



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 Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 7786 del 2019, proposto da Bourelly Health Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera Complesso Ospedaliero San Giovanni Addolorata, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giorgio Calo', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dello stesso avvocato in Roma, via Pasubio, n. 11;

nei confronti

Net4market in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) del provvedimento di esclusione adottato dalla Stazione appaltante dell'Azienda ospedaliera San Giovanni Addolorata nei confronti della Società ricorrente relativamente alla procedura di gara per l'affidamento del servizio trasporto degenti all'esterno dell'A.O. SAN GIOVANNIADDOLORATA (CIG 771954955B);

- b) della deliberazione di esclusione del Commissario Straordinario n. 388 del 16.5.2019 così come comunicata solo in data 20.5.2019;
- c) della nota del 20.5.2019 di comunicazione del provvedimento di esclusione del 16.5.2019;
- d) dei verbali di gara tutti, con particolare riferimento n. 1 e 2 non conosciuti, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti;
- e) Ove e per quanto lesiva, del bando di gara, del disciplinare di gara e del Capitolato speciale di appalto così come interpretato ovvero interpretabile dalla Stazione appaltante con particolare riferimento al paragrafo 14, lett. c) del disciplinare di gara;
- f) Ove e per quanto lesiva, della deliberazione a contrarre n. 1183/DG del 19.12.2018;
- g) Ove esistente, del provvedimento ex art. 29 D.lgs. 50/2016 e dell'elenco ammessi/esclusi non conosciuto, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti;
- h) Ove e per quanto lesivi, di tutti gli ulteriori provvedimenti presupposti, consequenziali e connessi, anche non conosciuti, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Complesso Ospedaliero San Giovanni Addolorata;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2019 la dott.ssa Pierina Biancofiore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato ai soggetti in epigrafe indicati in data 18 giugno 2019 e depositato il successivo 19 giugno, parte ricorrente espone di avere presentato domanda di partecipazione alla procedura telematica di gara negoziata bandita dall'Azienda Ospedaliera San Giovanni Addolorata per l'affidamento del servizio di trasporto degenti della durata di 24 mesi e del valore di euro 170.000,00 da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Esponde altresì che malgrado la piattaforma telematica le abbia dato ricevuta di caricamento positiva, in data 20 maggio 2019 la stazione appaltante le comunicava l'esclusione in quanto la documentazione amministrativa caricata risultava essere "danneggiata e non visualizzabile".

2. Sarebbero intervenuti i tecnici dell'A.O. e della Net4Market gestore della piattaforma che avrebbero confermato la impossibilità di recuperare la documentazione amministrativa della ricorrente che pertanto avverso il provvedimento di esclusione deduce:

1) Violazione e falsa applicazione di legge art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 97 Cost.; difetto ovvero carenza di istruttoria; illogicità ovvero irragionevolezza manifesta; difetto di motivazione; 2) Violazione e falsa applicazione di legge (art. 83 D.lgs. 50/2016, in relazione agli articoli 287 e ss DPR 207/2010; art. 3 L. 241/90) – Violazione e falsa applicazione delle lex specialis art. 14 punto c) del Disciplinare – Difetto ovvero mancanza di istruttoria – Difetto di motivazione – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta, 3) Violazione e falsa applicazione di legge (art. 83 D.lgs. 50/2016, in relazione al artt.287 e ss DPR 207/2010; art. 3 L. 241/90) – Violazione e falsa applicazione delle lex specialis art. 14 punto c) disciplinare -Violazione del principio di tipicità e tassatività delle clausole di esclusione - Difetto ovvero mancanza di istruttoria – Difetto di motivazione – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta.

Conclude con istanza istruttoria chiedendo una verifica; chiede provvedimento inaudita altera parte, istanza cautelare e l'accoglimento del ricorso.

3. Con provvedimento monocratico del 21 giugno 2019 è stata disposta la sospensione della procedura di gara.

4. L'Azienda Ospedaliera si è costituita in giudizio.

5. Pervenuto il ricorso per la trattazione della cautelare alla Camera di Consiglio del 9 luglio 2019 è stato trattenuto in decisione.

