

Publicato il 03/07/2017

N. 03245/2017REG.PROV.COLL.
N. 00105/2017 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 105 del 2017, proposto dalla Bio Medical Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani (C.F. STCSVR75E11D862Q), con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, p.zza S. Lorenzo in Lucina, N. 26;

contro

Regione Puglia, Azienda Sanitaria Locale Bari, Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziata Policlinico di Bari, Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani, Asl Brindisi, Asl Foggia, Asl Lecce, Empulia-Centro Acquisti per la Pubblica Amministrazione, Stryker Italia Srl, non costituiti in giudizio;

Innovapuglia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Di Donna (C.F. DDNMHL68P07A662J), con domicilio eletto presso Gennaro Ermanno Arbia, in Roma, Circonvallazione Clodia, N. 80;

Azienda Ospedaliera Universitaria Ospedali Riuniti di Foggia, in persona

del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Simonetta Mastropieri (C.F. MSTSENT67A65D643W), con domicilio eletto presso Simone Nocentini, in Roma, corso Vittorio Emanuele II N. 18;

Asl Ta, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Semeraro (C.F. SMRDNC55B03F784R), con domicilio eletto presso Placidi Srl, in Roma, via Cosseria N. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia – Bari - Sezione I, n. 1272/2016, resa tra le parti, pubblicata in data 10.11.2016, con la quale è stato rigettato il ricorso proposto dall'odierna appellante per l'annullamento: (i) della nota di InnovaPuglia Spa prot. n. 151026012 del 23.10.2015, con la quale è stata negata la riapertura dei termini di presentazione delle offerte per la partecipazione alla procedura aperta finalizzata alla selezione di operatori economici idonei alla conclusione di un accordo quadro per la fornitura per 4 anni di protesi ortopediche e dispositivi

specialistici per traumatologia, materiale accessorio ed altri servizi, nonché (ii) degli atti presupposti indicati nel ricorso introduttivo quali, in particolare, la non ammissione e, ove occorra, il bando di gara e il disciplinare in parte qua, infine (iii) dell'eventuale aggiudicazione non conosciuta nonché dell'accordo quadro eventualmente medio tempore stipulato.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Innovapuglia S.p.A., dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Ospedali Riuniti di Foggia e dell'Asl Ta;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2017 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Saverio Sticchi Damiani, Benedetta

Lubrano su delega di Domenico Semeraro, Michele Di Donna e Gabriele Pafundi su delega di Simonetta Mastropieri;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda Sanitaria Locale di Taranto, in qualità di soggetto proponente, ha bandito attraverso la piattaforma Empulia (del soggetto aggregatore InnovaPuglia s.p.a.) una procedura aperta, di rilievo comunitario, finalizzata alla selezione di operatori economici idonei alla conclusione di un accordo quadro, ai sensi dell'art. 59 dlgs n. 163/2006, per la fornitura (per la durata di anni 4) di "protesi ortopediche e dispositivi specialistici per traumatologia, materiale accessorio e correlati servizi" per le necessità delle Aziende Sanitarie Locali di Bari, Barletta-Andria-Trani, Brindisi, Foggia, Lecce, Taranto, Azienda Ospedaliero-Universitaria "Ospedali Riuniti" di Foggia, Azienda Ospedaliero - Universitaria Consorziata Policlinico di Bari (importo dell'accordo quadro di €. 252.463.662,93 - criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa).

Il bando di gara al punto IV.3.4) ha previsto, quale termine di scadenza per il ricevimento delle offerte, le ore 12:00 del 9.10.2015. Le offerte avrebbero dovuto essere trasmesse esclusivamente per via telematica tramite il portale Empulia secondo la procedura indicata nell'art. 7 del disciplinare di gara.

L'odierna appellante Società Bio Medical s.r.l., intendendo partecipare all'accordo quadro in esame, si è registrata al portale. Ha avviato le procedure per la trasmissione telematica ma non è riuscita a presentare la propria offerta entro i termini previsti dalla lex di gara.

Ha chiesto una riapertura dei termini, che le è stata negata dalla Stazione appaltante con provvedimento del 23.10.2015. Ha quindi impugnato il diniego dinanzi al Tar Puglia.

Il Tar Puglia ha respinto il ricorso con la sentenza in epigrafe indicata.

Avverso detta sentenza la Biomedical s.r.l ha proposto appello.

Nel giudizio si sono costituiti InnovaPuglia s.p.a. e l'ASL di Taranto. Entrambe hanno invocato la reiezione del gravame.

La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 10 maggio 2017.

DIRITTO

1. Ha sostenuto, in primo grado, l'odierna appellante, che il ritardo nella presentazione dell'offerta avrebbe tratto origine da un malfunzionamento del sistema, non imputabile alla società ricorrente; peraltro, la società sarebbe stata largamente penalizzata anche dalla irragionevole formulazione (specie se rapportata al valore della gara pari ad €. 252.463.662,93) del disciplinare che ha previsto la necessità di richiedere assistenza almeno tre giorni prima della scadenza e comunque in alcune fasce orarie ben precise, e quindi per poche ore al giorno.

2. Il TAR ha respinto il ricorso così motivando: *Ritiene... questo Collegio di condividere le argomentazioni espresse nella ordinanza cautelare n. 691/2015, resa nel corso del presente giudizio e confermata in sede di appello cautelare dalla ordinanza del Consiglio di Stato n. 372/2016.*

Invero, la contestata clausola di cui a pag. 5 del disciplinare di gara (in forza della quale è fatto obbligo di richiedere assistenza almeno tre giorni prima della scadenza e comunque in determinate fasce orarie) risponde all'interesse della Amministrazione appaltante ad una ordinata e tempestiva risoluzione dei problemi connessi all'invio in via telematica delle offerte nell'ambito di una procedura di gara indetta mediante la piattaforma telematica Empulia.

Se la società ricorrente avesse provveduto con congruo anticipo all'invio in via telematica della propria offerta avrebbe avuto a disposizione il tempo necessario per risolvere positivamente ogni inconveniente di tipo tecnico, se del caso avvalendosi della assistenza di cui alla citata previsione della lex specialis di gara.

Viceversa, la istante non è stata in grado di osservare il termine di presentazione delle offerte (i.e. 9.10.2015 - ore 12:00), avendo iniziato le operazioni di invio dell'offerta in un momento eccessivamente a ridosso della menzionata scadenza, tale da rendere non possibile la fruizione della assistenza tecnica, tenuto altresì conto che il bando di gara era stato pubblicato sin dall'8.8.2015.

Pertanto, l'invocata riapertura dei termini di presentazione dell'offerta costituirebbe violazione del principio della par condicio.

3. In appello, Bio Medical s.r.l., sostiene che: 1) sarebbe irragionevole prevedere nel disciplinare di gara strumenti di ausilio differenti a seconda del momento in cui l'operatore decida di partecipare alla gara; 2) comunque non corrisponderebbe al vero che le operazioni di caricamento dell'offerta sarebbero iniziate troppo a ridosso della scadenza del termine; c) né corrisponderebbe al vero che il sistema era perfettamente funzionante; d) in ogni caso, per costante giurisprudenza il rischio di malfunzionamenti e di anomalie legate all'utilizzo di mezzi informatici di cui si avvalgono le stazioni appaltanti non dovrebbe mai essere accollato all'operatore economico che intenda partecipare alla procedura di gara, essendo piuttosto onere delle stesse stazioni appaltanti garantire l'obiettivo primario della massima partecipazione e della tutela della concorrenza, anche attraverso lo strumento della rimessione in termini e/o del soccorso istruttorio.

4. Ritiene il Collegio che l'appello non sia fondato.

4.1. Il bando di gara è stato pubblicato sin dall'8.8.2015, con termine per partecipazione sino al 9.10.2015. L'appellante contesta, in fatto, la ricostruzione effettuata da Innovapuglia, ed accreditata dal primo giudice, secondo la quale Bio Medical avrebbe iniziato le sue operazioni appena 25 ore prima della scadenza. Dalla perizia versata in atti in primo grado risulterebbe invece che già dal giorno 6 ottobre e sino al giorno 9 ottobre risultano effettuate le operazioni necessarie per partecipare all'accordo

quadro. Sicchè, in definitiva – secondo l'appellante - il problema nel caricamento dei dati non sarebbe stato determinato dall'inizio delle operazioni a ridosso del termine di scadenza, ma unicamente dal fatto che il sistema non ha funzionato correttamente.

5. Il Collegio è di diverso avviso.

5.1. Innanzitutto è evidente che la previsione di un tempo limite per la registrazione sul portale (operazione propedeutica alla partecipazione alla gara), fissato dall'art. 7 del disciplinare di gara in 48 ore prima della scadenza di presentazione delle offerte, non avesse il senso – invece percepito dall'appellante – di assicurare l'operatore circa la sufficienza delle 48 ore residue ad iniziare e completare le procedure di inoltro dell'offerta; piuttosto, indicando un limite massimo, aveva il ruolo di allertare l'utente circa l'importanza dei tempi nell'espletamento delle procedure, avuto riguardo alle peculiarità della procedura telematica rispetto ad una cartacea. La prima ha infatti il vantaggio, rispetto alla seconda, di eliminare costi e disagi per l'utente, nonché oneri di sistemazione, archiviazione ed elaborazione per la stazione appaltante, ma sconta inevitabilmente il “rischio di rete” dovuto alla presenza di sovraccarichi o di cali di performance della rete, ed il “rischio tecnologico”, dovuto – come poi si è verificato nel caso di specie – alle caratteristiche dei sistemi operativi software utilizzati dagli operatori. Rischi per i quali non possono che approntarsi due strumenti preventivi: a) la previsione di limitazioni temporali; b) procedure di help desk.

5.2. Strumenti, tuttavia, la cui efficacia preventiva e risolutiva non può che man mano affievolirsi con l'avvicinarsi degli inderogabili termini decadenziali per la presentazione della domanda, essendo il tempo una variabile indipendente da cui ogni adempimento, anche quello in funzione di assistenza, inevitabilmente dipende.

5.3. Acquisita la consapevolezza che i rischi sopra menzionati, costituiscono un'alea, bensì attenuabile ma non eliminabile in senso

assoluto, risponde al principio di autoresponsabilità dell'utente l'onere di pronta e tempestiva attivazione delle procedure, sì da capitalizzare il tempo residuo, salvi ovviamente i malfunzionamenti del sistema imputabili al gestore del medesimo (fermi del sistema, mancato rispetto dei livelli di servizio, etc) per i quali invece non può che affermarsi la responsabilità di quest'ultimo.

5.4. Nel caso si specie è successo che in fase di caricamento della domanda, effettuato in limine, il sistema ha segnato un "Errore/Anomalia Lotti": è risultato, in particolare, che alcuni CIG erano errati e pertanto, nella visualizzazione del file caricato, la cella presentava quale numero di CIG il dato "6,32E+62" mentre nel campo fx si leggeva correttamente il CIG con codice numerico fornito da stazione appaltante sulla piattaforma. In sostanza la formattazione di cella in colonna, quella dei CIG, è stata interpretata dal sistema, con un formato, non alfanumerico come avrebbe dovuto essere, ma in formato di numero scientifico.

Circostanza verificatasi a causa di un automatismo del software "excel" residente sul computer dell'appellante, del resto prevista quale possibile "rischio informatico" dalle istruzioni operative contenute nel file HELP scaricabile dal portale.

Quest'ultimo conteneva le seguenti avvertenze: - *"I file CSV (Comma separated values) rappresentano un insieme di dati (celle) dove ogni informazione è divisa dal separatore punto e virgola (;). Excel nell'aprire in automatico questa tipologia di file può apportare delle trasformazioni in funzione del contenuto ...;*

- *Questo automatismo può portare a delle difformità rispetto alla versione originale causando dei problemi in fase di importazione come trasformazione di codici oppure peggio ancora cambiamenti agli importi delle offerte;*

- *Per evitare che Excel modifichi il contenuto è possibile seguire la procedura di importazione di seguito descritta*"

5.5. Ad ogni modo, una volta preso atto dell'anomalia, l'appellante ha contattato l'Help Desk Tecnico, il quale, rilevata l'impossibilità di modificare il CIG direttamente dal sistema, ha consigliato, quale unica soluzione, quella di "ricreare il carico dei lotti richiamando l'allegato di cui sopra (file .CSV) selezionando la colonna CIG dall'allegato dalla tabella A-Ter Elenco cauzioni provvisorie trasformandola in formattazione "file di testo" e incollandola al file CSV (ossia, formattando la colonna C come "testo", in modo da rendere leggibile il CIG).

Operazione che ovviamente ha richiesto del tempo, e che ha finito per essere praticata nelle ultime ore antecedenti la scadenza dei termini, con conseguente accrescimento del rischio di rete.

Tutte circostanze certamente non imputabili al gestore del sistema.

6. L'appello è pertanto respinto.

7. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) respinge l'appello.

Condanna l'appellante alla refusione delle spese sostenute per il grado d'appello dall'ASL di Taranto e da InnovaPuglia s.p.a., forfettariamente liquidate in €. 1500 (millecinquecento) per ciascuno, oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Sergio Fina, Consigliere

Oswald Leitner, Consigliere

Giulio Veltri

Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO