

Pubblicato il 30/01/2020

N. 01322/2020 REG.PROV.COLL.
N. 09583/2019 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 Prima Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9583 del 2019, proposto da Olicar Gestione S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Enzo Perrettini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

contro

Ater del Comune di Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Monica Viarengo, Paola Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Zephyro S.p.A. non costituito in giudizio;

per l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara indetta per l'affidamento del Servizio energia Plus, ai sensi del D.Lgs. 115/2008, per gli impianti installati nei fabbricati A.T.E.R. del Comune di Roma, Lotto 1, comunicato con nota del 12.06.2019 prot. U2019-0038045 inviata con pec del 13 giugno 2019; del verbale della seduta pubblica dell'11 giugno 2019; in parte qua, di tutti gli altri verbali di gara, ivi compreso il verbale della seduta pubblica del 28 maggio 2019; del diniego tacito di provvedere in via di autotutela formatosi in relazione all'istanza inoltrata via pec in data 20 giugno 2019; della relazione del Servizio R.U. Sistemi Informatici e A.A. G.G. dell'ATER DEL 7 giugno 2019 prot. 37252; di tutti gli altri atti presupposti, comuni o comunque consequenziali ivi compresi, si opus sit, e nei limiti dei motivi di ricorso, la comunicazione di maggio 2019 prot. 31827, recante modalità di presentazione dell'offerta tecnica, il bando di gara ed il disciplinare.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ater del Comune di Roma;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2020 la dott.ssa Lucia Gizzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato l'11.7.2019, la Olicar Gestione Srl (d'ora in avanti Olicar) – in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con le imprese Alfredo Cecchini Srl e Gruppo ECF Impianti Tecnologici Spa – impugnava, chiedendone l'annullamento, il provvedimento di esclusione dalla

gara indetta per l'affidamento del Servizio energia Plus, ai sensi del d.lgs. n. 115 del 2008, per gli impianti installati nei fabbricati A.T.E.R. del Comune di Roma (d'ora in avanti ATER) – Lotto 1, comunicato con nota del 12.6.2019 prot. U2019-0038045 inviata con pec del 13 giugno 2019, nonché il verbale della seduta pubblica dell'11.6.2019 e tutti gli altri verbali di gara, ivi compreso il verbale della seduta pubblica del 28.5.2019, il diniego tacito di provvedere in via di autotutela formatosi in relazione all'istanza inoltrata via pec in data 20.6.2019, la relazione del Servizio R.U. Sistemi Informatici e A.A. G.G. dell'ATER del 7.6.2019 prot. 37252, la comunicazione di maggio 2019 prot. 31827, recante modalità di presentazione dell'offerta tecnica, il bando di gara ed il disciplinare.

Parte ricorrente premetteva che, con bando di gara pubblicato sulla GURI del 27.5.2019 e sulla GUUE del 13.5.2019, l'ATER ha indetto procedura aperta per l'affidamento del “servizio Energia Plus, ai sensi del D.Lgs. 1115/2018, per gli impianti installati nei fabbricati ATER del Comune di Roma, ripartiti a due lotti”, della durata di 84 mesi. Per l'espletamento della gara, l'ATER si è avvalso del sistema informatico per le procedure telematiche di acquisto “SATER”. Pertanto, i concorrenti avrebbero dovuto far pervenire l'offerta e la documentazione in formato elettronico, secondo le modalità specificate nel disciplinare e nei documenti ivi richiamati. L'art. 13 del disciplinare prevedeva che i file dovevano essere firmati digitalmente e dovevano avere una dimensione massima di 100 MB. Tuttavia l'ATER, tenuto conto delle numerose segnalazioni pervenute relative alla capacità di ricezione delle offerte tecniche della piattaforma informatica e accertato che la dimensione massima di caricamento dei file è limitata, con comunicazione dell'8.5.2019 ha

consentito la presentazione dell'offerta tecnica mediante consegna di apposito plico contenente l'offerta su supporto elettronico firmato digitalmente.

La ricorrente deduceva di aver presentato offerta per il lotto 1 su DVD, sottoscrivendo ciascun file digitalmente e senza superare la soglia massima di 100 MB. La Commissione, verificata la documentazione amministrativa, ha ammesso Olicar al prosieguo della gara.

