

N. 03329/2014REG.PROV.COLL.
N. 09460/2013 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 n. 9460/2013 RG, proposto dall'Agenda regionale centrale acquisti – ARCA per la Lombardia, in persona del Direttore generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Piera Pujatti, con domicilio eletto in Roma, via N. Porpora n. 16, presso lo studio dell'avv. Quici,

contro

la ABBOTT s.r.l., corrente in Aprilia (LT), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Scanzano e Filippo Brunetti, con domicilio eletto in Roma, via XXIV Maggio n. 43, presso lo Studio legale Chiomenti e

nei confronti di

Azienda ospedaliera di Desio e Vimercate e Lombardia Informatica s.p.a., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti nel presente giudizio,

per la riforma

della sentenza del TAR Lombardia – Milano, sez. IV, n. 2071/2013, resa tra le parti e concernente l'affidamento della fornitura di sistemi diagnostici per la determinazione di *markers* sierologici delle epatiti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della sola Società appellata;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, c. 10, c.p.a.;

Relatore all'udienza pubblica del 6 marzo 2014 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti costituite, gli avvocati Quici (su delega di Pujatti) e Scanzano;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con deliberazione n. 367 del 14 maggio 2012, l'Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate ha indetto una procedura aperta aggregata ex artt. 54 e 55 del Dlg 12 aprile 2006 n. 163, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura di sistemi diagnostici per la determinazione di *markers* sierologici delle epatiti A), B) e C), occorrenti ad alcuni presidi ospedalieri aziendali.

La *lex specialis* di gara ha previsto, tra l'altro, che la domanda di partecipazione alla procedura e l'offerta sarebbero dovute essere prodotte in forma telematica, mercé l'uso del sistema informatico SINTEL della Regione Lombardia, gestito dall'ARCA per la

Lombardia.

A tal procedura ha inteso proporre la sua partecipazione, tra le altre imprese, pure la ABBOTT s.p.a., corrente in Aprilia (LT). Detta Società rende noto che, in data 5 luglio 2012 —ultimo giorno per la produzione di istanza ed offerta—, ha caricato queste ultime nella piattaforma SINTEL in formato PDF e con firma digitale, con un file d'estensione superiore a Mb 80. Sennonché, nella seduta del 3 settembre 2012, il seggio di gara ha appurato che la documentazione tecnica caricata su tal piattaforma è risultata illeggibile.

Il seggio di gara ha allora chiesto a detta Società di trasmettere a SINTEL un file di contenuto identico, ma anch'esso è risultato illeggibile, donde l'esclusione di essa.

2. – Sicché detta Società ne ha impugnato il provvedimento innanzi al TAR Milano, affermando che la ragione del guasto del suo file dipendesse non da sua colpa, ma da un difetto di funzionamento di SINTEL. Dal canto loro, le Amministrazioni resistenti, nel costituirsi in quel giudizio, hanno replicato che, in entrambi i casi inerenti a detta Società, non fossero state riscontrate le anomalie da quest'ultima denunciate.

Il TAR ha allora ha ordinato una verifica tecnica, al fine d'accertare sia la possibilità d'estrarre il file contenente l'offerta attorea, sia l'individuazione delle cause che ne hanno determinato l'illeggibilità. Il verificatore ha appurato che: 1) – non è possibile estrarre detto *file* dall'insieme dei dati raccolti all'interno di SINTEL; 2) – non è possibile determinare con precisione le cause che hanno

comportato l'illeggibilità del file, che è giunto contenente solo ca. Mb 80 con byte di valore 0, ossia senza dati utili, nemmeno parziali; 3) – la causa di ciò «... risiede in uno degli strumenti accessori di elaborazione e trasmissione dei dati, che inevitabilmente vengono coinvolti in alcuni dei passaggi che portano alla produzione presso il concorrente del file firmato contenente l'offerta ...».

