

Pubblicato il 31/08/2017

N. 04135/2017REG.PROV.COLL.
N. 08066/2016 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 8066 del 2016, proposto da:

Kapsch Trafficom s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniela Anselmi, Luigino Montarsolo, Giulio Bertone, Mario Sanino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

Comune di Crema, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca A. Lanzalone, Giovanni Corbyons, Giuliano Sgobbi, Stefano Sonzogni, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44;

nei confronti di

Gestopark s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Alberto Quaglia, Paolo Gaggero, Francesco Paoletti, con domicilio eletto presso lo studio

dell'avvocato Francesco Paoletti in Roma, viale Maresciallo Pilsudski, 118;

Azienda Regionale Centrale Acquisti Spa (Arca), non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE II n. 01239/2016, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio pubblico locale gestione operativa sosta veicolare a pagamento.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Crema e della Gestopark s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2017 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Sanino, Protto per delega di Corbyons, e Paoletti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La Kapsch Trafficcom s.r.l. ha interposto appello avverso la sentenza 26 settembre 2016, n. 1239 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, sez. II, con la quale è stato respinto il ricorso dalla stessa esperito avverso la determina dirigenziale in data 15 giugno 2016, con cui il Comune di Crema ha affidato alla Gestopark s.r.l. il servizio pubblico locale a rilevanza economica di gestione operativa della sosta veicolare a pagamento nel territorio comunale.

Espone in particolare l'appellante che la lettera di invito alla procedura

ristretta del 17 dicembre 2015 fissava, quale termine di scadenza per la presentazione delle offerte, le ore undici del 9 febbraio 2016. La procedura di gara è stata condotta mediante l'utilizzo della piattaforma di intermediazione telematica della Regione Lombardia, denominata "SINTEL", gestita dalla A.R.C.A. Lombardia-Agenzia regionale centrale acquisti s.p.a.

Il giorno 9 febbraio 2016 sono state rilevate e denunciate all'Amministrazione comunale da Gestopark anomalie nel funzionamento del sistema Sintel, tradottesi in problemi nel caricamento dell'offerta; in particolare avrebbe effettuato l'*upload* del documento offerta firmato digitalmente alle 10,53 e ricevuto in data 10,59 la risposta della piattaforma che il documento caricato era danneggiato.

Su richiesta della stazione appaltante, Arca con nota in data 16 febbraio 2016 ha comunicato che *«nella giornata del 9/2/2016 si sono verificati temporanei rallentamenti della piattaforma che ne hanno limitato parzialmente l'accessibilità. L'intervallo temporale da voi indicato (9,30-11,00) è stato in parte interessato dai rallentamenti sopracitati [...]. Rammentiamo che, come indicato nel documento "Modalità tecniche per l'utilizzo di SINTEL" disponibile sul portale Arca, ai fini del rispetto dei termini previsti per l'invio dell'offerta e, per prevenire eventuali malfunzionamenti, si consiglia ai concorrenti di effettuare le operazioni di caricamento di offerta con ampio anticipo rispetto al termine ultimo per la presentazione delle offerte».*

Sulla base di tali indicazioni, il Comune di Crema, ravvisando nei "temporanei rallentamenti" gli estremi dell'impossibilità assoluta, prevista dall'art. 8.5 della lettera di invito, con determina n. 137 in data 22 febbraio 2016, pure fatta oggetto di gravame in primo grado, ha riaperto i termini per la presentazione delle offerte per ulteriori 24 ore, consentendo in tale modo a Gestopark di presentare la propria offerta.

Con il ricorso in primo grado ed i motivi aggiunti la Kapsch s.r.l. ha dedotto che il mancato deposito nei termini dell'offerta da parte di Gestopark, risultata aggiudicataria, sia addebitabile esclusivamente alla sua condotta negligente ed all'errore umano commesso nelle operazioni di caricamento: emerge infatti dal *file-log* che Gestopark ha iniziato il caricamento dello *step* 1 alle 10:43:43 e dunque sedici minuti prima della scadenza del termine finale per la presentazione delle offerte, fissato per le ore undici, effettuando l'*upload* del documento d'offerta firmato digitalmente alle ore 10:59:54 (documento che poi non è stato accettato dal sistema in quanto presentava un'alterazione rispetto al *file* originale).

2. - La sentenza qui appellata, come esposto, ha respinto il ricorso, nell'assunto della legittimità della riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, in ragione degli inconvenienti informatici avvenuti al momento del caricamento del quarto *step* (documento di sintesi dell'offerta) da parte di Gestopark s.r.l., avviato digitalmente alle ore 10:52:09, ed eseguito (con insuccesso) solamente alle 10:59:54

3. - L'appello proposto dalla Kapsch Trafficom s.r.l. essenzialmente reitera i motivi di primo grado, incentrati sulla negligenza di Gestopark che ha provveduto al tardivo caricamento della sua offerta nella piattaforma, in rapporto causale prevalente con il fallimento delle operazioni di caricamento stesso, sul difetto di istruttoria, di motivazione, e sulla manifesta illogicità dei provvedimenti assunti dall'Amministrazione, profili non esaminati dalla sentenza di prime cure, incorsa nel vizio di infrapetizione.

