

Publicato il 07/02/2020

N. 01710/2020 REG.PROV.COLL.
N. 12878/2019 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 Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 12878 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Multiservizi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliano Di Pardo e Francesca Isgro', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marina Di Luccio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, nonché in Roma, via del Tempio di Giove 21;

Roma Capitale, Dipartimento Risorse Economiche, Direzione per la Gestione delle Entrate Extra Tributarie non costituito in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determina Dirigenziale rep. N. QB/2018/14942 del 31.10.2018 di indizione della "procedura di dialogo competitivo per l'affidamento dei servizi di ricerca dei

soggetti residenti all'estero responsabili di violazioni alle norme del codice della strada, delle attività di notificazione del verbale e recupero credito internazionale per conto di Roma Capitale” CIG 76767996F0;

- del bando pubblicato sulla Guri n. 132 del 12.11.2018;
- dell'avviso di preinformazione licenziato dalla stazione appaltante per lo svolgimento del dialogo competitivo;
- della Determina Dirigenziale rep. N. QB/420/2019 del 16.1.2019 di rettifica della Det. Dir. rep. N. QB/2018/14942;
- della Delibera di G.C. n. 143 del 19.7.2018;
- della Determina Dirigenziale rep. N. QB/808/2019 di rettifica della lex specialis;
- di tutti i chiarimenti pubblicati dalla stazione appaltante, anche di estremi e contenuti non conosciuti;
- della relazione unica ex art. 99 e 139 del d.lgs. 50/2016;
- del Capitolato Speciale Descrittivo e Prestazionale;
- del disciplinare di gara;
- del protocollo di legalità;
- di tutte le norme tecniche e di funzionamento della piattaforma “TuttoGare” utilizzata da Roma Capitale al 15.12.2018, al 16.12.2018, al 12.1.2019, al 23.2.2019, al 10.9.2019;
- dell'avviso di apertura plichi il 18.3.2019;
- di tutti i verbali di gara, ivi inclusi quelli del 18 e 20 marzo, 12 aprile 2019, per la valutazione delle istanze di partecipazione;
- di tutti i verbali di gara, ivi inclusi quelli del 16-17-18 aprile 2019, relativi agli incontri con gli operatori economici ammessi alla seconda fase del dialogo;
- della Determina Dirigenziale rep. N. 4568 del 12.4.2019, di ammissione di quattro concorrenti alla seconda fase del dialogo competitivo;
- della Determina Dirigenziale rep. N. QB/510244/2019 del 10.5.2019 di sostituzione del Rup;

- della documentazione di gara formata a seguito degli incontri con gli operatori economici e pubblicata il 24.6.2019;
- della Determina Dirigenziale rep. N. QB/2019/8699 del 26.6.2019 di integrazione della Determina Dirigenziale rep. N. QB/2018/14942;
- degli Addendum n. 1 e n. 2 di rettifica della lex specialis del 9 e 19 luglio 2019;
- della Determina Dirigenziale rep. N. 9137 del 22.7.2019 per la nomina della commissione;
- della proroga di scadenza delle offerte dal 30.7.2019 al 2.8.2019;
- dell'avviso del 31.7.2019 con cui è stata comunicata la presentazione della Busta A per il 2.8.2019;
- del verbale del 2.8.2019 prot. 832667;
- di tutti gli allegati (DGUE, modello offerta economica, ecc.) alla documentazione di gara;
- dell'avviso prot. n. 852666 del 27.8.2019, relativo alla seduta pubblica per apertura busta soccorso istruttorio società Sarida;
- del verbale del 5.9.2019, in cui il Rup ha proposto l'ammissione della società Sarida;
- della Determina Dirigenziale rep. N. QB/12202/2019 del 5.9.2019;
- dell'avviso prot. n. 881418 del 9.9.2019 che informa della scadenza per la presentazione delle offerte tecniche ed economiche per il 20.9.2019;
- della nota prot. n. 912797 del 27.9.2019, con cui Roma Capitale ha comunicato di aver richiesto la trasmissione della documentazione afferente la presentazione dell'offerta;
- della nota prot. n. QB/911189 del 27.9.2019 con cui Roma Capitale ha trasmesso quanto inoltrato dalla società Multiservizi Srl;
- della nota prot. n. QB/920543 del 2.10.2019 con cui Roma Capitale ha acquisito la documentazione afferente la presentazione dell'offerta di Multiservizi Srl;
- della nota di Roma Capitale prot. n. 923224 del 3.10.2019 recante diniego di soccorso istruttorio;

- di tutti gli atti, verbali, relazioni, di estremi e contenuti non conosciuti, formati ed acquisiti da Roma Capitale per valutare l'ammissibilità dell'offerta di Multiservizi Srl;
 - del diniego, anche implicito, all'accesso esercitato da Multiservizi Srl a tutti gli atti formati ed acquisiti da Roma Capitale per valutare l'ammissibilità dell'offerta;
 - della Determina Dirigenziale rep. N. QB/15040/2019 del 10.10.2019 recante esclusione della società Multiservizi Srl dalla gara;
 - Della nota prot. n. 940157 del 11.10.2019, con cui Roma Capitale ha calendarizzato per il 14.11.2019 la seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche ed economiche;
 - della Determina Dirigenziale rep. N. QB/15098/2019 del 14.10.2019 recante nomina della commissione;
 - nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti dall'odierna ricorrente;
- per quanto riguarda i motivi aggiunti:
della Determina Dirigenziale rep. N. QB/2018/14942 del 31.10.2018 di indizione della "procedura di dialogo competitivo per l'affidamento dei servizi di ricerca dei soggetti residenti all'estero responsabili di violazioni alle norme del codice della strada, delle attività di notificazione del verbale e recupero credito internazionale per conto di Roma Capitale" CIG 76767996F0 e altri documenti meglio specificati in epigrafe.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2020 il dott. Filippo Maria Tropiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1.La società ricorrente ha impugnato, unitamente a tutti gli atti connessi e/o presupposti, l'esclusione disposta dagli uffici comunali dalla procedura di dialogo competitivo *de qua*, "per l'affidamento dei servizi di ricerca dei soggetti residenti all'estero responsabili di violazioni alle norme del codice della strada, delle attività di notificazione del verbale e recupero credito internazionale per conto di Roma Capitale".

Ha contestualmente contestato l'illegittimità dell'intera gara, per violazione del principio di segretezza delle offerte come evincibile dal combinato disposto di cui agli artt. 29, 53 e 64 D.Lgs 50/2016.

In ricorso, la deducente ha dapprima provveduto a descrivere la natura e le modalità della procedura, caratterizzata dall'invio della domanda di partecipazione e dell'offerta in modalità telematica, attraverso l'utilizzo della piattaforma in uso a Roma Capitale e denominata "TuttoGare".

Quindi ha analiticamente descritto lo svolgimento della gara, alla cui seconda fase essa istante è stata ammessa e, segnatamente, ha altresì ricordato le varie fasi inerenti la presentazione della propria offerta, mediante caricamento sulla piattaforma telematica/server in uso alla stazione appaltante.

Ha quindi contestato la ritenuta tardività dell'invio dell'offerta, che gli uffici comunali hanno ricollegato ad un asserito ritardo nell'invio della "Conferma di Partecipazione", il quale sarebbe avvenuto dopo le ore 12 del giorno 20 settembre 2019 (termine ultimo di invio telematico delle offerte).

Più in particolare, il suddetto ritardato invio della conferma di partecipazione (mediante pressione sul relativo tasto) avrebbe causato il "blocco" dell'offerta tecnica e di quella economica, caricate poco prima mediante upload sulla piattaforma informatica.

L'istante ha contestato l'esclusione della propria offerta, nonché la mancata attivazione del soccorso istruttorio, assumendo la sostanziale tempestività e completezza dell'invio telematico e/o della presentazione dell'offerta, come meglio esposto in atti; deducendo, in ogni caso un malfunzionamento del sistema, che

avrebbe rallentato le riferite operazioni.

Ha articolato, a tal fine il seguente cumulativo motivi di gravame:

1. Violazione e falsa applicazione D.Lgs 50/2016; violazione e falsa applicazione D.Lgs 82/2005; violazione delle regole e dei principi in materia di favor participationis, di leale collaborazione tra privato e P.A., di ragionevolezza; difetto di istruttoria e di motivazione; eccesso e sviamento di potere;

Sotto altro aspetto, ha contestato la legittimità dell'intera gara, proponendo la seguente censura:

2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 53 e 64 D.Lgs 50/2016; violazione della lex specialis; Violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost; violazione dei principi di efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità nei pubblici incanti.

Ha ritenuto infatti la ricorrente che l'intera procedura sarebbe illegittima, posto che l'amministrazione ha pubblicato l'identità dei concorrenti invitati a presentare l'offerta, così pregiudicando l'anonimato degli stessi sino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, come meglio esposto in ricorso.

Ha dunque concluso per l'annullamento degli atti gravati, insistendo per la concessione di idonea misura cautelare.

Si è costituita Roma Capitale, controdeducendo come da memoria depositata in data 31 ottobre 2019 e chiedendo il rigetto del ricorso.

All'esito della camera di consiglio del 6 novembre 2019, il Collegio ha emesso l'ordinanza n. 12915/2019, con la quale ha disposto una CTU, volta ad accertare i profili di fatto rilevanti ai fini della decisione della controversia ed ha nominato all'uopo il Dott. Ing. Marco Testi, perito tratto dall'Albo dei Consulenti Informatici del Tribunale Penale di Roma.

Il Collegio ha posto i quesiti meglio trascritti in atti, rinviando per il prosieguo della trattazione della fase cautelare alla camera di consiglio dell'8 gennaio 2020.

In data 30 dicembre 2019, il CTU ha depositato l'elaborato peritale.

La causa è stata discussa e trattenuta in decisione alla riferita camera di consiglio dell'8 gennaio 2020.

2. Tanto sinteticamente premesso in fatto, rileva il Collegio l'infondatezza del ricorso.

All'esito delle risultanze peritali, coerenti nell'iter logico e nelle conclusioni derivate, è stata definitivamente accertata la esatta sequenza temporale della varie fasi di presentazione dell'offerta telematica:

alle ore 11:35:16 la ricorrente ha provveduto ad inviare una richiesta di accesso verso il server (pulsante login);

alle ore 11:47:06 la ricorrente ha inviato al server la richiesta della busta B), relativa all'Offerta Tecnica (il tutto mediante frazionamento dei file, inviate in due "spezzoni");

alle ore 11:47:08 risulta l'invio dal client della richiesta di caricamento dell'Offerta Tecnica (pulsante "carica documentazione");

alle ore 11:49:19 risulta l'invio dal client verso il server della richiesta di caricamento della pagina Modulo.php (pulsante "ritorno al pannello"), passo essenziale per poter inviare la seconda busta;

alle ore 11:59:52 risulta l'invio dal client verso il server della richiesta di caricamento della busta C) relativa all'Offerta Economica;

alle ore 11:59:52 risulta l'invio dal client della richiesta di caricamento Offerta Economica (pulsante "carica documentazione");

alle ore 11:59:57 risulta l'invio dal client verso il server di caricamento della pagina Modulo.php (pulsante "ritorno al pannello");

alle ore 12:00:13 risulta l'invio dal client della richiesta "Invia la Partecipazione".

E' cioè emerso che il caricamento delle offerte mediante upload è stato ultimato solo alle ore 11:59:52; mentre l'azione di conferma finale della partecipazione, tramite il tasto "Invia Partecipazione", è stata iniziata dall'utente solo alle ore 12:00:13.

Ciò posto, deve osservarsi come la legge di gara richiedeva espressamente che,

entro l'orario di scadenza, fosse completato, a cura dell'offerente, tutto il procedimento integrale, sia di caricamento delle offerte, che dell'invio della conferma di partecipazione (v. pag. 2 del disciplinare, pag. 28 delle norme tecniche; pag. 27 delle stesse norme tecniche; par. 13.2 lettera m).

I partecipanti erano ben avvertiti dell'onere di tempestiva attivazione, proprio perché atteggiandosi la presentazione dell'offerta quale fattispecie complessa da perfezionarsi integralmente (caricamento mediante upload e conferma mediante il tasto "Invio Partecipazione"), il dovuto sforzo diligente andava compiuto in tempo utile rispetto all'orario di scadenza (inderogabilmente fissato alle ore 12,00 del 20 settembre 2019).

Detto altrimenti, gli offerenti erano ben consapevoli del fatto che non era sufficiente il mero caricamento dei file, ma occorreva l'indispensabile invio della conferma della domanda di partecipazione.

Tale conformazione della procedura di presentazione dell'offerta, come ben spiega il CTU nelle conclusioni dell'elaborato peritale, era prevista proprio a favore degli utenti, in quanto consentiva agli offerenti di controllare le informazioni caricate, eventualmente modificandole, in attesa della successiva necessaria conferma.

Il procedimento era dunque connaturalmente strutturato in maniera "invertita", perché prima bisognava caricare le offerte (in tempo utile) e quindi (sempre entro il termine) inviare la Conferma di Partecipazione.

Ciò posto, si osserva che il completamento del procedimento de quo non risulta essere stato ultimato dalla ricorrente in tempo utile, in quanto, indubitabilmente, la richiesta di invio della partecipazione è avvenuta 13 secondi oltre la scadenza inderogabile del termine; il che ha provocato il blocco delle stesse offerte (tecnica ed economica) previamente caricate.

3. Alla luce delle superiori considerazioni, reputa il Collegio che le censure esposte in ricorso non possano essere condivise.

Le modalità di presentazione dell'offerta appaiono congruamente confezionate

dalla stazione appaltante, in coerenza con le caratteristiche tecniche che caratterizzano la procedura de qua.

La società ricorrente si è attivata solo a ridosso dell'orario di scadenza, non completando la procedura integrale in tempo utile, solo riuscendo a caricare i file delle offerte entro l'orario di scadenza.

Alcuna lesione del principio di proporzionalità ovvero di *favor participationis* pare rinvenibile nella legge di gara e negli atti susseguenti assunti dall'amministrazione, anche considerando il sufficiente lasso di tempo di cui godevano i partecipanti per presentare le offerte.

Né risultano malfunzionamenti della piattaforma nella ricezione della documentazione di gara.

Premesso che alcun malfunzionamento del sistema è stato attestato dal gestore "Studio Amica" ovvero dal gestore della piattaforma di Eprocurement TuttoGare, la stessa CTU ha escluso anomalie di sorta.

Si aggiunga che il riferito malfunzionamento del sistema è stato altresì dedotto dall'istante in maniera meramente generica ed ipotetica, senza allegare o proporre un sia pur minimo principio di prova.

Per altro, quando anche si ammettesse un rallentamento del sistema che avesse ritardato le operazioni,

va ricordato che, nell'ambito delle procedure informatiche, tali rallentamenti, fisiologici in tale tipo di trasmissioni, costituiscono un'evenienza che resta a carico del soggetto partecipante, il quale deve premunirsi e mettere in essere le dovute attività (strumentali all'adempimento dell'incombente telematico), in tempo utile, e premunendosi anche e soprattutto rispetto a tali inconvenienti.

In materia di procedure amministrative telematiche, va infatti affermato il principio dell'equa ripartizione, tra soggetto partecipante e amministrazione procedente, del "rischio tecnico" di inidoneo caricamento e trasmissione di dati su piattaforma informatica ("rischio di rete" dovuto alla presenza di sovraccarichi o cali di performance della rete e "rischio tecnologico" dovuto alle caratteristiche di sistemi

operativi software utilizzati dagli operatori), secondo criteri di autoresponsabilità dell'utente, su cui grava l'onere di pronta e tempestiva attivazione delle procedure, sì da capitalizzare il tempo residuo, con la sola esclusione dei malfunzionamenti del sistema imputabili al gestore (quali fermi del sistema ovvero mancato rispetto dei livelli di servizio), per i quali non può che affermarsi la responsabilità del gestore / amministrazione (CdS Sez. III 2 luglio 2014 n. 3329; Sez. V 29 dicembre 2014 n. 6416; Sez. I n. 1673/2019).

Detto altrimenti, nel caso di specie, escluso un fermo del sistema imputabile al gestore e dunque all'amministrazione, sussisteva la normale esigibilità, per i partecipanti, di una particolare diligenza nella trasmissione degli atti di gara, da porre in essere con solerte anticipo rispetto alla scadenza, siccome facoltà compensata dalla possibilità d'uso diretto della propria postazione informatica; con la correlata impossibilità di predicare l'accollo in capo alla stazione appaltante dei rischi derivanti dall'uso del modello informatico, a tutto concedere vigendo anche in questo caso le ordinarie regole di suddivisione della responsabilità per attività rischiose (v. precedenti sopra citati).

Va pure soggiunto che, in punto di tempestività e adempimento dello sforzo diligente, neppure possono applicarsi analogicamente al caso di specie i noti principi previsti in tema di notificazione degli atti giudiziari, sotto il profilo della scissione degli effetti, rispettivamente, per il notificante e per il destinatario.

Difetta infatti l'*eadem ratio*, posto che, nel caso di specie, lo sforzo diligente dell'offerente doveva "coprire" l'intero compimento di tutte le operazioni prescritte, si ribadisce, rappresentate dal previo caricamento delle offerte e dall'imprescindibile conferma della partecipazione.

Altrettali considerazioni valgono per la prospettata analogia con la materia elettorale, laddove è stata consentita la presentazione della lista, purchè i candidati abbiano fatto ingresso nella sede comunale entro l'orario prestabilito (v. giurisprudenza citata dal ricorrente).

E' agevole rilevare come, anche in tale ipotesi, lo sforzo diligente di spettanza della parte privata sia da ritenersi compiutamente eseguito laddove il candidato abbia fatto ingresso negli uffici del comune, non potendo ridondare in danno dello stesso le lungaggini legate alle operazioni materiali di ricezione delle liste (in quanto evento alieno alla sua disponibilità e, viceversa, rimesso alla diligenza dell'amministrazione).

Evenienza, tuttavia, per nulla associabile a quella di cui è causa, nella quale, si ribadisce, era imposto al concorrente di completare l'intera sequenza telematica, come prescritta dalla legge di gara.

L'esclusione dell'offerta della ricorrente appare dunque immune dai vizi denunciati in ricorso.

4. Non può essere accolto neppure il secondo motivo, con cui l'istante lamenta l'irregolarità dell'intera procedura, per violazione del principio di segretezza dell'offerta.

Premesso che quella di cui si verte è una procedura di dialogo competitivo, non pedissequamente assegnabile alla procedura ristretta di cui all'art. 53 comma 2, lett. b) del Codice dei Contratti, va detto che l'obbligo di segretezza invocato attiene al contenuto delle offerte e non alla semplice conoscenza dei partecipanti al dialogo.

Peraltro, come correttamente osservato dalla difesa comunale, l'identità dei partecipanti era nota già nel corso delle sedute pubbliche relative alla prima fase della procedura e cioè già nelle sedute del 18 marzo 2019, 28 marzo 2019 e 12 aprile 2019.

Alla stessa seduta pubblica del 2 agosto 2019 erano presenti tutti i rappresentanti dei concorrenti.

Ne consegue che la censura, oltre ad essere per quanto sopra detto infondata, disvela profili pure di inammissibilità, essendo la ricorrente insorta solo a distanza di tempo dalla conoscenza della modalità asseritamente lesiva ed esclusivamente all'esito della disposta esclusione della propria offerta.

5. In conclusione, tutti i motivi di ricorso devono essere ritenuti infondati e, per

l'effetto, il gravame deve essere rigettato.

Le spese seguono la soccombenza, come da liquidazione in dispositivo; mentre il costo della CTU, da liquidarsi con separato provvedimento, restano definitivamente a carico della parte soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente a rifondere le spese di lite in favore di Roma Capitale, che si liquidano in complessivi € 2.000,00 (euro duemila/00), oltre accessori di legge.

Pone il costo della CTU definitivamente a carico della parte soccombente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere

Filippo Maria Tropiano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Filippo Maria Tropiano

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO