Pubblicato il 19/03/2018

N. 01745/2018REG.PROV.COLL.
N. 04405/2017 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4405 del 2017, proposto da:

Wall Street Systems Sweden Ab, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Giovannini e Marcello Clarich, con domicilio eletto presso lo studio Marcello Clarich in Roma, viale Liegi, n. 32;

contro

Techedge S.P.A. e Kpmg Advisory S.p.A., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Gennaro Terracciano, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza San Bernardo, n. 101;

nei confronti di

Banca d'Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefania Rita Ceci e Giovina

Dipace, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefania Ceci in Roma, via Nazionale, n. 91;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, Sez. II *bis,* n. 5832/2017.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Techedge S.P.A., di Kpmg Advisory S.p.A. e di Banca d'Italia;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Michele Giovannini, Gennaro Terracciano, Stefania Rita Ceci e Giovina Dipace;

FATTO

1.Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. II-bis, con la sentenza 16 maggio 2017, n. 5832, ha accolto il ricorso proposto dalle attuali appellate, Techedge S.p.A. e Kpmg Advisory S.p.A, nei sensi indicati in motivazione, e, per l'effetto, ha annullato il provvedimento prot. n. 0119840/17 adottato dalla Banca d'Italia in data 31 gennaio 2017, con cui era stata disposta l'esclusione del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra Techedge S.p.A. (mandataria) e KPMG Advisory S.p.A. (mandante) dalla procedura aperta per la Piattaforma per l'Investimento e il Regolamento delle Operazioni di Gestione dell'Attivo della Banca d'Italia (PIROGA) - Cod. 15131SVI (G012/15).
Il TAR ha in sintesi rilevato che:

- dalla ricostruzione dettagliata delle operazioni di presentazione dell'offerta per via telematica risultava inequivocabilmente che la trasmissione dell'offerta era stata interrotta dal sistema telematico ricevente mentre era in corso la 3ª delle 4 fasi di trasmissione dell'offerta: infatti alle ore 16:00 e 10 secondi era ancora in corso l'operazione numero 3, allegazione del "file PDF" firmato;
- l'interruzione automatica del caricamento del suddetto "file" sul portale aveva impedito alla concorrente di eseguire la 4ª e ultima operazione, consistente nel "cliccare" sul pulsante "carica PDF firmato" per completare il processo tramite il salvataggio e la trasmissione della busta telematica contenente l'offerta economica;
- il disciplinare di gara prevedeva che l'offerta dovesse essere ricevuta – e non solo spedita- entro il termine stabilito, quindi l'omessa trasmissione del "file PDF" firmato entro il termine stabilito aveva legittimamente impedito, qualora effettivamente il termine fosse stato superato nel corso delle operazioni di caricamento del file, la valida trasmissione dell'offerta;
- a tal fine risultava decisivo il momento in cui tutte le operazioni erano state compiute, non potendo giovarsi il concorrente, che non avesse ultimato tempestivamente tali operazioni, del fatto che 3 delle richiamate 4 fasi fossero state completate o almeno iniziate prima della scadenza del termine;
- la maggiore o minore velocità della rete di trasmissione dell'offerta per via telematica costituiva un elemento di fatto che dipendeva dal collegamento utilizzato dal concorrente, per cui rientrava nella sua responsabilità procedere alle operazioni di caricamento dell'offerta tenendo conto dei tempi tecnici necessari per la trasmissione della stessa, adottando le opportune cautele;

- il sistema ricevente della Banca d'Italia aveva interrotto la trasmissione dell'offerta delle ricorrenti alle ore 16: 00 e 13 secondi, quindi occorreva stabilire se in tale istante il termine per la presentazione dell'offerta fosse realmente scaduto;
- solo in tal caso l'interruzione automatica della trasmissione e la conseguente esclusione del concorrente sarebbe stata legittima, dovendosi altrimenti imputare alla stazione appaltante l'errata programmazione del sistema che aveva impedito al concorrente di proseguire le operazioni di caricamento fino alla scadenza del termine;
- il disciplinare di gara aveva fissato tale termine per il 15 giugno 2016, alle ore 16 e 00 minuti primi;
- qualora la scadenza di un termine sia precisata, nell'ambito di un giorno determinato, con riferimento a un orario indicato in ore e minuti, l'operazione compiuta nell'orario coincidente con la scadenza del termine deve essere ritenuta validamente eseguita; ne derivava che qualora, come nella fattispecie, l'offerta dovesse essere presentata entro le ore 16 e 00 minuti primi, tutte le operazioni compiute alle ore 16 e 00 minuti primi dovevano essere ritenute tempestive, senza conteggiare i secondi, non presi in esame al momento della fissazione del termine;
- soltanto dopo la consumazione dell'ultimo minuto stabilito ovvero quando l'orologio cessa di indicare le ore 16: 00 minuti primi e segna le ore 16 e 01 minuti primi, il termine doveva considerarsi scaduto;
- tra le due interpretazioni, i principi dell'ordinamento impongono di scegliere quella più favorevole alla massima partecipazione;
- pertanto, il ricorso doveva essere accolto e, per l'effetto, doveva essere annullato il provvedimento di esclusione impugnato,

unitamente al provvedimento di aggiudicazione provvisoria adottato sull'illegittimo presupposto della non ammissibilità dell'offerta presentata dalla ricorrente; offerta che sarebbe stata valutata dall'amministrazione aggiudicatrice al fine di provvedere a una rinnovata aggiudicazione dell'appalto.

2. L'appellante ha contestato la correttezza di tale sentenza, deducendo i seguenti motivi di gravame:

- violazione e falsa applicazione degli artt. 40, comma 2, 41, comma 5, 119, 120 comma 5 c.p.a.;
- manifesta erroneità in fatto e in diritto, illogicità e contraddittorietà della sentenza con riguardo all'accoglimento del secondo motivo di ricorso.

Si costituite n giudizio le controinteressate appellate, chiedendo il rigetto dell'appello; si è costituita in giudizio anche la Banca d'Italia, chiedendo l'accoglimento dell'appello e conseguentemente la reiezione del ricorso di primo grado.

3. All'udienza pubblica del 25 gennaio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il primo motivo di appello, con cui si eccepisce la tardività del ricorso di primo grado, è infondato.

Come è noto, quando viene impugnato un provvedimento di esclusione in corso di gara e prima dell'aggiudicazione definitiva, come nella fattispecie, non vi sono controinteressati cui notificare doverosamente il ricorso, non ravvisandosi posizioni giuridicamente rilevanti (cfr. la giurisprudenza del Consiglio di Stato di segno univoco dalla sentenza 12 febbraio 2007, n. 593; da ultimo, sez. V, n. 886-2014).

Pertanto, a fronte dell'impugnazione del bando, di concorso o di gara, ovvero di un atto di esclusione dalla procedura selettiva, non sono individuabili soggetti che possano essere qualificati come controinteressati, atteso che la qualifica di controinteressato, quale soggetto che è titolare di un interesse giuridicamente rilevante al mantenimento dell'impugnata esclusione, non si configura in capo al mero partecipante in occasione dell'impugnazione della esclusione da parte di altro concorrente laddove sia ancora in corso lo svolgimento della gara e, dunque, la stazione appaltante non abbia fatto contestualmente luogo all'aggiudicazione dell'appalto.

Le parti appellate, in relazione al solo terzo motivo di ricorso (che, peraltro, è stato rinunciato in primo grado), hanno notificato il ricorso alla controinteressata Wall Street entro il termine contemplato dal combinato disposto degli articoli 120 e 41, comma 5, c.p.a.

Infatti, alla seduta riservata del 6 febbraio 2017, in cui è stata proposta l'aggiudicazione provvisoria della gara in favore di Wall Street, nessun rappresentante delle appellate era presente, in quanto esse erano già state escluse dalla gara in data 31 gennaio 2017.

Solo in data 17 febbraio 2017 le parti appellate hanno avuto accesso agli atti di gara e solo in tale data hanno avuto formale contezza che l'unico concorrente ancora rimasto in gara fosse Wall Street: il ricorso all'estero è stato regolarmente notificato in data 16 marzo 2017, nei trenta giorni decorrenti dal 17 febbraio 2017.

L'attuale appellante, essendo stata legittima parte del giudizio di primo grado, ha titolo per proporre appello, ex art. 95 c.p.a., con ciò ritenendosi infondata l'eccezione di inammissibilità dell'appello formulata dall'attuale parte appellata Techedge S.p.A.

2. Il secondo motivo di appello pone il problema se nella gara telematica in esame, in cui le offerte dovevano essere presentate entro e non oltre le ore 16:00 e in cui le ricorrenti in primo grado (facenti parti dell'ATI costituenda concorrente) hanno completato il caricamento della propria offerta alle ore 16:00 e 10 secondi, l'offerta stessa sia da ritenersi tardiva (con conseguente rifiuto del sistema telematico di concludere il caricamento).

Banca d'Italia, nel provvedimento di esclusione, espressamente afferma che l'operazione di "caricamento" a Portale di un file PDF con firma digitale, corrispondente alla Busta economica è stata conclusa (negativamente) dal Portale alle ore 16:00:10, per superamento del termine delle ore 16,00.

Peraltro, deve evidenziarsi che, dopo 3 secondi dal log precedente, alle ore 16.00.13, la stessa appellante tentava di attivare il comando per completare il processo di trasmissione, impedito tuttavia da un *pop up* di sistema, che ha segnalato alla società l'avvenuto superamento dei termini di presentazione dell'offerta ("Attenzione! Lo stato della RDO è stato modificato dal *buyer* e non è più possibile pubblicare o salvare le modifiche alla tua risposta"), con conseguente impossibilità di completare il processo.

4. Ciò posto, la Sezione è dell'avviso che il riferimento al giorno 15.6.2016 e alle ore 16.00, sia nel bando che nel disciplinare di gara, quale termine ultimo di presentazione delle offerte, debba essere inteso nel senso che le offerte che provengono oltre tale orario, e cioè dalle 16.00.01 in poi, sono tardive e quindi legittimamente non avrebbero potuto essere prese in considerazione dalla stazione appaltante.

Invero, come risulta dalla relazione tecnica fornita dal gestore del Portale Gare Telematiche (doc. 10 Banca d'Italia), tutti gli orologi del sistema informatico vengono continuamente e automaticamente sincronizzati sull'ora italiana tramite Network Time Protocol (NTP per un tempo standard ITU, laddove per ITU si intende "International Telecommunication Union" e cioè l'agenzia delle Nazioni Unite specializzata per l'istituzione di norme in telecomunicazioni).

La sincronizzazione costante di tutti i sistemi assicura la capacità di determinare il rapporto di causa-effetto e la diagnosi, anche in presenza di eventi quasi simultanei nei log di sistema provenienti da diversi *server*, tanto che nel disciplinare viene richiamata l'attenzione dei concorrenti sul punto (par. 2.3).

Preso atto quindi che il sistema era correttamente impostato per la precisa misurazione del tempo, non può ragionevolmente dubitarsi che, secondo i normali canoni cognitivi, ogni ora finisca allo scoccare del primo secondo dell'ora successiva, ossia alle 16.00.01: passato il primo secondo delle ore 16.00, correttamente non poteva essere ammessa più alcuna offerta, e ciò vale per tutte le gare, a prescindere dalla modalità telematica o cartacea, in cui siano svolte.

D'altronde lo stesso principio generale è stato adottato dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, con sentenza 2 dicembre 2011 n. 21, secondo cui qualora la legge ricolleghi il verificarsi di determinati effetti, quale la perdita di un requisito di ammissione al concorso stesso, al compimento di una data età, tali effetti decorrono dal giorno successivo a quello del genetliaco, sicché il limite d'età fissato dalla norma deve intendersi superato quando ha inizio, dal giorno successivo al compimento, il relativo anno; pertanto, quale

che sia la formulazione utilizzata dalla *lex specialis*, il limite di età ivi indicato quale requisito di ammissione deve intendersi superato alla mezzanotte del giorno del compleanno.

Né, inoltre, può ragionevolmente dubitarsi che l'indicazione delle 16:00 equivalesse alle 16:00:00. È noto infatti che, allorquando si indica un numero intero (in questo caso ore e minuti), ossia privo di frazioni, queste sono da intendersi pari a zero.

Del resto una simile ricostruzione risulta, oltre che pienamente ragionevole, altresì conforme ai principi di imparzialità e buon andamento, predicati dall'art. 97 della Costituzione, e a quelli parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, indicati dalla normativa comunitaria, sottraendo una fase particolarmente delicata, quale quella della tempestività delle domande di partecipazione ad una selezione pubblica, a qualsiasi forma di discrezionalità da parte della stazione appaltante.

3. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate in ragione della novità della questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti	**Carlo Saltelli**

IL SEGRETARIO