

Publicato il 17/12/2018

N. 01609/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00888/2018 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 la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 888 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Società Cooperativa Culture, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Grazzini e Eleonora Carli, con studio in Firenze, alla piazza Vittorio Veneto n. 1 e con domicilio digitale all'indirizzo P.E.C.: andrea.grazzini@firenze.pecavvocati.it;

contro

Università degli Studi di Foggia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Bari alla via Melo n. 97;

nei confronti

C.A.eB. (Cooperativa Archivistica e Bibliotecaria), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Alessandra Blasi, con studio in Milano e domicili digitali ai seguenti indirizzi

P.E.C.: alessandra.blasi@milano.pecavvocati.it;
segreteria@pec.studiolegalelorusso.it;

per l'annullamento

A) dell'atto di esclusione della Società Cooperativa Culture dalla procedura di gara avente ad oggetto “*servizi di catalogazione per le esigenze del sistema bibliotecario*” indetta dall'Università degli Studi di Foggia (CIG 7456791299), di cui al verbale di gara prot. n. 17392 del 29 maggio 2018;

B) di ogni altro atto, verbale o comunicazione connesso e/o presupposto e/o consequenziale e in particolare:

- della nota con la quale è stato comunicato alla ricorrente il provvedimento di esclusione;
- della nota con la quale l'Università di Foggia ha confermato il provvedimento di esclusione;
- della nota con la quale l'Università ha riscontrato l'istanza di annullamento e/o revoca in autotutela;
- del verbale di gara n. 2, prot. 0018219, di valutazione dell'offerta tecnica della CAeB;
- del verbale di gara n. 3, prot. n. 0019028, di apertura dell'offerta economica della CAeB;
- della nota prot. n. 19479, con la quale è stata proposta l'aggiudicazione del servizio;
- del provvedimento di aggiudicazione alla CAeB, se intervenuto;

C) per quanto possa occorrere, di tutti gli atti di gara e, in particolare, della richiesta di offerta, della lettera di invito/disciplinare e del capitolato speciale di appalto, ove interpretati nel senso di pretendere, a pena di esclusione e inammissibilità del soccorso

istruttorio, la presentazione in formato 'pdf' del *file* contenente l'offerta tecnica;

sui motivi aggiunti per l'annullamento:

- del provvedimento di aggiudicazione alla CAeB;
- della nota del 28 settembre 2018, con la quale è stata comunicata l'avvenuta aggiudicazione;
- di ogni altro atto, verbale o comunicazione connesso e/o presupposto e/o consequenziale;

nonché per la declaratoria dell'inefficacia

del contratto di appalto eventualmente *medio tempore* stipulato tra l'Università di Foggia e CAeB;

nonché per la condanna al risarcimento

del danno subito dalla ricorrente, anche in forma specifica, oppure, se non possibile, per equivalente, compresi i danni curriculari e all'organizzazione imprenditoriale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della CAeB (Cooperativa Archivistica e Bibliotecaria) e dell'Università degli Studi di Foggia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2018 il dott. Lorenzo Ieva e uditi per le parti i difensori avv. Giampaolo Sechi, su delega dell'avv. Andrea Grazzini, avv. dello Stato Lydia Fiandaca e avv. Giuseppe Paparella, su delega dell'avv. Alessandra Blasi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso depositato in data 12 luglio 2018, la società cooperativa *Culture* impugnava l'atto di esclusione dalla gara, effettuata tramite il servizio M.E.P.A. (mercato elettronico della pubblica amministrazione), per l'aggiudicazione del servizio di catalogazione elettronica bibliotecaria dell'Università degli Studi di Foggia. Presentava altresì istanza cautelare per la sospensione del provvedimento impugnato.

Resistevano l'Amministrazione e la Cooperativa Archivistica e Bibliotecaria, controinteressata in quanto unica altra concorrente, ampiamente controdeducendo.

Con ordinanza del 6 settembre 2018 n. 328, il T.A.R. Puglia, sezione unica, respingeva l'istanza cautelare, in quanto infondata.

Con ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 19 ottobre 2018 n. 5135, adito a seguito del proposto gravame avverso l'ordinanza di rigetto di primo grado, l'appello cautelare veniva rigettato, stante la fissazione della udienza pubblica di merito per la discussione del ricorso già prevista a breve, ove sarebbe stata vagliata la proficuità di procedere ad istruttoria.

Indi, l'Università adottava provvedimento di aggiudicazione a favore della controinteressata CAeB.

Dopo rinvio, con motivi aggiunti, veniva contestata l'intervenuta aggiudicazione, nonché riproposta istanza cautelare di sospensione del provvedimento gravato.

Con ordinanza del 20-21 novembre 2018 n. 446, il T.A.R. Puglia respingeva *ex novo* l'istanza cautelare, perché infondata.

Le parti nel corso del giudizio si scambiavano memorie, repliche e documenti.

All'udienza pubblica del 20 novembre 2018, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

1.- Occorre premettere, in relazione a quanto eccepito dalla Cooperativa Archivistica e Bibliotecaria, che la questione della sussumibilità della fattispecie nell'articolo 120, comma 2-*bis*, del codice del processo amministrativo (poiché l'esclusione non conseguiva alla valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, bensì era disposta per l'illeggibilità informatica della offerta tecnica), ha perso di rilievo con l'impugnazione dell'aggiudicazione tramite motivi aggiunti.

2.- Le censure dedotte con l'atto introduttivo del giudizio e con i motivi aggiunti possono essere trattati in modo unitario, in quanto, con diverse argomentazioni, il ricorrente denuncia comunque sempre che gli atti adottati dalla resistente Università siano sostanzialmente ingiustificati, perché frutto di un'asserita erronea applicazione della *lex specialis* di gara e perché posti in violazione delle disposizioni in materia di formazione dei documenti digitali-elettronici, che si ritiene doversi applicare nella fattispecie per cui è controversia, e perché privi di una congrua istruttoria nella valutazione delle offerte presentate dalle due sole imprese cooperative partecipanti.

3.- In via preliminare, va rigettata quel profilo di censura, pur mosso in ordine alla mancata attivazione del rimedio del soccorso istruttorio, che la giurisprudenza (Cons. St., sez. III, 3 luglio 2018 n. 4065) pacificamente esclude possa essere impiegato con riferimento all'offerta tecnica e all'offerta economica, in tal senso peraltro

deponendo il chiaro testo normativo di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs 18 aprile 2016 n. 50.

4.- Nel merito, invece, va osservato che la partecipazione alle procedure di gara gestite in forma telematico-informatica comporta la necessità di adempiere, con scrupolo e diligenza, alle prescrizioni di bando e alle norme tecniche rilevanti, come da *manuale applicativo* e da normativa sul punto vigente, nell'utilizzazione delle forme digitali, le cui regole (di necessaria osservanza, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura) *ex se* integrano *per relationem* la disciplina di gara e sono poste a garanzia di tutti i partecipanti; per cui l'inesatto o erroneo utilizzo, *a contrario*, rimane a rischio del partecipante.

L'Amministrazione universitaria ha motivato il provvedimento di esclusione adottato, in quanto, come da verbale n. prot. 17392-X/4 del 29 maggio 2018, redatto da pubblico ufficiale, che fa fede fino a querela di falso (artt. 2669-2700 c.c.), ha palesato di essersi trovata nell'impossibilità di visionare il documento contenente l'*offerta tecnica* della cooperativa *Culture*, risultato "corrotto" e "viziato" e quindi non verificabile.

La cooperativa ricorrente – come dalla stessa riferito all'Università nella nota del 18 maggio 2018 (prot. n. 16156-X/4 del 21 maggio 2018) – ha "tentato" di inserire nel sistema M.E.P.A. il *file* contenente l'*offerta tecnica*, non riuscendoci; tanto è accaduto, in realtà, perché errava nelle modalità di utilizzo dello strumento informatico-telematico, provando a inserire non un *file pdf*, accettato dal sistema, bensì un *file word*, in violazione del manuale applicativo del M.E.P.A., che richiede a tutti coloro che intendano utilizzare validamente la detta piattaforma di essere dotati del (comunissimo)

applicativo che crea il formato *pdf*, che consente l'accesso degli atti al M.E.P.A.

La cooperativa, dunque, pur candidandosi per la gestione di un servizio di catalogazione per le esigenze del sistema bibliotecario, che sovente comporta l'utilizzo di sistemi di archiviazione dei dati di tipo informatico, non ha ben compreso o letto le istruzioni destinate a tutti i fruitori del sistema M.E.P.A., comprese le stesse amministrazioni pubbliche, disponibili *on line* e richiamate dal bando di gara *lex specialis*. Tra tali regole compare la chiara e inequivoca prescrizione di essere forniti di un sistema per la creazione di documenti con estensione *pdf*, che è – come oramai costituisce pure fatto notorio – l'unica forma di documento informatico, che il sistema M.E.P.A. consente di “caricare”, con certezza di esatto recepimento, nelle apposite caselle-finestre della piattaforma, in tal modo progettata. Come anche è fatto notorio che altri sistemi del genere richiedono e accettano, senza rischi di errore, solo caricamenti di file tipo *pdf*.

5.- Un simile procedimento di evidenza pubblica, svolto con forme informatico-telematiche massimamente semplificate, su una piattaforma creata e disciplinata dal Ministero dell'economia e delle finanze, il M.E.P.A., viene posto *ex lege* a disposizione di tutte le pubbliche amministrazioni, al fine di rendere veloci e sicure le procedure di gara, coinvolgendo una pluralità di operatori economici, che interloquiscono con il sistema, attenendosi però scrupolosamente alle regole ivi previste, onde poter proporre i propri prodotti e servizi.

Un tale procedimento elettronico non può essere indi aggravato da adempimenti e oneri, 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 informatico. Ciò pregiudicando la stessa *ratio* di un simile sistema celere informatico-telematico di individuazione dei migliori offerenti e impedendo quindi, a causa dell'inosservanza di quanto richiesto dalle regole tecniche e procedurali rilevanti nel caso di specie, all'amministrazione di acquisire il bene o servizio ricercato. Diversamente opinando, le questioni che potrebbero in astratto porsi, ogniqualvolta si diverga dall'attenersi con diligenza a quanto prescritto dai manuali applicativi dei sistemi informatico-telematici, potrebbero essere così varie e molteplici, tali da frustrare le potenzialità, che invece questi sistemi offrono alle pubbliche amministrazioni e che consentono di evitare di ricorrere alle ormai obsolete e farraginose procedure cartacee.

Ergo, va affermato il principio per il quale – prima di porsi qualsiasi questione in ordine alla corretta trasmissione e al corretto funzionamento di un sistema informatico-telematico – intanto quel dato sistema deve essere stato correttamente utilizzato, secondo le modalità rese adeguatamente note e disponibili, da chi ne deduca un erroneo funzionamento o invochi supplementari accertamenti. Tali ulteriori indagini, infatti, da un lato, finiscono per impedire la celerità di funzionamento dello strumento e, dall'altro, costituiscono una verifica superflua, visto che i disguidi trovano spiegazione nei comportamenti degli stessi soggetti che se ne lamentano.

Peraltro, nel caso in questione, una certa qual attività di verifica del documento prodotto in modo difforme dalle regole previste, ossia in formato *word*, anziché in formato *pdf*, è stata pure effettuata dall'Amministrazione universitaria, epperò senza successo, per cui

non coglie nel segno quel profilo di motivo di ricorso, che lamenta la carenza di qualsivoglia attività istruttoria dell'Università.

6.- Non avendo munito l'offerta tecnica di formato *pdf* e quindi non riuscendo a caricarla nell'apposita finestra prevista nella piattaforma M.E.P.A., la società ricorrente ha indi pensato d'inserirla nell'altra finestra, ove è invece previsto il caricamento dell'offerta economica. In tal modo, con forzatura del sistema, riuscendo ad inserire i due *files*, cioè il *file pdf* dell'offerta economica unitamente al *file word* dell'offerta tecnica.

7.- Purtuttavia, in tal modo, la società *Culture* ha violato un principio fondamentale consolidato di tutte le procedure di gara, che vede la necessità di produrre l'offerta tecnica e l'offerta economica in buste chiuse e separate (*ex multis*, Cons. St., sez. VI, 17 febbraio 2017 n. 731; Cons. St., sez. V, 21 aprile 2017 n. 1864; Cons. St., sez. VI, 11 novembre 2008 n. 5624), ossia, nel caso delle gare con modalità telematico-informatica, con *filepdf* (formato chiuso) e in *finestra telematica separata*, ossia con caricamento (c.d. *upload*) distinto. Altrimenti opinando, è come a voler dire che l'offerta viene presentata in busta aperta e quindi potenzialmente visibile a chiunque durante la gara, con anche rischi di facili manomissioni. Né vale a superare detta violazione del principio di separazione dell'offerta tecnica dalla offerta economica, l'avviso di attenzione inserito impropriamente nel sistema a "non aprire" l'offerta, come è stato fatto dalla cooperativa partecipante, poiché comunque questo avviso rappresenta una modalità non idonea a garantire la chiusura e la separazione delle due offerte, in quanto è come a voler dire *mutatis mutandis* che il partecipante alla gara ha lasciato aperta la busta

cartacea, anziché chiuderla, e vi ha poi scritto sopra un avviso del tipo: “non aprire”.

8.- In ultima analisi, nella fattispecie concreta di procedura di gara M.E.P.A., sono state violate ben quattro regole basilari compendiate esattamente nelle seguenti:

A) è stato utilizzato un formato aperto modificabile (*file word*) e non il previsto formato chiuso inalterabile (*file pdf*) per la formulazione dell’offerta tecnica, in violazione di quanto prescritto dalle regole di gara;

B) è stato utilizzata in modo erroneo la piattaforma M.E.P.A., caricando due *files* (di cui in formato *word* non ammesso) in una stessa casella-finestra di caricamento e non nelle due distinte, apposite caselle, come invece è stato previsto, il che equivale ad aver utilizzato una stessa busta cartacea;

C) di conseguenza, è stata prodotta l’offerta tecnica (*file word*) abbinata all’offerta economica, cioè in una stessa casella-finestra di caricamento telematico della piattaforma M.E.P.A., in violazione della consolidata *regula juris* che prevede la distinzione e separazione della presentazione di dette due tipologie di offerta (difatti le due offerte erano potenzialmente leggibili l’una dopo l’altra);

D) l’offerta tecnica prodotta in formato *word* non è risultata possedere una sottoscrizione verificabile con l’apposito sistema di controllo della firma digitale; quindi è mancato infine anche l’accertamento della paternità dell’offerta.

Pertanto, è inutile ogni approfondimento istruttorio sulla leggibilità o meno dell’indiziato *file* formato *word* prodotto, con coeva verifica dell’apposizione della firma digitale, mediante apposito sistema di verifica della firma digitale, visto che peraltro, al momento della

seduta del seggio di gara, i tre funzionari, pubblici ufficiali, hanno, in quel contesto, verbalizzato e sottoscritto, come non risultasse leggibile il documento.

9.- In conclusione, il ricorso ed i motivi aggiunti sono infondati e vanno respinti con compensazione delle spese, stante la novità delle questioni che si pongono nel caso di utilizzazione dei sistemi informatici-telematici. Il contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, comma 6-*bis*, del d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, è posto a carico della parte soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, con i motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate. C.U a carico della cooperativa ricorrente soccombente.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Donatella Testini, Referendario

Lorenzo Ieva, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lorenzo Ieva

IL PRESIDENTE
Giuseppina Adamo

IL SEGRETARIO