Sulla scorta di tal assunto, per cui non è stata individuata la causa certa che ha reso illeggibile il file *de quo* e, dunque, l'assenza di colpa in capo a detta Società ed alla stazione appaltante, l'adito TAR, con sentenza n. 2071 del 20 agosto 2013, ha accolto il ricorso della Società stessa, che non sarebbe dovuta esser esclusa dalla gara. Tanto perché, in tal caso: I) – il principio del *favor participationis* avrebbe dovuto suggerire, nel dubbio, di non escludere la ricorrente in difetto di certa colpa di essa; II) – non è utilizzabile nella specie l'argomento, per cui nel servizio di recapito di posta ordinaria i casi di difetto di consegna del plico sono posti a carico del mittente che ne assume il rischio, ché chi si avvale del servizio postale sceglie volontariamente tale forma di recapito e ne accetta ogni rischio mentre, nel caso in esame, le imprese partecipanti non ebbero possibilità di scelta, avendo la P.A. appaltante ritenuto di avvalersi solo del sistema informatico per la gestione della gara pubblica; III) – non è possibile, quindi ed essendo regola ingiustamente punitiva ed confliggente con il *favor participationis*, accollare all'impresa partecipante il rischio di disfunzioni del sistema informatico; IV) – dal processo civile, da cui muovono le regole sulla notificazione degli atti processuali, emerge altresì il principio generale

che evita d'imporre ad un soggetto conseguenze negative da lui non direttamente provocate; V) – vanno posti in capo alla stazione appaltante i rischi derivanti dall'uso del modello informatico «... e, quindi, tutte le cause di illeggibilità del file non dipendente palesemente da colpa dell'impresa partecipante...».

3. – Appella dunque l'ARCA per la Lombardia, deducendo in punto di diritto l'erroneità di siffatta sentenza sotto due articolati gruppi di argomenti.

Resiste in giudizio la Società appellata, che conclude per: A) – l'improcedibilità dell'appello, per non aver l'Azienda appaltante impugnato la sentenza n. 2071/2013 e per aver affidato in via diretta al fornitore uscente una fornitura temporanea (fino al 31 dicembre 2014 e nelle more del passaggio ad altra Azione ospedaliera delle relative strutture) di beni della medesima natura della gara per cui è causa: B) – l'inammissibilità dell'appello per difetto di legittimazione attiva o d'interesse in capo all'ARCA per la Lombardia, quale soggetto gestore del SINTEL, mentre il precedente gestore, in primo grado, aveva affermato la marginalità della propria posizione se non ad eventuali fini risarcitori verso la stazione appaltante, tanto più se si considera che per il TAR è incerta la ragione dell'illeggibilità del file trasmesso a quest'ultima; C) – nel merito, l'infondatezza dell'appello. Al contrario, la stazione appaltante, pur se ritualmente intimata, non s'è costituita nel presente giudizio. Entrambe le parti costituite hanno depositato documenti e memorie.

Alla pubblica udienza del 6 marzo 2014, su conforme richiesta delle

parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

4. – Le due eccezioni preliminari non han pregio e vanno disattese.

Quanto all'eccepita improcedibilità del ricorso in epigrafe, la Società appellata la desume dal fatto, in sé materialmente vero, che la stazione appaltante non ha proposto appello e ha disposto, solo in modo temporaneo ed in attesa della ristrutturazione dei relativi servizi, un affidamento diretto al fornitore uscente.

Ebbene, il primo aspetto non estingue l'interesse all'appello del gestore della piattaforma SINTEL, all'evidente scopo, non per forza coincidente con quello della P.A. appaltante, di far constare la funzionalità materiale di tal piattaforma e l'insussistenza, anche potenziale, d'un qualunque obbligo risarcitorio verso le altre parti. E che ciò sia di stringente attualità non è dubbio, sol che si pensi all'affermato principio, da parte del TAR e che il Collegio non condivide, che ogni disfunzione del sistema informatico per la gestione d'una gara ad evidenza pubblica sia accolto alla stazione appaltante per la regola di *favor participationis*, e, dunque, al gestore stesso ai sensi dell'art. 290, c. 1 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207. È appena da osservare che, se la P.A. appaltante s'è in vario modo adeguata all'impugnata sentenza, ciò NON elide il simmetrico interesse del predetto gestore di far constare, mercé la riforma della sentenza appellata, la correttezza tecnica e giuridica del proprio operato nella specie.

Da ciò è facile argomentare il rigetto pure dell'eccezione d'inammissibilità del presente ricorso, in virtù della quale per difetto

d'interesse o di legittimazione attiva in questa sede. L'eccezione muove dalla circostanza, secondo l'appellata, che il precedente gestore di SINTEL aveva affermato la sua marginalità nella procedura di gara e nel relativo giudizio. Ciò è stato sì fatto presente nel corso del giudizio innanzi al TAR, ma nei soli limiti diversi dagli eventuali profili risarcitori verso la stazione appaltante e fermo restando che la sentenza ha basato il proprio accoglimento per quanto riguardò la piattaforma SINTEL. Dice l'appellata che tal interesse è tanto più labile, quanto ancora resta incerta la ragione dell'illeggibilità del *file* trasmesso dall'appellata alla stazione appaltante, ma pure detta proposizione non è vera a ben leggere la relazione del verificatore, che individua invece una causa ben precisa di tal illeggibilità.