Tuttavia, nel corso della seduta pubblica del 28.5.2019, la Commissione, “dopo numerosi tentativi, ha preso atto dell'impossibilità di aprire il DVD per accedere al contenuto dello stesso” ed ha deciso di avvalersi di un supporto specialistico nel settore informatico e di un supporto legale, rinviando ad altra data. Nella successiva seduta pubblica dell'11.6.2019, il Presidente ha dato atto che, con nota del 7.6.2019, il Servizio Organizzazione e Sistemi Aziendale ha comunicato che “non è possibile accedere al contenuto dell'offerta presentata su cd”. La Commissione, quindi, “constatato e preso atto che l'offerta non è valutabile”, ha escluso Olicar.

Con nota del 20.6.2019, Olicar ha presentato istanza di autotutela, non riscontrata dalla Stazione appaltante.

Tanto premesso, parte ricorrente denunciava, in via principale, violazione dei principi generali di buon andamento, correttezza, trasparenza, proporzionalità, economicità e favor participationis, nonché eccesso di potere per carenza di istruttoria, erroneità dei presupposti, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia manifesta, motivazione erronea, carente e perplessa, sviamento.

Ed invero, il bando di gara, al punto 1.3, ha stabilito che le offerte avrebbero dovuto essere inviate “in versione elettronica”. Il

disciplinare di gara ha specificato che “per l’espletamento della presente gara, la Stazione Appaltante si avvale del sistema informatico per le procedure telematiche di acquisto [...] accessibile dal sito <http://intercenter.regione.emilia.romagna.it>” e che, pertanto, “per partecipare alla gara gli operatori economici interessati debbono far pervenire tutta la documentazione richiesta in formato elettronico [...] esclusivamente in via telematica e sottoscritta con firma digitale di cui all’art. 1 comma 1 lett. s) D.Lgs. 82/2005”. Per quanto concerne l’offerta tecnica, il disciplinare ha specificato che “la relazione tecnica dovrà essere formulata in formato A4, carattere Arial 12, interlinea 1 per un massimo di n. 100 fogli. Per l’offerta tecnico-progettuale, è consentito “un numero massimo di 10 fogli formato A1 per ogni proposta progettuale e 20 fogli formato A4, carattere Arial 12 interlinea 1, stampabili su una sola facciata per le relazioni tecniche”.

Solamente dopo la pubblicazione del bando, la Stazione Appaltante, anche a seguito della segnalazione di diversi operatori economici, ha accertato che la piattaforma telematica, utilizzata ed indicata nella lex specialis, ha una capacità di “caricamento” limitata e, quindi, non idonea a ricevere gli elaborati dell’offerta tecnica, ancorché contenuti nel limite massimo di 100 MB indicati nel disciplinare. Ha quindi consentito, con comunicazione dell’8.5. 2019 prot. 31827, ai concorrenti di presentare l’offerta tecnica su supporto elettronico (DVD).

L’Olicar, per la redazione dell’offerta tecnica, ha utilizzato un’apposita e moderna workstation dotata di software aggiornato. L’offerta è stata sottoscritta digitalmente e, con l’indicazione della data, è stata trasferita su supporto informatico, DVD-R. La

ricorrente, utilizzando la massima diligenza, ha anche provveduto a verificare l'avvenuto "trasferimento" del file firmato digitalmente sul DVD, sia con la lettura del supporto informatico sia con l'utilizzo di appositi software, e ha provveduto a "masterizzare" su altro DVD (ancor oggi in possesso della stessa) l'offerta firmata digitalmente.

Infine, ha consegnato l'offerta alla Stazione appaltante, eseguendo tutti gli adempimenti prescritti dalla lex specialis e dalla citata comunicazione dell'8.6.2019. Come dedotto in fatto, però, nel corso della seduta di gara del 28.5.2019, la Commissione non è riuscita "ad aprire il DVD per accedere al contenuto dello stesso" ed ha deciso di avvalersi di un supporto specialistico aziendale, consegnando il DVD al "servizio RU Sistemi Informatici e AA GG" dell'ATER con contestuale richiesta di "relazione tecnica informatica". Il predetto Ufficio, con nota del 7.6.2019 prot. 37252, ha comunicato alla Direzione Generale dell'ATER che "i sistemi hanno indicato l'impossibilità della consultazione o la presenza di un supporto vuoto all'interno della periferica (lettore DVD)" e che "l'Azienda non è in possesso di nessun strumento che possa in qualche modo diagnosticare ed eventualmente recuperare i dati da supporti ottici". Di conseguenza, nel corso della seduta dell'11.6.2019, il RTI Olicar è stato escluso dalla gara, in quanto non sarebbe stato possibile accedere al contenuto dell'offerta presentata sul DVD e, quindi, la stessa non è valutabile.

