

Pubblicato il 11/11/2021

N. 07507/2021REG.PROV.COLL.
N. 04873/2021 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4873 del 2021, proposto da Beckman Coulter S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Simone Cadeddu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl Bt - Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Scarpellini Camilli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 00786/2021, resa tra le parti, concernente l'esclusione dalla gara relativa alla fornitura in service di sistemi diagnostici;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Asl Bt - Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2021 il Cons. Stefania Santoleri, quanto alla presenza degli avvocati si fa rinvio al verbale di udienza:

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Puglia, sede di Bari, l'istante società ha impugnato l'atto di esclusione (e altri atti connessi) dalla procedura telematica multi-lotto per l'affidamento della fornitura in service, quinquennale, di sistemi diagnostici e analitici per l'esecuzione di indagini di chimica clinica per i laboratori di analisi dell'A.S.L. di Barletta-Andria-Trani, limitatamente al lotto n. 2, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, ha dedotto vizi di violazione di legge e svariati profili di eccesso di potere, assumendo, nella sostanza, che i gravati atti fossero gravemente ingiusti e lesivi della propria posizione giuridica, in quanto la società era stata esclusa dalla procedura a causa della illeggibilità del documento illustrativo dell'offerta tecnica, nella specie rappresentato dalla c.d. offerta economica muta, ossia dall'elencazione dei prodotti offerti senza l'indicazione dei correlati valori economici.

2.- Si è costituita l'intimata Innovapuglia s.p.a., gestore della piattaforma informatico-telematica ove si è svolta la gara, deducendo che alcuna responsabilità di malfunzionamento del sistema le veniva imputato, sì da non avere alcuna legittimazione passiva e interesse a contraddire, richiedendo in via preliminare l'estromissione dal giudizio.

3.- Si è costituita l'intimata Azienda sanitaria deducendo invece che nessuna illegittimità era stata commessa nel procedimento istruttorio ed era contenuta negli atti adottati, siccome impugnati, avendo garantito

l'Amministrazione ampia pubblicità alla procedura e svolto la sufficiente attività istruttoria esigibile nel caso concreto. Ha dedotto, infine, alla stregua della disciplina di gara di specie, l'essenzialità della distinta produzione dell'offerta tecnica, nella specie costituita dall'elaborato dell'offerta economica muta, ossia senza indicazione di valori economici, rispetto all'esame della vera e propria offerta economica, oggetto di distinto caricamento nel sistema informatico.

4. - Con la sentenza impugnata il TAR, dopo aver dichiarato il difetto di legittimazione passiva di Innovapuglia S.p.A. disponendone l'estromissione dal giudizio, ha respinto il ricorso.

5. - Con il ricorso ritualmente notificato la società ricorrente in primo grado ha proposto appello chiedendo la riforma della sentenza di primo grado.

5.1 - Si è costituita la ASL BT – Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani chiedendo il rigetto dell'appello.

5.2 - Con memoria del 12 ottobre 2021 l'appellante ha illustrato le proprie tesi difensive chiedendo l'accoglimento dell'appello.

6. - All'udienza pubblica del 28 ottobre 2021 l'appello è stato trattenuto in decisione.

7. - L'appello è infondato e va, dunque, respinto.

8. - Come già anticipato, la controversia riguarda l'impugnazione del provvedimento di esclusione della società appellante dalla gara a causa dell'illeggibilità della c.d. "offerta muta", e cioè dell'elencazione dei prodotti offerti senza l'indicazione dei correlativi valori economici.

Tale documento, inserito dalla concorrente all'interno della busta relativa all'offerta tecnica, come previsto dalla lex specialis di gara, non è risultato leggibile per la Commissione di gara che non è riuscita ad "aprire", e quindi, visionare il documento informatico.

8.1 - Nell'atto di appello la ricorrente ha riproposto la prospettazione di primo grado, disattesa dal TAR, secondo cui:

1) l'Azienda sanitaria avrebbe dovuto attivarsi per supplire alla illeggibilità dell'offerta tecnica "muta", utilizzando l'istituto del soccorso istruttorio o chiedendo chiarimenti all'offerente o avvalendosi di un programma esterno di "riparazione" del file corrotto;

2) in ogni caso, il file illeggibile non sarebbe stato un documento essenziale, in quanto il suo contenuto avrebbe potuto ricavarsi da altri documenti presentati in sede di gara.

8.2 - L'appellante ha dedotto, innanzitutto, di essersi scrupolosamente attenuto ai passaggi indicati all'art. 13 del disciplinare di gara per la presentazione delle offerte in via telematica; ha rilevato di aver caricato la busta dell'offerta tecnica con tutti gli allegati richiesti, ivi compresa l'offerta muta nell'estensione ".p7m" prescritta dal disciplinare senza che comparisse alcun messaggio di errore sulla schermata, né durante né a conclusione della procedura di caricamento, avendo ricevuto la conferma dell'esito positivo del controllo eseguito da parte del sistema informatico al termine del caricamento dell'intera documentazione.

Pertanto, tutti i file sarebbero stati caricati con la corretta estensione ".p7m" come richiesto e come confermato dalla stessa ASL BT.

8.3 - Si sarebbe dunque trattato di un errore informatico che avrebbe corrotto il file dell'offerta muta; tale errore non avrebbe potuto addebitarsi al concorrente, che non avrebbe tenuto una condotta negligente avendo osservato tutte le prescrizioni previste in sede di gara ed avendo ricevuto la conferma relativa alla conclusione positiva dell'inoltro dell'offerta; la schermata riepilogativa, infatti, non aveva evidenziato alcuna anomalia.

Secondo l'appellante, quindi, erroneamente il TAR avrebbe fatto riferimento al principio di autoresponsabilità, dovendo piuttosto riferirsi ai principi di affidamento del concorrente e di leale collaborazione tra concorrente e P.A.

8.4 - Ha quindi aggiunto che nei casi in cui non sarebbe possibile stabilire se vi sia stato un errore del trasmittente o la trasmissione sia stata

danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio dovrebbe ricadere sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara (Cons. Stato Sez III, 7 gennaio 2020 n. 86).

8.5 - Ha quindi rilevato che, se l'Amministrazione avesse offerto il suo apporto collaborativo procurandosi un software (anche gratuito) idoneo a consentire l'apertura del file corrotto, la problematica sarebbe stata agevolmente superata; tale collaborazione non avrebbe inciso sul principio di immodificabilità dell'offerta (come chiaramente precisato nella perizia tecnica redatta da Infocert prodotta in giudizio), ed avrebbe assicurato anche la massima partecipazione dei concorrenti alla gara.

9. - La doglianza non può essere condivisa.

Innanzitutto è opportuno richiamare quanto è stato indicato nella relazione tecnica del 4/2/21 versata in atti, da cui risulta che *“il file firmato p7m non risulta well-formed, non essendo un file conforme alle specifiche CADES”*; i tecnici della piattaforma Empulia hanno poi precisato che il sistema esegue i seguenti controlli:

- verifica che l'intero file sia stato caricato;
- controlla che l'estensione del file sia tra quelle previste nel modello utilizzato;

pertanto, nessun controllo viene eseguito sulla validità del certificato di firma digitale, né viene verificata l'integrità del contenuto del file allegato; il messaggio di errore di caricamento di un file, viene rilevato solo nel caso in cui il file di partenza non giunge integro sul server e di conseguenza non viene memorizzato nell'offerta.

9.1 - Tali precisazioni consentono di respingere la tesi dell'appellante secondo cui la mancata rilevazione dell'errore da parte del sistema avrebbe prodotto il legittimo affidamento sulla corretta ricezione di tutti i file: il sistema, infatti, si limita a rilevare come errori solo quelli relativi alla non integrità del documento, e non segnala, quindi, errori di altra natura.

Nel caso di specie, inoltre, è incontrovertito che non si sia verificato un errore imputabile al gestore della piattaforma informatico-telematica, trattandosi – evidentemente – di un errore originario del file, come accertato in via istruttoria dalla stazione appaltante.

9.2 - Inoltre, come correttamente ritenuto dal TAR, *“è necessario adempiere, con scrupolo e diligenza, alle previsioni di bando e alle norme tecniche, nell'utilizzazione delle forme digitali, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura, la cui disciplina di gara è posta a garanzia di tutti i partecipanti (par condicio); l'inesatto o erroneo utilizzo, a contrario, rimane quindi a rischio del partecipante nell'ambito della propria autoresponsabilità.*

Né un procedimento siffatto, che è stato ideato per semplificare, può essere aggravato da adempimenti e da oneri ulteriori volti a decodificare un documento che venga prodotto da un partecipante, per propria responsabilità (Cons. St., sez. V, 7 novembre 2016 n. 4645), in modo non conforme alla proficua fruizione da parte del sistema.

Ciò infatti recherebbe in realtà pregiudizio alla stessa ratio di funzionamento del sistema informatico-telematico, che è proprio quella di consentire la celere e semplificata individuazione del migliore operatore economico offerente, ostacolando in ultima analisi l'amministrazione nell'acquisizione dei beni o dei servizi ricercati.

Diversamente opinando, le questioni che potrebbero porsi, ogniqualvolta si diverga dall'attenersi con diligenza a quanto previsto in ordine alle forme digitali da utilizzarsi, potrebbero essere così varie e molteplici, tali da frustrare le potenzialità che i sistemi informatico-telematici offrono alle pubbliche amministrazioni di pervenire alla certa e rapida individuazione del miglior offerente, senza utilizzare le ormai obsolete e farraginose procedure cartacee”.