Nel merito, l'appello è fondato e va accolto, per le considerazioni qui di seguito indicate.

5. – In primo luogo, va ribadita, come deduce l'appellante, sia la facoltà di cui all'art. 85, c. 13 del Dlg 163/2006 e di cui all'art. 295 del DPR 207/2010 che le stazioni appaltanti hanno di gestire interamente una procedura di gara con sistemi informatici. E va precisato altresì l'obbligo che l'art. 1, c. 6-ter della l. reg. Lomb. 28 dicembre 2007 n. 33 pone in capo, tra gli altri, agli enti del Servizio sanitario regionale di svolgere le gare per servizi e forniture di qualunque importo per il solo tramite della piattaforma informatica SINTEL.

Come si vede, la legge non si limita a suggerire, ma impone una gestione totalmente informatizzata dei flussi di notizie e di atti tra le imprese partecipanti e la stazione appaltante per siffatte gare ad

evidenza pubblica.

Si tratta d'una regola che, per vero, risponde anche a ragioni evidenti ed in sé non discriminatorie di semplificazione e di più agevole comodità per le imprese stesse, certo meglio che non il mero uso del servizio postale. In altri termini, la gestione totalmente informatizzata della gara certo consente alle imprese la trasmissione telematica di tutti gli atti inerenti alla loro partecipazione, mediante i propri terminali ed i sistemi di connessione a SINTEL. Tal accesso, relativamente libero a detta piattaforma, risponde anche ad un'esigenza semplificativa e di certezza della procedura, avente una funzione di legalità oggettiva e che, come tale, trascende la posizione di tutti e di ciascun operatore. Donde sia l'esigibilità, per dette imprese, d'una peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara, compensata dalla possibilità d'uso diretto della loro postazione informatica; sia la correlata impossibilità di predicare, come fa il TAR, l'accollo in capo alla stazione appaltante dei rischi derivanti dall'uso del modello informatico «... e, quindi, tutte le cause di illeggibilità del file non dipendente palesemente da colpa dell'impresa partecipante...», a tutto concedere vigendo anche in questo caso le ordinarie regole di suddivisione della responsabilità per attività rischiose.

Anzi, nemmeno ben invocato pare nella specie il principio di *favor participationis* che, per vero, presuppone la non ravvisabilità d'una lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante e, perciò, va preferito tal *favor* al fine d'un più ampio confronto concorrenziale. Nel caso in esame, invece, la gestione interamente informatizzata

della procedura di gara ben può implicare l'esclusione dalla gara della domanda che risulti illeggibile per un guasto non dei comandi di trasmissione, ma dell'originazione del relativo *file*. Come s'è detto, questa è una regola posta a tutela della quanto più ragionevolmente rapida e sicura gestione dei flussi di informazioni sulla partecipazione alla gara, che risponde ad un particolare interesse pubblico generale (e non solo della P.A. appaltante) di certezza, speditezza e trasparenza ed è posta a garanzia altresì della *par condicio* dei concorrenti (cfr. Cons. St., V, 5 agosto 2011 n. 4713; id., 10 gennaio 2013 n. 89). Sicché, a fronte di tali dati predefiniti per legge e non per scelta della stazione appaltante, i criteri ermeneutici del *favor participationis*, di adeguatezza, di proporzionalità e di non aggravamento della procedura di gara tornano ad avere quella loro natura sussidiaria per l'interprete e recedono rispetto alle regole certe ed univoche della *lex specialis* che dalla norma primaria direttamente ripetono la loro validità (arg. ex Cons. St., V, 2 febbraio 2012 n. 546).

6. – A più forte ragione non è predicabile una sorta di responsabilità *lato sensu* oggettiva della stazione appaltante (e, nella specie, pure del gestore di SINTEL), perché ciò, oltre ad esser in sé erroneo, non è affatto evincibile dalla relazione del verificatore, il quale, peraltro, è giunto a d alcune precise conclusioni.

Dalla serena lettura della relazione s'evince che, articolata in sedici *step* la trasmissione telematica della domanda e della documentazione di gara, non appaiono, per le fasi di competenza di SINTEL, errori di sistema che possano aver causato l'illeggibilità del *file* dell'appellata.