Tuttavia, l'asserita impossibilità di "aprire" il DVD e/o di accedere al relativo contenuto, non sarebbe ascrivibile ad un errore, informatico o di altro tipo, della Olicar. Risulta, per contro, dal verbale della seduta di gara dell'11.6.2019, che il DVD non risulta danneggiato e

che lo stesso presenta chiara evidenza dei “solchi” di masterizzazione: il che vuol dire che il DVD non è vuoto.

Ad avviso della ricorrente, quindi, se l'ATER non è riuscita ad accedere al contenuto del DVD è ascrivibile a fatto della stessa Amministrazione, poiché ha impiegato dispositivi obsoleti e non aggiornati e probabilmente neppure mantenuti. Peraltro, l'ATER, da un lato, non ha fatto alcuna menzione dello stato di conservazione dei dispositivi utilizzati e delle procedure di manutenzione dei lettori e di pulizia delle lenti, dall'altro, non ha specificato se sia stata effettuata la verifica di funzionalità ed idoneità dei dispositivi utilizzati per la “lettura” di supporti DVD masterizzati e, in particolare, di quello utilizzato da Olicar. Inoltre, dai verbali di gara e dalla relazione, si evince che non è stato utilizzato alcun strumento software di corrente e diffuso utilizzo per leggere i dati del DVD e/o per il relativo recupero. L'operato della Stazione Appaltante, secondo parte ricorrente, è ancor più grave perché ella ha offerto la propria disponibilità a mettere a disposizione i dispositivi idonei ed aggiornati per procedere, in seduta pubblica, all'accesso al DVD contenente l'offerta. Tuttavia, l'ATER non ha fornito alcun riscontro.

Parte ricorrente ha poi denunciato, in via subordinata violazione della *lex specialis*, violazione dei principi generali di adeguatezza, di proporzionalità e del *favor participationis*, nonché eccesso di potere per erroneità dei presupposti, ingiustizia manifesta, sviamento. Ed invero, la *lex specialis* prevedeva che la gara si sarebbe svolta in via telematica. Tuttavia, per fatto imputabile esclusivamente alla Stazione appaltante, il sistema telematico prescelto non era idoneo a ricevere i file dell'offerta tecnica, ancorché contenuti nei limiti indicati nel

disciplinare. La Stazione appaltante, per ovviare all'inidoneità del sistema, si è vista costretta ad ammettere la presentazione dell'offerta su DVD, senza, tuttavia, dotarsi dei necessari strumenti per "leggere" il DVD stesso.

In questa situazione, è l'ATER che si sarebbe dovuto accollare il rischio delle disfunzioni derivanti dalla modalità di presentazione delle offerte tecniche e non l'impresa concorrente, che è stata costretta a consegnare l'offerta su DVD. Per tali ragioni, Olicar avrebbe dovuto e deve essere rimessa nei termini per consegnare l'offerta tecnica, la stessa già consegnata nell'originario termine fissato dalla *lex specialis*. La riammissione, peraltro, ad avviso di parte ricorrente, non violerebbe alcun principio, poiché l'offerta è stata ab origine sottoscritta digitalmente con l'apposizione della data ed il file è imm modificabile. Dovrebbero trovare applicazione le regole sulla remissione in termini che, ancorché stabiliti dal codice di procedura civile, hanno portata di carattere generale e trovano applicazione anche nel procedimento amministrativo e in particolare l'art. 153, comma 2, c.p.c., che detta un principio generale – non limitato alla fase istruttoria del procedimento ordinario di cognizione – che consente la remissione in termini per la parte che sia incorsa in decadenza senza colpa.

In conclusione, secondo parte ricorrente, essendo state modificate le modalità di presentazione delle offerte previste dalla *lex specialis* e non risultando la pretesa illeggibilità del DVD ascrivibile ad un errore del concorrente o comunque non essendo stata fornita prova certa di ciò, la Stazione appaltante, in ossequio ai principi di ragionevolezza, proporzionalità e *favor participationis*, deve accollarsi il rischio dell'illeggibilità e deve rimettere in termini

l'impresa concorrente. Parte ricorrente, in via ulteriormente subordinata, ha dedotto violazione dei principi generali di trasparenza, di pubblicità delle sedute di gara, di contraddittorio e di segretezza e non manipolabilità delle offerte, nonché eccesso di potere per erroneità dei presupposti, erroneità e carenza dell'istruttoria, illogicità, ingiustizia manifesta, sviamento. Ciò, innanzitutto, perché la verifica del contenuto del DVD contenente l'offerta, che è stata posta a base del provvedimento di esclusione, non è stata effettuata in seduta pubblica, alla presenza della Commissione e dei concorrenti, bensì in un luogo riservato, neppure specificato, dal dipendente dell'ATER Alfonso Falconi. In secondo luogo, perché il DVD contenente l'offerta è stato consegnato all'ATER in data 15.5.2019, ma nei verbali di gara non sono indicate né le modalità di conservazione del DVD né, tantomeno, di trasmissione dello stesso all'ufficio informatico e da quest'ultimo alla Commissione di gara. Olicar ha infine, in via ulteriormente subordinata, denunciato violazione della *lex specialis*, del principio del *contrarius actus*, di ogni norma e principio in materia di pubblicità delle disposizioni di gara, nonché eccesso di potere per contraddittorietà, erroneità dei presupposti, sviamento. Ed invero, nel bando di gara, pubblicato sulla GURI e sulla GUUE, era stato specificato che la gara sarebbe stata svolta esclusivamente per via telematica. Pertanto, l'ATER, dopo aver riscontrato che il sistema adottato per lo svolgimento della gara telematica non era perfettamente adeguato, avrebbe dovuto annullare la gara e bandire una nuova procedura, previa adozione di un sistema telematico adeguato oppure prevedendo diverse modalità di consegna ed esame dell'offerta. Certamente l'ATER non poteva modificare il bando,

nella parte essenziale relativa alle modalità di presentazione delle offerte, mediante un mero chiarimento.

Si costituiva in giudizio l'ATER, insistendo per l'infondatezza del ricorso. In particolare, la Stazione appaltante sottolineava che tutti i dispositivi ed i software utilizzati dalla stessa sono ancora prevalentemente e comunemente in uso e, comunque, oggetto di continui aggiornamenti. Tali strumenti, peraltro, hanno consentito di operare correttamente sulle offerte degli altri quattro operatori economici concorrenti, che hanno caricato la propria documentazione di gara sulla piattaforma telematica o hanno copiato la rispettiva offerta tecnica su supporti DVD identici a quelli della ricorrente.

Inoltre, ad avviso dell'ATER, proprio per garantire la massima e più ampia partecipazione, si è consentito ai concorrenti la possibilità di scegliere, nella massima autonomia e libertà imprenditoriale, e conseguente assunzione del rischio, quale modalità di trasmissione dell'offerta adottare (caricamento file relative all'offerta tecnica, muniti chiaramente di firma digitale appropriata, nella opportuna sezione del portale oppure trasmissione dei medesimi file attraverso copia su supporto digitale). La scelta è stata adottata per venire incontro alle segnalazioni di difficoltà operative nell'uso della piattaforma telematica e, dunque, non dipenderebbe da causa imputabile alla Stazione appaltante. Di conseguenza, la ricorrente ha assunto il rischio delle modalità con cui ha presentato l'offerta, né la Stazione appaltante poteva ricorrere al soccorso istruttorio o alla rimessioni in termini, che avrebbe comportato violazione della par condicio tra i concorrenti.

Con ordinanza n. 11001 del 2019, il Collegio, “al fine di appurare la fondatezza dei presupposti di fatto e di diritto sui quali si fonda l'avverso provvedimento di esclusione dalla gara”, ha disposto una verifica “per accertare se il DVD-R, in possesso dell'Ater in quanto presentato dal RTI Olicar ricorrente per documentare l'offerta tecnica per la partecipazione alla gara in oggetto, sia accessibile e leggibile mediante idonei sistemi informatici e se, in ogni caso, il contenuto del predetto DVD-R possa essere letto o recuperato mediante idonei software diagnostici e di recupero dati”.

In data 8.11.2019, veniva depositata la relazione di verifica e, con successiva ordinanza n. 7430 del 2019, il Collegio rigettava la domanda cautelare, considerato che “con l'utilizzo di tre diversi applicativi per il recupero di dati cancellati o danneggiati in versione professionale e anche con l'uso di un lettore DVD messo a disposizione dalla società ricorrente, non è risultato possibile estrarre e recuperare dati dal DVD in questione”.