9.3 - Peraltro, trattandosi di un documento relativo all'offerta tecnica, non era possibile neppure ricorrere al rimedio del soccorso istruttorio, stante

l'espressa esclusione prevista dall'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016: in ogni caso la pretesa dell'appellante di ricorrere ad attività aggiuntive da parte della Commissione di gara, quale procurarsi appositi software necessari per ovviare alla irregolarità del file contenente l'offerta muta, non soltanto esula dagli obblighi della Commissione giudicatrice, ma impatta anche contro il principio della par condicio, immanente nelle procedure di gara.

Non è infatti persuasivo il richiamo alla decisione di questa Sezione n. 4065/2018, in quanto in quel caso si trattava di convertire il file dal formato "word" al formato "pdf" che *"appartiene allo strumentario digitale di base di qualunque soggetto (pubblico o privato) che utilizzi la modalità digitale per lo svolgimento dell'attività"*, mentre nel caso di specie si richiedeva di ricercare ed acquisire un apposito programma informatico che non era nella disponibilità dell'Amministrazione al fine di "aprire" il documento corrotto: quindi, nel caso precedente l'Amministrazione doveva limitarsi ad utilizzare uno strumento già in suo possesso per eseguire la mera conversione del file; nel caso in questione si trattava, invece, di procurarsi un programma (del quale l'Amministrazione non era in possesso) al fine di correggere l'errore del file prodotto in gara dalla concorrente.

Si tratta, evidentemente, di due situazioni ben diverse, nella seconda delle quali l'intervento della Commissione si sarebbe posto in contrasto con il principio della par condicio.

La prima doglianza va, quindi, respinta.

10. - Con il secondo motivo l'appellante ha censurato il capo di sentenza con il quale il TAR ha respinto la sua prospettazione diretta a sostenere la non essenzialità del documento illeggibile: secondo l'appellante, infatti, l'offerta muta sarebbe irrilevante ai fini dell'attribuzione dei punteggi tecnici e della conseguente valutazione del pregio tecnico dell'offerta.

Nessuno dei criteri di valutazione elencati dal paragrafo 18.1 del disciplinare sarebbe ancorato, infatti, ad elementi desumibili dall'offerta

muta.

L'omessa presentazione dell'offerta muta non potrebbe essere sanzionata con l'esclusione dell'offerta in base alla legge: la clausola contenuta nel disciplinare sarebbe dunque nulla; in ogni caso si sarebbe dovuto far ricorso al soccorso istruttorio.

10.1 - La prospettazione dell'appellante non può essere condivisa.

Correttamente il TAR ha ritenuto l'offerta muta un elemento essenziale dell'offerta tecnica in quanto consente *“l'immediata individuazione dei prodotti offerti, la congruità dei quantitativi offerti per l'esecuzione dei tesi, al netto di calibrazioni e controlli”* (cfr. art. 16 del disciplinare di gara); risulta, inoltre, condivisibile quanto affermato dall'ANAC nella delibera n. 834 del 27.10.2020, secondo cui *“l'offerta muta mancante, richiesta a pena di esclusione dalla legge di gara, concorrendo a completare il contenuto informativo dell'Offerta Tecnica, pare assurgere ad elemento essenziale della stessa, poiché ne puntualizza e circoscrive il contenuto, svolgendo una funzione per certi versi equiparabile a quella del computo metrico non estimativo negli appalti di lavori a misura considerato dalla giurisprudenza componente essenziale dell'offerta tecnica”*: ciò comporta l'infondatezza della prospettazione dell'appellante secondo cui, la clausola di esclusione per mancata produzione dell'offerta muta (a cui deve ricondursi la illeggibilità del file che la contiene), dovrebbe ritenersi nulla in quanto contrastante con il principio di tassatività delle clausole di esclusione.

Inoltre, i dati ivi contenuti non avrebbero potuto ricavarsi dall'offerta economica, in quanto nessuna commistione può sussistere tra l'offerta muta (contenuta nella busta dell'offerta tecnica) e l'offerta contenuta nella busta dell'offerta economica, tenuto conto che la busta dell'offerta tecnica va aperta prima di quella dell'offerta economica; infine, neppure può farsi applicazione del soccorso istruttorio, stante la preclusione normativa (art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016).

Ne consegue che anche il secondo motivo va rigettato.

11. - In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va respinto.

12. - Le spese del grado di appello seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese e degli onorari del grado di appello che liquida in complessivi € 5.000,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Massimiliano Noccelli, Presidente FF

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Massimiliano Noccelli

IL SEGRETARIO