

Pubblicato il 27/10/2022

N. 00761/2022 REG.PROV.COLL.

N. 00478/2022 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 478 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da Olympus Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Perani e Pietro Ferrario, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera di Perugia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Caforio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Regione Umbria, non costituita in giudizio;

nei confronti

Pentax Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Rocco Mangia, Stefano Quadrio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

quanto al ricorso introduttivo:

- della comunicazione della stazione appaltante del 2 agosto 2022;

- della legge di gara nei limiti di cui al presente ricorso;
 - dei verbali di gara di estremi non noti nei limiti di cui al presente ricorso;
 - del provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura de qua di estremi non noti, ove nelle more intervenuto;
 - del contratto e/o degli ordini, previa declaratoria di inefficacia, ex artt. 122 e 124, co. 2, del cod. proc. amm., ove nelle more fossero già stati stipulati tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria;
 - nonché di ogni altro documento e/o provvedimento e/o atto presupposto,
- connesso e conseguente;

quanto ai motivi aggiunti presentati da Olympus Italia s.r.l. il 12/9/2022:

- del provvedimento (di cui alla nota protocollo n. 52319/2022 del 1° agosto 2022) con il quale la stazione appaltante ha escluso Olympus dalla *“Procedura negoziata semplificata su piattaforma Mepa per la fornitura di una colonna completa per videobroncoscopia da destinare alla S.C. di Chirurgia Toracica”* (CIG 9281745248);
- della comunicazione della stazione appaltante del 2 agosto 2022;
- della legge di gara nei limiti di cui al presente ricorso;
- dei verbali di gara di estremi non noti nei limiti di cui al presente ricorso;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura de qua di estremi non noti, ove nelle more intervenuto;
- del contratto e/o degli ordini, previa declaratoria di inefficacia, ex artt. 122 e 124, co. 2, del cod. proc. amm., ove nelle more fossero già stati stipulati tra la Stazione Appaltante e l'aggiudicataria;
- nonché di ogni altro documento e/o provvedimento e/o atto presupposto, connesso e conseguente;
- della deliberazione del direttore generale n. 116 del 19/08/2022, con cui la stazione appaltante ha aggiudicato definitivamente la sopra citata procedura in favore di Pentax;
- dei verbali di gara n. 1 del 29 luglio 2022; n. 2 del 3 agosto 2022; n. 3 del 3 agosto 2022; n. 4 del 05/08/2022; n. 5 del 05/08/2022; il *“Verbale di Visione”* del 4 agosto 2022, nei limiti di cui al presente ricorso;
- delle note prot. n. 53077 del 03/08/2022 e n. 53272 del 04/08/2022, nei limiti di cui al presente ricorso;
- dei chiarimenti nei limiti di cui al presente ricorso;
- del contratto e/o degli ordini, previa declaratoria di inefficacia, ex artt. 122 e 124, co. 2, del cod. proc. amm., ove nelle more fossero già stati stipulati tra la Stazione Appaltante e l'aggiudicataria;
- nonché di ogni altro documento e/o provvedimento e/o atto presupposto, connesso e conseguente;

per la declaratoria

di inefficacia, *ex artt.* 122 e 124, co. 2, del cod. proc. amm. del contratto e/o degli ordini, ove nelle more fossero già stati sottoscritti tra la stazione appaltante e Pentax Italia.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Perugia e di Pentax Italia s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2022 il dott. Enrico Mattei 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 atto di ricorso (n.r.g. 478/2022) ritualmente notificato e depositato, si contesta la legittimità del provvedimento, meglio in epigrafe riportato, con cui è stata disposta l'esclusione della società odierna ricorrente dalla "*procedura negoziata semplificata su piattaforma Mepa per la fornitura di una colonna completa per videobroncoscopia da destinare alla S.C. di Chirurgia Toracica*", per aver inserito, a causa di un preteso malfunzionamento del sistema, l'offerta tecnica ed economica nella sezione relativa alla documentazione amministrativa, ponendosi così in contrasto con quanto stabilito dall'art. 15 del disciplinare di gara, con cui si raccomanda "*la massima attenzione nell'inserire gli allegati nella sezione pertinente ed, in particolare, di non indicare o fornire i dati dell'offerta economica in sezione diversa da quella relativa alla stessa, pena l'esclusione dalla procedura*".

2. L'impugnativa è stata affidata al seguente, unico, motivo di diritto.

I. Violazione della lex specialis; violazione degli artt. 32 e 97 della Costituzione; violazione degli artt. 52 e 79 del d.lgs. n. 50/2016; violazione dei principi di par condicio, correttezza e trasparenza; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; carenza di motivazione e di istruttoria; irragionevolezza; contraddittorietà; ingiustizia manifesta.

Adduce la ricorrente l'impossibilità di inserire nei campi riservati alle buste tecnica ed economica la relativa documentazione a causa del malfunzionamento della piattaforma Me.Pa. In ogni caso, non vi sarebbe stata alcuna commistione tra l'offerta economica e quelle amministrativa e tecnica, né violazione dei principi di separazione e segretezza delle offerte, poiché la ricorrente non avrebbe inserito nella medesima busta e, quindi, nel medesimo file, i documenti relativi alle tre offerte, ma avrebbe semplicemente caricato nel campo relativo all'offerta amministrativa (l'unico funzionante) le tre buste in tre file distinti e separati, oltre che identificabili e, dunque, scaricabili e visionabili indipendentemente gli uni dagli altri.

3. Con atto di motivi aggiunti presentati in data 12 settembre 2022, la ricorrente ha impugnato la deliberazione n. 116 del 19.08.2022, con cui la stazione appaltante ha aggiudicato definitivamente la fornitura in argomento in favore di Pentax Italia s.r.l., odierna controinteressata.

4. Il gravame è stato affidato ai seguenti, ulteriori, motivi.

I. Violazione della lex specialis; violazione degli artt. 32 e 97 della Costituzione; violazione degli artt. 52 e 76 del d.lgs. n. 50/2016; violazione del decreto presidenziale n. 103/2022; violazione dei principi di par condicio, correttezza e trasparenza; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; carenza di motivazione e di istruttoria; irragionevolezza; contraddittorietà; ingiustizia manifesta.

Sostiene in sintesi la ricorrente che la stazione appaltante, in violazione del decreto presidenziale n. 103/2022, di accoglimento, *inaudita altera parte*, della domanda cautelare di sospensione dell'efficacia del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara, avrebbe comunque proceduto con l'aggiudicazione definitiva in favore della società Pentax Italia.

II. Violazione della lex specialis; violazione degli artt. 32 e 97 della Costituzione; art. 83 del d.lgs. n. 50/2016; violazione dei principi di par condicio, correttezza e trasparenza; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; carenza di motivazione e di istruttoria; irragionevolezza; contraddittorietà; ingiustizia manifesta.

Asserisce la società ricorrente che a fronte dei chiarimenti richiesti dalla Stazione Appaltante all'aggiudicataria, in merito ad alcuni requisiti di minima di cui all'offerta tecnica, si sarebbe sostanzialmente applicato il soccorso istruttorio ed acconsentito all'integrazione dell'offerta, in violazione dell'art. 83 del d.lgs. 50/2016, laddove si è ritenuta l'offerta idonea a fronte dell'allegazione di un depliant, quando i chiarimenti richiesti non avrebbero dovuto in alcun modo introdurre elementi di modifica o integrazione dell'offerta tecnica.

III. Violazione della lex specialis; violazione degli artt. 32 e 97 della Costituzione; violazione degli artt. 52 e 79 del d.lgs. n. 50/2016; violazione dei principi di par condicio, correttezza e trasparenza; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; carenza di motivazione e di istruttoria; irragionevolezza; contraddittorietà; ingiustizia manifesta.

Contesta la ricorrente l'operato della Commissione giudicatrice con riferimento al punteggio attribuito a Pentax Italia in relazione alle voci 2.4 per il videoprocessore e 3.1. per il carrello, a cui sarebbe stato assegnato il massimo punteggio, ovvero 5 e 3 punti, nonostante tali voci non siano state oggetto di valutazione, atteso che dal verbale relativo alla prova risulterebbero essere stati valutati soltanto i tre videobroncoscopi facenti parte della colonna oggetto della fornitura.

5. L'Azienda Ospedaliera di Perugia (stazione appaltante) e Pentax Italia s.r.l. (società aggiudicataria) si sono costituite in giudizio adducendo la legittimità del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara e, conseguentemente, eccependo l'inammissibilità dei motivi aggiunti per difetto di interesse, in quanto riguardanti successive fasi di gara alla quale la ricorrente non ha correttamente partecipato.

6. All'esito della camera di consiglio per la discussione della domanda cautelare formulata con i motivi aggiunti, il Collegio ha ritenuto di dover convertire il rito *ex art. 60 cod. proc. amm.*, onde procedere alla immediata definizione della causa con sentenza in forma semplificata, stante la completezza del contraddittorio, l'esauritiva trattazione delle tematiche oggetto di controversia e la mancata formulazione di osservazioni in senso contrario delle parti in causa, con conseguente

elisione dell'udienza di merito fissata a verbale per il giorno 8 novembre 2022, all'esito della camera di consiglio di discussione sulla domanda cautelare originariamente proposta con il ricorso introduttivo e successivamente rinunciata dal difensore della società ricorrente nel corso dell'udienza camerale.

7. Il ricorso principale proposto avverso l'esclusione dalla procedura di gara è infondato e va respinto.

8. Il Collegio ritiene infatti che l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara, disposta in virtù della violazione dell'art. 15 del disciplinare di gara, con cui si raccomanda *“la massima attenzione nell'inserire gli allegati nella sezione pertinente ed, in particolare, di non indicare o fornire i dati dell'offerta economica in sezione diversa da quella relativa alla stessa, pena l'esclusione dalla procedura”*, non sia ingiustificata e non sia, perciò, illegittima.

9. Giova osservare al riguardo che laddove *“la procedura di gara sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, non è consentito al seggio di gara la conoscenza di quelli economici, per evitare ogni possibile influenza sull'apprezzamento dei primi. La peculiarità del bene giuridico protetto da tale principio impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio”* (Cons. Stato, sez. V, n. 2732 del 2020; Cons. Stato, sez. V, n. 612 del 2019; Cons. Stato, sez. V, n. 3287 del 2016).

10. Ne consegue che *“già la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione”* (Cons. Stato, sez. V, n. 2732 del 2020).

11. Non può pertanto accogliersi la prospettazione di parte ricorrente secondo cui il fatto di aver inserito tutta la documentazione inerente l'offerta tecnica, economica ed amministrativa nel campo relativo all'offerta amministrativa - seppur in tre file distinti e separati, oltre che identificabili e, dunque, scaricabili e visionabili indipendentemente gli uni dagli altri - non avrebbe comportato alcuna violazione dei principi di separazione e segretezza delle offerte, atteso che il condizionamento della valutazione rileva anche solo sotto il profilo potenziale, nella misura in cui permette una conoscenza anticipata dei contenuti dell'offerta economica rispetto a quella tecnica, con ciò vanificando irrimediabilmente le esigenze sottese alla sequenza procedimentale dell'apertura dei plichi e delle pertinenti verifiche e valutazioni (cfr., Cons. St., Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1813).

12. Non a caso, infatti, il sistema informatizzato è stato configurato come una piattaforma a *“compartimenti stagno”*, finalizzata appunto ad evitare qualsivoglia contaminazione e/ commistione tra le offerte, anche dovuta a mero errore e non solo a dolo, a garanzia dei principi di segretezza e separazione delle offerte e a tutela dell'imparzialità delle operazioni di gara e della par condicio dei concorrenti.

13. Quanto al rilevato malfunzionamento della piattaforma Mepa, addotto a sostegno della rappresentata impossibilità di inserire nei campi riservati alle buste tecnica ed economica la relativa documentazione, giova rilevare che *“la procedura di gara gestita in forma telematica, richiedendo l'osservanza con diligenza delle prescrizioni di bando e delle norme tecniche rilevanti, pone a carico del concorrente i rischi dell'eventuale erroneo utilizzo della piattaforma elettronica, come finalizzata ad escludere in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte, e pertanto l'eventuale esclusione per impossibilità della Commissione di gara di esaminare l'offerta”*

formulata da uno dei ricorrenti non è censurabile” (T.A.R. Campania Napoli Sez. VIII, 18/09/2020, n. 3882; T.A.R. Veneto, Sez. I, 26/02/2020, n. 192).

14. È onere quindi *“dell’operatore economico farsi parte diligente segnalando, con immediatezza, la situazione sia alla stazione appaltante, anche al fine di richiedere, se del caso, una proroga dei termini di presentazione delle offerte, sia al titolare della piattaforma, per il necessario intervento di risoluzione”*, così come correttamente rilevato dal RUP con nota prot. n. 52319 in data 1.08.2022, stante la previsione di cui all’art. 79, comma 5 bis del d.lgs. n. 50/2016, a tenore del quale *“nel caso di presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante ai sensi dell’articolo 52, ivi incluse le piattaforme telematiche di negoziazione, qualora si verifichi un mancato funzionamento o un malfunzionamento di tali mezzi tale da impedire la corretta presentazione delle offerte, la stazione appaltante adotta i necessari provvedimenti al fine di assicurare la regolarità della procedura nel rispetto dei principi di cui all’articolo 30, anche disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento”*.

15. Come del resto chiarito in giurisprudenza, *“la sempre maggiore diffusione delle gare svolte con modalità informatiche pone in capo agli operatori una peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara secondo le istruzioni fornite, con conseguente impossibilità di addossare alla stazione appaltante ogni tipo di anomalia nel meccanismo di invio e ricezione, salva la prova del malfunzionamento del sistema messo a disposizione per la trasmissione delle offerte a fronte del quale lo stesso legislatore ha approntato il rimedio previsto dall’articolo 79 comma 5 bis d.lgs 50/2016”* (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 16/12/2021, n.13081).

16. Ciò nonostante, nel caso di specie la ricorrente non si è fatta parte diligente per superare l’asserito problema del malfunzionamento, né con la Stazione Appaltante, chiedendo all’occorrenza una proroga dei termini ovvero una sospensione degli stessi, né con il Gestore della piattaforma Me.Pa., aprendo un *ticket* a fronte della disfunzione riscontrata, essendosi limitata a produrre tra i documenti di gara lo *screenshot* della temporanea sospensione del servizio (non riportante né la data né l’ora in cui ciò si sarebbe verificato), che per giurisprudenza costante *“non comprova - di per sé - il malfunzionamento del sistema”* (cfr., TAR Trentino Alto Adige - Trento, sentenza n. 24 del 13 febbraio 2020).

17. Deve infine aggiungersi che per stessa ammissione di parte ricorrente si sarebbe potuto procedere a caricare correttamente *“l’offerta economica generata”*, evitando quindi di inserirla nel campo *“domanda di partecipazione”*, unitamente alla documentazione amministrativa ed all’offerta tecnica, come invece avvenuto (cfr., nota in data 14 luglio 2022).

18. Le considerazioni che precedono impongono il rigetto del ricorso principale proposto avverso il provvedimento di esclusione, da cui consegue l’inammissibilità per difetto di interesse dei motivi aggiunti proposti avverso l’aggiudicazione della gara all’odierna controinteressata.

19. Sussistono giusti motivi, rappresentati dalla particolarità delle questioni trattate, per la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso principale e dichiara inammissibili i motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Enrico Mattei, Consigliere, Estensore

Daniela Carrarelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Enrico Mattei

IL PRESIDENTE

Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO