

Pubblicato il 04/04/2023

N. 03452/2023REG.PROV.COLL.
N. 09029/2022 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 9029 del 2022, proposto da Sannio Appalti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Ricciardi Federico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Solopaca (Bn), non costituito in giudizio;

nei confronti

Società Sistri S.r.l. Unipersonale Soluzioni ed Innovazioni per l'edilizia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pasquale Marotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 07202/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Sistri S.r.l. Unipersonale Soluzioni ed Innovazioni per l'Edilizia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2023 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e preso atto del deposito della richiesta di passaggio in decisione senza la preventiva discussione, ai sensi del Protocollo d'intesa del 10 gennaio 2023, da parte dell'avvocato Ricciardi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale della Campania ha accolto il ricorso proposto dalla società Sistri s.r.l. Unipersonale Soluzioni ed Innovazioni per l'edilizia contro il Comune di Solopaca e nei confronti della Sannio Appalti s.r.l. per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultima della procedura aperta sotto soglia per l'affidamento dei lavori di sistemazione idrogeologica e ripristino funzionale delle scarpate, impluvi ed attraversamenti sul versante nord del territorio comunale – località S. Aniello.

1.1. La Sistri aveva esposto che, a causa di un malfunzionamento del sistema MePA in data 1 agosto 2022 (termine ultimo per la presentazione delle offerte), che aveva comportato prima dei rallentamenti nel caricamento dei documenti e poi un vero e proprio blocco durato dalle ore 14.45 circa alle ore 17.55, non era stato consentito alla società il perfezionamento dell'inoltro della documentazione per la partecipazione.

La ricorrente aveva quindi impugnato, tra l'altro, la determina n. 179 del 19 agosto 2022, con cui era stata disposta l'aggiudicazione in favore della Sannio Appalti, deducendo con i primi due motivi la violazione degli artt. 3 e 97 Cost., degli artt. 30, 52, 60 e 79 del d.lgs. n. 50/2016 e della legge n.241/90, nonché del principio del *favor participationis*, oltre all'eccesso di potere per

errata valutazione dei fatti, arbitrarietà, ingiustizia manifesta e difetto di motivazione.

Col terzo motivo aveva denunciato in via subordinata la violazione del termine di 35 giorni per la ricezione delle offerte, di cui all'art. 60, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016.

1.2. Con ordinanza collegiale n. 1749 del 6 ottobre 2022 era disposta istruttoria, richiedendo alla Consip di fare conoscere se effettivamente si fossero verificati malfunzionamenti nel caricamento delle offerte sul portale.

La Consip depositava una relazione, con atti allegati, in data 17 ottobre 2022.

1.3. Il tribunale ha respinto le eccezioni preliminari della controinteressata di improcedibilità del ricorso per carenza di interesse a causa della mancata partecipazione alla gara della ricorrente, nonché a causa della mancata impugnazione del provvedimento n. 229 del 29 settembre 2022 (contenente secondo la Sannio Appalti l'aggiudicazione "definitiva" della procedura) e l'eccezione di tardività del ricorso a causa della mancata tempestiva impugnazione delle regole di gara.

1.3. Nel merito, il tribunale ha ritenuto fondato il ricorso, in applicazione dell'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016, osservando che l'istruttoria aveva consentito di <<di appurare che vi è stato un "malfunzionamento generalizzato riguardante il caricamento di file da allegare alla partecipazione [...] imputabile a problemi infrastrutturali", come indicato nella nota Consip depositata il 17/10/2022>> e che si era perciò prodotto un evento che aveva sottratto alla ditta la possibilità di partecipare alla gara, senza che fossero imputabili errori o negligenze all'impresa.

1.4. Ritenuto illegittimo l'operato della stazione appaltante, cui spettava di operare le necessarie verifiche applicando quanto disposto dal citato art. 79, comma 5 bis, il tribunale ha accolto il ricorso, dichiarando assorbite le censure non esaminate, e, per l'effetto, ha annullato i verbali di gara e la determinazione impugnata n. 179 del 19 agosto 2022, affermando "la necessità che il Comune di Solopaca proceda alla riedizione della gara".

1.5. Le spese processuali sono state poste a carico del Comune soccombente e compensate per giusti motivi fra la ricorrente e la controinteressata.

2. La società Sannio Appalti ha proposto appello con tre motivi e riproposizione delle eccezioni non esaminate in primo grado.

La società Sistri si è costituita per resistere all'appello.

Non ha invece svolto attività difensiva il Comune di Solopaca.

2.1. Con ordinanza del 16 dicembre 2022, n. 5872 è stata respinta l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza.

2.2. All'udienza del 16 marzo 2023 la causa è stata assegnata a sentenza senza discussione, previo deposito di memorie di entrambe le parti e di memoria di replica della Sannio Appalti.

3. Preliminarmente va detto dell'eccezione di inammissibilità o improcedibilità dell'appello per carenza di interesse formulata dall'appellata Sistri con la memoria conclusiva, per non avere l'appellante Sannio Appalti impugnato i provvedimenti con cui è stata riaperta la procedura di gara, adottati dal Comune in pendenza del presente appello, e per avere la Sannio Appalti comunque ottenuto una nuova proposta di aggiudicazione, in conseguenza di tali provvedimenti, in data 31 gennaio 2023.

3.1. L'infondatezza dell'eccezione, relativamente al primo profilo, consegue all'effetto c.d. espansivo esterno dell'impugnazione desumibile dall'art. 336, comma 2, c.p.c. (a norma del quale "*la riforma e la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata*"), che è un principio generale del processo e, come tale, è applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 cod. proc. amm. (cfr. da ultimo, Cons. Stato, V, 24 febbraio 2023, n. 1941 e 27 febbraio 2023, n. 1987).

Nel caso di specie, gli atti esecutivi della sentenza di primo grado - con i quali è stata riattivata la procedura di gara - sarebbero travolti nel caso di accoglimento dell'appello, che comporterebbe la reviviscenza dell'aggiudicazione disposta in favore della Sannio Appalti con la determina n.

179 del 19 agosto 2022, dichiarata efficace con la determina n. 229 del 29 settembre 2022. Di qui l'interesse dell'appellante alla riforma della sentenza di primo grado.

3.2. Peraltro, l'interesse all'impugnazione da parte della Sannio Appalti sarebbe effettivamente venuto meno se l'esecuzione della sentenza si fosse conclusa con una (nuova) aggiudicazione in suo favore divenuta definitiva nelle more del presente appello. Questo, infatti, in caso di esito favorevole all'appellante, non potrebbe che confermare il definitivo conseguimento del "bene della vita" costituito dall'aggiudicazione dell'appalto.

Tuttavia, è la stessa appellata a dare conto del fatto che sia gli atti esecutivi della stazione appaltante che la proposta di aggiudicazione del 31 gennaio 2023, in favore della Sannio Appalti, sono tuttora *sub iudice* per l'impugnazione proposta dalla Sistri con ricorso iscritto al n. 852/2023 r.g. del T.a.r. Campania.

Ne consegue l'attualità dell'interesse della Sannio Appalti alla decisione del presente appello, il cui eventuale esito favorevole, caducando gli atti esecutivi della stazione appaltante, renderebbe improcedibile tale ultima iniziativa processuale della Sistri.

3.3. L'eccezione sollevata dalla società appellata va quindi respinta.

4. Il primo motivo contiene plurime censure, costituenti autonome ragioni di doglianza avverso capi differenti della sentenza di primo grado.

Si tratta, in particolare, della proposizione di una prima censura in rito riguardante "*l'elusione della richiesta istruttoria*" avanzata da Sannio Appalti nella memoria depositata il 31 ottobre 2022, nonché di ulteriori tre censure concernenti il rigetto delle corrispondenti tre eccezioni pregiudiziali proposte da Sannio Appalti in primo grado e riproposte in appello.

Per ragioni di ordine logico-giuridico ciascuna censura viene trattata e decisa separatamente secondo quanto appresso.

4.1. La richiesta istruttoria di cui alla prima censura era stata avanzata da Sannio Appalti al fine di verificare "*se le buste contenenti l'offerta e la*

documentazione amm.va della ditta SISTRI risultavano al momento del sussunto malfunzionamento strutturale della piattaforma utilmente sigillate e firmate digitalmente e, quindi, già pronte all'invio".

Il motivo di gravame è basato sull'assenza della c.d. prova di resistenza, ovvero sul mancato deposito da parte di Sistri dell'offerta che questa assumeva di aver confezionato. Secondo l'appellante non risulterebbe fornita la prova incombente sulla ricorrente riguardo alla sussistenza dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. e, per di più, sarebbe stata preclusa all'appellante aggiudicataria *"la prerogativa di poter proporre ricorso incidentale escludente ex art. 42 c.p.a."*.

4.1.1. La censura non merita di essere accolta.

A fondamento del ricorso introduttivo è stato posto l'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016 disciplinante una condizione di legittimità delle procedure di gara nel caso in cui sia prevista, come nel caso di specie, la presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante, ivi incluse le piattaforme telematiche di negoziazione: la condizione è data dal funzionamento del sistema in modo da garantire *"la corretta presentazione delle offerte"*.

La posizione di interesse legittimo tutelabile in giudizio va pertanto riconosciuta in capo all'operatore economico che, in possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura, perciò legittimato ad agire, abbia sofferto la lesione del proprio interesse (non all'ammissione ed alla valutazione dell'offerta, tecnica ed economica, bensì) alla presentazione tempestiva della domanda di partecipazione e della relativa documentazione.

La fattispecie normativa, ai fini della legittimazione e dell'interesse ad agire del ricorrente, comporta infatti soltanto che l'operatore economico deduca di essere stato impedito alla presentazione dell'offerta a causa del malfunzionamento del sistema.

4.1.2. Nel caso di specie, la ricorrente Sistri, operatore economico legittimato a partecipare alla procedura (circostanza non contestata e risultante anche

dalla relazione Consip del 17 ottobre 2022), ha lamentato e dimostrato in giudizio di avere tentato di inserire la propria domanda di partecipazione nella piattaforma telematica e di non esservi riuscita a causa di un guasto tecnico, come denunciato sin dalle prime immediate interlocuzioni con la stazione appaltante (PEC del 1° agosto 2022 ore 18,50, nonché richiesta di proroga del 3 agosto 2022 e contestazione del 4 agosto 2022).

La prova di siffatte circostanze si rinviene nei seguenti passaggi della relazione Consip del 17 ottobre 2022:

<< [...] L'OE Sistri S.r.l. ha iniziato la procedura di partecipazione all'iniziativa in oggetto alle ore 13.02 del 23/07/2022. La stessa risulta attualmente presente nel Sistema nello stato di "BOZZA" (in quanto non inviata).

L'OE risulta abilitato alle Categorie merceologiche (Cfr. Prot_52584_2022_Categorie.xlsx) ivi compresa quella richiesta per la partecipazione all'iniziativa.

[...] Dalle analisi effettuate è dunque emerso che il malfunzionamento generalizzato riguardante il caricamento di file da allegare alla partecipazione è imputabile a problemi infrastrutturali. Nello specifico, il 01/08/2022 si è verificato un problema sull'infrastruttura su cui risiede il Sistema di e- Procurement. [...].