Alla pubblica udienza del 21.1.2020, previo deposito di memorie difensive, la causa veniva trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è infondato e, pertanto, va rigettato.

Con bando di gara pubblicato sulla GURI del 27.5.2019 e sulla GUUE del 13.5.2019, l'ATER del Comune di Roma ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del “servizio Energia Plus, ai sensi del D.Lgs. 1115/2018, per gli impianti installati nei fabbricati ATER del Comune di Roma, ripartiti a due lotti”, della durata di 84 mesi.

Il bando di gara, al punto 1.3, ha stabilito che le offerte avrebbero dovuto essere inviate “in versione elettronica”. Il disciplinare di gara ha specificato che “per l'espletamento della presente gara, la Stazione

Appaltante si avvale del sistema informatico per le procedure telematiche di acquisto [...] accessibile dal sito <http://intercenter.regione.emilia.romagna.it>” e che, pertanto, “per partecipare alla gara gli operatori economici interessati debbono far pervenire tutta la documentazione richiesta in formato elettronico [...] esclusivamente in via telematica e sottoscritta con firma digitale di cui all’art. 1 comma 1 lett. s) D.Lgs. 82/2005”. Per quanto concerne l’offerta tecnica, il disciplinare ha specificato che “la relazione tecnica dovrà essere formulata in formato A4, carattere Arial 12, interlinea 1 per un massimo di n. 100 fogli. Per l’offerta tecnico-progettuale, è consentito “un numero massimo di 10 fogli formato A1 per ogni proposta progettuale e 20 fogli formato A4, carattere Arial 12 interlinea 1, stampabili su una sola facciata per le relazioni tecniche”.

Tuttavia, dopo la pubblicazione del bando, la Stazione appaltante, anche a seguito della segnalazione di diversi operatori economici, ha accertato che la piattaforma telematica, utilizzata ed indicata nella lex specialis, ha una capacità di “caricamento” limitata e, quindi, non idonea a ricevere gli elaborati dell’offerta tecnica, ancorché contenuti nel limite massimo di 100 mb indicati nel disciplinare. Ha quindi consentito, con comunicazione dell’8.5. 2019 prot. 31827, ai concorrenti di presentare l’offerta tecnica, in alternativa, su supporto elettronico (DVD).

La ricorrente ha presentato offerta per il lotto 1 su DVD, eseguendo tutti gli adempimenti prescritti dalla lex specialis e dalla citata comunicazione dell’8.6.2019. Nel corso della seduta di gara del 28.5.2019, però, la Commissione non è riuscita “ad aprire il DVD per accedere al contenuto dello stesso” ed ha deciso di avvalersi di

un supporto specialistico aziendale, consegnando il DVD al “servizio RU Sistemi Informatici e AA GG” dell’ATER con contestuale richiesta di “relazione tecnica informatica”. Il predetto Ufficio, con nota del 7.6.2019 prot. 37252, ha comunicato alla Direzione Generale dell’ATER che “i sistemi hanno indicato l’impossibilità della consultazione o la presenza di un supporto vuoto all’interno della periferica (lettore DVD)” e che “l’Azienda non è in possesso di nessun strumento che possa in qualche modo diagnosticare ed eventualmente recuperare i dati da supporti ottici”. Di conseguenza, nel corso della seduta dell’11.6.2019, il RTI Olicar è stato escluso dalla gara, in quanto non sarebbe stato possibile accedere al contenuto dell’offerta presentata sul cd e, quindi, la stessa non è valutabile.

2.1. Avverso questo atto è insorta la ricorrente, che, con un primo motivo di ricorso, ha dedotto violazione dei principi generali di buon andamento, correttezza, trasparenza, proporzionalità, economicità e *favor participationis*, nonché eccesso di potere per carenza di istruttoria, erroneità dei presupposti, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia manifesta, motivazione erronea, carente e perplessa, sviamento.

Ad avviso della società ricorrente, infatti, l’asserita impossibilità di “aprire” il DVD e/o di accedere al relativo contenuto non sarebbe ascrivibile ad un errore, informatico o di altro tipo, di Olicar, ma a fatto della stessa Amministrazione, poiché ha impiegato dispositivi obsoleti e non aggiornati e probabilmente neppure mantenuti. L’ATER, da un lato, non ha fatto alcuna menzione dello stato di conservazione dei dispositivi utilizzati e delle procedure di manutenzione dei lettori e di pulizia delle lenti; dall’altro, non ha specificato se sia stata effettuata la verifica di funzionalità ed idoneità

dei dispositivi utilizzati per la “lettura” di supporti DVD masterizzati e, in particolare, di quello utilizzato da Olicar. Inoltre, dai verbali di gara e dalla relazione, si evince che non è stato utilizzato alcun strumento software di corrente e diffuso utilizzo per leggere i dati del DVD e/o per il relativo recupero.

Il motivo di ricorso in esame è privo di fondamento, per le ragioni di seguito indicate.

Il Collegio, con ordinanza n. 11001 del 2019, “al fine di appurare la fondatezza dei presupposti di fatto e di diritto sui quali si fonda l'avverso provvedimento di esclusione dalla gara”, ha disposto una verifica “per accertare se il DVD-R, in possesso dell'ATER in quanto presentato dal RTI Olicar ricorrente per documentare l'offerta tecnica per la partecipazione alla gara in oggetto, sia accessibile e leggibile mediante idonei sistemi informatici e se, in ogni caso, il contenuto del predetto DVD-R possa essere letto o recuperato mediante idonei software diagnostici e di recupero dati”.

Il verificatore, nella relazione depositata l'8.11.2019, ha riscontrato che il supporto informatico – ossia il DVD-R presentato dal RTI Olicar ricorrente per documentare l'offerta tecnica per la partecipazione alla gara indetta dall'ATER – risulta vuoto (spazio utilizzato 0 byte) e nessuno dei tre applicativi di tipo professionale impiegati hanno consentito il recupero di dati cancellati o danneggiati.

La verifica è stata svolta con due diversi strumenti (un PC desktop e un MAC), dotati di differenti sistemi operativi, e con tre diversi applicativi per il recupero di dati danneggiati in versione professionale. Peraltro, il risultato non è cambiato neanche utilizzando un lettore CD fornito dalla ricorrente.

In conclusione, secondo quanto rilevato dalla verifica, che risulta svolta nel contraddittorio delle parti ed è immune da vizi logici e adeguatamente motivata, nessun dato è disponibile né recuperabile, nel DVD-R presentato dalla ricorrente per documentare l'offerta tecnica per la partecipazione alla gara in oggetto, con normali strumenti informatici.

È vero che il verificatore non ha escluso che, “con particolari strumenti a lui non disponibili”, sia possibile ottenere un risultato diverso, ma, da un lato, ha chiarito che gli strumenti utilizzati sono “in grado di recuperare dati cancellati su DVD e dati memorizzati su DVD successivamente masterizzati”, dall'altro, gli “altri strumenti” non sono stati espressamente indicati.

La conclusione di parte ricorrente, secondo cui dalla verifica sarebbe emerso che il DVD dalla stessa presentato “non è stato letto con i normali strumenti informatici ma i relativi dati base potrebbero essere recuperati con diversi e più idonei strumenti informatici”, è errata.

Gli strumenti informatici utilizzati dal verificatore, dallo stesso puntualmente descritti, sono “normali” e idonei a recuperare dati registrati su supporti informatici, cancellati o danneggiati, come dallo stesso dimostrato con altro DVD in sede di verifica. Peraltro, in sede di verifica, non è risultato possibile estrarre e recuperare dati dal DVD in questione neanche con un lettore DVD messo a disposizione dalla società ricorrente.

Insomma, il riferimento a particolari strumenti informatici, peraltro come detto non specificamente individuati dal verificatore né da parte ricorrente, non è idonea a far ritenere comprovato quanto dedotto da Olicar, ossia che il DVD dalla stessa presentato è stato da

essa utilizzato per l'inserimento dell'offerta tecnica e che lo stesso è risultato vuoto perché non è stato letto con adeguati strumenti informatici.

Anzi, come risulta chiaramente dalla verifica, tramite i normali strumenti informatici, tra cui quelli messi a disposizione dalla società ricorrente, non è stato possibile leggere il contenuto del DVD, né recuperarne i dati.

In assenza di una puntuale indicazione, da parte del verificatore o della società ricorrente, di differenti e più sofisticati strumenti informatici da utilizzare per “leggere” il DVD presentato in sede di gara da Olicar, ovvero per recuperarne il contenuto, l'istanza di un supplemento istruttorio non può essere accolta.

Peraltro, la presenza di “una differente cromaticità dei cilindri più interni, tipica di un supporto utilizzato”, rilevata dal verificatore sul DVD in questione, non è idonea a corroborare la conclusione di parte ricorrente, secondo cui il DVD da ella presentato conterrebbe l'offerta tecnica presentata in gara. La circostanza che il supporto sia stato utilizzato non vuol significare, infatti, che esso sia stato masterizzato e riempito con i dati relativi all'offerta tecnica da presentare in gara.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il motivo di ricorso in esame è infondato: il DVD prodotto dalla ricorrente è risultato non leggibile e vuoto, con la conseguenza che nessuna offerta tecnica è risultata presentata da essa.

2.2. Con il secondo motivo di censura, Olicar ha dedotto violazione della *lex specialis*, violazione dei principi generali di adeguatezza, di proporzionalità e del *favor participationis*, nonché eccesso di potere per erroneità dei presupposti, ingiustizia manifesta, sviamento.

Ad avviso della ricorrente, infatti, essendo state modificate le modalità di presentazione delle offerte previste dalla *lex specialis* e non risultando la pretesa illeggibilità del DVD ascrivibile ad un errore del concorrente o comunque non essendo stata fornita prova certa di ciò, la Stazione appaltante, in ossequio ai principi di ragionevolezza, proporzionalità e *favor participationis*, avrebbe dovuto accollarsi il rischio dell'illeggibilità e rimettere in termini l'impresa concorrente.

Anche questo motivo di ricorso è infondato, per i motivi di seguito indicati.

La Stazione appaltante, a fronte di segnalazioni di difficoltà operative nell'uso della piattaforma telematica prescelta per la presentazione delle domande, con la comunicazione dell'8.5.2019 prot. 31827, ha ammesso un'ulteriore modalità di trasmissione dell'offerta da parte dei concorrenti interessati, ossia – accanto al caricamento dei file relativi all'offerta tecnica, muniti di firma digitale, nella opportuna sezione del portale – la copia dei medesimi file su supporto digitale (DVD) e la presentazione di questo.

Ciascuno dei concorrenti ha pertanto potuto scegliere, sotto la propria responsabilità, la tecnica telematica tramite la quale presentare l'offerta: la ricorrente ha optato per la trasmissione di un DVD.

La decisione dell'ATER di consentire ai concorrenti di presentare l'offerta tecnica, in alternativa, su supporto elettronico (DVD) non esclude che fosse comunque esigibile, da parte dei concorrenti stessi, una peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara, qualunque fosse la modalità prescelta.

Questa decisione non può, infatti, certo comportare l'imputazione, in capo alla Stazione appaltante, dei rischi derivanti dall'uso del modello informatico.

Olicar, dopo aver trasferito l'offerta su DVD e prima di effettuare la trasmissione dello stesso, avrebbe dovuto accertarne, secondo le regole dell'ordinaria diligenza, l'integrità e la leggibilità, proprio in considerazione del possibile verificarsi di inconvenienti legati al possibile deterioramento dei documenti digitali trasmessi. Di conseguenza, l'illeggibilità del file è ascrivibile a sua responsabilità ed essa è chiamata a risponderne.

Peraltro, del tutto destituita di fondamento è la pretesa della ricorrente di essere rimessa in termini da parte della Stazione appaltante, che avrebbe dovuto consentirle di presentare un nuovo DVD contenente l'offerta tecnica leggibile. I termini per la presentazione della domanda e dell'offerta alle procedure di evidenza pubblica, infatti, sono perentori e ciò a garanzia della par condicio dei concorrenti. Né vale invocare l'art. 153, comma 2, c.p.c., in quanto – in disparte la sua operatività meramente processuale ovvero la sua portata di principio generale – richiede comunque la dimostrazione che la decadenza sia stata determinata da una causa non imputabile alla parte, perché cagionata da un fattore estraneo alla sua volontà caratterizzato da absolutezza e non mera difficoltà. Nel caso di specie, invece, parte ricorrente non ha fornito la prova che l'illeggibilità del DVD contenente la sua offerta tecnica sia dipesa da una causa del tutto estranea alla sua sfera e ad essa non riconducibile, tale da giustificare la concessione di un termine, da parte della Stazione appaltante, per presentare una nuova offerta.

2.3. Con altro motivo di censura, Olicar ha dedotto violazione dei principi generali di trasparenza, di pubblicità delle sedute di gara, di contraddittorio e di segretezza e non manipolabilità delle offerte, nonché eccesso di potere per erroneità dei presupposti, erroneità e carenza dell'istruttoria, illogicità, ingiustizia manifesta, sviamento. Ciò, innanzitutto, perché la verifica del contenuto del DVD contenente l'offerta, che è stata posta a base del provvedimento di esclusione, non sarebbe stata effettuata in seduta pubblica, alla presenza della Commissione e dei concorrenti, bensì in un luogo riservato, neppure specificato, dal dipendente dell'ATER Alfonso Falconi. In secondo luogo, perché il DVD contenente l'offerta è stato consegnato all'ATER in data 15.5.2019, ma nei verbali di gara non sono indicate né le modalità di conservazione del DVD né, tantomeno, di trasmissione dello stesso all'ufficio informatico e da quest'ultimo alla Commissione di gara. Anche questo motivo di gravame è privo di fondamento.

In primo luogo, l'apertura delle offerte tecniche è avvenuta nella seduta pubblica del 28.5.2019, cui ha partecipato anche un rappresentante di Olicar (cfr. allegato n. 3 della memoria di costituzione dell'ATER).

In secondo luogo, non è emerso in giudizio alcun elemento decisivo che possa far supporre che il DVD risultato illeggibile si fosse corrotto dopo la sua trasmissione alla Stazione appaltante e a causa di un difetto di conservazione. Dagli atti di causa risulta, anzi, che la Commissione di gara, nella seduta pubblica del 28.5.2019 in cui si è proceduto all'apertura delle offerte tecniche presentate dai concorrenti al fine di verificare la validità delle stesse, abbia subito

rilevato l'impossibilità di aprire il DVD prodotto da Olicar per accedere al contenuto, decidendo di affidarsi al settore informatico.

2.4. Infine, con un ultimo motivo di ricorso, Olicar ha denunciato violazione della *lex specialis*, del principio del *contrarius actus*, di ogni norma e principio in materia di pubblicità delle disposizioni di gara, nonché eccesso di potere per contraddittorietà, erroneità dei presupposti, sviamento. Ed invero, nel bando di gara, pubblicato sulla GURI e sulla GUUE, era stato specificato che la gara sarebbe stata svolta esclusivamente per via telematica. Pertanto, l'ATER, dopo aver riscontrato che il sistema adottato per lo svolgimento della gara telematica non era perfettamente adeguato, avrebbe dovuto annullare la gara e bandire una nuova procedura, previa adozione di un sistema telematico adeguato oppure prevedendo diverse modalità di consegna ed esame dell'offerta. Certamente l'ATER non poteva modificare il bando, nella parte essenziale relativa alle modalità di presentazione delle offerte, mediante un mero chiarimento.

Anche questa censura è priva di fondamento.

Come si è già detto, la Stazione appaltante, a fronte di segnalazioni di difficoltà operative nell'uso della piattaforma telematica prescelta per la presentazione delle domande, con la comunicazione dell'8.5.2019 prot. 31827, ha ammesso un'ulteriore modalità di trasmissione dell'offerta da parte dei concorrenti interessati, ossia – accanto al caricamento dei file relativi all'offerta tecnica, muniti di firma digitale, nella opportuna sezione del portale – la copia dei medesimi file su supporto digitale (DVD) e la presentazione di questo. Nel far ciò ha inteso garantire il *favor participationis*, consentendo a quegli operatori che non riuscissero a partecipare alla procedura di gara attraverso l'utilizzo della piattaforma informatica, una modalità

alternativa. Ciò non comporta una modifica del bando di gara, tale da giustificare l'annullamento dell'intera procedura.

3. In conclusione, il ricorso è infondato e, pertanto, va rigettato.

Attesa la complessità delle questioni, possono compensarsi le spese di lite. Le spese della verifica, invece, vanno poste a carico di parte ricorrente e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Compensa le spese di lite tra le parti.

Condanna parte ricorrente al pagamento, in favore del verificatore, della somma di euro 500,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Mariangela Caminiti, Presidente FF

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere

Lucia Gizzi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lucia Gizzi

IL PRESIDENTE
Mariangela Caminiti

IL SEGRETARIO