Quest'ultimo è poi contenente solo ca. Mb 80 con byte di valore 0, ossia senza dati utili, nemmeno parziali, ma non vi sono errori della piattaforma nel riconoscere l'istanza dell'appellata e del codice identificativo della sua offerta. Anzi, è evidente che il *file* dell'appellata è stato da essa validamente firmato il riepilogo in formato PDF, che riportava il codice identificativo dell'offerta stessa. Sicché, non v'è ragione di leggere nella relazione una qualsivoglia anomalia specifica di SINTEL rispetto a tal *file* così inutilizzabile ed illeggibile.

È ben vero che il verificatore ha concluso sull'impossibilità di determinare con precisione le cause che hanno comportato l'illeggibilità del *file* stesso. Ma il verificatore dice pure che la causa di ciò «... risiede in uno degli strumenti accessori di elaborazione e trasmissione dei dati, che inevitabilmente vengono coinvolti in alcuni dei passaggi che portano alla produzione presso il concorrente del file firmato contenente l'offerta ...».

Sicché il verificatore, oltre ad escludere che il guasto del *file* dell'appellata risieda in disfunzioni di SINTEL, fa capire al contempo che il guasto s'è formato presso l'impresa mittente, ancorché non sia chiaro quando o in quale degli *step* di sua competenza ciò sia avvenuto. Se la causa del guasto «risiede in uno degli strumenti accessori di elaborazione e trasmissione dei dati...», allora si tratta di quelli coinvolti «...in alcuni dei passaggi che portano alla produzione presso il concorrente del file firmato contenente l'offerta». Non serve quindi conoscere in qual punto di tal elaborazione il guasto si sia determinato, all'uopo bastando, per rendere comunque inutilizzabile il principio posto dal TAR, che ciò si sia verificato in una delle fasi di piena spettanza dell'appaltante.

Pure sotto il profilo tecnico, quindi ed una volta assodato il riparto di competenze (e responsabilità) tra l'impresa mittente e SINTEL nella gestione d'inoltro e ricezione dei dati di partecipazione alla gara, non ha senso logico asserire l'accollo del rischio in capo alla sola stazione appaltante. Tal accolto è predicato dal TAR con riguardo, come s'è detto, a «... *tutte le cause di illeggibilità del file non dipendente palesemente da colpa dell'impresa partecipante...*», vicenda, questa, su cui il verificatore così non s'esprime. Non è questione di colpa soggettiva, ma d'idonea diligenza nell'uso d'un meccanismo rischioso, nel funzionamento del quale ogni soggetto coinvolto svolge attività e compiti distinti. L'assunto del TAR al più avrebbe senso se la gestione totalmente informatizzata della gara fosse mera facoltà e non un preciso obbligo di legge per tutti gli attori del procedimento concorsuale e se dalla verifica si ricavassero incertezze sulla struttura della procedura d'invio e ricezione dei dati. Viceversa, stante la netta distinzione delle fasi di competenza del mittente e di SINTEL —riparto, si badi, che sussisterebbe quand'anche il ricorso alla gara totalmente informatica fosse facoltà e non obbligo—, ognuno di tali soggetti assume su di sé il solo rischio afferente al segmento di sua propria e precipua spettanza, senza poterlo riversare sull'altro.

Né giova richiamare, come fa il TAR per giustificare il proprio assunto, le regole sulla remissione in termini ex art. 153, II c., c.p.c., che hanno sì portata di principio generale, ma s'appalesano inutili nella specie. Infatti, al di là della congruenza del richiamo stesso in sé e nel contesto in esame, il seggio di gara ha appurato che la

documentazione tecnica caricata su SINTEL fosse illeggibile e ha chiesto all'appellata di ritrasmettere a SINTEL un file di contenuto identico. Come si vede, nei fatti la rimessione in termini dell'appellata v'è stata, ma il risultato è stato d'identico tenore, ma il TAR non se n'è dato per inteso. Sicché è ragionevole ritenere che, in assenza di dimostrate anomalie in SINTEL pure per il secondo inoltro, l'illeggibilità del nuovo *file* sia dipesa da disfunzioni all'interno del sistema dell'appellata.

7. – Il ricorso in epigrafe va così accolto, ma la novità della questione e giusti motivi suggeriscono la compensazione integrale, tra le parti, delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso n. 9460/2013 RG in epigrafe), lo accoglie per quanto di ragione e nei sensi di cui in motivazione e, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 6 marzo 2014, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Massimiliano Nocelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/07/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)