Analizzando i file dei Log di Sistema, relativo alla SA Comune di Solopaca e a all' OE Sistri S.r.l., nel periodo compreso tra il 12/07/2022 e il 01/08/2022, risulta che in data 01/08/2022 l'OE ha riscontrato errori nel caricamento della documentazione necessaria per completare la procedura di partecipazione all'iniziativa IDT 3108077 (cfr. allegato Prot_52584_2022_LOG.xlsx.p7m righe evidenziate in arancione). Tale malfunzionamento temporaneo e generalizzato è coerente con quanto lamentato nel sistema di gestione delle segnalazioni.>>.

4.1.3. Le risultanze istruttorie sono più che sufficienti ad affermare la sussistenza della legittimazione e dell'interesse ad agire della Sistri, come sopra

configurati, senza che fosse necessaria la dimostrazione da parte di quest'ultima della regolarità formale e contenutistica della propria offerta e senza che fosse perciò necessario che sul punto indagasse il collegio, accogliendo la richiesta istruttoria avanzata da Sannio Appalti.

Quanto poi all'eventualità - cui si riferisce l'appellante - che il mancato inserimento dell'offerta sia potuto dipendere, non dal guasto tecnico pur riscontrato da Consip, ma da un errore della ricorrente, è sufficiente osservare che la smentita si rinviene *per tabulas* nello stesso accertamento del gestore della piattaforma e comunque va ribadito quanto già affermato in giurisprudenza 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., in termini, Cons. Stato, Sez. III, 7 gennaio 2020 n. 86).

4.1.4. Dato il *thema decidendum* concernente la regolarità delle operazioni di gara e la legittimità delle corrispondenti previsioni della *lex specialis*, è poi da escludere che, ai fini difensivi della controinteressata (e men che meno ai fini della presentazione di eventuale ricorso incidentale), s'imponesse la conoscenza dell'offerta di Sistri, peraltro rimasta estranea alla procedura.

4.1.5. La prima censura del primo motivo va quindi respinta.

4.2. Con la seconda censura, l'appellante critica l'affermazione della sentenza secondo cui “*sussiste l'interesse della ricorrente ad avversare le operazioni e la conclusione della gara, al fine di ottenerne la rinnovazione e la possibilità di parteciparvi*”, denunciando che non sarebbe stato rispettato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato perché il ricorso della Sistri non conteneva un'espressa richiesta di risarcimento in forma specifica (rinnovo della gara) o per equivalente monetario (danno da perdita di *chance*).

Ad avviso dell'appellante, il rinnovo della gara, disposto in primo grado, si sarebbe tradotto in un risarcimento in forma specifica mai chiesto ed

impraticabile, sia per il “criterio di selezione prescelto” (o.e.v.) sia per la mancanza di colpa del Comune, necessaria a fondare la responsabilità dell’amministrazione, ed anche per la mancanza della prova del danno in capo alla società ricorrente.

Inoltre, prosegue l’appellante, il travolgimento della gara comporta di riflesso la perdita del finanziamento e quindi l’impossibilità di rinnovare le operazioni, senza peraltro che si possa riscontrare dal ricorso di primo grado se la ditta Sistri sia interessata a riproporre la medesima offerta in caso di rinnovo della gara oppure ambisca a presentare un’offerta *ex novo*.

4.2.1. La censura è infondata.

La statuizione del tribunale contenente l’ordine di riedizione della gara non è stata pronunciata al fine di risarcire la società ricorrente in primo grado per responsabilità della stazione appaltante, consistita nell’adozione di atti illegittimi o condotte illecite.

L’ordine di rinnovo delle operazioni di gara è la conseguenza conformativa della caducazione degli atti impugnati a causa del malfunzionamento della piattaforma telematica di presentazione delle offerte.

Costituisce principio consolidato del processo amministrativo in materia di appalti pubblici che in caso di annullamento giurisdizionale degli atti di gara, la procedura debba essere ripresa dall’ultimo degli atti non annullati, in quanto il vincolo derivante dalla statuizione di annullamento consiste nella riedizione della sola fase procedurale colpita dal *dictum* di illegittimità (cfr. già Cons. Stato, IV, 28 febbraio 2005, n. 692).

Il principio va comunque adattato al tipo di atto annullato, alla sua posizione nella sequenza procedimentale ed al vizio riscontrato, nel rispetto della segretezza delle offerte.

In particolare, quando vengono annullate le operazioni di gara, al fine di ammettere (o consentire l’ammissione di) concorrenti rimasti esclusi o, come nel caso di specie, impediti a partecipare, l’esigenza di tutela della segretezza delle offerte e della *par condicio* dei concorrenti impone di rinnovare l’intera

procedura, quando le altre offerte siano state rese note e valutate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr., tra le altre, Cons. Stato, IV, 29 febbraio 2016, n. 824).

A maggior ragione la rinnovazione delle operazioni di gara si imponeva nel caso di specie, per la tipologia di vizio denunciato dalla ricorrente e per i rimedi previsti dal Codice dei contratti pubblici ogniqualvolta il malfunzionamento del sistema elettronico di presentazione delle offerte sia constatato dall'amministrazione (ovvero accertato dal giudice).

L'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede infatti che, nel caso in cui il malfunzionamento o il mancato funzionamento sia accertato in corso di gara la stazione appaltante debba sospendere o prorogare il termine per la presentazione delle offerte e, in caso di sospensione o di proroga, deve comunque assicurare 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”*, previa pubblicità della proroga con le modalità e nei termini fissati nella stessa disposizione.

4.2.2. Non avendo il Comune di Solopaca proceduto secondo quanto disposto dalla norma applicabile, l'interesse della società Sistri a presentare l'offerta per la gara *de qua* non avrebbe potuto che comportare – come correttamente affermato dal primo giudice – *“l'interesse della ricorrente ad avversare le operazioni e la conclusione della gara, al fine di ottenerne la rinnovazione e la possibilità di parteciparvi”*.

Si tratta dell'interesse ad agire che completa quello di cui si è detto trattando della prima censura, spettante alla ditta Sistri, in quanto titolare di una posizione differenziata che le consentirebbe di partecipare alla gara, quindi legittimata ad agire, ed avente interesse a tale partecipazione mediante la presentazione della propria offerta, a seguito appunto della rinnovazione delle relative operazioni, previa riedizione della gara.

4.2.3. La seconda censura del primo motivo va quindi respinta.

4.3. Con la terza censura l'appellante critica l'affermazione della sentenza secondo cui non sarebbe stato necessario, per la procedibilità del ricorso proposto avverso la determinazione n. 179 del 19 agosto 2022, impugnare anche l'atto n. 229 del 29 settembre 2022, in quanto questo *“come palesa il suo contenuto dispositivo, rende efficace l'aggiudicazione, ed atteso il suo carattere dichiarativo non necessita di impugnazione [...]”*.

L'appellante, dopo avere richiamato gli insegnamenti della giurisprudenza in ordine alla differenza contenutistica della proposta di aggiudicazione rispetto all'aggiudicazione definitiva (da ultimo, Cons. Stato, 7 ottobre 2022, n. 8612), sostiene che sarebbe stato dirimente ai fini dell'accoglimento dell'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado sia quanto affermato dal Comune che quanto emerso in sede di riscontro Consip (dalla cui nota del 17 ottobre 2022 emergeva che la determina di aggiudicazione n. 179 del 19 agosto 2022 era indicata nella piattaforma come “aggiudicazione provvisoria”); con ulteriore riscontro costituito dalla determina n. 105 del 20 ottobre 2022, recante liquidazione della fattura alla società curatrice degli adempimenti pubblicitari afferenti la gara, nonché dalla determina ultima n. 221 del 29 settembre 2022 recante *“verifica dei requisiti ed aggiudica definitiva della gara”*.

Con la memoria depositata in vista dell'udienza camerale del 15 dicembre 2022 l'appellante ha fatto riferimento all'ulteriore documento costituito dall'attestazione comunale prot. n. 8945 del 6 dicembre 2022, prodotta in appello, secondo cui alla data di notifica del ricorso (14 settembre 2022), così come desumibile già dalla schermata Consip, risultava caricata sulla piattaforma la *“sola approvazione dei verbali di gara e della relativa proposta di aggiudicazione”*.

L'appellante ha quindi insistito per la dichiarazione di improcedibilità del ricorso avverso l'atto, qualificato come endo-procedimentale, adottato con determina n. 179 del 19 agosto 2022.

4.3.1. La censura è infondata.

Il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, superando la distinzione tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva, presente nel codice di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, ha previsto la “aggiudicazione” quale provvedimento conclusivo della procedura di affidamento e perciò unico provvedimento impugnabile.

L’aggiudicazione va disposta con apposita determinazione dell’organo competente secondo l’ordinamento della stazione appaltante ed è preceduta dalla proposta di aggiudicazione, da adottarsi da parte del seggio di gara o della commissione giudicatrice.

Le questioni interpretative, in precedenza involgenti i rapporti tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva, si sono tuttavia riproposte in riferimento ai rapporti fra la proposta di aggiudicazione (o fra il provvedimento di approvazione della proposta di aggiudicazione) ed il provvedimento di aggiudicazione.

Le norme di riferimento sono le seguenti:

- l’art. 32, comma 5, secondo cui “*La stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell’articolo 33, comma 1, provvede all’aggiudicazione*”;
- l’art. 33, comma 1, secondo cui “*La proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell’organo competente secondo l’ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell’organo competente*”.

Fermo restando che la proposta di aggiudicazione è atto endo-procedimentale prodromico al provvedimento di aggiudicazione, privo quindi di valore decisorio (Cons. Stato, V, 31 luglio 2019, n. 5428), non costituendo un provvedimento “definitivo” (Cons. Stato, V, 11 gennaio 2022, n. 200) e non essendo perciò autonomamente impugnabile (cfr. anche Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2022, n. 7), la questione controversa attiene alla qualificazione, non tanto della proposta di aggiudicazione, quanto della determinazione

dell'organo competente che approva la proposta e, previa tale *approvazione*, provvede all'*aggiudicazione* (arg. ex artt. 32, comma 5, e 33, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016).

Orbene, quando il provvedimento adottato dall'organo competente si limita all'approvazione della proposta di aggiudicazione, demandando ad un momento successivo, l'aggiudicazione, i principi giurisprudenziali sopra detti sono riferibili anche al provvedimento di approvazione (cui è da intendersi riferito il precedente di Cons. Stato, IV, 7 ottobre 2022, n. 8216).

Infatti, in tale ultima eventualità la determina di (sola) approvazione della proposta di aggiudicazione rimane interna al procedimento, che si conclude soltanto con la determina di aggiudicazione.

Diversamente si deve invece ritenere quando l'organo competente della stazione appaltante, senza esplicitamente provvedere all'approvazione della proposta ovvero provvedendovi contestualmente, provveda (anche) all'aggiudicazione ai sensi dell'art. 32, comma 5, citato.

Le disposizioni del Codice menzionate, infatti, non impongono alla stazione appaltante una determinata scansione, con atti separati, dei provvedimenti rispettivamente di *approvazione della proposta di aggiudicazione* e di *aggiudicazione*, di modo che non si può escludere che essi vengano assunti *contestualmente* in un unico atto.

Parimenti, non è decisivo il rinvio che nel provvedimento di aggiudicazione venga fatto all'esito della verifica del possesso dei requisiti.

Secondo la puntuale applicazione dell'art. 32, commi 5 e 7, del d.lgs. n. 50 del 2016 invero l'aggiudicazione, una volta adottata dalla stazione appaltante, previa approvazione della proposta di aggiudicazione, "diviene efficace" dopo la verifica del possesso dei requisiti. Pertanto, la verifica positiva del possesso dei requisiti, secondo il Codice dei contratti pubblici, è condizione di efficacia (non di esistenza, né di validità) del provvedimento di aggiudicazione.

Tuttavia, non si può escludere che, nel caso concreto, l'organo competente della stazione appaltante, piuttosto che condizionare la sola *efficacia*

dell'aggiudicazione alla verifica del possesso dei requisiti, rinvii all'esito di quest'ultima anche l'adozione del provvedimento di aggiudicazione (secondo una condotta prudentiale *praeter legem*).

In definitiva, la qualificazione dei provvedimenti adottati dall'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante non va condotta in astratto, ma tenendo conto della lettera e del contenuto del singolo provvedimento.

4.3.2. La determina del responsabile del settore lavori pubblici – serv. tecnici e ecologici del Comune di Solopaca n. 179 del 19 agosto 2022, pur recando nell'oggetto l'indicazione della sola “proposta di aggiudicazione”, contiene nella parte motiva il chiaro riferimento all'aggiudicazione dei lavori in favore della ditta Sannio Appalti e nella parte dispositiva conclude in conformità, sia approvando i verbali di gara e la proposta di aggiudicazione, che determinando: di “*disporre, ex art. 32, comma 5, del d.lgs. 50/2016 l'aggiudicazione ... in favore della ditta Sannio Appalti s.r.l. ...*”, di avviare le procedure finalizzate alla verifica dei requisiti “*ai sensi del comma 7° dell'art. 32 del D.Lgs. n. 50/2016*”, di predisporre il relativo avviso da pubblicare sul sito del Comune di Solopaca, di comunicare l'esito della procedura alle imprese partecipanti ai sensi dell'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016.

Si tratta, all'evidenza, di un provvedimento non solo chiaro dal punto di vista testuale ma anche conforme alle previsioni del Codice come sopra interpretate.

In linea con tale interpretazione ed anche con la qualificazione del provvedimento impugnato come di *aggiudicazione*, è altresì il dispositivo della successiva determina n. 229 del 29 settembre 2022, con cui si “*evidenzia*” che sono state positivamente effettuate *le verifiche del possesso dei requisiti* in capo alla ditta aggiudicataria e si dichiara “*efficace ai sensi dell'art. 32, comma 7, del D.lgs. 50/2016*” l'aggiudicazione dei lavori. Di qui

la correttezza della qualificazione del secondo provvedimento come avente “carattere dichiarativo”, di cui alla sentenza impugnata.

4.3.3. Gli elementi documentali valorizzati dall'appellante per indurre a diversa interpretazione non sono utili allo scopo dal momento che:

- la relazione di Consip del 17 ottobre 2022 comprova il malfunzionamento della piattaforma perché proveniente dalla società che ce l'ha in gestione (sia pure per il tramite del r.t.i. Gestore di Sistema) e che proprio perciò è stata interpellata dal giudice di primo grado; ma le risultanze della piattaforma (dove, secondo quanto si legge nella relazione “*Al momento l’iniziativa risulta nello stato di “AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA” (cfr. file allegato “Prot_52584_2022_Fasi.xlsx”)*”) non hanno incidenza sulla qualificazione del provvedimento del 19 agosto 2022; questo proviene dalla stazione appaltante ed ha un'autonoma portata, interpretabile e qualificabile direttamente dal giudice; peraltro, è noto che i sistemi informatici di gestione utilizzano una terminologia propria, non necessariamente corrispondente a quella giuridica (per come evidente nel caso di specie, in cui il sistema elettronico continua ad adoperare l'espressione di “aggiudicazione provvisoria” che, come detto, non corrisponde più ad alcuna previsione del Codice dei contratti pubblici);
- analogamente è da escludere che la qualificazione dell'atto impugnato, riservata al giudice amministrativo, possa essere superata dall'attestazione postuma dell'ufficio tecnico del Comune di Solopaca in data 6 dicembre 2022 (prodotta in appello a seguito di apposita, tardiva, richiesta avanzata al Comune dalla società Sannio Appalti in data 1 dicembre 2022), con la quale il responsabile dell'ufficio sostanzialmente conferma la (modalità di) pubblicazione sulla piattaforma CONSIP della determina n. 179 del 19 agosto 2022;
- irrilevante ai fini della decisione è, infine, la determina n. 105 del 20 ottobre 2022, contenente la liquidazione delle competenze della società curatrice degli

adempimenti pubblicitari degli atti della procedura, priva del tutto di natura decisoria in merito a questi ultimi.

4.3.4. La terza censura del primo motivo va quindi respinta.

4.4. Con la quarta censura, l'appellante critica l'affermazione della sentenza secondo cui *“non può ravvisarsi la tardività del ricorso, quanto all'impugnativa delle regole di gara, non assumendo ciò carattere decisivo per la risoluzione della controversia, che si incentra sulla legittimità dell'operato della stazione appaltante che ha condotto all'aggiudicazione”*.

Il riferimento dell'appellante è alle regole di cui agli artt. 19 del bando di gara e 14 del disciplinare (impugnati in primo grado) concernenti l'esonero dell'ente comunale da eventi estranei alla propria sfera di conoscibilità e dovuti a responsabilità altrui, come sarebbe nel caso di specie il malfunzionamento del sistema MePA.

Riguardo a quest'ultimo, la società Sannio Appalti sottolinea come sia stato accertato che il R.U.P., nonostante la richiesta inoltrata alla Consip in data 5 agosto 2022 prot. n. 5562, non ottenne risposta sul malfunzionamento lamentato dalla Sistri, sicché si trovò a non poter scegliere diversamente (dal proseguire le operazioni di gara), nell'interesse delle ditte partecipanti e nel rispetto del principio di continuità delle operazioni di gara, pena la perdita del finanziamento.

Inoltre, l'appellante sottolinea che l'art. 14 del disciplinare di gara regolava il rispetto dei tempi di inoltro dell'offerta per via telematica, in conformità a quanto sancito dalla giurisprudenza in tema di auto-responsabilità dei concorrenti (Cons. Stato, IV, 24 gennaio 2022, n. 448).

In punto di fatto, evidenzia che nessun altro partecipante alla procedura avrebbe lamentato disfunzioni della piattaforma informatica e che comunque la problematica certificata da Consip risultava risolta alle h. 17,57, prima della scadenza del termine fissato per le h. 18, in modo che anche Sistri avrebbe potuto provvedere al tempestivo inoltro della propria offerta.

4.4.1. La censura non merita di essere accolta, né relativamente al rigetto dell'eccezione di tardività del ricorso né relativamente a tali ultimi rilievi, concernenti più il merito del ricorso che l'eccezione preliminare respinta dal tribunale.

4.4.2. Quanto al primo profilo, è già sufficiente osservare che le regole di gara impugnate con l'aggiudicazione – vale a dire l'art. 19 del bando di gara e l'art. 14 del disciplinare (entrambi recanti *in parte qua* la previsione che “*Il corretto recapito delle offerte rimane ad esclusivo rischio del mittente qualora, per qualsiasi motivo, lo stesso non arrivasse entro i termini di gara stabiliti*”, nonché l'art. 14 recante le ulteriori previsioni di cui appresso) – non sarebbero state autonomamente impugnabili prima dell'avvio delle operazioni di gara - quindi prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte in data 1 agosto 2022 - perché esse non sono preclusive della partecipazione alla gara né rendono di per sé impossibile o particolarmente difficile la presentazione delle offerte (cfr., per tutte, Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4/2018, sulle condizioni per l'immediata impugnazione dei bandi di gara).

Pertanto, individuato il *dies a quo* nella data del 1° agosto 2022, tenuto conto del periodo feriale, la notifica del ricorso effettuata in data 13/14 settembre 2022 sarebbe comunque tempestiva.

Inoltre, sebbene posti dalla stazione appaltante a fondamento del diniego della proroga del termine di presentazione della domanda in conseguenza del malfunzionamento del sistema, richiesta dalla ditta, gli articoli della legge di gara richiamati non sono interpretabili così come ritenuto dal Comune di Solopaca.

Piuttosto, essi vanno interpretati in conformità alle norme del Codice dei contratti pubblici ed ai principi di cui all'art. 30 dello stesso Codice: il riferimento a “qualsiasi motivo” di mancato recapito delle offerte è da intendersi fatto ad ipotesi diverse da quelle di “mancato funzionamento o malfunzionamento” dei mezzi di comunicazione elettronici messi a

disposizione della stazione appaltante cui si riferisce l'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Le clausole della legge di gara richiamate contengono una previsione di esonero dalla responsabilità della stazione appaltante per fatti addebitabili al partecipante o anche a terzi, ma non per la mancata osservanza, da parte della stessa stazione appaltante, di una regola di condotta imposta dalla legge, quale quella del citato art. 79, comma 5 bis.

Né ha pregio la circostanza, su cui insiste l'appellante, che la piattaforma messa a disposizione dei concorrenti per la presentazione delle offerte fosse gestita da un soggetto terzo rispetto alla stazione appaltante. Si tratta infatti di un soggetto del quale il Comune di Solopaca si è avvalso ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. n. 50 del 2016, del cui operato quindi la stazione appaltante avrebbe dovuto rispondere e tenere conto, anche ai sensi e per gli effetti del ridetto art. 79, comma 5 bis.

Le argomentazioni svolte non sono confutate dal contenuto dell'art. 14 del disciplinare, richiamato dall'appellante, nella parte in cui prevede che *“La presentazione dell’offerta mediante la piattaforma, infatti, è a totale ed esclusivo rischio del procedente, il quale si assume qualsiasi rischio in caso di mancata o tardiva ricezione dell’offerta medesima, dovuta, a titolo esemplificativo e non esaustivo, a malfunzionamenti degli strumenti telematici utilizzati/compatibilità degli strumenti telematici utilizzati con la piattaforma, a difficoltà di connessione e trasmissione, a lentezza dei collegamenti, o a qualsiasi altro motivo.*

Pertanto, si raccomanda ai concorrenti di connettersi alla piattaforma ed avviare la collocazione dell’offerta entro un termine adeguato rispetto all’articolazione delle fasi descritte e di concludere le operazioni per tempo evitando di procedere nell’ultimo giorno e/o nelle ultime ore utile/i.

In ogni caso, fatti salvi i limiti inderogabili di legge, il concorrente esonera la stazione appaltante da qualsiasi responsabilità per malfunzionamenti di

qualsiasi natura, mancato funzionamento o interruzioni di funzionamento della piattaforma”.

La prima parte della previsione è riferita chiaramente a malfunzionamenti, incompatibilità, difficoltà e lentezze di connessione degli strumenti telematici del concorrente, mentre l'ultimo periodo fa espressamente *“salvi i limiti inderogabili di legge”*, tra cui rientra la regola fissata dall'art. 79, comma 5 bis, che esclude l'esonero da responsabilità della stazione appaltante per malfunzionamenti che abbiano impedito la presentazione dell'offerta.

4.4.3. Quanto al secondo profilo, non è pertinente, nel caso di specie, il richiamo del principio di auto-responsabilità del concorrente, declinato dalla giurisprudenza nel senso che l'impresa concorrente ha l'onere di organizzarsi in modo tale da essere in condizione di fruire del servizio di assistenza, ove necessario, e di fronteggiare eventuali rallentamenti del sistema telematico di presentazione delle offerte (cfr. Cons. Stato, IV, 24 gennaio 2022, n. 448).

Infatti, una volta accertato il malfunzionamento e, per diverse ore, anche il mancato funzionamento del sistema, come da relazione Consip del 17 ottobre 2022 (nella quale si dà atto della segnalazione del guasto anche da parte di operatori economici diversi dalla Sistri), la questione decisiva nel caso di specie si risolve in quella della sufficienza o meno dei tre minuti di tempo disponibili per il caricamento dell'offerta. Tale questione è stata correttamente affrontata e risolta dal tribunale, riferendosi alla ristrettezza del detto spazio temporale (col richiamo, in generale, del precedente di cui a Cons. Stato, VII, 2 maggio 2022, n. 3418). Si può aggiungere che, oltre che in termini assoluti, la ristrettezza temporale rileva in termini relativi se si considera che il blocco del sistema si verificò più di tre ore circa prima (alle ore 14.45/14.50) della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (alle ore 18.00), in un momento in cui l'impresa concorrente avrebbe potuto fare legittimo affidamento su un arco temporale ben più ampio di quello poi residuo e ragionevolmente più che sufficiente a risolvere eventuali inconvenienti e

rallentamenti del sistema che non si fossero tradotti in un blocco totale, come accaduto.

4.5. Il primo motivo di appello va quindi complessivamente respinto.

5. Il secondo motivo censura quanto affermato al punto 2.2 della sentenza circa la sussistenza dei presupposti per la proroga del termine, ai sensi dell'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016. Secondo Sannio Appalti, la proroga non sarebbe stata possibile perché nel caso di specie ricorrerebbero le eccezioni di cui al richiamato art. 30 dello stesso decreto legislativo (mancanza di certezza assoluta e/o di attualità del mancato funzionamento o malfunzionamento della piattaforma e contemperamento degli interessi da parte del responsabile unico del procedimento, nel rispetto dei principi contemplati dalla norma richiamata).

L'appellante sostiene che il r.u.p., non avendo avuto contezza dell'inconveniente denunciato dalla ditta Sistri, avrebbe operato correttamente per: a) evitare esposizioni, in termini di responsabilità personale e dell'ente, nei confronti dei quattro partecipanti alla procedura (principio di economicità); b) garantire il finanziamento ricevuto dalla Regione (principio di efficacia); c) realizzare prontamente l'opera d'interesse pubblico (principio di tempestività); d) potersi giustificare in mancanza di elementi oggettivi di segno opposto (principio di correttezza).

Inoltre il tribunale avrebbe erroneamente affrontato i temi del malfunzionamento del sistema e delle cause del mancato invio dell'offerta, trascurando di esaminare il preliminare profilo di valutazione concernente l'imputabilità soggettiva dell'accaduto, che - per le circostanze di fatto esposte nel ricorso in appello - dovrebbe essere riferita alla Sistri.

5.1. Il motivo è infondato.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante le motivazioni addotte a giustificazione della condotta del r.u.p. non sono idonee a superare l'illegittimità della decisione della commissione giudicatrice di proseguire nelle operazioni di gara (malgrado la richiesta di sospensione avanzata dal r.u.p.

come da verbale n. 1 del 5 agosto 2022) e dei precedenti dinieghi di proroga del termine per la presentazione delle offerte da parte dello stesso r.u.p. (nelle date del 2 e del 4 agosto 2022) per contrarietà all'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Come giustamente osserva l'appellata Sistri, la stazione appaltante avrebbe dovuto, in primo luogo, garantire la correttezza e la legittimità della procedura.

5.2. L'istruttoria espletata ha consentito di accertare, per il tramite della relazione Consip del 17 ottobre 2022, quanto segue: *“Dalle analisi effettuate è ... emerso che il malfunzionamento generalizzato riguardante il caricamento di file da allegare alla partecipazione è imputabile a problemi infrastrutturali. Nello specifico, il 01/08/2022 si è verificato un problema sull'infrastruttura su cui risiede il Sistema di e-Procurement.*

La criticità ha riguardato le chiamate effettuate al modulo OID (Oracle Internet Directory), servizio di gestione delle autorizzazioni e abilitazioni all'operatività sul Sistema. Il problema è stato risolto alle ore 17.57 dello stesso giorno, eseguendo il riavvio dei servizi infrastrutturali interessati. [...]”.

Tali risultanze istruttorie dimostrano che, nell'ultimo giorno utile per la presentazione delle offerte per la gara oggetto del presente contenzioso, si sono verificate entrambe le fattispecie *di mancato funzionamento e di malfunzionamento*, tali da impedire la corretta presentazione delle offerte, così come delineate dall'art. 79, comma 5 bis.

5.3. Le contestazioni svolte col motivo di appello in esame non colgono nel segno, quando sottolineano che: nella relazione della Consip non è indicato l'orario di inizio del malfunzionamento o del blocco del sistema; il r.u.p. ha certificato che alle ore 14,55 è pervenuta altra offerta da parte della ditta Tecnostruzioni; dalla nota Consip emerge che vi sono state tre segnalazioni da parte di altre ditte, mentre non risulta alcuna segnalazione da parte della Sistri.

5.3.1. Va infatti ritenuto che la pluralità delle segnalazioni di malfunzionamento corrobora la ricostruzione dei fatti sostenuta dalla ricorrente in primo grado e priva di qualsivoglia rilevanza la ricezione di una sola offerta alle ore 14,55, non incompatibile con la tipologia di malfunzionamento attestata da Consip.

Quanto poi alla posizione della ricorrente, si è già detto, trattando del primo motivo di appello, come risulti già dalla relazione di Consip che la stessa abbia riscontrato errori nel caricamento della documentazione necessaria per completare la procedura di partecipazione proprio nella data del 1° agosto 2022, malgrado avesse già inserito una propria documentazione in stato di “BOZZA” già alle ore 13.02 del 23 luglio 2022.

5.4. In definitiva, è da ritenersi provata la situazione impeditiva della presentazione delle offerte contemplata dall’art. 79, comma 5 bis.

Dato ciò, esclusa la praticabilità del rimedio della *“sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi”* (atteso l’avvenuto ripristino del sistema attestato anche da Consip), la stazione appaltante, a seguito dell’apposita e circostanziata richiesta della ditta Sistri, avrebbe dovuto disporre *“la proroga dello stesso [n.d.r. termine per la ricezione delle offerte] per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento”*, assicurando che *“fino alla scadenza del termine prorogato [venisse] mantenuta la segretezza delle offerte inviate e [fosse] consentito agli operatori che [avessero] già inviato l’offerta di ritirarla ed eventualmente di sostituirla”*.

Non avendo provveduto in tal senso ed avendo anzi opposto un diniego di proroga, proseguendo nello scrutinio delle offerte presentate dagli altri concorrenti, la stazione appaltante è incorsa nell’illegittimità denunciata dalla società ricorrente in primo grado.

5.5. Siffatta conclusione, già raggiunta dal tribunale, è coerente con la giurisprudenza che, in tema di svolgimento delle gare con modalità telematica

e di ritardo o impossibilità di inoltrare la domanda di partecipazione e la documentazione relativa per via digitale, è oramai consolidata nel senso che non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore (Cons. Stato, V, 20 novembre 2019 n. 7922 e Cons. Stato, III, 7 gennaio 2020 n. 86 e id. 29 luglio 2020, n. 4811; nonché, più in generale, Cons. Stato, VI 30 giugno 2021 n. 4918).

5.6. Il secondo motivo di appello va quindi respinto.

6. Il terzo motivo censura quanto disposto al punto 3 della sentenza circa l'obbligo del Comune di Solopaca di procedere alla riedizione della gara.

Secondo l'appellante la decisione è viziata da ultra petizione perché nessuna richiesta in tal senso era stata formulata nel ricorso, sicché il tribunale avrebbe deciso in merito a poteri non ancora esercitati dall'amministrazione.

In ogni caso, prosegue l'appellante, la rinnovazione degli atti di gara sarebbe preclusa dalla tempistica di aggiudicazione (23 agosto 2022) imposta dal finanziamento ed incompatibile con la riapertura dei termini del bando, al netto dell'esito incerto della nuova procedura.

6.1. Il motivo è infondato.

Le ragioni dell'infondatezza si desumono da quanto esposto trattando dell'interesse della ricorrente Sistri all'accertamento dell'illegittimità del vizio delle operazioni di gara al fine di conseguire l'ordine giurisdizionale della loro rinnovazione.

Questo non avrebbe richiesto alcuna domanda apposita, men che meno una domanda risarcitoria, né l'accertamento dei presupposti per la responsabilità civile dell'amministrazione, trattandosi piuttosto dell'effetto conformativo del giudicato di annullamento degli atti di gara.

6.2. Ogni altra questione, in merito sia alle modalità della rinnovazione delle operazioni di gara in concreto seguite dalla stazione appaltante sia alla

rinnovabilità della procedura a fronte del rischio della perdita del finanziamento, esula dalla presente decisione.

6.2.1. Il primo profilo attiene infatti all'esecuzione della sentenza di primo grado e, a seguito della presente decisione di rigetto dell'appello, all'ottemperanza del giudicato.

6.2.2. Il secondo attiene alle valutazioni di convenienza economica e di opportunità rimesse alla stazione appaltante riguardo a fatti sopravvenuti all'indizione della procedura di gara - così come, ove verificatasi, la perdita del finanziamento – da effettuare nell'eventuale esercizio del potere di autotutela.

7. In conclusione, l'appello va respinto.

7.1. Restano assorbite le eccezioni proposte dall'appellante avverso il terzo motivo del ricorso introduttivo, non esaminato in primo grado e definitivamente assorbito all'esito del presente giudizio di appello.

7.2. Le spese del grado seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, a carico dell'appellante ed a favore dell'appellata, con distrazione nei confronti del difensore di quest'ultima, che si è dichiarato antistatario.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del grado di appello, che liquida nell'importo complessivo di € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori come per legge, da distrarsi in favore del difensore dell'appellata Sistri, avv. Pasquale Marotta, che si è dichiarato anticipatario.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO