

Publicato il 10/03/2022

N. 00571/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00380/2022 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 Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 380 del 2022, proposto da Altamed S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Edward W.W. Cheyne e Matteo Cutrera, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale (A.S.S.T.) di Monza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Boifava, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Aria Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia Sala, Stefano Marras e Maurizio Tommasi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso l'Ufficio Legale di Aria Spa in Milano, via Torquato Taramelli, 26;

per l'annullamento

del verbale n. 2 del 26 gennaio 2022 del Seggio di gara della procedura indetta dalla ASST di Monza per la fornitura di apparecchiature e integrazione di sala

operatoria per il rifacimento della sala F3 del blocco operatorio F della ASST Monza con cui è stata disposta l'esclusione di Altamed s.r.l. dalla procedura e della comunicazione di esclusione di pari data a firma del RUP trasmessa ad Altamed s.r.l. per il tramite della piattaforma Sintel; per quanto occorrer possa del verbale n. 1 del 12 gennaio 2022 del Seggio di gara, della comunicazione del 14 gennaio 2022 del RUP di ammissione con riserva di Altamed (prot. atti: 1386_20PN_2021) e della comunicazione del RUP, di eguale tenore, inviata a mezzo pec il 14 gennaio 2022, della nota di riscontro all'istanza di riesame del 2 febbraio 2022 adottata il 9 febbraio 2022 (prot. n. 4463) dal RUP, della nota di Aria del 21 gennaio 2022, prot. n. 3524/2022, del Disciplinare di gara in parte qua lesivo e, in particolare, dell'art. 11, delle disposizioni tecniche del sistema Sintel e di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, ancorché non conosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (A.S.S.T.) di Monza e di Aria Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2022 il dott. Giovanni Zucchini 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. L'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Monza (di seguito "ASST" oppure "Azienda") indiceva una gara d'appalto con procedura negoziata per l'affidamento della fornitura di apparecchiature e integrazione di sala operatoria per la sala F3 del blocco operatorio F della stessa ASST.

La gara sarebbe stata svolta in modalità telematica, avvalendosi della piattaforma della Regione Lombardia denominata "Sintel".

Alla procedura erano invitati sei operatori e quattro di essi partecipavano.

Le offerte dovevano essere presentate entro il termine perentorio delle ore 12.00 dell'11 gennaio 2022.

L'esponente, nella mattina dell'11.1.2022, chiedeva al Responsabile unico del procedimento (RUP) una proroga del termine per la trasmissione, lamentando difficoltà nel caricamento della propria offerta nel sistema informatico.

Il RUP consentiva a tale proroga, fissando il termine per l'invio alle ore 18.00 dello stesso 11 gennaio, seppure con riserva di valutare l'esistenza di eventuali problemi tecnici su Sintel ostativi al caricamento dell'offerta.

Altamed riusciva di conseguenza ad inviare l'offerta nel pomeriggio, poco prima delle ore 15.00.

Il RUP, quale presidente del Seggio di gara di cui all'art. 18 del disciplinare, chiedeva chiarimenti sull'eventuale malfunzionamento di Sintel ad Aria (Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti) Spa, vale a dire la società controllata dalla Regione Lombardia e preposta alla gestione della citata piattaforma.

Aria Spa escludeva ogni malfunzionamento nella mattina dell'11.1.2022, sicché l'offerta di Altamed, dapprima ammessa con riserva, era esclusa dalla procedura con provvedimento del Seggio di gara del 26.1.2022.

Contro il citato provvedimento di esclusione era proposto il ricorso in epigrafe, con domanda di sospensiva.

Si costituivano in giudizio l'ASST di Monza ed Aria Spa, concludendo entrambe per la reiezione del gravame.

All'udienza cautelare dell'8.3.2022, il Presidente dava dapprima avviso della possibilità della pronuncia di una sentenza in forma semplificata; la causa era poi discussa e trattenuta in decisione.

2.1 Nell'unico ed articolato motivo di ricorso Altamed sostiene che la mancata presentazione dell'offerta entro il termine perentorio delle ore 12.00 previsto dal disciplinare (cfr. il doc. 1 della ricorrente, punto 2.5, pagine 4 e 5)

non sarebbe dovuto a sua negligenza, bensì al malfunzionamento della piattaforma Sintel, che avrebbe impedito il perfezionamento dell'operazione.

Sul punto appare necessario premettere che, in base al disciplinare (cfr. ancora il doc. 1 della ricorrente, articolo 11), la presente procedura è svolta con modalità esclusivamente telematiche, attraverso la già citata piattaforma regionale Sintel, con esplicito onere in capo ai partecipanti di inviare e far pervenire all'appaltante la domanda ed i documenti previsti dalla legge di gara entro il termine perentorio previsto dal bando (si veda, in particolare, l'art. 11 del disciplinare, pag. 14).

Per quanto riguarda le gare svolte con modalità telematica e gli eventuali problemi legati all'invio delle domande di partecipazione, la giurisprudenza amministrativa è ormai giunta alla conclusione che: *«"..non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore" (Cons. Stato, sez. V, n. 7922/2019 e Cons. Stato, sez. III, n. 86/2020; 4811/2020)»* (così espressamente, Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 7352/2020).

Sulla stessa questione si vedano altresì:

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 3329/2014, per cui in capo alle imprese è configurabile *«una peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara, compensata dalla possibilità di uso diretto della loro postazione informatica»*, sicché appare necessaria una *«idonea diligenza nell'uso di un meccanismo rischioso, nel funzionamento del quale ogni soggetto coinvolto svolge attività e compiti distinti»*;

TAR Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza n. 1865/2016, per la quale: *«In tema di gare svolte con modalità telematiche – con conseguente trasmissione dell'offerta esclusivamente in via elettronica – la giurisprudenza (...) è giunta alla conclusione che la sempre maggiore diffusione delle gare svolte con modalità informatiche (che nella Regione Lombardia assurge talora a vero e proprio obbligo per le stazioni appaltanti, cfr. l'art. 1, comma 6-ter della legge regionale 33/2007), pone in capo agli operatori una "peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara" (così testualmente Consiglio di Stato, sez.*

III, 2.7.2014, n. 3329), 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 “pubblico” per la trasmissione delle offerte (nel caso di specie il sistema regionale Sintel), con la specificazione che spetta al concorrente offrire un principio di prova del suddetto malfunzionamento»;

TAR Campania, Napoli, sez. VIII, sentenza n. 3882/2020, secondo cui: «E’ fuor di dubbio che la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell’integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l’apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l’immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e all’ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura, dal momento che le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (Cons. Stato, III, 25.11.2016, n. 4990)», oltre a TAR Lombardia, Milano, Sezione IV, sentenza n. 448/2021.

Nel caso di specie, tuttavia, l’omesso invio e la conseguente mancata ricezione della domanda entro le ore 12.00 dell’11.1.2022 non appaiono imputabili a malfunzionamenti del sistema, ma semmai al solo operatore partecipante.

Infatti, con nota del 21.1.2022 prot. 3524, la società Aria Spa, gestore della piattaforma Sintel, segnalava all’ASST che nel giorno 11.1.2022 nessun malfunzionamento si era verificato sulla piattaforma; al contrario l’esame dell’attività svolta nello stesso giorno dall’esponente dimostrava che quest’ultima accedeva più volte al sistema ed iniziava le operazioni di caricamento, che non erano però portate a termine entro le ore 12.00, senza che si realizzasse pertanto il completamento dell’invio della domanda di ammissione (cfr. per la relazione di Aria Spa il doc. 1 di quest’ultima ed anche il doc. 2 della ricorrente).

Dall’esame della citata relazione si rileva in particolare che:

- l’esponente iniziava le operazioni (“Esegue login”) alle ore 10.13, accedendo più volte al percorso di invio dell’offerta ma senza concludere la trasmissione

e per ben due volte, alle ore 10.44 ed alle ore 11.56 erano riscontrati “problemi di connettività lato utente”, vale a dire problemi riferibili al mittente e non alla piattaforma o al destinatario dell’offerta;

- nello stesso intervallo temporale compreso fra le ore 10.00 e le ore 12.00 le altre tre imprese invitate alla procedura trasmettevano senza problemi le loro offerte (Carlo Bianchi Srl alle ore 9.59, Getinge Italia Srl alle ore 10.27 e Megatec Srl alle ore 11.02, cfr. sul punto il doc. 2 di Aria Spa);

- sempre in tale periodo non erano segnalati problemi di connessione da parte degli altri numerosi utenti della piattaforma regionale, tanto è vero che fra le ore 10.00 e le ore 12.00 erano trasmesse nel complesso 259 offerte per varie procedure telematiche di gara (si veda ancora il doc. 2 della ricorrente ed il doc. 3 di Aria Spa);

- Altamed ha prodotto le copie delle fotografie dello schermo del proprio computer (c.d. screenshot), dove compare una pagina bianca con la scritta “errore interno all’applicazione” (cfr. i documenti 3 e 6 della ricorrente), ma si tratta di una dizione generica, non in grado di scalfire le conclusioni cui giungono i suindicati documenti depositati da Aria Spa.

2.2 L’esponente ha potuto presentare, seppure tardivamente, la propria offerta per effetto della proroga del termine dalle ore 12.00 alle ore 18.00, proroga disposta dal RUP in via meramente prudenziale e provvisoria, in attesa che il gestore della piattaforma Aria Spa fornisse indicazioni all’Azienda su eventuali malfunzionamenti del sistema informatico (cfr. in particolare i verbali di gara n. 1 e n. 2 del 2022, documenti 8 e 9 della ricorrente ed il doc. 6bis della resistente, vale a dire la comunicazione del RUP di ammissione con riserva del 14.1.2022).

A scioglimento di tale riserva il Seggio di gara, presieduto dallo stesso RUP ai sensi dell’art. 18 del disciplinare, ha correttamente escluso l’esponente, posto che una diversa soluzione avrebbe determinato una sostanziale modifica da parte del RUP della *lex specialis*, considerato che quest’ultima prevede il termine perentorio delle ore 12.00 dell’11.1.2022 e che la legge di gara

costituisce un vincolo insormontabile per la stazione appaltante, la cui inosservanza cagionerebbe la violazione del fondamentale principio della parità di trattamento (“*par condicio*”) degli operatori partecipanti (cfr. sul punto l’art. 30 del D.Lgs. n. 50/2016, codice dei contratti pubblici).

2.3 Dall’esame dei documenti di causa risulta che uno degli operatori partecipanti, vale a dire Megatec Srl, che pure aveva presentato tempestivamente la propria offerta, l’ha presentata nuovamente dopo le ore 12.00 (cfr. ancora il doc. 2 di Aria Spa).

Ovviamente, tenuto conto di quanto sopra esposto, la sola offerta che dovrà essere presa in considerazione dell’appaltante è la prima, presentata entro le ore 12.00 e sul punto Aria Spa ha dichiarato che la stessa è in grado, su richiesta dell’Amministrazione, di estrapolare l’offerta di Megatec caricata originariamente prima delle ore 12.00 (cfr. pag. 16 della memoria difensiva di Aria Spa).

2.4 In conclusione, l’intero ricorso deve rigettarsi.

3. Le spese di causa possono essere interamente compensate, visti l’andamento della presente controversia e la peculiarità delle questioni poste all’attenzione del Collegio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2022 con l’intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Lorenzo Cordi', Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Ugo Di Benedetto

IL SEGRETARIO