttorio, Consip ponga in essere una verifica circa l'esistenza o meno del documento che non è stato caricato dall'appellante nei termini di scadenza per la presentazione dell'offerta ed accerti, in particolare, se il file relativo all'attestazione del pagamento del contributo Anac sia stato formato o meno dall'appellante anteriormente a tale termine; Ritenuto che sussistano i presupposti per accogliere l'appello cautelare in considerazione della necessità di espletamento

dell'adempimento istruttorio, che deve essere posto in essere entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza;”.

CONSIP, in adempimento di detto incombenza, ha trasmesso in data 11 aprile 2022 una terza relazione, in cui si legge:

“Si evidenzia che i documenti inseriti dagli operatori economici ai fini della partecipazione ad una gara sono presenti nel Sistema in forma “criptata”, ossia è impedita la lettura in chiaro. Detti documenti diventano disponibili in modalità “non criptata” solo quando la SA (titolare della negoziazione) inizierà l'esame delle offerte con l'apertura delle buste (nella specifica negoziazione risultano ancora chiuse, ossia la SA non ha avviato l'esame delle offerte).

La decriptazione dei documenti, peraltro, avviene solo in relazione alle partecipazioni andate a buon fine.

Per i motivi di cui sopra, anche la documentazione dell'OE Troiani S.r.l. risulta non leggibile in quanto “criptata” e non sarà comunque possibile accedervi neanche quando la SA inizierà la procedura di esame delle offerte in quanto l'OE non ha inviato la propria partecipazione entro i termini previsti.

Come evidenziato nei Log già depositati al TAR nell'ambito del giudizio RG 12951/2021, l'OE Troiani S.r.l. ha iniziato le attività finalizzate all'invio dell'offerta alle 16:44:51 del 03/12 (i termini scadevano alle 17:00 dello stesso giorno), non riuscendo a portare a termine in tempo utile tutte le attività necessarie e propedeutiche all'invio della stessa, pertanto l'OE non risulta tra i partecipanti alla negoziazione.

Sempre dai Log risulta l'avvenuta esecuzione di varie attività di inserimento e cancellazione di documenti da parte della Troiani, nonché l'inserimento di alcuni file “autonominati” dall'OE (es. “Allegato1.pdf.p7m”), ossia privi di riferimento testuale esplicativo del relativo contenuto. Non è dato quindi sapere quali documenti, nello specifico, siano stati caricati dalla Troiani.

In ogni caso, si evidenzia che quand'anche fosse stato possibile individuare dai Log l'avvenuto inserimento di un documento riguardante il pagamento del

contributo ANAC (qualora fosse stato così “nominato” dall’OE), nessuno avrebbe potuto verificarne il reale contenuto (e quindi se effettivamente si trattava dell’attestazione di detto pagamento, né, quindi, verificarne la tempestività), giacché l’impossibilità di esaminare i file caricati dai concorrenti - criptati fino ad apertura delle buste da parte della SA - è presidio a garanzia della segretezza delle offerte e della par condicio. Con specifico riferimento alla Troiani, poi, come già evidenziato sopra, la decriptazione dei file risultanti dai Log non sarebbe comunque possibile trattandosi di partecipazione non andata a buon fine.”.

6. Il TAR del Lazio, con la sentenza appellata (I, n. 8038/2022), ha respinto il ricorso.

In particolare, così argomentando:

- la controversia rientra nell’ambito di giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell’art. 133, comma 1, lettera e), cod. proc. amm.;
- devono applicarsi i consolidati principi vevoli in materia di gare informatiche, secondo i quali la presentazione dell’offerta deve avvenire tempestivamente, entro il termine posto dalla stazione appaltante, mediante il completo ed integrale caricamento di tutta la documentazione necessaria;
- non risulta alcun malfunzionamento del sistema, come emerge dalla relazione tecnica depositata dall’amministrazione (non contestata dal ricorrente) e dal significativo rilievo che altri operatori economici nella stessa data e nello stesso intervallo di tempo hanno presentato l’offerta regolarmente;
- quando anche si ammettesse un rallentamento del sistema che avesse ritardato le operazioni, va ricordato che, nell’ambito delle procedure informatiche, tali rallentamenti, fisiologici in tale tipo di trasmissioni, costituiscono un’evenienza che resta a carico del soggetto partecipante, il quale deve premunirsi e porre in essere le dovute attività (strumentali all’adempimento dell’incombente telematico) in tempo utile, premunendosi anche e soprattutto rispetto a tali inconvenienti;

- infatti, in materia di procedure amministrative telematiche, va affermato il principio dell'equa ripartizione, tra soggetto partecipante e amministrazione procedente, del "rischio tecnico" di inadeguato caricamento e trasmissione di dati su piattaforma informatica ("rischio di rete" dovuto alla presenza di sovraccarichi o cali di performance della rete e "rischio tecnologico" dovuto alle caratteristiche di sistemi operativi software utilizzati dagli operatori), secondo criteri di autoresponsabilità dell'utente, su cui grava l'onere di pronta e tempestiva attivazione delle procedure, sì da capitalizzare il tempo residuo, con la sola esclusione dei malfunzionamenti del sistema imputabili al gestore (quali fermi del sistema ovvero mancato rispetto dei livelli di servizio), per i quali non può che affermarsi la responsabilità del gestore/amministrazione (cfr. Cons. Stato, III n. 3329/2014; V, n. 6416/2014; I, n. 1673/2019);
- neppure può attribuirsi rilevanza, al fine di ritenere adempiuto parzialmente ed in tempo utile il deposito dell'offerta, alla essenzialità o accessorialità della documentazione residua non caricata tempestivamente, a fronte del rilievo che l'offerta integrale (comprensiva di ogni allegato) deve necessariamente essere depositata, tutta, in tempo utile e nei modi sopradescritti, in ciò sostanziandosi il *proprium* tipico delle gare informatiche;
- va ribadito che l'operatore ha iniziato le attività finalizzate all'invio dell'offerta alle ore 16:44:51 del 3 dicembre 2021, a fronte di un termine di scadenza fissato alle ore 17:00 dello stesso giorno, e che è pertanto evidente la scarsa diligenza della società istante, la quale si è tardivamente attivata;
- d'altro canto, le stesse previsioni della legge di gara sono ragionevoli e del tutto coerenti rispetto alle sopra riferite esigenze.

7. Troiani ha proposto appello, deducendo i due ordini di censure appresso sintetizzati.

7.1. Con il primo, lamenta il mancato ricorso al soccorso istruttorio ed il mancato esame delle perizie informatiche da essa prodotte in giudizio.

Sottolinea, in particolare, che il TAR, se da un lato afferma che vi deve essere una "equa ripartizione" del rischio, dall'altro conclude del tutto

illegittimamente, dando rilievo al criterio di autoresponsabilità soltanto del soggetto partecipante alla gara.

Viceversa, nessun biasimo può essere sollevato nei confronti della società ricorrente, essendo quanto accaduto esclusiva responsabilità della stazione appaltante, o di chi per essa gestiva la piattaforma telematica. Al riguardo, richiama quanto indicato nella seconda relazione sul malfunzionamento del sistema, redatta dalla società specializzata I-TOP MANAGEMENT, in cui è stata analizzata la documentazione depositata da CONSIP (nota di riscontro al Decreto Presidenziale n. 7146/2021; prot. 42147 _2021_Dynatrace Dashboard results; Prot_42147_2021_41_Log Estrazione IDT 2882337), ed è stato sottolineato il riferimento, in essa, a eventi puramente applicativi (vedi colonna Q – PAGINALOG), tralasciandosi gli eventi di sistema, che sono quelli sui quali si sarebbe invece dovuta appuntare l'istruttoria; dalla relazione si evince anche che, almeno sino alle ore 16:30, coincidente con il periodo con difficoltà di connessione, vi era stato un "sovraffollamento del sistema". Perciò, sostiene Troiani, è limitativo e fuorviante rilevare che essa si sia collegata solo alle 16:44 per la presentazione di un'offerta che scadeva alle ore 17:00, alla luce del suindicato sovraffollamento del sistema, il quale non ha consentito all'utente una interazione valida.

Secondo gli arresti giurisprudenziali più recenti, 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 (come certificato nel caso in esame), ma non è riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema imputabile al gestore (cfr. Cons. Stato, III, n. 86/2020); e, ove rimanga difficile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o se, piuttosto, la trasmissione sia stata impedita o danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricadrebbe sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, III, n. 8348/2020).

La sentenza impugnata non ha considerato la mancata ottemperanza all'incombente istruttorio disposto con ordinanza n. 1272/2022, che, peraltro, verteva su una circostanza - la tempestiva formazione del pagamento - già accertata documentalmente (infatti, il pagamento del contributo ANAC è avvenuto in tale data "02-12-2021 12:45:47", come da stampigliatura sulla ricevuta, e quindi un giorno prima della chiusura della gara).

Pertanto, la stazione appaltante avrebbe dovuto acquisire mediante soccorso istruttorio l'unico documento mancante, peraltro privo di rilevanza tecnico giuridica in relazione alla gara.

7.2. Vi è violazione dell'art. 58 del Codice dei contratti e dell'art. 97, secondo comma, Cost.

L'art. 58 dispone che, laddove una procedura di gara si svolga attraverso piattaforme telematiche di negoziazione, la gara deve essere comunque informata ai "principi di trasparenza, semplificazione ed efficacia delle procedure" (comma 1), e dunque il ricorso alla piattaforma telematica non può pregiudicare in alcun modo la procedura di presentazione della domanda, né renderla più gravosa a causa del mal funzionamento del sistema.

Peraltro, il mancato funzionamento del sistema è stato tempestivamente in maniera ufficiale e formale da Troiani con due distinte PEC: la prima inviata il 3 dicembre 2021, pochi minuti dopo il blocco del sistema, e la seconda il lunedì successivo, 6 dicembre 2021, ma a nessuna delle comunicazioni è stato dato riscontro da parte della Camera dei Deputati, né il r.u.p. ha fornito chiarimenti di sorta.

8. Per la Camera dei Deputati e per CONSIP s.p.a. si è costituita in giudizio ed ha proposto appello incidentale l'Avvocatura dello Stato.

8.1. Con l'appello incidentale, si sostiene che il TAR erroneamente ha ritenuto la giurisdizione, in quanto la controversia esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo, posto che gli articoli 1 e 2 del Regolamento per la tutela giurisdizionale relativa agli atti di amministrazione della Camera dei Deputati non concernenti i dipendenti, applicativo dell'art. 12, comma 3, lettera f), del

Regolamento c.d. *major*, attribuiscono al Consiglio di giurisdizione il compito di decidere in primo grado sui “*ricorsi e qualsiasi impugnativa, anche presentata da soggetti estranei alla Camera, avverso gli atti di amministrazione della Camera medesima, ad eccezione di quelli di cui alla lettera d) del medesimo comma 3, concernenti lo stato giuridico, il trattamento economico e di quiescenza e la disciplina dei dipendenti ...*”.

Dette disposizioni sono espressione dell'autonomia e dell'indipendenza attribuite al Parlamento dalla Costituzione, costituiscono fonte equiparata alla legge (di tal che non sono per loro natura suscettibili di disapplicazione) ed escludono quindi qualsiasi potere di cognizione di un giudice esterno alla Camera dei Deputati.

Le contrarie conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza (Cons. Stato, V, n. 5140/2021; Cass. civ. SS.UU., n. 15236/2022) appaiono non condivisibili. Infatti, l'autonomia normativa degli Organi parlamentari va intesa in senso ampio e cioè come idonea a disciplinare tutta l'organizzazione amministrativa e il funzionamento degli apparati al servizio degli stessi organi parlamentari, in modo da garantire ad essi la massima indipendenza dall'ingerenza di qualsiasi altro potere; l'autodichia costituisce un predicato necessario dell'autonomia normativa della quale rappresenta la conseguente prosecuzione nel suo momento applicativo (Corte Cost., n. 129/1981), per cui non si comprende per quale motivo l'autodichia dovrebbe essere limitata alle sole controversie degli organi costituzionali con i propri dipendenti (oltre che con i concorrenti alle procedure concorsuali, con i pensionati e con gli ex dipendenti) e non anche a quelle con le ditte che partecipano alle procedure amministrative (come quelle concernenti le gare d'appalto).

E ciò *a fortiori* se si considera che la Corte costituzionale (sent. n. 262/2017) ha speso molte argomentazioni per riconoscere che gli organi di giurisdizione domestica svolgono funzioni obiettivamente giurisdizionali, in quanto dirimono in posizione *super partes* le controversie che riguardano gli organi costituzionali secondo moduli procedimentali pienamente idonei a garantire il diritto di difesa e il contraddittorio tra le parti.

8.2. Camera dei Deputati e CONSIP, inoltre, hanno controdedotto puntualmente alle censure dedotte da Troiani, in particolare sottolineando che non risponde al vero che l'incombente disposto dall'ordinanza cautelare n. 1272/2022 non sia stato eseguito - in quanto in data 15 aprile 2022 è stata depositata in giudizio la Relazione istruttoria all'uopo predisposta da CONSIP - e ribadendo, sulla base delle documentate ed analitiche precisazioni contenute nelle relazioni di CONSIP, che non vi è stato alcun malfunzionamento del sistema.

9. Il Collegio, esaminando l'appello incidentale, ritiene che sussista la giurisdizione del giudice amministrativo.

Al riguardo, va ribadito l'orientamento della giurisprudenza amministrativa (in particolare, Cons. Stato, V, n. 4150/2021), nonché della Corte di Cassazione (SS.UU., n. 15236/2022 che ha respinto il ricorso proposto, per difetto assoluto di giurisdizione, avverso la predetta sentenza).

Infatti, le argomentazioni dell'Avvocatura dello Stato, in particolare volte a sottolineare il ruolo fondamentale dell'autodichia e la natura delle decisioni degli organi ad essa preposti, non riescono a scalfire quanto affermato dalla giurisprudenza in ordine alla specifica questione di giurisdizione oggi in esame.

Pertanto, nel solco di dette pronunce (relative ad una controversia concernente una gara espletata dalla Camera dei Deputati per il monitoraggio dei contratti relativi ai servizi informatici e alla loro gestione), ampiamente motivate con riferimento ai principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale (ed in particolare dalle sentenze n. 262/2017 e n. 120/2014), occorre ribadire che:

- “ Da tali principi deriva la necessità di una rigorosa interpretazione letterale e funzionale (ossia, tenendo conto delle finalità costituzionali assegnate al riconoscimento del principio di autodichia, che ne costituiscono anche i limiti entro i quali esso può espandersi) delle norme regolamentari approvate dalla Camera dei deputati. [...] Nella fattispecie viene in considerazione la

disposizione del regolamento per la tutela giurisdizionale che attribuisce al Consiglio di giurisdizione della Camera il compito di decidere in primo grado sui «ricorsi e qualsiasi impugnativa, anche presentata da soggetti estranei alla Camera, avverso gli atti di amministrazione della Camera medesima», il cui ambito di applicazione, alla luce degli indirizzi dettati dalla Corte Costituzionale, deve essere limitato alle controversie che abbiano per oggetto non qualsiasi atto di amministrazione della Camera dei deputati ma esclusivamente quegli atti adottati in una materia in ordine alla quale, all'organo costituzionale, è costituzionalmente riconosciuta una sfera di autonomia normativa. Le altre controversie rientrano (secondo «la “grande regola” dello Stato di diritto ed il conseguente regime giurisdizionale al quale sono normalmente sottoposti, nel nostro sistema costituzionale, tutti i beni giuridici e tutti i diritti (artt. 24, 112 e 113 della Costituzione)» nella giurisdizione comune, secondo i criteri di riparto tra le diverse giurisdizioni fissati dalle norme processuali ordinarie.[...]) Pertanto, posto che la materia dell'affidamento a terzi dei contratti di lavori, servizi e forniture – pur involgendo l'acquisizione, da parte dell'amministrazione della Camera, di beni e servizi per lo svolgimento delle sue funzioni – non rientra nella sfera di autonomia normativa costituzionalmente riconosciuta, le relative controversie sono sottratte alla giurisdizione domestica. Da ciò discende inoltre che le norme del Regolamento di Amministrazione e contabilità della Camera dei Deputati (articoli 39 e ss.), dettate in materia di contratti, non essendo espressione della ridetta autonomia normativa costituzionalmente fondata, non giustificano l'attrazione della controversia nell'ambito della cognizione dell'organo di autodichia.”; (Cons. Stato, V, n. 4150/2021, punti 7.3.-7.5.);

- “[...] l'individuazione, ad opera della Camera dei deputati, di un operatore economico privato, esterno all'Organo costituzionale e non incardinato tra le strutture serventi dello stesso, per l'affidamento di un appalto di servizi [...], in esito a una procedura di gara condotta sulla scorta della normativa nazionale ed Eurounitaria, non ricade nella sfera di autonomia normativa,

costituzionalmente riconosciuta, della Camera dei deputati. Ne deriva che la cognizione della controversia sorta a seguito dell'esclusione dalla gara del concorrente la cui offerta sia stata ritenuta anomala in sede di verifica di congruità, spetta, non agli organi di autodichia, ma alla giurisdizione comune, secondo la “grande regola” dello Stato di diritto ed il conseguente regime giurisdizionale al quale sono sottoposte, nel nostro sistema costituzionale, tutti i beni giuridici e le situazioni giuridiche soggettive” (Cass., n. 15236/2022, cit., punto 15).

Ne consegue il rigetto dell'appello incidentale.

10. Passando all'esame dell'appello principale, ad avviso del Collegio, la sentenza di primo grado è puntuale e deve essere condivisa, per le considerazioni che seguono.

10.1. L'applicazione del principio di autoresponsabilità, secondo i principi ricordati nell'appello principale, non conduce ad imputare quanto accaduto alla piattaforma utilizzata per la gara e, indirettamente, alla stazione appaltante.

Risulta dalle relazioni CONSIP (cfr. in particolare l'ultima relazione, riportata al punto 5.) che Troiani si sia accinta alle operazioni di caricamento alle 16.44.51 e non sia riuscita a concluderle entro le 17.00, termine prefissato. La relazione aggiunge che “Sempre dai Log risulta l'avvenuta esecuzione di varie attività di inserimento e cancellazione di documenti da parte della Troiani, nonché l'inserimento di alcuni file “autonominati” dall'OE (es. “Allegato1.pdf.p7m”), ossia privi di riferimento testuale esplicativo del relativo contenuto. Non è dato quindi sapere quali documenti, nello specifico, siano stati caricati dalla Troiani.”.

Nella seconda relazione CONSIP (in parte riportata al punto 4.), in risposta ai rilievi di Troiani, si legge poi che “Il Log applicativo preso in esame, e fornito nell'allegato “Prot_42147_2021_41_Log Estrazione IDT 2882337”, è il Log che contiene tutte le informazioni riguardanti le attività eseguite dall'utente per la partecipazione alla negoziazione, in esso sono quindi riportati tutti i

messaggi riferiti sia alle azioni effettuate sia alle relative risposte del Sistema. Pertanto, qualora l'utente avesse ricevuto messaggi di tipo bloccante o semplici alert riconducibili ad errori del Sistema, sarebbero stati tracciati nel Log; nel caso in esame non risulta che l'utente in oggetto abbia mai ricevuto messaggi di questo tipo.”.

E non è dimostrato che un'attività più tempestiva da parte sua sia stata impedita dal sistema, né, in generale, che vi sia stato un “malfunzionamento” della piattaforma.

10.2. Esaminando i rilievi critici mossi da Troiani, sulla base delle relazioni tecniche di I-TOP MANAGEMENT (in particolare, quella depositata in data 9 gennaio 2022, che analizzava i documenti depositati da CONSIP in riscontro al decreto n. 7146/2021), può sottolinearsi che riguardano aspetti esterni – quali: la presenza di un file, punto 3. di detta documentazione, che non è un file log tecnico, ma un semplice file EXCEL, nel quale viene riportata una estrazione parziale di dati e successiva rielaborazione che può dar luogo ad errori ed omissioni di natura involontaria o meno; il riferimento nel documento ad eventi puramente applicativi (vedi colonna Q – PAGINALOG) tralasciando gli eventi di sistema, che sono quelli sui quali si sarebbe dovuta appuntare l'istruttoria, e dunque l'insufficienza del file a dimostrare il corretto comportamento del sistema e la corretta interazione dell'utente (la società ricorrente) con quest'ultimo; la mancanza nel file di una traccia di quanto avvenuto dalle 16.10 fino alle 16.44, ora di riconnessione effettuata dall'appellante in seguito ai problemi riscontrati nel caricamento dei file, così come non vi è traccia delle interazioni con la procedura avvenute nella mattinata ben oltre il minuto riportato nelle righe da 545 a 550; la circostanza secondo cui dall'analisi del documento 2 emerge che nulla di specifico era tracciato tra le ore 13 e le ore 16:30, e che, soprattutto, almeno sino alle ore 16.30, coincidente con il periodo con difficoltà di connessione, vi era stato un “sovraffollamento del sistema”.

Ma detti rilievi non dimostrano, né lasciano supporre, che si sia verificato un malfunzionamento del sistema, tale da impedire alla concorrente di caricare in tempo tutti i documenti.

10.3. Se anche è possibile che, in prossimità dell'ora di scadenza, il sovraffollamento del sistema prospettato da Troiani abbia reso più lento il caricamento dei documenti di gara, e fatto sì che non sia riuscito a Troiani di completare l'operazione in tempo utile, ciò non è imputabile all'Amministrazione.

Nelle prime due relazioni sopra citate, CONSIP ha precisato che altri operatori economici hanno presentato offerta nello stesso pomeriggio del 3 dicembre 2021, rispettivamente alle ore 15:21:23 e alle 16:37:01, per la stessa negoziazione; e che nell'intera giornata sono state effettuate dagli utenti numerosissime attività (28.257 documenti caricati nel Sistema), circostanze che mal si concilierebbero con un ipotetico difetto di funzionamento del sistema. Affermando, in sintesi, che “non si riscontrano problemi infrastrutturali nel periodo di osservazione ma un normale utilizzo del Sistema”.

Occorre quindi convenire con il TAR, che il sovraffollamento degli accessi, che potrebbe aver reso più lento dell'ordinario il caricamento dei dati sulla piattaforma, è evento che risulta verificatosi solo in prossimità della scadenza del termine, ed era agevolmente prevedibile ed ovviabile con la (normale) diligenza di non ridursi all'ultimo momento. D'altra parte, non è stata specificamente censurata la organizzazione e configurazione della piattaforma, sotto il profilo della omessa predisposizione di modalità/potenzialità in grado di scongiurare alla radice sovraffollamenti.

Dunque, deve ritenersi che, legittimamente la *lex specialis* implicasse l'esigibilità, da parte dei concorrenti, di una particolare diligenza nella trasmissione degli atti di gara, da porre in essere con solerte anticipo rispetto alla scadenza, onere compensato dalla possibilità di uso diretto della propria postazione informatica, e ciò impedisce di addossare alla stazione appaltante i

rischi derivanti dall'uso del modello informatico. Tanto più, che, secondo l'organizzazione del sistema (come si dirà più avanti), le offerte non interamente caricate in tempo sarebbero divenute "criptate", in quanto non riconosciute dal sistema.

10.4. Neppure può attribuirsi rilevanza, al fine di ritenere adempiuto parzialmente ed in tempo utile il deposito dell'offerta, alla essenzialità o accessorietà della documentazione residua non caricata tempestivamente, a fronte del rilievo che l'offerta integrale (comprensiva di ogni allegato) deve necessariamente essere depositata, tutta, in tempo utile e nei modi sopradescritti, in ciò sostanziandosi il *proprium* tipico delle gare informatiche.

In tale ambito – anche su questo aspetto si può convenire con il TAR - lo sforzo diligente (tempestivo) dell'offerente deve riguardare tutte le operazioni prescritte, vale a dire il caricamento completo dell'offerta, con il contestuale vantaggio di poter definire la procedura di deposito direttamente dai propri terminali; senza che assumano rilievo i principi previsti in differenti ambiti, nei quali si prevede la salvezza dei diritti del soggetto il quale adempia parzialmente all'incombente recettizio. Altrimenti, si finirebbe col consentire che un operatore possa iniziare le operazioni anche soltanto pochi secondi prima della scadenza del termine, così, di fatto, neutralizzandosi gli indubbi vantaggi, in termini di snellezza e funzionalità della procedura, che tali tipi di gare presentano.

D'altro canto, le stesse previsioni della legge di gara appaiono ragionevoli e del tutto coerenti rispetto alle sopra riferite esigenze.

10.5. Non possono essere condivise nemmeno le doglianze relative all'omissione da parte della stazione appaltante del soccorso istruttorio, al fine di recuperare la documentazione non tempestivamente caricata.

Astrattamente, la ricevuta del pagamento del contributo ANAC, documento che Troiani stessa afferma non essere stato caricato sulla piattaforma in tempo, riguardando un adempimento già svolto, avrebbe potuto essere acquisito tramite il soccorso istruttorio (del resto, in tale prospettiva, in sede

cautelare, questa Sezione ha disposto istruttoria per accertare la preesistenza o meno del documento).

Tuttavia, l'ultima relazione di CONSIP (depositata in ottemperanza a detta ordinanza), ha chiarito (come già esposto al punto 5.) che “Si evidenzia che i documenti inseriti dagli operatori economici ai fini della partecipazione ad una gara sono presenti nel Sistema in forma “criptata”, ossia è impedita la lettura in chiaro. Detti documenti diventano disponibili in modalità “non criptata” solo quando la SA (titolare della negoziazione) inizierà l'esame delle offerte con l'apertura delle buste (nella specifica negoziazione risultano ancora chiuse, ossia la SA non ha avviato l'esame delle offerte). La decriptazione dei documenti, peraltro, avviene solo in relazione alle partecipazioni andate a buon fine. Per i motivi di cui sopra, anche la documentazione dell'OE Troiani S.r.l. risulta non leggibile in quanto “criptata” e non sarà comunque possibile accedervi neanche quando la SA inizierà la procedura di esame delle offerte in quanto l'OE non ha inviato la propria partecipazione entro i termini previsti.”.

10.6. Dunque, l'accertamento richiesto dall'ordinanza cautelare d'appello, pur adempiuto, non è stato ritenuto conducente dal TAR in quanto esso si basava sull'implicito presupposto che fosse possibile operare una “cernita” dei documenti caricati sulla piattaforma durante le operazioni di presentazione dell'offerta e di quelli “non caricati” in una situazione in cui l'invio – pacificamente - non è stato completato e, quindi, la procedura non è stata chiusa.

Ed infatti, come sottolinea la difesa erariale, Troiani in corso di causa ha in qualche modo mutato la sua prospettiva e non ha più tentato di dimostrare il malfunzionamento del sistema, bensì di dimostrare di aver “caricato” la maggior parte dei documenti in tempo essendo, poi, rimasta fuori la sola attestazione del contributo ANAC.

Ma, per quanto esposto da CONSIP, non ulteriormente confutato da Troiani, quello che non è stato acquisito dalla piattaforma e non è più acquisibile è

l'intero contenuto dell'offerta e della documentazione allegata, dato che il sistema è predisposto per impedirne la lettura e mantiene criptati i dati non tempestivamente caricati sulla piattaforma.

O, più precisamente, detto contenuto non è più acquisibile con certezza e nel rispetto della *par condicio*. Infatti, se si consentisse di produrre la documentazione ex novo, al di fuori della piattaforma della gara, si tratterebbe di una produzione di parte, rispetto alla quale non vi sarebbe alcuna garanzia di autenticità.

D'altra parte, l'organizzazione della piattaforma, sotto il profilo della (programmata, a quanto sembra) impossibilità di recuperare il contenuto di file caricati, qualora la procedura non si sia completata nel termine ed il sistema si sia quindi bloccato, non risulta essere stata specificamente censurata. Infatti, una cosa è la denuncia del malfunzionamento del sistema, al centro del gravame, ben altra cosa sarebbe l'illegittimità di una modalità di funzionamento del sistema conforme a quanto espressamente previsto ai fini della gara.

11. Ne consegue il rigetto anche dell'appello principale.

Le spese del grado di giudizio, in ragione della reciproca soccombenza, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- respinge l'appello incidentale;
- respinge l'appello principale.

Spese del grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO