Pubblicato il 26/02/2020

N. 00192/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01037/2019 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1037 del 2019, proposto da
Salini Impregilo S.p.a. e Consorzio Integra Società Cooperativa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Luca Raffaello Perfetti, con domicilio digitale *ex lege* come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Save S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorio Domenichelli e Alessandro Righini, con domicilio fisico eletto presso il loro studio in Padova, Galleria G. Berchet n. 8 e con domicilio digitale *ex lege* come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Impresa Pizzarotti & C. S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del R.T.I. Carron Cav. Angelo S.p.a., Stahlbau Pilcher S.r.l., Fives Intralogistics S.p.a., Valtellina S.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Ferola e Guido Sartorato, con domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Guido Sartorato in Treviso, viale Fratelli Cairoli

15 e con domicilio digitale *ex lege* come da PEC da Registri di Giustizia;

Itinera S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio nonché in qualità di designata capogruppo mandataria del R.T.I. con ICM S.p.a. e Cimolai S.p.a. rappresentata e difesa dall'avvocato Alfredo Biagini, con domicilio fisico eletto presso il suo studio in Venezia, P.le Roma, 466/G;

per l'annullamento, previa sospensione

- - per quanto riguarda il ricorso introduttivo del giudizio depositato da Salini Impregilo S.p.a. e Consorzio Integra Società Cooperativa in data 8 ottobre 2019:

1. del provvedimento di SAVE S.p.A. del 6 febbraio 2019, avente ad oggetto «*Appalto a corpo per la realizzazione dei lavori relativi all'ampliamento del Terminal passeggeri lotto 2a e ristrutturazione del Terminal esistente dell'aeroporto di Venezia CIG 7562370923. Riapertura dei termini per presentare offerta*»;

2. del verbale di seduta pubblica di SAVE S.p.A. del 3 aprile 2019, relativo alla gara avente ad oggetto «*Appalto a corpo per la realizzazione dei lavori relativi all'ampliamento del Terminal passeggeri lotto 2a e ristrutturazione del Terminal esistente dell'aeroporto di Venezia CIG 7562370923*», nella parte in cui si dispone il soccorso istruttorio verso il costituendo R.T.I. Itinera S.p.A.;

3. del provvedimento del 19 aprile 2019 nella parte in cui SAVE S.p.A. ha disposto l'ammissione dei costituendi R.T.I. Itinera S.p.A. e Impresa Pizzarotti & C. S.p.A.;

4. del provvedimento di SAVE S.p.A. del 13 agosto 2019, avente ad oggetto «*Appalto a corpo per la realizzazione dei lavori relativi all'ampliamento del Terminal passeggeri lotto 2a e ristrutturazione del Terminal esistente dell'aeroporto di Venezia CIG 7562370923. Aggiudicazione*»;

e per la conseguente condanna dell'Ente intimato

5. al risarcimento del danno in forma specifica, ovvero per equivalente economico.

- - per quanto riguarda il ricorso incidentale depositato da Itinera S.p.a. in data 24 ottobre 2019:

- del provvedimento del 19.04.2019, nella parte in cui Save Spa ha disposto l'ammissione dell'ATI Salini Impregilo Spa – Consorzio Integra Società Cooperativa alle successive fasi di gara;
- di tutti i verbali di gara e del provvedimento di aggiudicazione del 13.08.2019, nella parte in cui l'ATI Salini Impregilo Spa – Consorzio Integra Società Cooperativa non è stata esclusa dalla gara;
- ove occorrer possa, delle clausole di pagg. 8 e 10 della Lettera di Invito, laddove fossero interpretate nel senso di avere previsto l'esclusione dei concorrenti che avessero presentato una cauzione provvisoria priva dell'impegno al rilascio di quella definitiva, senza consentire l'attivazione del soccorso istruttorio;
- - per quanto riguarda il ricorso incidentale depositato da Impresa Pizzarotti & C. S.p.a. il 30 ottobre 2019, per l'annullamento dei seguenti provvedimenti:

a) *in parte qua*, nota in data 6.2.2019, con la quale SAVE s.p.a. ha disposto la riapertura del termine per la presentazione delle offerte, nonché per quanto occorrer possa il verbale di gara 3.04.2019 nella parte in cui la Commissione ha dato atto che entro il 31.01.2019 era stata presentata una sola offerta valida, senza che sia stato assentito al R.T.I. Pizzarotti il dovuto soccorso istruttorio;

b) verbali di gara relativamente alla ammissione di Salini Impregilo;

c) graduatoria provvisoria e definitiva e i relativi provvedimenti di approvazione/aggiudicazione nella parte in cui includono al terzo posto Salini Impregilo;

d) ogni altro atto precedente, concomitante o successivo viziato dalla mancata esclusione di Salini Impregilo.

Visti il ricorso introduttivo del giudizio proposto da Salini Impregilo S.p.a. e Consorzio Integra Società Cooperativa e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Save S.p.a., di Impresa Pizzarotti & C. S.p.a. e di Itinera S.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Itinera S.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Impresa Pizzarotti & C. S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2020 il dott. Giovanni Giuseppe Antonio Dato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Salini Impregilo S.p.a. e Consorzio Integra Società Cooperativa rappresentano che con bando di gara del 14 luglio 2018 Save S.p.a. ha indetto una procedura negoziata per l'aggiudicazione del contratto d'appalto avente ad oggetto i lavori di ampliamento del *Terminal* passeggeri lotto 2A, nonché la ristrutturazione del *Terminal* esistente dell'Aeroporto di Venezia "Marco Polo" - CIG 7562370923; ai sensi del bando e del disciplinare di gara allegato, la procedura di gara è interamente telematica e viene svolta attraverso il portale acquisti del Gruppo Save.

Aggiungono le esponenti che, a questi fini, agli operatori è fornito un servizio di assistenza tecnica: in particolare, il disciplinare dispone che «*Per ricevere supporto durante la fase di registrazione, abilitazione, inserimento della domanda di partecipazione on line, contattare l'Assistenza Tecnica al numero di telefono 800 125 549, da lunedì a venerdì dalle 9:00 alle 18:00*»; lo stesso servizio viene successivamente ribadito per «*quesiti di natura informatica, connessi alle modalità di utilizzo del Portale*».

Salini Impregilo S.p.a. e Consorzio Integra Società Cooperativa rappresentano di aver presentato, attraverso il menzionato portale informatico, manifestazione di interesse quali, rispettivamente, mandataria e mandante di un costituendo RTI misto; tra gli altri, sempre attraverso il medesimo portale informatico, hanno presentato manifestazione di interesse anche Impresa

Pizzarotti & C. S.p.a. e Itinera S.p.a., in qualità di mandatarie di costituendi raggruppamenti temporanei.

Ad esito della procedura di pre-qualifica, con lettera del 16 novembre 2018 Save S.p.a. ha invitato i RTI Salini Impregilo, Pizzarotti e Itinera a presentare offerta.

In particolare, rappresentano le esponenti, la lettera d'invito prevede: all'art. 5, l'utilizzo del portale acquisti del Gruppo Save anche per la fase di presentazione dell'offerta, ribadendo la possibilità di usufruire del servizio telefonico di assistenza tecnica; all'art. 8.1, che l'offerta deve pervenire attraverso il portale informatico «*pena l'esclusione dalla gara, entro le ore 12:00 del giorno 31.01.2019 (data di chiusura). Si evidenzia che il sistema non consente la trasmissione di offerte oltre il suddetto termine*» (ribadito ancora a pag. 28). Inoltre, si avverte che «*Le offerte non trasmesse si considerano non presentate*»; che «*Una volta predisposte le buste digitali sopradescritte, l'offerta deve essere trasmessa, cliccando sul tasto "invia risposta". A seguito della conferma, il Concorrente potrà visualizzare nella sua cartella personale l'avvenuta "trasmissione" dell'offerta e quindi la trasmissione dell'offerta all'Ente Aggiudicatore. Il dettaglio delle singole offerte sarà accessibile all'Ente Aggiudicatore solo successivamente alla data di chiusura per la presentazione delle offerte. Le offerte "non inviate" si intendono non presentate*»; ed ancora, la lettera di invito ribadisce che «Le offerte "non inviate" si intendono non presentate»; all'art. 8.3, limiti massimi di estensione per i documenti che costituiscono l'offerta tecnica.

Aggiungono Salini Impregilo S.p.a. e Consorzio Integra Società Cooperativa che nel corso del caricamento della documentazione attraverso il portale lo stesso indicava chiaramente un limite di caricamento in termini di dimensione massima consigliata.

In corso di gara – evidenziano le esponenti - sono stati forniti i chiarimenti n. 5, 15 e 45, ai sensi dei quali, rispettivamente, «*la documentazione può essere caricata anche in cartelle zippate, rispettando comunque le altre prescrizioni della lettera di invito*»; «*tutta la documentazione amministrativa va caricata nell'area allegati generici della Busta*

di Qualifica» ed ancora «*l'elaborato "Lista delle Categorie" compilato potrà essere suddiviso in più parti, ciascuna delle quali di dimensione non superiore a 70 MB*».

Rappresentano le esponenti che alla scadenza del termine, solo il RTI Salini Impregilo ha presentato un'offerta; RTI Pizzarotti e RTI Itinera avrebbero inteso presentare offerta, senza, però, avervi provveduto entro il termine di gara.

In particolare, evidenziano Salini Impregilo S.p.a. e Consorzio Integra Società Cooperativa, ai sensi dell'avversato provvedimento di riapertura: con comunicazione pervenuta alla stazione appaltante successivamente alla chiusura dei termini, RTI Itinera «*ha comunicato di non aver potuto caricare, entro il termine utile, la propria offerta tecnico-economica a causa di problemi informatici attinenti alle dimensioni dei file*». Lamentando la mancanza di indicazioni nella lettera di invito in merito ai *megabytes* massimi per singolo caricamento di un *file* nel sistema informatico, tale concorrente ha - sempre a termini scaduti - ritenuto di inviare l'offerta mediante corriere e via PEC; RTI Pizzarotti, sempre con comunicazione successiva alla scadenza dei termini, ha segnalato che a causa di «*notevoli problemi di natura tecnica al fine del caricamento dei documenti necessari alla presentazione dell'offerta* […] *la società non è stata in grado di ultimare entro il termine di presentazione dell'offerta il caricamento dei documenti. Nello specifico non è stata caricata soltanto la cauzione provvisoria, firmata digitalmente ampiamente entro i termini di presentazione dell'offerta e caricata. Alle ore 11.55, infatti, pur avendo cliccato il tasto "invio offerta" è comparsa la finestra di mancata trasmissione*», lamentando non meglio precisati "*problemi tecnici*" ma ammettendo di aver tentato il caricamento a 5 minuti dalla scadenza del termine di 76 giorni.

Conseguentemente, evidenziano le ricorrenti principali, Save S.p.a. «*ha avviato specifiche verifiche tecniche le quali non hanno condotto al rilievo di problemi tecnico informatici di sorta*», quindi attestando che non si è verificato alcun malfunzionamento.

Tuttavia, lamentano le esponenti, con nota del 6 febbraio 2019, senza che fosse previsto in alcun modo dai documenti di gara, Save S.p.a. ha disposto la

«*riapertura del termine per la presentazione delle offerte*» fino alle 12:00 del giorno successivo, il 7 febbraio 2019 (termini di gara già spirati, e che avevano già determinato la tardività di alcuni partecipanti alla prima fase, e l'ammissione del RTI Salini quale offerente tempestivo).

In particolare, aggiungono le esponenti, nel provvedimento di riapertura, Save S.p.a. ha: riconosciuto che «*nella logica di leale collaborazione che deve informare i rapporti tra stazione appaltante e concorrenti, questi ultimi devono farsi parte diligente nel presentare correttamente e tempestivamente la propria offerta, mentre la stazione appaltante deve mettere gli operatori economici in condizione di partecipare alla gara senza impedimenti od ostacoli di sorta, tanto meno di tipo informatico*»; ritenuto che, nonostante l'accertata inesistenza di malfunzionamenti, nonostante l'indicazione del limite dimensionale consigliato e senza valutare la diligenza tenuta dai concorrenti, «*a fronte di una carenza di informazioni sui limiti dimensionali dei file da caricare sul Portale Acquisti, la Stazione Appaltante è tenuta, nelle forme più adeguate alla fattispecie, a dare la possibilità agli operatori economici di presentare la propria offerta, così da garantire la par condicio competitorum*»; ammesso l'assenza di una previsione normativa che preveda una simile riapertura dei termini, e che, in particolare, «*l'art. 79 co. 5 bis non* [è] *direttamente applicabile alla fattispecie (in quanto, come anticipato, non si è verificato alcun malfunzionamento del sistema informatico)*». Nondimeno, la possibilità di riaprire i termini per la presentazione dell'offerta si fonderebbe su «*principi generali che devono conformare le attività delle stazioni appaltanti allorché si trovino in fattispecie simili a quella di interesse in questa sede*» e che, lamentano le ricorrenti principali, non sono né identificati né giustificati – a maggior ragione a fronte di una regola puntuale e più volte ribadita in giurisprudenza di segno contrario.

Rappresentano le esponenti che nel corso della seduta pubblica tenutasi il 3 aprile 2019, la stazione appaltante ha proceduto all'apertura delle buste amministrative; nel corso di tale seduta, la commissione di gara ha accertato che il costituendo RTI Itinera aveva omesso di produrre, con la propria offerta, la dichiarazione di impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia

definitiva in caso di aggiudicazione; dunque, la commissione di gara ha attivato la procedura di soccorso istruttorio nei confronti del RTI Itinera, che, riscontrando la richiesta della stazione appaltante, ha prodotto una dichiarazione datata 17 aprile 2019.

Quindi con provvedimento del 19 aprile 2019, la stazione appaltante ha disposto l'ammissione del costituendo RTI Salini Impregilo S.p.A., del RTI Itinera e del RTI Pizzarotti.

Salini Impregilo S.p.a. e Consorzio Integra Società Cooperativa hanno impugnato il provvedimento di riapertura e, con ricorso per motivi aggiunti del 2 maggio 2019, il verbale del 3 aprile 2019, nella parte in cui si dispone il soccorso istruttorio verso il costituendo R.T.I. Itinera S.p.a.: con sentenza n. 929 del 19 agosto 2019 il Tribunale adito ha dichiarato inammissibili i predetti ricorsi.

Nel corso delle sedute del 30 aprile 2019 e del 17 luglio 2019, sono state aperte le buste contenenti le offerte tecniche e quelle economiche: sulla base della graduatoria, con provvedimento del 13 agosto 2019 Save S.p.a. ha aggiudicato la gara al RTI Pizzarotti, seguita in graduatoria dal RTI Itinera e dal RTI Salini Impregilo.

Le esponenti hanno dunque presentato istanza di accesso agli atti, accolta dalla stazione appaltante.

Con ricorso notificato in data 27 settembre 2019 e depositato in data 8 ottobre 2019 Salini Impregilo S.p.a. e Consorzio Integra Società Cooperativa hanno proposto le domande in epigrafe.

1.1. Si sono costituiti in giudizio Save S.p.a., Impresa Pizzarotti & C. S.p.a. e Itinera S.p.a., contrastando le domande proposte dalle ricorrenti principali.

1.2. Con istanze avanzate congiuntamente dalle parti e depositate in data 12 e 23 ottobre 2019 è stato richiesto, rispettivamente, il rinvio della camera di consiglio del 16 ottobre 2019 - fissata per la trattazione dell'istanza cautelare avanzata con il gravame introduttivo del giudizio - per la trattazione congiunta dei ricorsi iscritti ai nn. R.G. 969/2019 e 1037/2019 alla camera di consiglio

del 6 novembre 2019 ed il rinvio dell'esame delle istanze cautelari (sempre in ordine ai ricorsi nn. R.G. 969/2019 e 1037/2019) all'udienza pubblica di merito, fermo l'impegno di Save S.p.a. di non addivenire nelle more né alla sottoscrizione del contratto né alla consegna dei lavori.

1.3. Itinera S.p.a. ha proposto ricorso incidentale, notificato in data 18 ottobre 2019 e depositato in data 24 ottobre 2019.

1.4. Impresa Pizzarotti & C. S.p.a. ha proposto ricorso incidentale, notificato in data 28 ottobre 2019 e depositato in data 30 ottobre 2019.

1.5. Tutte le parti hanno successivamente depositato documenti, memoria e replica.

1.6. All'udienza pubblica del 22 gennaio 2020, i difensori delle parti presenti, come da verbale, dopo ampia discussione, si sono riportati alle conclusioni già prese chiedendone l'accoglimento.

Il difensore della parte resistente ha chiesto, ai sensi dell'art. 120, comma 9, cod. proc. amm., l'anticipata pubblicazione del dispositivo.

Il Collegio si è riservato di provvedere e ha trattenuto la causa in decisione.

1.7. In data 23 gennaio 2020 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 81/2020.

DIRITTO

1. In via preliminare, il Collegio ritiene di poter prescindere, per ragioni di economia processuale, dall'esame dell'eccezione di inammissibilità frapposta da Impresa Pizzarotti & C. S.p.a., secondo la quale le censure proposte con i primi cinque motivi del ricorso principale sono sostanzialmente ripetitive delle censure proposte con il precedente ricorso R.G. n. 259/2019, già deciso con sentenza n. 929/2019, dovendo i predetti motivi di ricorso, per le ragioni *infra* specificate, ritenersi infondati.

Sul punto si ritiene utile rammentare come il giudice, secondo consolidata giurisprudenza, in ossequio al superiore *principio di economia dei mezzi processuali* in connessione con quello del rispetto della *scarsità della risorsa - giustizia* (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5; Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio

2014, n. 9; Cons. Stato, sez. III, 14 novembre 2018, n. 6420), possa derogare alla naturale rigidità dell'ordine di esame delle questioni, ove ritenga preferibile risolvere la lite rigettando il ricorso nel merito o nel rito in base ad una ben individuata "ragione più liquida", e purché sia stata preventivamente assodata, da parte del medesimo giudice, la giurisdizione e la competenza.

2. Con il primo motivo - contestando la contraddittorietà e l'assenza di motivazione – le ricorrenti principali hanno dedotto i vizi di *Violazione dell'art. 79 comma V bis del d.lgs. 50/2016; Violazione dell'artt. 23 e 97 Cost. – Violazione degli artt. 30, 80 e 133 del d.lgs. 50/2016 – Violazione dell'art. 1 della legge 241/1990 –Violazione del principio di non discriminazione – Eccesso di potere per ingiustizia manifesta, sviamento e disparità di trattamento.*

Le esponenti, in sintesi, lamentano la singolarità della vicenda fattuale che connota la procedura oggetto di contestazione: alla scadenza del termine di presentazione delle offerte un solo concorrente aveva regolarmente presentato la propria offerta e tuttavia la stazione appaltante ha riaperto i termini di presentazione delle offerte, in contrasto con le norme applicabili.

La riapertura dei termini è frutto - secondo le ricorrenti principali - di una condotta confusa e contraddittoria della parte resistente: a fronte delle doglianze strumentali delle controinteressate, Save S.p.a. ha proceduto a specifiche verifiche tecniche e ha concluso in modo inequivoco nel senso che nessun malfunzionamento del sistema informatico si fosse verificato («… *la scrivente Stazione Appaltante ha avviato specifiche verifiche tecniche le quali non hanno condotto al rilievo di problemi tecnico informatici di sorta* …»; ed, ancora «… *(in quanto, come anticipato, non si è verificato alcun malfunzionamento del sistema informatico)* …»).

La parte resistente, lamentano le esponenti, ha tuttavia disposto la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, cercando di fondarsi sulla costruzione di un (inesistente) principio generale che cerca di trarre dalla disposizione (puntuale) di cui all'art. 79, comma 5-*bis*, del D.lgs. n. 50 del 2016.

Le ricorrenti principali sottolineano la contraddittorietà della condotta e la carenza della motivazione della stazione appaltante, che ha operato nel modo lamentato per ragioni del tutto estranei al procedimento, all'interesse pubblico ed alla legge.

Le esponenti hanno ulteriormente argomentato in ordine alle censure proposte con memoria di replica.

Le parti resistente e controinteressate ricorrenti incidentali hanno argomentato in ordine all'infondatezza delle censure.

2.1. Il motivo è infondato.

Ritiene il Collegio che la lamentata contraddittorietà non sia ravvisabile posto che Save S.p.a., avendo accertato l'assenza di problemi di natura tecnico-informatica ovvero di malfunzionamenti (cfr. pagg. 2 e 3 del provvedimento avversato), ha escluso la *diretta* applicabilità dell'art. 79, comma 5-*bis*, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al caso in esame, proprio in quanto l'anzidetta previsione risulta incentrata sul verificarsi di un "*mancato funzionamento*" ovvero di un "*malfunzionamento*" dei mezzi di comunicazione elettronici ivi incluse le piattaforme telematiche di negoziazione.

Save S.p.a., invero, dopo aver richiamato - in particolare - le comunicazioni ricevute in data 31 gennaio 2019 da due concorrenti e dopo aver precisato, come già detto, di aver accertato l'assenza di problemi di natura tecnico-informatica, ha considerato che il limite massimo per singolo *upload* (dimensione massima che un *file* può avere per essere caricato sul portale) è pari a 70 MB, che il disciplinare di gara e la lettera di invito non precisavano il limite dimensionale in questione e che tale omissione può avere indotto i concorrenti in errore tale da determinare un impedimento o, quanto meno, un rallentamento nelle operazioni di presentazione dell'offerta sul portale acquisti.

Dunque, Save S.p.a., considerato l'interesse pubblico al buon andamento delle funzioni assegnate al gestore aeroportuale, il valore dei lavori, il principio di massima partecipazione, l'interesse all'affidamento dei lavori all'esito di un

confronto competitivo e concorrenziale tra una pluralità di offerte, la regola di leale collaborazione tra stazione appaltante e concorrenti, a fronte di una carenza di informazioni sui limiti dimensionali dei *file* da caricare sul portale acquisti, ha ritenuto di essere tenuta a dare la possibilità agli operatori economici di presentare la propria offerta così di garantire la *par condicio competitorum*.

Peraltro, la disposta riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, non risulta fondata - come argomentato dalle esponenti - sulla costruzione di un (inesistente) principio generale che Save S.p.a. cerca di trarre dalla disposizione (puntuale) di cui all'art. 79, comma 5-*bis*, del D.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. pag. 8 del ricorso introduttivo del giudizio), in quanto, dall'attenta lettura del provvedimento impugnato (cfr. pag. 3), si ricava che Save S.p.a. ha ritenuto che l'art. 79, comma 5-*bis*, del D.lgs. n. 50 del 2016 sia espressione di *principi generali*.

Infine, non è neppure ravvisabile una carenza del corredo motivazionale.

Ed invero, la funzione della motivazione del provvedimento amministrativo è quella di consentire la ricostruzione dell'*iter* logico-giuridico attraverso cui l'Amministrazione si è determinata ad adottare un atto, al fine di controllare il corretto esercizio del potere, onde far valere, eventualmente, le proprie ragioni; occorre, in altri termini, che l'autorità emanante ponga il destinatario dell'atto amministrativo in condizione di conoscere le ragioni ad esso sottese (arg. *ex* Cons. Stato, sez. V, 4 aprile 2006, n. 1750; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 6 maggio 2015, n. 1083); nel caso in esame, il corredo motivazionale del provvedimento avversato - come sopra sinteticamente ricostruito - offre ampia rappresentazione delle ragioni che hanno indotto Save S.p.a. a disporre la riapertura del termine di presentazione offerte.

Il Collegio ritiene che l'obbligo di motivazione debba essere inteso "*secondo una concezione sostanziale/funzionale, nel senso che esso è da intendersi rispettato quando l'atto reca l'esternazione del percorso logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere alla decisione adottata e il destinatario è in grado di comprendere le ragioni di*

quest'ultimo e, conseguentemente, di utilmente accedere alla tutela giurisdizionale, in conformità ai principi di cui agli artt. 24 e 113 della Costituzione" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2017, n. 2457; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 21 giugno 2018, n. 1412), come è accaduto nel caso che occupa.

3. Con il secondo motivo – rilevando l'inesistenza delle offerte per mancata consegna tempestiva – le ricorrenti principali hanno dedotto i vizi di *Violazione dell'art. 79 comma 5 bis del d.lgs. 50/2016; Violazione dell'artt. 23 e 97 Cost. – Violazione degli artt. 30, 79, 80 e 133 del d.lgs. 50/2016 – Violazione dell'art. 1 della legge 241/1990 – Violazione art. 14 delle preleggi al codice civile – Violazione del principio di non discriminazione – Violazione del principio di proporzionalità – Eccesso di potere per ingiustizia manifesta, sviamento e disparità di trattamento*.

Secondo le esponenti, il provvedimento di riapertura avversato si pone in diretto contrasto con il cit. art. 79, comma 5-*bis*, del D.Lgs. n. 50 del 2016 e risulta assunto senza una precisa base legale attributiva del potere esercitato.

Per le ricorrenti principali, la richiamata previsione normativa costituisce eccezione al principio di perentorietà dei termini per la presentazione delle offerte, riconducibile all'ipotesi di forza maggiore ed errore scusabile (in particolare, essa riguarda l'errore scusabile per fatto tecnologico).

Nel caso di specie, tuttavia, è pacifico che non si sia determinato alcun malfunzionamento e i "*problemi tecnici*" lamentati dalle concorrenti non hanno natura oggettiva bensì soggettiva, caratterizzata cioè da difficoltà individuali in cui sono incorse nell'utilizzo di un sistema perfettamente funzionante.

Ne consegue, secondo le esponenti, che l'art. 79, comma 5 *bis*, D.Lgs. n. 50 del 2016 non può trovare applicazione per carenza della fattispecie sicché il provvedimento di riapertura è illegittimo per violazione della stessa disposizione appena evocata.

Inoltre, la stessa disposizione è violata perché l'assenza di una preclusione oggettiva alla presentazione dell'offerta e la carenza del fatto impeditivo non può determinare la proroga dei termini, che «*può essere disposta*

dall'Amministrazione in presenza di circostanze in grado di rappresentare una "oggettiva preclusione" a partecipare alla procedura selettiva» (all'uopo le ricorrenti richiamano numerosi precedenti giurisprudenziali).

In tutte le controversie sorte sul punto – argomentano le esponenti - i ricorrenti hanno sempre avanzato doglianze dirette a mostrare la scusabilità del ritardo (incidenti d'auto, errori nell'individuazione dell'ufficio protocollo, etc.); sempre la giurisprudenza ha limitato la scusabilità alla estrema forza maggiore – pacificamente assente nella fattispecie.

Secondo le ricorrenti principali non c'è alcuna differenza nell'incontrare un incidente d'auto mentre ci si reca a depositare l'offerta ed un rallentamento del sistema informatico: la presentazione tempestiva dell'offerta rientra nella esclusiva sfera di rischio dell'offerente (regola, mai smentita in giurisprudenza, la cui *ratio* è la seguente: l'offerente così poco diligente da non rispettare nemmeno il termine per la presentazione dell'offerta non è affidabile per la stazione appaltante).

Ed ancora, argomentano le esponenti, trattandosi di disposizione che costituisce eccezione alla generale perentorietà dei termini di gara, essa non può essere applicata per analogia a "*fattispecie simili*": la norma in questione è espressione di un bilanciamento tra la tutela della *par condicio competitorum* ed il *favor partecipationis*, richiedendo esplicitamente un malfunzionamento del portale informatico e un'estensione analogica di questa eccezione non solo si pone in violazione dell'art. 14 delle preleggi, ma anche in contrasto con la *ratio* della norma così come già ampiamente descritta, e cioè la scusante per forza maggiore nelle procedure telematiche.

Si configurerebbe infatti una interpretazione quantomeno analogica, in quanto si fa applicazione della conseguenza giuridica prevista da una norma (riapertura o proroga dei termini) ad una fattispecie concreta riconducibile ad una classe di casi diversa (asserita inidoneità delle informazioni di gara) ma simile in maniera rilevante (asseritamente lo stesso sostanziale effetto) alla classe di casi contemplata dalla norma (malfunzionamento del sistema

informatico). In questo senso, la somiglianza è valutata alla luce proprio della *ratio legis*, essendo asseritamente coerente con lo scopo finale della norma includere anche tali casi sostanzialmente simili.

Peraltro, aggiungono le esponenti, nessuno dubita non solo che – in un ordinamento retto dal principio di legalità – non si possa dare ricorso all'analogia per fondare poteri pubblici autoritativi ma, più ancora, che anche a poter concedere il ricorso all'analogia (ma così non è), essa non potrà esercitarsi in contrasto con i principi fondamentali del sistema (come qui, invece, accade fatalmente per via del contrasto con *par condicio* e protezione della concorrenza di mercato per le ragioni già dette).

Inoltre, argomentano le esponenti, Save S.p.a. si richiama impropriamente a «*principi generali che devono conformare le attività delle stazioni appaltanti allorché si trovino in fattispecie simili a quella di interesse in questa sede*»: ferma l'impossibilità di estendere in via analogica regole che costituiscono eccezione, i principi non possono sostituire una regola puntuale espressa dal legislatore.

Infine, evidenziano le ricorrenti principali, la stazione appaltante non identifica affatto codesti «*principi generali*», ciò che sarebbe necessario laddove li si intenda opporre a due regole puntuali (quella relativa alla tempestiva presentazione delle offerte e quella, ad essa derogatoria, che scusa la tardività in un'ipotesi puntuale e ben definita – che nella specie la stessa stazione appaltante esclude essersi verificata).

Detti principi, argomentano le esponenti, non solo non esistono ma, per come applicati, sono in contrasto con la legge; del resto non si possono trarre dallo stesso art. 79, comma 5-bis, del D.Lgs. n. 50/2016 «*principi generali*» che siano in contrasto con i principi fondamentali del settore, ed in particolare con quello della *par condicio*.

La resistente, dunque, pone a fondamento del provvedimento di riapertura dei termini un principio di carattere generale che ritiene desumere dall'art. 79, comma 5 *bis*, del D.lgs. n. 50/2016 ed applicare in via analogica pur sottolineando che detta disposizione *«… non sia direttamente applicabile alla*

fattispecie (in quanto, come anticipato, non si è verificato alcun malfunzionamento del sistema informatico) …».

Alla luce di quanto sopra, concludono le esponenti, il provvedimento di riapertura è viziato, insieme ai successivi atti di gara per invalidità derivata, in quanto in contrasto con l'art. 79, comma 5-*bis*, del D.Lgs. n. 50 del 2016 e in quanto privo di qualsiasi base legale, in violazione del principio di legalità.

Le esponenti hanno ulteriormente argomentato in ordine alle censure proposte con memoria di replica.

Le parti resistente e controinteressate ricorrenti incidentali hanno argomentato in ordine all'infondatezza delle censure.

3.1. Le censure sono prive di base.

Il Collegio ritiene non condivisibile la premessa interpretativa da cui muove la doglianza in esame. Secondo le ricorrenti principali, l'art. 79, comma 5-*bis*, del D.Lgs. n. 50 del 2016 costituisce eccezione al principio di perentorietà dei termini per la presentazione delle offerte, mentre, secondo orientamento interpretativo condiviso dal Collegio, la richiamata previsione normativa può considerarsi ricognitiva di un "*generale canone di buona amministrazione*" (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2018, n. 1876).

In altri termini, il Collegio non ravvisa nella norma *de qua* una "*norma eccezionale*", in quanto, a ben vedere, essa non reca una deroga ai principi generali o fondamentali dell'ordinamento giuridico e, in particolare, a quelli che ispirano la materia *de qua*.

Se – come rileva la stessa stazione appaltante – risulta accertata nella fattispecie in esame l'assenza di problemi di natura tecnico-informatica ovvero di malfunzionamenti (in senso stretto), non può non evidenziarsi come degli *esiti anomali* (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 28 luglio 2015, n. 1094, *infra*) hanno caratterizzato il funzionamento del portale nel corso delle operazioni di caricamento di *files* da parte degli operatori economici controinteressati.

Orbene, secondo il Collegio, la circostanza che i ricorrenti principali siano riusciti a rispettare il termine fissato dalla *lex specialis* per la presentazione dell'offerta - e ciò a conferma dell'assenza di una preclusione "oggettiva" e "generalizzata" - non può escludere la rilevanza sul piano giuridico delle criticità incontrate dagli altri concorrenti nelle operazioni di *upload* (che hanno finito per precludere agli stessi il rispetto del predetto termine) derivanti, in definitiva, dalla presenza di limiti dimensionali dei *files* da caricare dei quali nessuno dei partecipanti era stato edotto dalla stazione appaltante.

Orbene, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, "*l'applicazione dei principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa, in una con la generale clausola di buona fede, impedisce che le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante possano essere traslate a carico del soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura, così come non è ammissibile l'ascrizione in capo al concorrente delle conseguenze negative di un errore indotto dalla disciplina di gara o dal comportamento tenuto dall'Amministrazione appaltante*" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4991; Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2015, n. 5454; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 settembre 2019, n. 214; T.A.R. Veneto, sez. I, 4 marzo 2019, n. 266).

Diversamente opinando l'operatore economico vedrebbe preclusa la partecipazione alla procedura di gara (e vanificate le *chances* di vittoria) in difetto di contegno negligente, vieppiù in considerazione del fatto che la modalità di partecipazione (telematica) non è stata dallo stesso prescelta bensì imposta dalla stazione appaltante.

Ritiene il Collegio, dunque, che i principi di cui l'art. 79, comma 5-*bis*, del D.Lgs. n. 50 del 2016 è espressione (norma, si ribadisce, di natura non eccezionale) ben possano estendersi ad ipotesi caratterizzate (non da malfunzionamenti in senso stretto, ma) da impedimenti di carattere tecnico-informatico - sempreché, lo si ribadisce, il contegno dell'operatore economico non debba qualificarsi come negligente - che non consentano il proficuo

utilizzo del sistema telematico per gli scopi propri della procedura ad evidenza pubblica.

Ciò non contrasta con i principi della *par condicio competitorum* e della protezione della concorrenza di mercato, in quanto - al contrario - la riapertura del termine per la presentazione delle offerte (ovvero la proroga, per il caso in cui il termine non fosse scaduto) finisce per ristabilire quella condizione di parità fra concorrenti, occasionalmente venuta meno (non certo per ragioni ascrivibili agli operatori economici ma, nel caso in esame) per difetto di informazione da parte della stazione appaltante, e consente il pieno dispiegamento della concorrenza.

I predetti principi generali, in definitiva, consentono - nell'ottica del corretto bilanciamento dei valori in gioco – di realizzare un adeguato assetto di interessi, caratterizzato, in particolare, dall'assenza di precostituite posizioni di valori-dominanti e valori-recessivi e dalla necessità di valutazione in concreto dei contegni (diligenti o meno) posti in essere da tutti i soggetti protagonisti della vicenda procedimentale.

Tali ultime considerazioni permettono di superare, in quanto infondate, le ulteriori argomentazioni articolate dalle ricorrenti principali, posto che i principi della *par condicio competitorum*, della *massima partecipazione dei concorrenti* e della *concorrenza fra gli operatori economici* sono espressamente richiamati nell'avversato provvedimento datato 6 febbraio 2019 (cfr. pag. 2).

4. Con il terzo motivo - lamentando l'insussistenza di impedimenti oggettivi - le esponenti deducono i vizi di *Violazione dell'art. 97 Cost. – Violazione degli artt. 30, 79, 80 e 133 del d.lgs. 50/2016 – Violazione dell'art. 1 della legge 241/1990 – Violazione della lex specialis - Violazione del principio di non discriminazione – Violazione del principio di proporzionalità – Eccesso di potere per ingiustizia manifesta, travisamento, sviamento e disparità di trattamento*.

Ferma restando l'inapplicabilità anche analogica dell'art. 79, comma 5-*bis,* del D.lgs. n. 50 del 2016, le ricorrenti principali evidenziano che comunque la violazione dei termini di gara non può essere imputata alla mancata

indicazione, nella lettera d'invito o nel disciplinare, della specifica tecnica consistente nei *megabytes* massimi per singolo caricamento di un *file* nel sistema informatico.

Secondo le esponenti ciò che rileva nel caso di specie non è un errore scusabile − irrilevante in tema di violazione dei termini di gara – bensì la natura impeditiva o meno della mancata indicazione nella lettera d'invito del limite massimo di caricamento per singolo *file*; in questo senso, risulta decisivo accertare che, come le ricorrenti, anche gli altri concorrenti erano nella posizione di utilizzare correttamente il portale informatico, e vi avrebbero potuto provvedere utilizzando la diligenza dovuta.

Dunque, le esponenti osservano quanto segue.

In primo luogo, l'ATI ricorrente ha puntualmente e tempestivamente presentata l'offerta, sicché, evidentemente, il sistema era conformato a riceverla ed era oggettivamente possibile rispettare il termine, solo che si fossero puntualmente seguite le istruzioni che la resistente stessa aveva impartito ai partecipanti alla gara.

Né, a fronte di questa innegabile circostanza, possono lamentarsi rallentamenti non prevedibili nelle procedure di caricamento (i rallentamenti – all'uopo le esponenti richiamano un precedente giurisprudenziale - non assumono alcun rilievo, dato «*l'onere di pronta e tempestiva attivazione delle procedure" che grava sul partecipante*»), deve escludersi in radice ogni imprevedibilità dei tempi di caricamento in cui sono incorsi i concorrenti.

In secondo luogo, risulta decisivo notare che il limite di caricamento era effettivamente indicato dal portale informatico quale dimensione massima consigliata e, addirittura, in alcuni casi il limite era 7 volte inferiore ai 70 MB (doc. 9, che indica come dimensione consigliata 10 MB). Sicché, l'operatore diligente avrebbe potuto e dovuto aspettarsi dei rallentamenti nella procedura provando a caricare un documento di gran lunga superiore alla dimensione consigliata.

Dunque, le circostanze appena indicate escludono in radice anche una scusabilità del ritardo: la violazione del termine di presentazione dell'offerta è dovuto non ad impedimento oggettivo, bensì a negligenza.

In terzo luogo, comunque l'utilizzo del sistema informatico fattone dalle concorrenti si caratterizza come negligente: il limite massimo per il caricamento di *files* costituisce un'ordinaria caratteristica nei sistemi informatici, che l'operatore diligente indaga prima dell'utilizzo; nel caso di specie, peraltro, il portale era stato usato già per la fase di pre-qualifica.

Inoltre, agli operatori era messo a disposizione un servizio di assistenza tecnica, il cui utilizzo avrebbe senz'altro permesso di capire il problema e di conoscere il limite in questione (tale servizio era ribadito non solo nel disciplinare, agli artt. 1.2 e 2, ma anche nella lettera di invito, sia all'art. 5 che all'art. 6.1, ed ancora nello stesso portale informatico). Peraltro, uno dei due concorrenti dimostra di essere venuto effettivamente a conoscenza che tale limite sussiste, ed allora diventa ancor meno giustificabile non aver richiesto all'assistenza chiarimenti su tale limite, che certo avrebbero permesso di utilizzare il portale.

In quarto luogo, la mancata presentazione dell'offerta è imputabile ai controinteressati: una delle controinteressate ammette candidamente di avere provato a caricare l'offerta cinque minuti prima della scadenza ed è evidente che un'offerta di questa complessità ed importanza economica avrebbe richiesto ben altra diligenza. La circostanza è rilevante anche in relazione alla serietà dell'offerente, che si è peritato di presentare l'offerta solo "all'ultimo momento".

In quinto luogo, anche senza l'assistenza tecnica, era infatti possibile caricare i documenti utilizzando semplicemente gli strumenti e le informazioni fornite dai documenti di gara. Anche l'ATI Pizzarotti sostiene di aver caricato tutti i documenti, ad eccezione della cauzione provvisoria, che però non sembra dovuta a problemi di grandezza del file (non sembra sostenibile che la cauzione fosse più pesante dell'offerta tecnica).

Nello specifico, per quanto riguarda le buste amministrativa ed economica, sarebbe bastato semplicemente dividere la documentazione in più *files*, così come previsto espressamente nei documenti di gara.

Per quanto riguarda la busta tecnica, il documento da caricare è composto da un numero di pagine definito dalla stazione appaltante all'art. 8.3 della lettera di Invito stessa (53 fogli A4 e 33 fogli A3) ad eccezione soltanto della copertina, dell'indice, delle dichiarazioni di disponibilità di impegno di cui all'art. 4.2 e della dimostrazione del *rating* dell'ente che emette la fideiussione. Perciò, il sistema permetteva il caricamento soltanto di un *file*. Nell'insolito caso che, nonostante i limiti di pagine, il *file* dell'offerta tecnica fosse risultato comunque troppo pesante, sarebbe stato comunque sufficiente seguire le indicazioni fornite da Save S.p.a. nel corso della gara.

In particolare: come chiaramente indicato all'art. 8.2 della lettera di invito e nel chiarimento n. 15, in ogni sezione del portale - compresa quella relativa alla busta tecnica - è presente un'area chiamata "Area generica allegati"; quindi, anche l'offerta tecnica sarebbe potuta essere distinta in più *files*, caricati in questa sezione; con il chiarimento n. 5 è stato disposto che «*la documentazione può essere caricata anche in cartelle* zippate*, rispettando comunque le altre prescrizioni della lettera di invito*», in tal modo riducendone sensibilmente l'estensione e permettendone il caricamento; con il chiarimento n. 45, si precisa che «*l'elaborato "Lista delle Categorie" compilato potrà essere suddiviso in più parti, ciascuna delle quali di dimensione non superiore a 70 MB*».

In conclusione, il ritardo è dipeso solo ed esclusivamente dal comportamento delle controinteressate.

In sesto luogo, il provvedimento difetta anche sul versante della proporzionalità ed integra i profili di eccesso di potere dedotti; all'uopo le esponenti hanno richiamato alcuni precedenti giurisprudenziali (Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2017, n. 3245; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 14 ottobre 2016, n. 1865)*,* evidenziando che entrambi i concorrenti hanno iniziato le operazioni tecniche *in limine* alla scadenza, e perciò hanno segnalato a Save

S.p.a. il supposto problema tecnico già a termini scaduti: è evidente come i concorrenti si siano "ridotti all'ultimo", con assunzione del relativo rischio. Pertanto, le offerte sono tardive, e la violazione dei termini non è scusabile.

Le esponenti hanno ulteriormente argomentato in ordine alle censure proposte con memoria di replica.

Le parti resistente e controinteressate ricorrenti incidentali hanno argomentato in ordine all'infondatezza delle censure.

4.1. Il motivo è infondato.

Fermo quanto già detto al punto 3.1. in Diritto, ritiene il Collegio che è proprio la mancata indicazione nella *lex specialis* del limite massimo (dimensionale) per singolo *file* da caricare nel portale a rendere legittima la riapertura del termine di presentazione delle offerte.

In particolare, secondo condiviso orientamento giurisprudenziale, le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi debbono collocarsi in una posizione necessariamente *servente* rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per *problematiche di tipo tecnico*, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti fra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni, nei reciproci rapporti; dalla natura meramente *strumentale* dell'informatica applicata all'attività della Pubblica Amministrazione discende altresì il corollario dell'onere per quest'ultima di doversi accollare il rischio dei *malfunzionamenti* e degli *esiti anomali dei sistemi informatici* di cui la stessa si avvale, essendo evidente che l'agevolazione che deriva alla stessa, sul fronte organizzativo interno, dalla gestione digitale dei flussi documentali, deve essere controbilanciata dalla capacità di rimediare alle occasionali possibili *disfunzioni* che possano verificarsi (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 28 luglio 2015, n. 1094).

Tale condiviso orientamento coglie un profilo che connota la vicenda contenziosa in esame: nella procedura di gara oggetto di contestazione, pur non essendosi verificati *malfunzionamenti* (in senso, per così dire, "oggettivo"), sono certamente emersi *esiti anomali* (del sistema informatico) legati, in

definitiva, all'esistenza di limiti dimensionali da rispettare ai fini dell'*upload* dei *files*, limiti dimensionali ignoti ai concorrenti (e da alcuni di essi "scoperti" in prossimità della scadenza del termine).

Seguendo la prospettazione delle ricorrenti principali, si può osservare quanto segue.

E' ben vero che l'ATI ricorrente non ha incontrato difficoltà di sorta nel presentare l'offerta. Tuttavia, la parte resistente non aveva impartito tutte le istruzioni necessarie ai partecipanti alla gara; in particolare, è stata omessa nella *lex specialis* l'indicazione dei limiti dimensionali dei *files* ai fini del caricamento, ed è proprio ciò ad aver reso "imprevedibili" i tempi di caricamento per gli altri concorrenti.

Il limite di caricamento non era affatto indicato dal portale informatico: il documento 9, richiamato dalle esponenti (documento nel quale viene indicata la dimensione consigliata di 10 MB), oltre a non contenere indicazioni di tipo tecnico dal tenore puntuale e stringente ("[…] *E' consigliabile inserire allegati non superiori a 10 MB*": il termine "consigliabile", a ben vedere, non indica una regola tecnico-informatica, trattandosi di un mero suggerimento) è tratto da una fase della procedura coincidente con il caricamento dei *files*.

In altri termini, il portale informatico (nonché la stessa *lex specialis*) non indicava *ex ante* la dimensione massima dei *files*, con la conseguenza che gli operatori economici non potevano ritenersi edotti delle condizioni richieste per il fruttuoso utilizzo degli strumenti telematici.

Ribadendosi l'assenza di chiara e precisa indicazione nella *lex specialis* del limite dimensionale dei *files* da caricare sul portale, è ben vero che il limite massimo per il caricamento di *files* costituisce un'ordinaria caratteristica nei sistemi informatici e, tuttavia, non risulta condivisibile la tesi – sostenuta dalle esponenti – che vuole onerare l'operatore del compito di individuare tale limite prima dell'utilizzo della piattaforma.

Ritiene il Collegio, al contrario, che è proprio il soggetto che unilateralmente ha scelto il sistema (telematico) ai fini della partecipazione alla gara e ne ha

imposto l'utilizzo (esclusivo) ai partecipanti a dover informare i concorrenti delle caratteristiche tecniche del sistema medesimo: "*Nella logica di leale collaborazione che informa i rapporti tra Amministrazione e amministrato, il concorrente deve farsi parte diligente nel presentare correttamente e tempestivamente la propria offerta, e la stazione appaltante deve mettere l'operatore economico in condizione di partecipare alla gara*" (cfr. cit. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 9 gennaio 2019, n. 40).

Inconferente è poi la circostanza che il portale era stato usato già per la fase di pre-qualifica: ed invero, da un lato le esponenti avrebbero dovuto accompagnare l'argomentazione in esame con la dimostrazione che i *files* della fase di pre-qualifica erano "equipollenti" - in termini di dimensioni - a quelli che dovevano essere caricati in sede di gara; in secondo luogo, l'argomentazione *de qua* avrebbe assunto carattere pregnante ove le esponenti avessero dimostrato che già in fase di pre-qualifica si erano manifestati analoghe difficoltà tecniche, tali da costituire per i partecipanti alla gara un precedente da tenere nella giusta considerazione – nell'ottica del comportamento diligente richiesto agli operatori economici partecipanti - nella fase successiva.

Parimenti inconferente è il riferimento al servizio di assistenza tecnica, proprio in quanto ad esso gli operatori si rivolgono - di regola - al verificarsi di un problema: problema che, nella vicenda in esame, avrebbe potuto essere efficacemente neutralizzato *ex ante* segnalando sin dall'inizio (in particolare negli atti di gara) agli operatori economici i limiti massimi dimensionali dei *files* da caricare.

Ed ancora, è stato evidenziato che "[…] *il carattere perentorio che, nelle procedure selettive rette da criteri di evidenza pubblica, connota il termine ultimo di presentazione delle offerte non è un valore in sé ma è, al contrario, funzionale e strumentale alla tutela da un lato delle esigenze di trasparenza, efficacia, economicità e speditezza dell'azione amministrativa, dall'altro del primario criterio della par condicio fra i concorrenti* […]" e che la mancata lesione dei valori alla cui tutela è funzionale la natura perentoria del termine di ricezione delle domande di ammissione alla gara ne

legittima il superamento "[…] *anche alla luce del principio ermeneutico di derivazione comunitaria dell'effetto utile, che, come noto, prescrive che le disposizioni normative di gemmazione comunitaria (quali quelle afferenti alle procedure di affidamento di appalti pubblici) siano interpretate (dal Giudice) ed applicate (dalla Pubblica Amministrazione) non meccanicisticamente bensì con modulazioni esegetiche che consentano, appunto in concreto, l'effettivo perseguimento dello scopo che, con esse, il legislatore si è prefisso* […]". In particolare, ove non vengano violati i superiori principi di rango primario, l'esclusione dell'operatore economico – al quale non siano imputabili sul piano oggettivo e soggettivo ritardi - frustra, irragionevolmente ed in maniera non proporzionata "[…] *l'altrettanto fondamentale principio del* favor partecipationis*, funzionale alla più ampia apertura del settore degli appalti pubblici ed alla massimizzazione della concorrenza, traguardata non solo quale tutela del singolo operatore imprenditoriale ma pure quale interesse dello stesso sistema economico,* recte *quale pilastro fondante dell'attuale assetto dell'ordine pubblico economico, tanto comunitario quanto nazionale* […]" (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 6 marzo 2015, n. 626).

Il fatto che, poi, uno dei concorrenti abbia provato a caricare l'offerta cinque minuti prima della scadenza non è affatto sintomatico di mancanza di diligenza e di serietà; ed invero:

- la tesi sostenuta dalle ricorrenti principali postula, in definitiva, la *contrazione* del tempo utile per la presentazione dell'offerta, il quale deve invece essere, proprio per i principi di massima partecipazione e parità tra i concorrenti, pienamente e integralmente fruibile dai soggetti interessati (arg. *ex* T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 9 maggio 2018, n. 793);

- 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 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, riflettentisi, nei procedimenti di gara, in termini negativi sul principio di massima partecipazione e di *par condicio* dei concorrenti (arg. *ex* Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2017, n. 4135);

- inoltre, l'argomento in base al quale rientra nella diligenza del concorrente avviare le procedure di caricamento a sistema dell'offerta con congruo anticipo rispetto alla scadenza introduce un elemento - la valutazione di "congruità" - che presenta di norma un grado di insuperabile indeterminatezza: ed infatti, aderendo a tale impostazione, il rispetto del canone della diligenza professionale finirebbe per variare caso per caso, in relazione a valutazioni non predeterminabili *a priori* dall'operatore economico, che non saprebbe quale sia la condotta in concreto da esso esigibile e quando incorra in negligenza (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 19 settembre 2018, n. 2109).

Più in generale va poi evidenziato che Save S.p.a. ha ricavato dagli estratti *log* delle operazioni compiute sul portale che Impresa Pizzarotti & C. S.p.a. ha avviato il caricamento dei documenti già dal 30 gennaio 2019 e che Itinera S.p.a. si è connessa al portale sin dalle ore 9.51 del 31 gennaio 2019.

Inoltre, gli strumenti e le informazioni fornite dai documenti di gara non specificano – lo si ribadisce - l'elemento rilevante nella vicenda che occupa: il limite dimensionale dei *files* da caricare.

Ciò premesso, la suddivisione della documentazione in più *files* è operazione poco utile se effettuata "al buio", *id est* nello stato soggettivo di ignoranza da parte dei concorrenti - per non essere stato precisato sin dall'inizio - del limite dimensionale dei *files*.

Quanto alle indicazioni fornite da Save S.p.a., i chiarimenti nn. 5 e 15 e così anche il punto 8.2. della lettera d'invito non contengono alcun riferimento ai limiti dimensionali dei *files*; il chiarimento n. 5, inoltre, sebbene contenga il richiamo alla possibilità di caricamento di cartelle "zippate" fa pur sempre rimanere ignoto ai concorrenti il limite massimo dimensionale degli stessi *files*.

Peraltro si deve osservare che il disciplinare di gara (pag. 2) espressamente

stabiliva che "[…] *i file da caricare sul Portale Acquisti non dovranno essere compressi digitalmente (i.e. non dovranno essere "zippati")* […]".

Ed inoltre, suddivisione e "zippaggio" dei *files* sono operazioni che richiedono comunque dei tempi tecnici.

Quanto al chiarimento n. 45 esso è intervenuto in data 6 febbraio 2019, dunque successivamente alla scadenza dell'originario termine del 31 gennaio 2019 fissato nella *lex specialis* e ai problemi occorsi in pari data ai concorrenti odierni controinteressati.

Infine, i precedenti giurisprudenziali evocati dalle ricorrenti principali non appaiono conferenti, proprio in ragione della inosservanza da parte della stazione appaltante dell'obbligo di *mettere l'operatore economico in condizione di partecipare alla gara* (cfr. *supra*), in particolare definendo in modo chiaro, e sin dall'inizio, le regole di corretto utilizzo degli strumenti informatici messi a disposizione.

Sul punto è stato di recente condivisibilmente affermato che "[…] *nell'ambito di un procedimento tenuto con modalità telematiche la scadenza del termine di presentazione della domanda non può essere considerata alla stessa stregua della scadenza del termine di presentazione nell'ambito di un tradizionale procedimento cartaceo, in cui eventuali problematiche (ad esempio, scioperi aerei, incidenti etc.) rientrano nella comune sfera di diligenza dell'interessato. Nel caso di domande telematiche, infatti, il rispetto del termine di presentazione della domanda dipende da variabili assolutamente imprevedibili e non "quantificabili" in termine di tempo, e cioè dalle concrete modalità di configurazione del Sistema Informativo, anche qualora, come nel caso in esame, la compilazione sia affidata a soggetti più che competenti* […]" (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III bis, 15 gennaio 2019, n. 550).

Il Collegio, infine, ritiene che l'importanza della previa definizione delle regole per il corretto utilizzo del sistema telematico messo a disposizione della stazione appaltante (regole da rendere conoscibili agli operatori interessati) sia ben colto dalla giurisprudenza, la quale ha evidenziato come "[…] *la partecipazione alle procedure di gara gestite in forma telematico-informatica comporta la*

necessità di adempiere, con scrupolo e diligenza, alle prescrizioni di bando e alle norme tecniche rilevanti, come da manuale applicativo *e da normativa sul punto vigente, nell'utilizzazione delle forme digitali, le cui regole (di necessaria osservanza, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura)* ex se *integrano* per relationem *la disciplina di gara e sono poste a garanzia di tutti i partecipanti* […]" (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 17 dicembre 2018, n. 1609).

Nel caso in esame, è proprio la mancata pubblicizzazione delle regole tecniche per il proficuo utilizzo della piattaforma telematica a rendere legittima la decisione di riapertura dei termini.

5. Con il quarto motivo le ricorrenti principali – lamentando la *violazione della par condicio competitorum* – deducono i vizi di *Violazione dell'art. 97 Cost. – Violazione degli artt. 30, 79, 80 e 133 del d.lgs. 50/2016 – Violazione dell'art. 1 della legge 241/1990 – Violazione del principio di non discriminazione – Violazione del principio di proporzionalità – Eccesso di potere per ingiustizia manifesta, sviamento e disparità di trattamento*.

Secondo le esponenti, il provvedimento di riapertura, oltre ad essere in violazione dell'art, 79, comma 5-*bis*, D.Lgs. n. 50 del 2016, vìola la *par condicio competitorum*, alterando una regola espressamente prevista a pena di esclusione dalla gara (in quanto modifica le regole di gara ed i risultati del confronto concorrenziale dopo che queste avevano operato).

Per le ricorrenti principali il principio di massima partecipazione dei concorrenti non può affatto consentire l'ammissione di concorrenti che, ai sensi della legge di gara, dovrebbero essere considerati come soggetti che non hanno presentato un'offerta; anzi, sono proprio i principi sul confronto competitivo nelle procedure concorsuali ad impedire di porre sullo stesso piano concorrenti che hanno presentato offerte secondo le regole di gara ed altri che non le hanno presentate.

L'effettiva concorrenzialità nella procedura di scelta del contraente - secondo le esponenti - è assicurata dalle regole di gara e dalla loro applicazione, non da

deroghe che consentono a soggetti in posizione procedimentale radicalmente diversa (offerenti e non offerenti) di essere posti sullo stesso piano.

La giurisprudenza è assolutamente granitica nel preservare la *par condicio competitorum* rispetto ad ogni ingerenza della stazione appaltante che non trovi fondamento nella legge o nella *lex specialis* (all'uopo le esponenti richiamano un precedente giurisprudenziale).

Aggiungono le ricorrenti principali che nemmeno potrebbe sostenersi che la partecipazione di un solo offerente sia incompatibile con la normativa in tema di gare pubbliche o con la singola gara in questione.

Infatti, è la stessa lettera d'invito, all'art. 9.9, a prevedere la possibilità di un solo partecipante.

Fermo quanto sopra, le esponenti sottolineano che non è affatto nell'interesse dell'amministrazione derogare alla par *condicio competitorum* per garantire la pluralità delle offerte; infatti: ogni partecipante offre i migliori termini possibili, in ragione della messa a gara del contratto e, quindi, della possibilità che altri operatori offrano condizioni migliori. Che tali ulteriori offerte siano state inviate nulla cambia rispetto alla convenienza dell'offerta del singolo partecipante − nel caso di specie, l'ATI Salini −, essendo tale offerta già predisposta e vincolante una volta scaduto il termine; l'offerta migliore è quella risultante dal confronto competitivo degli operatori alle condizioni della gara e, perciò, alterare la *lex specialis* per evitare l'esclusione di alcuni non risponde affatto a finalità di efficienza.

In questo senso, argomentano le esponenti, la giurisprudenza ha sottolineato che nell'ambito di una gara la fissazione di un termine ultimo per la ricezione delle offerte è posto a tutela dell'interesse pubblico, relativamente al rispetto della *par condicio* tra i concorrenti.

La mancanza di interesse pubblico alla gara per come risultante dal confronto concorrenziale è tutelata dalla revoca della gara ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della l. 7 agosto 1990, n. 241, con le relative conseguenze, tra gli altri, in termini di indennizzo a capo dei partecipanti in gara anche in relazione alla

buona fede pre-contrattuale, riedizione del bando e comunicazione di avvio del procedimento.

Infine, non si può trascurare quanto segue: perché i termini di un procedimento o di una sua fase possano essere modificati occorre che gli stessi non siano spirati; una volta spirati i termini fissati dalla procedura, non si potranno avere provvedimenti legittimi di modifica del termine che abbia già avuto piena efficacia; conseguentemente, la fissazione di un nuovo termine per la presentazione delle offerte dopo che quello fissato dal bando sia spirato – e quindi il sub-procedimento di presentazione delle offerte si sia compiuto – equivale ad una nuova richiesta di presentare offerte – cioè ad una nuova gara; per questa ragione la resistente aveva innanzi a sé solo due possibilità: procedere – spirati i termini – secondo quanto fissato dalla gara (e, quindi, con la sola offerta valida presentata), ovvero revocare la procedura – con le conseguenze già dette – e indirne una nuova alla quale chiunque in possesso dei requisiti avrebbe potuto partecipare; conseguentemente, la richiesta di offerte una volta scaduti i termini per la loro presentazione – ciò che in sostanza è la riapertura dei termini una volta che gli stessi erano spirati – equivale ad ammettere alla gara offerenti che hanno presentato l'offerta senza che la stessa fosse preceduta da un bando pubblico – giacché nessun altro operatore del mercato è stato avvisato, nelle forme di legge, di questa nuova chiamata di offerte non più regolata dal bando di gara (i cui termini erano irrevocabilmente scaduti).

Concludono le esponenti che la riapertura dei termini non può essere motivata dalla volontà di permettere ai due raggruppamenti interessati ma tardivi di partecipare alla gara al fine di garantire l'asserito l'interesse di Save S.p.a. ad una pluralità di offerte, ponendosi invece in diretta violazione della *par condicio competitorum*.

Le esponenti hanno ulteriormente argomentato in ordine alle censure proposte con memoria di replica.

Le parti resistente e controinteressate ricorrenti incidentali hanno argomentato in ordine all'infondatezza delle censure.

5.1. Il motivo è privo di base.

A giudizio del Collegio, la questione del rispetto del principio della *par condicio competitorum* evidenziata dalle ricorrenti principali è mal posta.

E' ben noto al Collegio, invero, il principio che quando l'Amministrazione stabilisce le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che le è impedita la loro disapplicazione e che la violazione di quelle determina l'illegittimità delle relative determinazioni (arg. *ex* Cons. Stato, sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595); ciò vale, naturalmente, anche in relazione alla fissazione del termine (perentorio) di presentazione delle offerte.

Nondimeno, le incertezze, le oscurità, le equivocità o le contraddizioni nella disciplina che regola l'accesso e la partecipazione alla procedura competitiva non possono andare a detrimento dei concorrenti, perché, diversamente, sarebbe proprio il principio della *par condicio competitorum* ad essere violato.

Nel caso in esame, è proprio l'omessa specificazione e pubblicizzazione delle regole tecniche per il corretto funzionamento del sistema telematico a rendere priva di base l'immagine – evocata dalle esponenti – del "*porre sullo stesso piano concorrenti che hanno presentato offerte secondo le regole di gara ed altri che non le hanno presentate*", posto che non è imputabile – per le ragioni già dette – a tali ultimi concorrenti il mancato rispetto del termine originario di scadenza di presentazione delle offerte.

Si rinvia, in tal senso, alla giurisprudenza - richiamata al punto 3.1. in Diritto – secondo la quale le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante non possono essere traslate a carico del soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura.

Il provvedimento di riapertura della gara, inoltre, correttamente valorizza il principio generale della più ampia partecipazione alle gare pubbliche, volto a

favorire la massima tutela della concorrenza e l'interesse pubblico alla selezione dell'impresa più idonea, che risulta conculcato proprio dall'omissione di informazioni (nella *lex specialis* e nel portale infomatico) circa il limite dimensionale previsto dalla piattaforma ai fini del caricamento dei *files* e dalle conseguenze che ne sono derivate.

Quanto all'ipotesi di revoca della gara ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, secondo granitica giurisprudenza va esclusa la necessità della comunicazione di avvio del procedimento per la revoca degli atti antecedenti all'aggiudicazione definitiva (cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 giugno 2019, n. 4461); inoltre, financo la possibilità che all'aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto pubblico non segua quella definitiva costituisce un evento fisiologico, inidoneo ad ingenerare un affidamento tutelabile all'aggiudicazione definitiva, con il conseguente obbligo risarcitorio, e non spetta neppure l'indennizzo poiché in tale caso non si è di fronte alla revoca di un atto amministrativo ad effetti durevoli (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 18 gennaio 2019, n. 67).

Infine, anche l'ultima argomentazione è priva di base: ed invero, la riapertura del termine per la presentazione delle offerte costituisce *provvedimento con finalità sovrapponibili a quelle della proroga* (cfr. cit. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 9 gennaio 2019, n. 40).

6. Con il quinto motivo – lamentando il difetto di motivazione e di istruttoria – le ricorrenti principali deducono i vizi di *Violazione art. 98 Cost. - violazione art. 1 e 3 della legge 241/1990 - violazione art. 79 del d.lgs. 50/2016 - abuso di potere per carenza di istruttori e di motivazione, illogicità e contraddittorietà della motivazione interna alla stessa motivazione del provvedimento amministrativo, nonché tra il dispositivo del provvedimento e la sua motivazione.*

Secondo le esponenti, il provvedimento di riapertura risulta sfornito di un'adeguata istruttoria e di una coerente motivazione sui profili che – in tesi – legittimerebbero la riapertura dei termini.

Invero, osservano le ricorrenti principali, nello stesso provvedimento si richiama la necessità di una valutazione sui canoni di diligenza richiesti ai concorrenti ed alla stazione appaltante (le esponenti richiamano la giurisprudenza unanime nell'escludere qualunque rilievo della natura incolpevole del ritardo – salvo la forza maggiore): senonché, nel caso di specie, la stazione appaltante inserisce tra le sue valutazioni (indebitamente) il profilo della diligenza e, poi, non svolge alcuna considerazione intorno alla sua ricorrenza in concreto.

Nella sostanza, per le ricorrenti principali: la natura scusabile del ritardo è del tutto priva di rilievo quanto alla ritardata presentazione delle offerte, salvo la forza maggiore; una volta che si sia introdotto un simile parametro – per quanto illegittimamente – esso poi andrà verificato in concreto; nel caso di specie esso è semplicemente affermato e non verificato in concreto; la sua verifica in concreto avrebbe condotto alla valutazione opposta, stante che un comportamento diligente avrebbe consentito alle controinteressate di rispettare i limiti consigliati, contattare i servizi per avere chiarimenti ed aiuto, comprimere i *files* e caricarli o separarli e caricarli, mentre si sono ridotte all'ultimo istante.

Per quanto riguarda l'indagine sulla propria diligenza, Save S.p.a. ha in primo luogo verificato che il sistema informatico ha funzionato correttamente; in secondo luogo, su reclamo di un concorrente, ha rilevato che «*il Disciplinare di Gara e la Lettera di Invito non precisavano il limite dimensionale previsto dalla piattaforma informatica del Portale Acquisti SAVE ai fini del caricamento dei file afferenti all'offerta*».

La mancanza di questa indicazione, argomentano le ricorrenti principali, costituisce un elemento di fatto che non basta di per sé a determinare una violazione delle regole di diligenza, occorrendo, infatti, l'ulteriore verifica rispetto alla esigibilità di tale indicazione, anche alla luce dei diversi e ulteriori strumenti forniti ai concorrenti per operare sul portale.

In particolare, per le esponenti assumono precipuo rilievo: l'assistenza tecnica fornita ai concorrenti sull'operatività del portale; la chiara indicazione da parte del portale informatico (già utilizzato nella precedente fase di gara) del limite massimo consigliato, il cui superamento, come già sottolineato, non può che comportare rallentamenti nelle procedure di caricamento (e cioè ciò che si è verificato); come già osservato, le indicazioni dei documenti di gara relative alla dimensione dei *files* sufficienti alla presentazione dell'offerta.

Argomentano le ricorrenti principali che nessuno di questi elementi è stato invece considerato dalla stazione appaltante.

Per quanto riguarda i concorrenti, lamentano le esponenti, manca un qualsiasi tipo di analisi: nonostante l'affermazione per cui i concorrenti «*devono farsi parte diligente nel presentare correttamente e tempestivamente la propria offerta*», la parte resistente non ha poi indagato né motivato in merito al rispetto di tale canone di diligenza.

Eppure, la resistente disponeva già degli elementi per valutare: ci si riferisce - evidenziano le esponenti - alle circostanze di fatto costituite dall'avere i concorrenti segnalato il supposto "*problema tecnico*" quando il termine per presentare offerta era già decorso; inoltre, uno dei concorrenti ha persino ammesso quello che si ricava già dalla tempistica delle citate segnalazioni, e cioè che la procedura di presentazione dell'offerta è stata avviata a termini quasi scaduti («*Alle ore 11.55, infatti, pur avendo cliccato il tasto "invio offerta" è comparsa la finestra di mancata trasmissione*», 5 minuti prima della scadenza del termine di 76 giorni).

Nonostante la resistente abbia preso atto di questi elementi di fatto, si è poi astenuta dal valutarli, rendendo la motivazione contraddittoria e carente.

Tutte queste mancanze delineano, poi, un evidente difetto di istruttoria. A sottolineare la già evidente mancanza di diligenza in capo al RTI Pizzarotti - e, conseguentemente, la gravità del censurato difetto di istruttoria - concorrono ulteriori circostanze che emergono dalla documentazione presentata dalla controinteressata nel corso del giudizio instaurato con ricorso del 6 marzo

2019 (e che Save S.p.a. avrebbe potuto e dovuto acquisire attraverso una adeguata istruttoria): la cauzione provvisoria è stata firmata alle 11.15 del giorno stesso della scadenza.

Ne risulta comprovata la mancanza di diligenza del RTI Pizzarotti, che si è ridotto all'ultimo momento non solo per il caricamento della documentazione dell'offerta, ma persino nella formazione della stessa documentazione; dal messaggio inviato alle 11.40 del giorno della scadenza all'indirizzo save-procurement@bravosolution.com si evince che, dopo appena 25 minuti dalla firma della cauzione provvisoria, l'ATI Pizzarotti si era già resa conto dell'impossibilità di caricare documenti superiori alle dimensioni indicate e aveva già parlato con un "incaricato" (non è chiaro se si tratti dell'assistenza tecnica); pertanto, se il concorrente non avesse iniziato la predisposizione dell'offerta così a ridosso alla scadenza, avrebbe avuto il tempo di gestire la procedura telematica.

Invece, l'ATI Pizzarotti ha dovuto chiedere "*urgente riscontro*" a 20 minuti dalla scadenza (peraltro rispetto ad un messaggio privo di domande).

Dallo stesso documento si evince un'ulteriore mancanza di diligenza, significativa dell'errato uso del sistema informatico da parte del RTI Pizzarotti: il concorrente ha cercato di contattare la stazione appaltante tramite messaggio ad un indirizzo di posta elettronica, invece che attraverso il sistema di messaggistica del portale acquisti, chiaramente indicato dal disciplinare di gara e dalla lettera di invito quale unico sistema di comunicazione con la stazione appaltante.

Da ultimo, osservano le esponenti, risulta contraddittoria la motivazione in quanto basata sulle segnalazioni dei concorrenti: mentre RTI Itinera rende conto di un messaggio di errore riguardante il caricamento dei *files*, «*di dimensioni non accettate dal sistema*», RTI Pizzarotti basa la propria tardività su un diverso problema, e cioè un messaggio di errore per «mancata trasmissione» (enfasi aggiunta) dell'offerta complessiva, e non del caricamento dei *files*, né quest'ultimo fa alcun riferimento alle dimensioni dei singoli *files* caricati.

Si tratta di elementi eterogenei, che la stazione appaltante riconduce all'unica problematica della dimensione massima accettata per il caricamento dei singoli *file* senza indagare o motivare in merito alla natura di questo secondo problema, che non pare affatto giustificato da questioni afferenti alla diversa fase del caricamento.

Concludono le ricorrenti principali che il provvedimento di riapertura risulta illegittimo e va annullato, in quanto adottato in assenza di adeguata istruttoria e in violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990.

Le esponenti hanno ulteriormente argomentato in ordine alle censure proposte con memoria di replica.

Le parti resistente e controinteressate ricorrenti incidentali hanno argomentato in ordine all'infondatezza delle censure.

6.1. Il motivo è infondato.

Quanto al comportamento diligente di Save S.p.a., v'è da osservare che l'assenza di indicazioni preventive nella *lex specialis* (e nello stesso portale informatico) sul limite dimensionale dei *files* da caricare - elemento che costituisce indubbiamente violazione dell'obbligo della stazione appaltante di *mettere l'operatore economico in condizione di partecipare alla gara* (cfr. *supra*) - ha finito per rendere privi di concreta efficacia i diversi e ulteriori strumenti forniti ai concorrenti per operare sul portale.

Si deve infatti ribadire (cfr. punto 4.1. in Diritto) che: l'assistenza tecnica fornita ai concorrenti opera di regola in chiave "successiva" (al verificarsi di un problema) e che il disservizio occorso avrebbe potuto essere efficacemente neutralizzato *ex ante* segnalando sin dall'inizio i limiti massimi dimensionali dei *files* da caricare; tali limiti dimensionali – è bene ribadirlo – non erano indicati né nella *lex specialis* né nel portale informatico; solo in fase di "caricamento" il portale forniva delle indicazioni di tipo tecnico dal tenore tutt'altro che stringente ("[…] *E' consigliabile inserire allegati non superiori a 10 MB*"); non è stato dimostrato dalle esponenti che in sede di pre-qualifica siano stati caricati *files* - per dimensioni - analoghi a quelli caricati in fase di gara e che già in fase

di pre-qualifica si erano manifestati simili inconvenienti; non si rivelano utili la suddivisione dei *files* e la creazione di cartelle "zippate" (fermo quanto già detto sul fatto che per il disciplinare di gara "[…] *i file da caricare sul Portale Acquisti non dovranno essere compressi digitalmente (i.e. non dovranno essere "zippati")* […]") posto che, in difetto di chiare indicazioni sui limiti dimensionali, in definitiva presuppongono che l'operatore agisca "al buio" (ignorando il peso massimo dei *files* accettato dal sistema).

Quanto alla affermata mancanza di diligenza del RTI Pizzarotti va osservato che:

- come risulta dalla comunicazione delle ore 12:56, alle ore 11:55 è stato cliccato il tasto "Invia Offerta", con la conseguenza che in assenza del disservizio tecnologico legato ai più volte richiamati limiti dimensionali, la presentazione sarebbe stata tempestiva;
- il problema tecnico è stato segnalato con comunicazione delle ore 11:40 (cfr. *infra*), dunque prima dello spirare del termine;
- la cauzione provvisoria è stata "firmata" (sostengono le esponenti) ovvero "validata" (sostiene Impresa Pizzarotti & C. S.p.a.) alle ore 11:15 e, quindi, in un momento temporale che avrebbe consentito senz'altro allo stesso operatore economico di rispettare il termine di scadenza ove non si fossero verificati gli inconvenienti di cui si è detto (dovendosi ribadire, sul punto, la giurisprudenza sopra richiamata sulla piena ed integrale fruibilità dei termini perentori di presentazione delle offerte);
- quanto al sopra richiamato messaggio inviato alle ore 11:40 dalla stessa Impresa Pizzarotti & C. S.p.a., da esso si trae che è proprio il fatto che il suddetto operatore economico abbia "scoperto" a sue spese – nell'imminenza della scadenza del termine - dell'esistenza di limiti dimensionali dei *files* a rendere estremamente rilevante, ai fini di interesse, l'omessa informazione (previa) da parte della stazione appaltante di tale regola tecnica per il corretto utilizzo del portale; anche in relazione a suddetto punto si deve ribadire

l'orientamento concernente la piena ed integrale fruibilità dei termini perentori di presentazione delle offerte;

- quanto all'invio del messaggio di posta elettronica (alle ore 11:40) da parte della medesima Impresa Pizzarotti & C. S.p.a., esso è espressivo di uno sforzo diligente superiore a quello dovuto: ed invero, il disciplinare di gara (pag. 4) prevede che per "[…] *quesiti di natura informatica, connessi alle modalità di utilizzo del Portale* […] *si rinvia all'Assistenza Tecnica al numero di telefono 800 125 549* […]" e che "*Per ricevere supporto durante la fase di registrazione, abilitazione, inserimento della domanda di partecipazione on line, contattare l'Assistenza Tecnica al numero di telefono 800 125 549, da lunedì a venerdì dalle 9:00 alle 18:00*" (pag. 2).

Dunque, il predetto operatore economico non ha solo contattato telefonicamente la stazione appaltante – come risulta dal predetto messaggio – ma ha anche segnalato per iscritto l'inconveniente occorso.

Infine, contrariamente a quanto osservato dalle ricorrenti principali, nell'avversato provvedimento di riapertura dei termini datato 6 febbraio 2019 un "comune denominatore" permette di assimilare le comunicazioni datate 31 gennaio 2019 degli operatori economici controinteressati ricorrenti incidentali: ed invero, il messaggio delle ore 12:23 evidenzia che il sistema telematico non aveva "[…] *consentito il caricamento essendo i file di dimensione non accettate* […]" ed il messaggio delle ore 12:56 segnalava "[…] *notevoli problemi di natura tecnica ai fini del caricamento dei documenti necessari alla presentazione dell'offerta* […]".

In sintesi, la criticità emersa nel corso dell'*upload* ha accomunato le operazioni tentate - in modo sterile - dai due concorrenti.

Appare coerente, dunque, la successiva analisi di Save S.p.a. circa l'assenza di malfunzionamenti (in senso stretto), la sussistenza di limiti dimensionali (non previamente indicati) incidenti sull'operazione di caricamento dei *files* e sui conseguenti impedimenti o rallentamenti incontrati dagli stessi concorrenti.

7. Il Collegio, a questo punto, procede all'esame del settimo motivo con il quale le ricorrenti principali deducono i vizi di *Violazione art. 3 della legge*

241/1990 – violazione artt. 83, 94 e 95 del d.lgs. 50/2016 – Eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza e contraddittorietà dell'istruttoria, violazione della lex specialis.

Con la prima censura le esponenti evidenziano che la data della garanzia prodromica al rilascio dell'anticipazione finanziaria, rilasciata dalla assicurazione Zurich al RTI Pizzarotti, è quella del 6 febbraio 2019.

Ne consegue che alla data ultima per la presentazione delle offerte il predetto raggruppamento non solo non ha presentato la propria offerta ma non disponeva della garanzia prodromica al rilascio dell'anticipazione finanziaria.

Tuttavia, nel provvedimento di riapertura dei termini in data 6 febbraio 2019 risulta espressamente riportato (dichiarato dal RTI Pizzarotti) che l'unico documento non caricato per malfunzionamento era quello della cauzione provvisoria; l'offerta - sostengono le esponenti - quindi era mancante della garanzia ed andava esclusa.

Inoltre, il RTI Pizzarotti ha dichiarato la completezza della documentazione alla data di scadenza del termine dell'offerta il 31 gennaio 2019: evidente la falsità della dichiarazione, posto che la garanzia non esisteva ancora e quindi non poteva essere parte della documentazione, sicché questa non era completa.

Per le esponenti, in conclusione è evidente: il travisamento dei fatti e la carenza dell'istruttoria della stazione appaltante, che dava atto della mancanza della sola cauzione provvisoria; l'irricevibilità dell'offerta, perché incompleta; infine, che l'offerta poteva essere caricata tempestivamente e non lo è stata perché alcuni documenti essenziali alla sua validità semplicemente non esistevano.

Con la seconda censura le esponenti, dopo aver richiamato il contenuto del verbale 10 relativo alla seduta riservata del 5 giugno 2019, ed in particolare il giudizio della commissione tecnica con riferimento al subelemento 1.4, relativo alla riqualifica della hall arrivi landside al piano terra dell'aerostazione esistente in fase 2 (elemento in relazione al quale le esponenti hanno

conseguito 0 punti, mentre all'ATI Pizzarotti sono stati assegnati punti 2 e all'ATI Itinera punti 1,9), hanno lamentato che la ragione per la quale la miglioria proposta non sarebbe stata ritenuta accettabile resta misteriosa; inoltre, osservano le esponenti, le migliorie erano escluse per i subelementi "1.1.", "1.2.", "1.3." e "1.6." ma tale divieto manca del tutto per il sub-elemento "1.4.".

Le esponenti, infine, ritengono che avrebbero dovuto conseguire un punteggio almeno analogo a quello degli altri partecipanti, avendo proposto, oltre ad alcune misure gestionali ed organizzative, una soluzione migliorativa tecnica che avrebbe evitato del tutto la scarifica del massetto esistente, con notevole beneficio in termini di riduzione dell'impatto dovuto a rumore, polveri e durata delle opere all'interno dell'area oggetto di intervento.

Le esponenti hanno ulteriormente argomentato in ordine alle censure proposte con memoria di replica.

Le parti resistente e controinteressate ricorrenti incidentali hanno contrastato le argomentazioni delle ricorrenti principali.

7.1. Le censure sono prive di base.

Quanto alla prima, deve essere osservato come nessuna falsità connoti la dichiarazione del RTI Pizzarotti – come riportata nell'avversato provvedimento del 6 febbraio 2019 - circa la completezza della documentazione alla data di scadenza del termine dell'offerta il 31 gennaio 2019.

Ed invero, alla predetta data il RTI Pizzarotti non disponeva affatto della garanzia prodromica al rilascio dell'anticipazione finanziaria (che le sarebbe stata rilasciata solo il successivo 6 febbraio 2019) e, quindi, la dichiarazione attinente al fatto che l'unico documento non caricato era quello della cauzione provvisoria non poteva che riferirsi alla documentazione di cui lo stesso operatore economico – in quel frangente – aveva la disponibilità (con esclusione di quella garanzia, dunque).

Peraltro, la mancanza della garanzia in questione (alla data del 31 gennaio 2019) non avrebbe comportato alcuna conseguenza sul piano della partecipazione alla gara: ed infatti, la lettera di invito prevede al punto 8.3. che i concorrenti avrebbero dovuto allegare una relazione all'interno della busta digitale "Risposta tecnica", con una serie di informazioni, fra le quali – capitolo 7 (pag. 24) – quelle concernenti l'affidabilità in relazione alla garanzia fideiussoria prodromica al rilascio dell'anticipazione *ex* art. 35, comma 18, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (nella versione vigente *ratione temporis*: "*Sul valore del contratto di appalto viene calcolato l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20 per cento da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio dei lavori. L'erogazione dell'anticipazione è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma dei lavori* […]").

In particolare, i concorrenti avrebbero dovuto produrre una dichiarazione di impegno da parte di uno dei soggetti previsti dal cit. art. 35, comma 18, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 relativa al rilascio di garanzia bancaria o assicurativa prodromica alla corresponsione dell'anticipazione del corrispettivo contrattuale stabilito dalla norma stessa in caso si aggiudicazione (fissando contestualmente i criteri, in ordine decrescente di gradimento), premiando tale affidabilità con un massimo di due (2) punti (cfr. pag. 31 della lettera di invito).

Orbene, la predetta dichiarazione di impegno era richiesta solo ai fini dell'assegnazione del punteggio dell'offerta tecnica (due punti su complessivi settanta), con la conseguenza che - al massimo - la mancata allegazione della dichiarazione *de qua* avrebbe precluso l'ottenimento del punteggio previsto *in parte qua* dalla *lex specialis*.

Solo per completezza si evidenzia che, avendo Save S.p.a. riaperto il termine per la presentazione delle offerte – con decisione che si è rivelata esente dai vizi denunciati: cfr. *supra* – la dichiarazione in questione proposta dal

concorrente poi aggiudicatario è stata valutata dalla commissione (con l'assegnazione di 0,57 punti contro i 2 punti attribuiti alle ricorrenti principali).

In relazione alla seconda censura essa è innanzitutto inammissibile per carenza di interesse, non superando la c.d. *prova di resistenza*.

Ed invero, sul piano astratto, anche riconoscendo a Salini Impregilo S.p.a. e Consorzio Integra Società Cooperativa gli agognati due (2) punti per il subelemento 1.4. e sottraendo i due (2) punti assegnati all'aggiudicataria non risulterebbe colmato il divario cristallizzato negli atti di gara rispetto al punteggio dell'offerta tecnica di ATI Pizzarotti (48,622, contro i punti 42,692 dell'offerta tecnica delle esponenti) e rispetto al punteggio totale (78,62, contro i punti 49,99 delle esponenti).

E comunque la censura è priva di base.

Il punto 8.3., capitolo 1, della lettera di invito (pagg. 11 e ss.) si riferisce alle "*migliorie finalizzate alla riduzione degli impatti sulla operatività aeroportuale*" che il concorrente doveva illustrare nella relazione tecnica "[…] *ferme restando le caratteristiche e i requisiti minimi previsti nel capitolato speciale di appalto* […]"; il sub-elemento 1.4 concerne la "*Riqualifica della hall arrivi landside al piano terra dell'aerostazione esistente in fase 2*"; il capitolo 2.4 (pag. 14 della lettera di invito), concernente le "*migliorie finalizzate alla durabilità delle strutture in carpenteria metallica*", stabilisce ("*Esclusioni*") che non potrà essere oggetto di migliorie – tra gli altri - l'elemento costruttivo n. 5 - "*pavimentazione della hall arrivi landside al piano terra dell'aerostazione esistente in marmo di Chiampo con inserti in Nero Marquinia come previsto dal CSA*".

Orbene, il capitolato speciale d'appalto parte tecnica (pag. 343) prevede l'impiego di pietra naturale del tipo marmo Chiampo "*di spessore minimo 30 mm.*".

Tuttavia, la relazione tecnica dell'ATI Salini (pag. 4) propone l'utilizzo di "*lastre composite di 2 cm. di spessore di pietra di Chiampo con inserti in Nero Marquinia*", ed in particolare un pannello alveolare tipo ALUCELL serie

GRID EPOX dello spessore di *1 cm* cui accoppiare una lastra in pietra di *1 cm.*: appare evidente che lo spessore della pietra è inferiore a quello stabilito.

In conclusione, il giudizio avversato risulta esente dai vizi denunciati: ed invero, secondo costante indirizzo giurisprudenziale, la valutazione delle offerte tecniche come pure delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta quanto alla sua efficienza e alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2019, n. 6793), nella fattispecie insussistenti.

8. L'infondatezza dei primi cinque nonché del settimo motivo del ricorso introduttivo del giudizio rende superfluo l'esame del sesto motivo di gravame, con il quale la ricorrente principale censura la scelta di Save S.p.a. di disporre il soccorso istruttorio rispetto alla mancanza nell'offerta del RTI Itinera della dichiarazione di impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva in caso di aggiudicazione.

Giova sul punto ricordare che il RTI Itinera nella graduatoria occupa la seconda posizione (con punteggio totale di 51,87).

Orbene, in tutti i procedimenti concorsuali, ivi comprese le procedure per l'affidamento degli appalti pubblici, per aver interesse alla contestazione delle operazioni di gara, quando ovviamente non si tratti della caducazione dell'intera procedura, deve risultare, almeno in modo plausibile, che il ricorrente è in grado soddisfare la pretesa sostanziale fatta valere mediante il conseguimento del bene della vita perseguito (arg. *ex* T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 27 dicembre 2019, n. 6162).

Ne consegue che laddove la domanda del ricorrente sia volta al conseguimento dell'aggiudicazione dovrà l'interessato dimostrare che l'accoglimento del proposto ricorso implicherebbe, appunto, il conseguimento del bene della vita, *id est* l'affidamento dell'appalto: nel caso in esame, si è però

già detto che l'infondatezza dei motivi di ricorso esaminati preclude alle ricorrenti principali di pervenire all'esito agognato, donde la superfluità dell'esame del sesto motivo di ricorso.

9. In conclusione, il mancato accoglimento dell'azione demolitoria determina, in via conseguenziale, il rigetto della domanda di risarcimento in forma specifica (in ragione del difetto di caducazione dell'aggiudicazione) e per equivalente economico (atteso che in assenza di declaratoria di illegittimità degli atti gravati, si palesa priva del requisito imprescindibile dell'antigiuridicità del fatto ritenuto foriero di danno).

Pertanto, il ricorso introduttivo del giudizio va respinto in ogni sua domanda mentre i ricorsi incidentali proposti da Itinera S.p.a. e Impresa Pizzarotti & C. S.p.a. risultano improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse: quale conseguenza della infondatezza del ricorso introduttivo del giudizio, si può dunque prescindere dall'esame delle censure introdotte con i richiamati strumenti processuali, non potendo le ricorrenti incidentali ritrarre dall'eventuale accoglimento di essi alcuna utilità ulteriore.

10. La peculiarità della vicenda contenziosa consente di far luogo alla compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo del giudizio e sui ricorsi incidentali, come in epigrafe proposti, così provvede:

- respinge il ricorso introduttivo del giudizio proposto da Salini Impregilo S.p.a. e Consorzio Integra Società Cooperativa;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto da Itinera S.p.a.;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto da Impresa Pizzarotti & C. S.p.a..

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Giovanni Giuseppe Antonio Dato	**Maddalena Filippi**

IL SEGRETARIO