4. - Si sono costituiti in resistenza il Comune di Crema e la Gestopark s.r.l. concludendo per la reiezione dell'appello.

5. - All'udienza pubblica del 16 febbraio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-Deve essere anzitutto accolta l'eccezione, svolta dall'appellante, di inammissibilità della produzione del documento n.1 effettuata in sede di appello dal Comune di Crema, concernente la nota di Arca in data 21 settembre 2016, contenente le segnalazioni di malfunzionamento della piattaforma telematica dalle ore 9:20 alle ore 13:25 del 9 febbraio 2016. Ritiene il Collegio, a mente dell'art. 104, comma 2, Cod. proc. amm., che tale documento non sia indispensabile ai fini del decidere, essendovi comunque evidenza adeguata dei problemi tecnici della piattaforma informatica; inoltre l'Amministrazione non ha fornito la prova dell'impossibilità (per causa ad essa non imputabile) di produrre tale documento in primo grado, avendo, al contrario, allegato di averlo ricevuto da Arca con pec in data 21 settembre 2016 delle ore 13:48, e dunque il giorno precedente all'udienza camerale di primo grado, senza che in tale prospettiva assuma valore dirimente l'art. 55, comma 5, Cod. proc. amm. (ed infatti l'opposizione alla produzione documentale tardiva avrebbe potuto legittimare l'opposizione ad una sentenza "breve" nel rispetto del termine fissato per l'udienza di merito dall'art. 73 dello stesso codice).

Conseguentemente, il documento in questione deve essere espunto dagli atti del processo.

2.- Il primo motivo di appello censura la sentenza di prime cure per non avere tenuto adeguatamente conto del ritardo con cui Gestopark ha iniziato il caricamento della sua offerta nella piattaforma Sintel (solo sedici minuti prima del termine finale per la presentazione della stessa), integrando una siffata condotta, ad avviso dell'appellante, inequivocabilmente gli estremi della negligenza, sia in termini assoluti, sia con riguardo alla legge di gara, anche in relazione a quanto prescritto nelle "modalità tecniche per l'utilizzo della piattaforma Sintel", da cui emerge l'invito a procedere con largo anticipo; tale ritardo si pone in

rapporto causale con la mancata riuscita delle operazioni di caricamento, atteso che, se avesse proceduto con prudenza, avrebbe potuto superare il parziale rallentamento del funzionamento della piattaforma verificatosi tra le ore 10:52 e le 10:59. Lamenta altresì che il punto 8.5 della lettera di invito, posto a fondamento della determinazione n. 137 del 22 febbraio 2016, non consente all'Amministrazione la riapertura dei termini scaduti, ma esclusivamente la sospensione ed il rinvio della procedura qualora si riscontrino anomalie nel funzionamento della piattaforma o della rete che rendano impossibile ai partecipanti l'accesso a Sintel od impediscano di formulare l'offerta. In ogni caso la prescrizione in questione non copre la fattispecie del rallentamento temporaneo verificatosi il 9 febbraio 2016.

Il motivo, seppure problematico, è infondato.

Ed invero gli elementi fondamentali che assumono valore nella presente fattispecie, e che sono stati condivisi dalla sentenza appellata, sono quelli esplicitati nella determinazione del Settore Contratti Appalti e Legale del Comune di Crema in data 22 febbraio 2016, disponente la riapertura dei termini, e cioè, in rapporto logico di consequenzialità : a) l'attestazione di Arca Lombardia in data 16 febbraio 2016 secondo cui nella giornata del 9 febbraio si sono verificati temporanei rallentamenti della piattaforma Sintel che ne hanno limitato parzialmente l'accessibilità, e secondo cui, in particolare, l'intervallo temporale tra le 9:30 e la 11:00 è stato interessato dai rallentamenti predetti; b) la previsione del punto 8.5 della lettera di invito che consente all'Amministrazione comunale la facoltà di sospendere o rinviare la procedura qualora riscontri anomalie nel funzionamento della piattaforma o della rete che rendano impossibile ai partecipanti l'accesso a Sintel o che impediscano di formulare l'offerta.

La riapertura dei termini è motivata nella considerazione dei

rallentamenti della piattaforma che si sono verificati (anche) nella fascia oraria in cui Gestopark ha proceduto al caricamento del quarto *step*, e che, seppure non integranti l'impossibilità assoluta, hanno precluso la formulazione dell'offerta, possibilità contemplata in via alternativa dal punto 8.5 del disciplinare.

Ad avviso dell'appellante tale rallentamento della piattaforma non è sufficiente a giustificare la riapertura dei termini, perché la preclusione alla formulazione dell'offerta discende piuttosto da una negligenza in termini diacronici di Gestopark.

La tesi dell'appellante non appare convincente.

Ed infatti, anche aderendo ad un canone di diligenza professionale (art. 1176, comma 2, Cod. civ.), occorre chiedersi quale sia il suo limite "prestazionale" in una prospettiva di rilevanza causale ordinaria. Si intende osservare che, pur ritenendosi auspicabile una più sollecita attivazione dell'utente nel caricamento dei documenti di offerta (come indicato nelle "modalità tecniche per l'utilizzo di Sintel"), il termine perentorio di scadenza, a norma della lettera di invito, per l'invio dell'offerta erano le ore 11:00 del 9 febbraio 2016, sì da non poter qualificare negligente un ultimo invio (tra l'altro costituito dal *file* più "leggero") effettuato circa otto minuti prima di tale momento (il documento riepilogativo dell'offerta è stato infatti firmato digitalmente alle ore 10:52 del 9 febbraio ed è stato respinto dal sistema alle ore 10:59 dello stesso giorno).

La mancanza di diligenza sarebbe stata forse configurabile ove in questo ristretto arco temporale l'operatore economico avesse inteso effettuare i caricamenti di tutti e quattro gli *step*, ma non anche nell'ipotesi in cui residuava solamente l'ultimo.

La diligenza rafforzata dell'operatore economico nelle gare pubbliche non può tradursi in una dequotazione del termine perentorio di

presentazione delle offerte, che altrimenti non avrebbe senso enucleare, ma impone piuttosto una valutazione del contesto d'assieme, nella prospettiva, come si diceva, della identificazione di una rilevanza causale della condotta, che deve essere quanto più possibile obiettivizzata, onde evitare che possa porsi in dipendenza casuale di circostanze estrinseche (nel caso di specie, della piattaforma di *e-procurement*), riflettentisi, nei procedimenti di gara, in termini negativi sul principio di massima partecipazione e di *par condicio* dei concorrenti.

Non ha pregio neppure l'ulteriore argomento secondo cui il punto 8.5 della lettera invito dà facoltà all'Amministrazione soltanto di sospendere o rinviare la procedura qualora riscontri anomalie nel funzionamento della piattaforma o della rete, e non anche di riaprire i termini per la presentazione delle offerte.

Il fondamento di razionalità di tale clausola di riserva è ovviamente quello di consentire di rimediare al malfunzionamento del sistema; se tale situazione è conosciuta in corso di gara, soccorrono la sospensione od il rinvio della procedura, ma se interviene alla fine della gara lo strumento non può che essere quello della riapertura dei termini, che adempie ad una finalità sostanzialmente sovrapponibile.

3. - Con il secondo mezzo di appello si lamenta che il primo giudice non abbia esaminato la censura di difetto di istruttoria, ravvisabile nel fatto che la stazione appaltante ha accertato il malfunzionamento della piattaforma Sintel basandosi sulla sola nota di Arca del 16 febbraio 2016, senza acquisire i *file log* delle operazioni di deposito, i quali dimostrerebbero che un rallentamento del sistema non vi è stato.

Anche tale motivo è infondato, come dimostra il riferimento, contenuto nella sentenza appellata, alla nota prot. n. 8044 in data 6 luglio 2016 di Arca Lombardia, che analizza proprio i *log* effettuati da Gestopark, in particolare con riguardo al caricamento dei quattro *step*, e da cui si

evince che il quarto è stato caricato alle 10:52:09.

4. - Il terzo motivo ripropone il vizio di eccesso di potere per manifesta illogicità e sviamento con riguardo al tempo impiegato per disporre la riapertura dei termini (il problema tecnico si è posto il 9 febbraio, la determina di riapertura è del 22 febbraio 2016), che ha consentito alla controinteressata di fruire di quattordici giorni in più per predisporre l'offerta.

Il motivo è infondato, dovendosi ritenere questo un tempo congruo, in considerazione del fatto che l'attestazione di Arca è del 16 febbraio 2016, e che i residui sei giorni costituiscono uno *spatium deliberandi* adeguato, tenendo conto della complessità tecnica e giuridica della decisione da adottare. In ogni caso, ed a prescindere dal fatto che l'appellante neppure allega che Gestopark abbia modificato l'offerta, già caricata nel sistema e firmata digitalmente, la protrazione del termine per le offerte ha operato anche a vantaggio di Kapsch, che avrebbe potuto riformulare o rimodulare la sua offerta.

5. - In conclusione, l'appello con la connessa domanda di risarcimento (in forma specifica, o per equivalente) deve essere respinto, e, per l'effetto, deve essere confermata la sentenza di primo grado.

La complessità della fattispecie controversa giustifica la compensazione tra tutte le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Troiano, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO