

Publicato il 23/11/2020

N. 12406/2020 REG.PROV.COLL.
N. 03264/2020 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

sul ricorso numero di registro generale 3264 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da Ntt Data Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Anna Mazzoncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna, 40;

contro

Consip S.p.A., in persona del Legale Rappresentante Pro Tempore, Rappresentata e Difesa Dall'Avvocatura Generale Stato, Consip S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore non costituiti in giudizio;

Consip S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Pesce, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Bocca di Leone;

nei confronti

Ibm Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Cassamagnaghi, Anna Cristina Salzano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della nota di Consip S.p.A. prot. n. 6516 del 21 febbraio 2020, recante la comunicazione di esclusione del RTI tra NTT DATA Italia S.p.A., quale mandataria, e Pricewaterhousecoopers Public Sector S.r.l., Indra Italia S.p.A., Bitnomos S.r.l., Datafalls S.r.l. e iGenius S.r.l., quali mandanti, dal Lotto n. 1 della procedura aperta “per l'acquisizione dei servizi per la manutenzione, evoluzione e gestione dei sistemi di Data Warehouse e Business Intelligence del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della Corte dei Conti – ID Sigef 1973”;

- della nota del 20 febbraio 2020, a firma del Presidente della Commissione giudicatrice, nella parte in cui reca la proposta di esclusione del RTI tra la mandataria NTT DATA Italia S.p.A. e le mandanti Pricewaterhousecoopers Public Sector S.r.l., Indra Italia S.p.A., Bitnomos S.r.l., Datafalls S.r.l. e iGenius S.r.l. dal Lotto n. 1 della predetta procedura;

- del verbale della seduta riservata della Commissione giudicatrice del 19 febbraio 2020, nella parte in cui viene deliberato di proporre a Consip S.p.A. l'esclusione del RTI tra la mandataria NTT DATA Italia S.p.A. e le mandanti Pricewaterhousecoopers Public Sector S.r.l., Indra Italia S.p.A., Bitnomos S.r.l., Datafalls S.r.l. e iGenius S.r.l. dal Lotto n. 1 della medesima procedura;

per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- del provvedimento – di estremi sconosciuti – con il quale Consip S.p.A. ha disposto l'aggiudicazione del Lotto n. 1 della procedura aperta “per l'acquisizione dei servizi per la manutenzione, evoluzione e gestione dei sistemi di Data Warehouse e Business Intelligence del Ministero dell'Economia e delle Finanze e

della Corte dei Conti – ID Sigef 1973” in favore del costituendo RTI tra la mandataria IBM Italia S.p.A. e le mandanti Sistemi Informativi S.r.l., Sopra Steria Group S.p.A., Consorzio Reply Public Sector, SQS Software Quality Systems Italia S.p.A. e Difesa e Analisi Sistemi S.r.l., dandone comunicazione al RTI NTT DATA con nota prot. n. 18225/2020 del 30 aprile 2020, anch'essa impugnata; per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 16\6\2020:

- delle “Regole del sistema di e-procurement della pubblica amministrazione”, la “Procedura per allegare e verificare documenti con firma digitale – Impresa”, nonché di ogni altro atto e documento pertinente, nelle parti in cui disciplinano il meccanismo di rilevazione e segnalazione delle criticità eventualmente affliggenti le firme digitali apposte sui documenti di offerta;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 14\7\2020:

- del Bando di gara, del Disciplinare di gara e di ogni altro atto o documento pertinente, altresì concernente la gestione e l'operatività del Sistema di e-procurement della pubblica amministrazione, con riferimento alla relativa applicazione nell'ambito del Lotto n. 1 oggetto del presente giudizio – laddove detti atti non disciplinano esaustivamente le modalità di apposizione delle firme digitali sui documenti di offerta e non contemplano/presuppongono la conservazione integrale dei documenti caricati a Sistema dai concorrenti; nonché per la condanna

- al risarcimento di tutti i danni patiti e patienti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ibm Italia S.p.A. e di Consip S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Visto l'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, disciplinante le udienze da remoto;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2020 il dott. Luca Iera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Consip S.p.a. ha bandito, sulla G.U.U.E. n. S 222 del 17.11.2018 e sulla G.U.R.I. 5° Serie speciale - contratti pubblici n. 136 del 21.11.2018, una gara a procedura aperta, da svolgersi mediante sistema telematico, suddivisa in 4 lotti, “per l’acquisizione dei servizi per la manutenzione, evoluzione e gestione dei sistemi di Data Warehouse e Business Intelligence del Ministero dell’Economia e delle Finanze e della Corte dei Conti”.

Il criterio di aggiudicazione di ciascun lotto è fondato sull’offerta economicamente più vantaggiosa con il miglior rapporto qualità/prezzo ai sensi dell’art 95 d.lgs. n. 50/2016. Il valore massimo stimato posto a base di gara era pari a complessivi Euro 114.109.240,90.

Alla gara prevista per l’affidamento del Lotto 1, del valore di Euro 45.029.396,60, hanno partecipato sette operatori economici, tra cui il costituendo RTI tra NTT Data Italia S.p.A. (anche solo “NTT DATA”), quale mandataria, e le mandanti Pricewaterhousecoopers Public Sector S.r.l., Indra Italia S.p.A. (anche solo “Indra”), Bitnomos S.r.l., Datafalls S.r.l. e iGenius S.r.l.

Nel corso della seduta riservata del 19 febbraio 2020, la Commissione di gara “ha accertato che le offerte economiche presentate per i Lotti 1, 2 e 5 risultano carenti della sottoscrizione tramite firma digitale della società mandante Indra Italia S.p.A.”. Ha quindi disposto l’esclusione del concorrente ai sensi del combinato disposto dell’art. 48, comma 8, del d.lgs 50/2016 e dei paragrafi 14.1 e 16 del Disciplinare di gara che sanciscono “a pena di esclusione” la mancata sottoscrizione con firma digitale dell’offerta economica, nel caso di raggruppamento temporaneo non ancora costituito, “da tutti i soggetti che costituiranno il raggruppamento”.

Il concorrente escluso ha impugnato la propria esclusione. In seguito con un primo ricorso per motivi aggiunti ha gravato il provvedimento di aggiudicazione relativo al Lotto 1, con un successivo ricorso per motivi aggiunti ha impugnato “sotto nuovi profili” gli atti di gara, contestando, in relazione alle regole tecniche della piattaforma telematica di gestione della gara, il “meccanismo di rilevazione e segnalazione delle criticità eventualmente affliggenti le firme digitali apposte sui documenti di offerta”, quindi con un terzo ricorso per motivi aggiunti ha impugnato “sotto nuovi profili” i precedenti atti gravati contestando le modalità “di apposizione delle firme digitali sui documenti di offerta”, di “conservazione integrale dei documenti caricati a Sistema” e il conflitto di interesse da parte della società di supporto a Consip nella gestione della piattaforma telematica.

La stazione appaltante si è costituita in giudizio rilevando la tardività del secondo ricorso per motivi aggiunti e, nel merito, dopo aver evidenziato la correttezza dell’operato della Commissione di gara, ha chiesto il rigetto dell’intero gravame. La controparte ha sollevato l’eccezione di tardività del secondo e del terzo ricorso per motivi aggiunti e, nel merito, ha confutato le censure sollevate.

2. All’udienza in camera di consiglio del 3 giugno 2020, il Collegio ha disposto “un approfondimento istruttorio teso a verificare le circostanze di fatto su cui si basano le contestazioni di parte ricorrente in ordine alla dedotta apposizione della firma digitale sull’offerta economica”, nominando a tal fin un consulente tecnico d’ufficio che in data 9 luglio 2020 ha depositato la relazione istruttoria corredata da ampia documentazione.

3. In vista dell’udienza di merito del 18 novembre 2020, le parti si sono scambiate articolate memorie ai sensi dell’art. 73, comma 1, c.p.a.. La causa è stata quindi trattenuta in decisione.

4. Il gravame va respinto.

Con un solo articolato motivo di ricorso la ricorrente afferma l’illegittimità della propria esclusione sulla base dei seguenti assunti: a) che (anche) IDRA avrebbe

sottoscritto l'offerta economica relativa al Lotto 1; b) che laddove l'offerta economica "forse apparsa" priva di sottoscrizione da parte di IDRA la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio in quanto non vi era incertezza sulla provenienza dell'offerta dal Raggruppamento partecipante; c) in data 15 gennaio 2020, il Raggruppamento avrebbe ratificato il contenuto della propria offerta economica confermando la validità dell'originaria offerta mediante la sottoscrizione del documento di "Dichiarazione di conferma dell'offerta" ad opera di tutti i partecipanti al Raggruppamento, tra cui la mandante IDRA; d) la registrazione nel sistema telematico di gestione della gara ad opera di tutti gli operatori economici interessati alla procedura costituiva circostanza idonea "da cui desumere non soltanto l'identificazione dei concorrenti registrati, ma anche la riconducibilità delle offerte ai rispettivi autori".

Il motivo, così come articolato, non è fondato.

A seguito della consulenza tecnica d'ufficio che il Collegio ha disposto è risultato accertato che l'offerta economica del Raggruppamento non è stata sottoscritta dalla mandante IDRA.

Nella relazione del 7 luglio 2020, il consulente d'ufficio ha posto in rilievo come "Secondo quanto dichiarato dal RTI ricorrente, il personal computer utilizzato per l'invio telematico dei documenti di gara è stato dismesso. [...] Gli accertamenti peritali pertanto si sono svolti unicamente su documenti prodotti dalla ricorrente, senza poter comprovare l'effettiva corrispondenza tra tali documenti e quelli asseritamente caricati a sistema. Non potendo accedere fisicamente al computer utilizzato per la partecipazione alla gara de qua e non potendo pertanto effettuare delle analisi approfondite sui documenti in esso contenuti all'epoca della gara, non è stato possibile accertare quali siano state le modalità di partecipazione e di caricamento dei documenti di offerta da parte del RTI ricorrente sulla piattaforma Consip. [...] il RTI ricorrente ha dichiarato che

tutti i Rappresentanti legali delle Società in RTI erano presenti presso la sede di NTT Data per dar corso alle procedure di firma previste, e la firma digitale sui file è stata apposta mediante l'utilizzo di dispositivi di firma fisici USB, quindi non sono state utilizzate firme da remoto e non vi sono altri computer su cui poter estendere l'indagine".

Ha quindi evidenziato come "Dall'esame dei file di log del sistema Consip, risulta il caricamento con conferma di invio a sistema, da parte del RTI ricorrente, di un documento offerta economica per il Lotto 1 carente della firma di Pedro Garcia Martin rappresentante legale di Indra Italia Spa e per il quale è stata correttamente evidenziata con messaggio a video la presenza di un errore.

Pur non dubitando della possibile esistenza di altre versioni del medesimo file Offerta economica confezionate dal RTI ricorrente in maniera corretta, con l'apposizione quindi di tutte e otto le firme richieste – analoghi ai file depositati in giudizio e consegnati anche nel corso della presente CTU – deve osservarsi che di tali file non vi è traccia né nei sistemi Consip né nei file di Log esaminati. [...]

Va ribadito che la messaggistica di warning prodotta, seppur non perfettamente aderente alle problematiche tecniche riscontrate nella firma digitale di documenti, non è bloccante, ovvero non impedisce l'invio dei file caricati, sulla cui esatta compilazione o sottoscrizione richiama l'attenzione dell'utente.

A margine dell'analisi eseguita, può aggiungersi che, dall'esame dei codici di hash, non è stata rilevata corrispondenza tra il file prodotto dai ricorrenti nel presente giudizio (munito di tutte le firme digitali richieste) e il file che risulta essere stato effettivamente presentato in gara e archiviato nel sistema Consip, il quale - si ribadisce - risulta mancante della firma del rappresentante legale della Indra Italia Spa".

Infine, ha riscontrato che "Non sono emerse indicazioni di malfunzionamenti della piattaforma Consip nella fase di ricezione della documentazione di gara da

parte dei partecipanti nell'intervallo temporale di interesse. [...]

Per completezza, si osserva che il sistema Consip prevede una pre-verifica automatica dei documenti caricati dagli utenti, cui fa seguito la visualizzazione di messaggi circa l'esito della verifica stessa. Come emerso anche nel corso dei test di simulazione, i messaggi previsti dal sistema non sono sempre puntuali e chiari, allertando l'utente anche in ipotesi di documenti corretti (come accaduto nei test 6 e 8), a causa di una procedura di verifica che, seppur tecnicamente corretta, appare rigida e in grado di generare equivoci.

Va tuttavia segnalato che tali messaggi di allerta non sono "bloccanti", ovvero non impediscono l'invio del documento caricato, rappresentando solo degli avvisi che permettono all'utente di effettuare ulteriori accertamenti, ovvero di confermare comunque i documenti caricati, come accaduto anche nella gara de qua, in cui il RTI ricorrente, pur ricevendo l'avviso del sistema, ha comunque confermato l'invio del documento, il quale è però risultato effettivamente carente di una firma digitale necessaria".

L'attività istruttoria che il consulente ha condotto si è svolta nel contraddittorio delle parti e si fonda su di un'accurata esame della procedura telematica. Le conclusioni del consulente, che sono state sinteticamente riportate in precedenza, sono logicamente argomentate e correttamente motivate.

Il Collegio non ha quindi alcuna ragione plausibile per non ritenere valide e comunque in debita considerazione le conclusioni raggiunte dal consulente tecnico d'ufficio.

Dalla consulenza è emerso che il sistema telematico di gestione della gara era in perfetto stato di funzionamento e l'offerta economica del Raggruppamento è stata trasmessa priva della sottoscrizione della mandante IDRA, nonostante la presenza a sistema di un messaggio di attenzione che, senza avere effetto bloccante, avvertiva l'interessato della necessità di accertare il corretto

confezionamento del documento che si stava inoltrando nella piattaforma di e-procurement.

Dato atto della trasmissione dell'offerta economica non sottoscritta da parte di uno degli operatori partecipanti al Raggruppamento costituendo, si deve ora stabilire se la stazione appaltante fosse tenuta, o meno, una volta ricevuta l'offerta non sottoscritta, a soccorrere il concorrente.

Il Collegio è dell'avviso che la stazione appaltante non è, e dunque non era, tenuta ad attivare il soccorso istruttorio volto a sanare la carenza della sottoscrizione dell'offerta economica da parte di uno degli operatori partecipanti al futuro Raggruppamento.

Sotto il profilo funzionale, la sottoscrizione dell'offerta economica da parte di tutti i componenti il Raggruppamento non ancora costituito è destinata non soltanto ad individuare l'autore della dichiarazione negoziale, ma soprattutto a far sorgere, nei confronti della stazione appaltante, un'obbligazione collettiva in capo a tutti gli operatori economici partecipanti al Raggruppamento. Difatti, l'operatore economico - che sarà chiamato a far parte del Raggruppamento costituendo - con la sottoscrizione dell'offerta si vincola direttamente nei confronti della stazione appaltante assumendo la responsabilità per l'adempimento dell'obbligazione collettiva, avente ad oggetto la complessa prestazione richiesta, che si attualizzerà con l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto che sarà poi sottoscritto, in virtù del mandato collettivo speciale con rappresentanza, dall'operatore, individuata quale mandatario, in nome e per conto proprio e delle mandanti (art. 48, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016).

Con riferimento al soccorso istruttorio l'art. 13 del Disciplinare prevede che "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, e in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta

tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 del Codice" (dei contratti pubblici).

L'art. 14.1 del Disciplinare stabilisce che "La domanda è sottoscritta con firma digitale: [...] - nel caso di raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario non ancora costituiti, da tutti i soggetti che costituiranno il raggruppamento o consorzio".

Il successivo art. 16 del Disciplinare infine precisa che "L'offerta economica, a pena di esclusione, è sottoscritta con firma digitale con le modalità indicate per la sottoscrizione della domanda di cui ai paragrafi 14.1".

Dunque, la legge speciale di gara sancisce che l'offerta economica del Raggruppamento costituendo deve essere sottoscritta "a pena di esclusione" da parte di tutti i soggetti componenti il futuro Raggruppamento (mandanti e mandataria) e che il soccorso istruttorio non è ammesso con riferimento alle "carenze", alla "mancanza", all'" incompletezza" e ad "ogni altra irregolarità essenziale" riferita all'" offerta economica".

Come ha evidenziato la controinteressata (pag. 3 della memoria depositata in data 1 giugno 2020) e la stazione appaltante (pag. 8 della memoria depositata in data 2 novembre 2020), la ricorrente non ha impugnato in parte qua il Disciplinare di gara.

Ciò comporta che la ricorrente non ha interesse a dolersi della violazione della disciplina recata dall'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, poiché l'eventuale accoglimento della censura non le darebbe l'utilità sperata dal momento che, in sede di ri-effusione del potere, la propria esclusione troverebbe comunque fondamento nella legge speciale di gara che la stazione appaltante è tenuta ad applicare.

Ad ogni modo, ad avviso del Collegio, alla luce del combinato disposto degli artt. 48, comma 8 ("l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei") e 83, comma 9 ("in caso di

mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica”), del d.lgs. n. 50 del 2016, la mancata sottoscrizione dell’offerta economica da parte di tutti i componenti del Raggruppamento costituendo rappresenta una circostanza non sanabile mediante soccorso istruttorio poiché la mancata sottoscrizione dell’offerta si risolve in una “mancanza”, peraltro di natura sostanziale, insista nella stessa offerta economica per la quale (al di là del regime giuridico conseguente all’offerta priva di sottoscrizione) non è prevista la sanatoria da attivarsi mediante iniziativa della stazione appaltante.

Conseguentemente non ha pregio l’assunto della ricorrente basato sulla ratifica del contenuto dell’offerta economica, successivamente disposta mediante la “Dichiarazione di conferma dell’offerta”, oppure quello relativo alla registrazione nel sistema telematico di gestione della gara. Per le stesse ragioni per cui l’offerta economica priva di sottoscrizione non può essere sanata mediante soccorso istruttorio, l’offerta non potrebbe essere comunque ratificata a seguito di un’iniziativa unilaterale del concorrente che, sebbene occasionata da una richiesta proveniente dalla stessa stazione appaltante, verrebbe comunque assunta al di fuori delle regole di legge e di gara e quindi in violazione dei principi che regolano le procedure ad evidenza pubblica (art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016). Né la tesi della ricorrente può trovare utile sostegno nella registrazione del sistema telematico che ha finalità del tutto diverse rispetto a quella della possibile sanatoria dell’offerta economica priva di sottoscrizione.

La stazione appaltante ha dunque correttamente escluso dalla gara il concorrente, odierno ricorrente, sulla base della mancata sottoscrizione dell’offerta economica da parte di una delle mandanti il Raggruppamento costituendo, non sanabile mediante soccorso istruttorio.

5. L'impugnativa proposta contro l'esclusione va dunque respinta e per l'effetto va dichiarato improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il primo ricorso per motivi aggiunti formulati contro l'aggiudicazione del Lotto 1.

6. Il secondo ricorso per motivi aggiunti con cui si impugnano "sotto nuovi profili" gli atti gravati, contestando, in relazione alle regole tecniche della piattaforma telematica di gestione della gara, il "meccanismo di rilevazione e segnalazione delle criticità eventualmente affliggenti le firme digitali apposte sui documenti di offerta", è invece tardivo. Come rilevato dalle difese della stazione appaltante e della controinteressata, il mezzo è stato notificato oltre il termine di decadenza di trenta giorni e va pertanto dichiarato irricevibile.

7. Del pari tardivo, e quindi irricevibile, come eccepito dalla controinteressata, è il terzo ricorso per motivi aggiunti con cui si impugnano "sotto nuovi profili" i precedenti atti gravati, contestando le modalità "di apposizione delle firme digitali sui documenti di offerta", di "conservazione integrale dei documenti caricati a Sistema" e il conflitto di interesse da parte della società di supporto a Consip nella gestione della piattaforma telematica.

8. La domanda risarcitoria va respinta poiché, risultando legittimo il provvedimento di esclusione dalla gara, manca l'antigiuridicità nella condotta dalla stazione appaltante che costituisce il presupposto per affermarne la responsabilità.

9. In conclusione, il gravame va respinto in quanto è in parte infondato, in parte improcedibile ed in parte irricevibile.

Il Collegio, in considerazione dell'attività svolta e dell'impegno profuso dal consulente tecnico d'ufficio, ritiene di liquidare il compenso del consulente nella somma complessiva di Euro 9.000,00, oltre Iva, contributi ed altri oneri di legge, ponendo il pagamento della predetta somma a carico della ricorrente.

La peculiarità delle questioni trattate e la complessità della vicenda giustificano la compensazione delle spese di giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso e sui tre motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, rigetta il ricorso introduttivo, dichiara improcedibili i primi motivi aggiunti, dichiara irricevibili gli altri due motivi aggiunti.

Dispone il pagamento, a carico della ricorrente, del compenso del consulente tecnico d'ufficio che liquida nella somma complessiva di Euro 9.000,00 oltre Iva, contributi ed altri oneri di legge.

Le spese di giudizio vengono integralmente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Eleonora Monica, Primo Referendario

Luca Iera, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Luca Iera

IL PRESIDENTE

Francesco Riccio

IL SEGRETARIO