6. Esso è fondato e va pertanto accolto.

6.1 Col primo mezzo l'interessata fa valere che la cd. illegibilità della domanda di partecipazione riguarderebbe soltanto la documentazione amministrativa e non l'offerta tecnica ed economica, sicchè ben avrebbe potuto essere sanata col soccorso istruttorio, quale carenza formale della domanda come previsto dall'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016. L'obbligo era altresì previsto esplicitamente a pag. 11 del Disciplinare. Osserva che la peculiarità della procedura telematica le rende possibile la produzione di una copia esatta della propria offerta amministrativa avente data certa in quanto munita di sottoscrizione digitale, elidendo la possibilità che l'offerta possa essere stata medio tempore alterata. Cita giurisprudenza anche recente a suo favore.

E la censura va accolta proprio in base alla chiara lettera dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 stante il quale il soccorso istruttorio è escluso in caso di mancanza, incompletezza o irregolarità "afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica", laddove nel caso in esame la irregolarità riguarda la documentazione amministrativa che, per come si evince dalla deliberazione n. 388 del 19 maggio u.s. risulta "essere danneggiata e non visualizzabile" e come pure rilevato dalla Commissione di gara in data 28 marzo 2019, laddove parte ricorrente non poteva che fare affidamento sul messaggio di posta elettronica della Net4market in data 25 febbraio 2019 dove si

diceva che era stato caricato il file contenente la Busta A – Documentazione amministrativa, senza porre in risalto disguidi.

Il principio è ribadito pure dalla recente giurisprudenza sulla materia: “Nell'ambito di una gara pubblica la disciplina del soccorso istruttorio non può essere applicata all'offerta tecnica e all'offerta economica atteso che ciò consentirebbe all'offerente, in violazione della par condicio dei concorrenti di porre rimedio a eventuali carenze dell'offerta, successivamente alla scadenza del termine di presentazione della stessa.” (TAR Lombardia Milano, sezione 1, 9 gennaio 2019, n. 40).

Ma più nello specifico proprio in ordine ad una gara effettuata in via telematica la sezione leccese del TAR Puglia osserva che: “In caso di gara in forma telematica il rischio inerente alle modalità di trasmissione (della domanda di partecipazione alla gara) non può far carico che alla parte che unilateralmente sceglie il relativo sistema e ne impone l'utilizzo ai partecipanti; e se rimane impossibile stabilire se vi sia stato un errore da parte del trasmittente, o piuttosto la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che bandisce, organizza e gestisce la gara” cfr. TAR Puglia, Lecce, 10 giugno 2019, n. 977, che dunque conclude per l'applicazione del soccorso istruttorio.

E a tale conclusione non si oppone neppure l'art. 14, lett. c) del Disciplinare che contiene l'esonero dell'Azienda, del Gestore del sistema e dei loro dipendenti e collaboratori da ogni responsabilità legata al malfunzionamento o difetto relativo ai servizi di connettività, come si evince sempre dalle premesse del provvedimento di esclusione, posto che tale esonero non impediva alla stazione appaltante di utilizzare il soccorso istruttorio, come peraltro espressamente indicato a pag. 11 del Disciplinare che ha riportato quasi pedissequamente il comma 9, dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016.

6.2 Con la seconda censura l'interessata insiste sulla rappresentazione in fatto di avere caricato la propria offerta sul portale telematico ottenendo la ricevuta di

corretto caricamento che legittima l'affidamento sul buon fine delle operazioni di trasmissione, anche perché i file originali sono stati sottoscritti digitalmente in formato nativo con data certa, sicché il provvedimento di esclusione appare privo di una valida istruttoria e motivazione, laddove appare ascrivibile esclusivamente ad un malfunzionamento della piattaforma informatica. Rappresenta pure che la sua responsabilità è presunta in maniera apodittica senza che siano stati forniti i dati tecnici per dimostrarla.

Ed anche questa censura va accolta e sempre sulla base della posizione della sezione leccese del TAR Puglia che sottolinea in particolare come: “Le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi debbono collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti fra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni, nei reciproci rapporti. Dalla natura meramente strumentale dell'informatica applicata all'attività della Pubblica Amministrazione discende, altresì, il corollario dell'onere per la P.A. di doversi accollare il rischio dei malfunzionamenti e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui la stessa si avvale, essendo evidente che l'agevolazione che deriva alla P.A. stessa, sul fronte organizzativo interno, dalla gestione digitale dei flussi documentali, deve essere controbilanciata dalla capacità di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che possano verificarsi, in particolare attraverso lo strumento procedimentale del soccorso istruttorio” (TAR Puglia, Lecce, n. 977/2019 cit.).

La circostanza posta in evidenza dalla difesa dell'Azienda che in realtà la illeggibilità del file della “Documentazione Amministrativa” sarebbe dipesa unicamente dalle modalità con cui è stato generato il relativo file dalla ricorrente e quindi dalla condotta tenuta dalla medesima, circostanza che sposta la responsabilità della cd. illeggibilità su quest'ultima, in realtà non sminuisce il contenuto del messaggio di

sistema del 25 febbraio 2019 che ha dato atto del corretto caricamento del “file di documentazione amministrativa di dimensione 117538854 salvato a sistema con il seguente nome:...Busta A – Documentazione amministrativa.zip.ts”.

Né la sentenza della sezione in data 2 luglio 2019, n. 8605, citata dall’Azienda a sostegno delle sue osservazioni, pare smentire tale posizione, dato che le irregolarità telematiche di caricamento dei file, in quella fattispecie, riguardavano l’offerta economica e non la documentazione amministrativa, sicchè in ogni caso non si sarebbe potuto procedere al soccorso istruttorio, come nella prima censura opposto da parte ricorrente.

6.3 L’interessata fa infine valere col terzo mezzo che nelle procedure di affidamento di servizi vale il principio generale di tassatività e tipicità delle clausole di esclusione di cui all’art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 e nel caso in specie la esclusione della ricorrente è illegittima in quanto assunta in palese violazione del suddetto principio, dal momento che né il bando, il disciplinare, la lettera di invito ovvero altro documento prevedono in maniera inequivocabile una specifica clausola di esclusione in caso di erroneo confezionamento e/o caricamento dei file contenenti la documentazione amministrativa.

Analizza, dunque, le norme di cui al DPR n. 207/2010 in tema di procedure di gara telematiche che si fondano sul principio della non modificabilità dei files dell’offerta cui è apposta valida firma digitale e secondo le quali gli effetti ovvero le conseguenze dell’eventuale malfunzionamento della piattaforma informatica non possono ricadere in capo al concorrente incolpevole.

Nel precisare che le disposizioni recate dagli articoli da 287 a 296 del d.P.R. n. 207/2010 recanti disposizioni in tema di aste elettroniche sono state completamente abrogate dal d.lgs. n. 50/2016, e quindi, sotto questo profilo la censura non può essere condivisa, va osservato che il primo profilo della doglianza va condiviso, essendo la logica conclusione delle osservazioni recate in primis sul soccorso

istruttorio: poiché alle carenze della documentazione amministrativa dovute ad errori di sistema non era legata una espressa esclusione, siccome dovuta alla violazione del termine di presentazione della domanda o alla sua inalterabilità - principi questi riaffermati sovente dalla giurisprudenza sull'argomento che ricollega, qualora esistenti, tali vizi alla violazione della par condicio competitorum e del principio di massima partecipazione – va da sé che non poteva generare il provvedimento di esclusione impugnato, con la conseguenza che il ricorso va dunque accolto come sopra precisato e per l'effetto va annullato il provvedimento di esclusione adottato dalla Azienda Ospedaliera San Giovanni dell'Addolorata di cui alla deliberazione n. 388 del 16 maggio 2019 e gli altri atti nell'epigrafe del ricorso indicati

7. La particolarità delle questioni trattate consente di ritenere giustificati i motivi di compensazione delle spese di giudizio ed onorari tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento di esclusione adottato dalla Azienda Ospedaliera San Giovanni dell'Addolorata di cui alla deliberazione n. 388 del 16 maggio 2019 e gli altri atti nell'epigrafe del ricorso indicati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore

Paolo Marotta, Consigliere

L'ESTENSORE
Pierina Biancofiore

IL PRESIDENTE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO