

Pubblicato il 18/02/2021

N. 00448/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00126/2021 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 126 del 2021, proposto da
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'avvocato Simona Motta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia e presso il suo studio in Milano, via Flavio Baracchini, 1;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) di Pavia, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio
Zoppolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e presso il
suo studio in Milano, via Dante, 16;

per l'annullamento

a) del provvedimento del Direttore Dipartimento Programmazione e Gestione
Finanziaria dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) di Pavia n. -OMISSIS-
del 25 gennaio 2021 comunicato via pec in pari data, recante il rigetto dell'istanza di

riammissione e richiesta di soccorso istruttorio, con riguardo al Lotto n. 1, nella “procedura ristretta ai sensi del combinato disposto dell'art. 2 d.l. 76/2020 ed art. 61 d.lgs. 50/2013 suddivisa in due lotti, in forma telematica, per l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario ordinario e di trasporto sanitario d'urgenza ed emergenza – c.d. “trasporti secondari” – occorrenti per i presidi ospedalieri dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) di Pavia -OMISSIS-” (doc. 1);

b) del provvedimento implicito di non ammissione e/o esclusione della ricorrente e del costituito -OMISSIS-alla procedura ristretta de qua, con riferimento al Lotto n. 1;

c) ove occorra, del bando e del disciplinare di gara con riferimento alle clausole disciplinanti la partecipazione dei concorrenti a mezzo della piattaforma telematica, e di tutti i verbali di gara eventualmente esistenti allo stato non noti alla ricorrente;

d) di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e consequenziale; nonché per il riconoscimento del diritto della ricorrente e del costituito RTI alla riammissione alla procedura di gara, con riguardo al lotto n. 1, o comunque alla attivazione del soccorso istruttorio nonché per la condanna al risarcimento del danno ingiusto patito e patienti dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione per equivalente, con riserva di determinare l'importo nel corso del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) di Pavia;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella Camera di consiglio del 17 febbraio 2021, celebrata nelle forme di cui all'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 convertito in Legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 1, comma 17 del D.L. 31 dicembre 2020,

n.183, ed al Decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020, la relazione del dott. Giovanni Zucchini ed uditi per le parti i difensori intervenuti in collegamento da remoto come da 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 Pavia (di seguito "ASST" oppure "Azienda") indiceva una gara d'appalto con procedura ristretta per l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario ordinario e di trasporto sanitario d'urgenza ed emergenza (c.d. trasporti secondari), occorrenti ai presidi dell'Azienda.

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

L'appalto era suddiviso in due lotti.

Trattandosi di procedura ristretta (ex art. 61 del D.Lgs. 50/2016, codice dei contratti pubblici o anche solo "codice"), era prevista una prima fase di prequalifica, per la trasmissione all'Amministrazione delle domande di partecipazione, alla quale sarebbe poi seguita la fase di invio delle offerte da parte degli operatori ammessi alla procedura.

L'esponente -OMISSIS-(di seguito, anche solo -OMISSIS-), quale mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese (RTI), si attivava per la presentazione della domanda di partecipazione per entrambi i lotti, ma riceveva comunicazione di ammissione al solo lotto n. 2.

In relazione, pertanto, al lotto n. 1, la stessa chiedeva all'Azienda di essere ammessa con urgenza alla procedura; ma con nota del 25.1.2021 l'ASST rigettava tale istanza, evidenziando che nel giorno di asserito caricamento a sistema della domanda di

partecipazione non si era verificato alcun malfunzionamento della piattaforma Sintel.

Contro il citato diniego era proposto il ricorso in epigrafe, con domanda di misure cautelari, anche monocratiche.

Con decreto del Presidente della scrivente Sezione n.-OMISSIS-, l'istanza di tutela monocratica era accolta, pur riservandosi espressamente alla camera di consiglio collegiale la valutazione dei profili di legittimità.

Si costituiva poi in giudizio l'ASST di Pavia, concludendo per la reiezione del gravame.

All'udienza cautelare del 17.2.2021, 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 Nel primo motivo di ricorso, la -OMISSIS-evidenzia di avere caricato regolarmente sulla piattaforma Sintel le domande di partecipazione per entrambi i lotti, senza peraltro avere ricevuto alcuna segnalazione di anomalia dal sistema – con riguardo al lotto n. 1 – ed avendo anzi ottenuto in data 29.12.2020 una generica comunicazione di ammissione, senza alcuna distinzione fra i lotti citati (cfr. il doc. 6 della ricorrente).

La mancata ricezione della domanda, a detta dell'esponente, non può che essere stata cagionata da un errore incolpevole, che non inficia però la chiara volontà manifestata da -OMISSIS-di prendere parte alla procedura per il lotto n. 1, sicché illegittimamente l'Azienda avrebbe rifiutato l'ammissione alla gara (cfr. per il provvedimento impugnato, il doc. 1 della ricorrente).

La-OMISSIS-, quindi, non nega l'omessa ricezione della domanda di partecipazione da parte dell'Amministrazione (cfr. in particolare, la pagina 6 del ricorso); tuttavia, a fronte dell'avvenuto caricamento a sistema del file contenente la domanda per il lotto n. 1 e della volontà chiaramente manifestata di prendere parte alla procedura,

l'esclusione sarebbe illegittima, in quanto lesiva anche dell'affidamento ingeneratosi in capo all'esponente.

Sul punto appare necessario premettere che, in base al disciplinare (cfr. il doc. 3 della ricorrente, articoli 1 e 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 comma 3 del disciplinare).

Inoltre nel caso di specie, per consentire il concreto svolgimento della gara in via telematica, sulla piattaforma Sintel sono state predisposte due diverse procedure ristrette, una per ognuno dei due lotti, contraddistinte ciascuna da un diverso codice identificativo "ID" (cfr. il doc. 15 della resistente).

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)*».

Ciò premesso, giova ancora rimarcare che, nel caso di specie, appare assodato che la domanda di -OMISSIS- non è mai giunta, ancorché per via telematica, alla stazione appaltante.

Tale circostanza, oltre ad essere stata in fondo ammessa dalla stessa esponente (cfr. pag. 6 del ricorso: “Evidentemente qualcosa ha impedito di ultimare il percorso di invio della domanda”), si desume anche dall’attività posta in essere dall’Azienda per

dare esecuzione al decreto presidenziale n.-OMISSIS-, di accoglimento della misura cautelare monocratica.

Infatti (cfr. sul punto il doc. 12 ed il doc. 13 della resistente), il gestore della piattaforma comunicava all'ASST l'impossibilità di inserimento del fornitore nella seconda fase della procedura ristretta, sicché l'esecuzione della pronuncia cautelare imponeva una sorta di "forzatura" (si consenta il termine), del sistema informatico, dovendo l'Amministrazione chiedere al gestore una speciale abilitazione per la partecipazione di -OMISSIS-(cfr. anche il doc. 16 di quest'ultima ed il doc. 11 della resistente).

L'omesso invio e la conseguente mancata ricezione della domanda non appaiono però imputabili a malfunzionamenti del sistema, ma semmai al solo operatore partecipante.

Infatti, con nota del 20.1.2021, la società controllata dalla Regione Lombardia e denominata Aria Spa, gestore della piattaforma Sintel, segnalava all'ASST che nel giorno 19.10.2020 nessun malfunzionamento si era verificato sulla piattaforma; al contrario l'esame dell'attività svolta nello stesso giorno da -OMISSIS-dimostrava che quest'ultima accedeva al sistema ed iniziava le operazioni di caricamento, che erano però abbandonate, senza il completamento dell'invio della domanda di ammissione (cfr. il doc. 9 della resistente ed anche il provvedimento impugnato, doc. 1 della ricorrente).

D'altronde, nello stesso giorno non erano segnalati disservizi da parte degli altri partecipanti e la stessa -OMISSIS-effettuava con successo l'invio della domanda per il lotto n. 2 (cfr. il doc. 3 della resistente).

La ricorrente non potrebbe neppure vantare la lesione di un ipotetico affidamento incolpevole sulla validità della trasmissione.

Infatti, in data 28.12.2020 -OMISSIS-riceveva dall'ASST la comunicazione di ammissione per il solo lotto n. 2 (cfr. il documento 7 della ricorrente ed il doc. 4

della resistente), mentre il 29.12.2020 il sistema Sintel generava in automatico una comunicazione di ammissione alla gara, senza specificazione dei lotti (cfr. il doc. 6 della ricorrente ed il doc. 5 della resistente).

La circostanza che tale ultima comunicazione – prodotta in automatico dalla piattaforma, giova ripetere – non riportasse l'indicazione dei lotti non appare rilevante, posto che la precedente comunicazione della stazione appaltante era chiara nel limitare l'ammissione al solo lotto n. 2.

Cri, che è per sua stessa ammissione un operatore professionale, il cui grado di diligenza richiesto è quello della diligenza specifica e non ordinaria – ai sensi dell'art. 1176 comma secondo del codice civile – ben poteva avvedersi di non essere stata ammessa al lotto n. 1.

Nessuna prova – neppure nella forma del mero principio di prova – è quindi stata offerta con riguardo ad un ipotetico disservizio della piattaforma Sintel; parimenti l'esponente pare ricondurre il mancato invio della domanda ad un non meglio specificato errore materiale incolpevole, tuttavia tale errore non può che ricadere nella sfera giuridica della partecipante alla gara, la quale non fornisce neanche la prova di eventuali circostanze eccezionali ed imprevedibili, oggettivamente ostative all'invio della domanda di partecipazione.

A diversa conclusione non induce neppure la lettura delle due sentenze citate dalla pur abile difesa di parte ricorrente nel corso dell'udienza del 17.2.2021.

Infatti, nel caso deciso dalla sentenza del TAR Lombardia, sez. IV, n. -OMISSIS-, erano stati documentati rallentamenti sulla piattaforma, mentre nel caso di specie non vi è alcuna traccia di malfunzionamento.

Quanto alla sentenza del TAR Veneto, sez. I, n. -OMISSIS-, l'Amministrazione aveva certo disposto la riapertura dei termini di partecipazione, pur in mancanza di malfunzionamenti del sistema informatico, dopo avere però verificato una lacuna

nella legge di gara, che non aveva indicato il limite dimensionale massimo dei “file” da caricare a sistema.

Sotto tale ultimo profilo, giova ricordare che nella presente procedura -OMISSIS- aveva chiesto di ampliare la capacità di caricamento del sistema da 100 a 400 megabyte (cfr. il doc. 4 della ricorrente); tuttavia la cartella contenente la domanda per il lotto n. 1 è pari a circa 57 megabyte (MB), come ammesso a pag. 8 del ricorso (si veda anche il doc. 12 della ricorrente), per cui l’omesso invio non può certo essere dipeso da una scarsa capacità di caricamento del sistema.

Del resto la stessa ASST, per consentire la migliore partecipazione, aveva disposto che sulla piattaforma sarebbero state previste due distinte procedure, una per ogni lotto (cfr. ancora il doc. 15 della resistente).

Infine, non può attribuirsi rilevanza alla più volte manifestata volontà della ricorrente di partecipare alla procedura anche per il lotto n. 1, considerato che – e si perdoni l’ovvietà – la volontà di partecipazione deve concretizzarsi nell’invio di una domanda nei modi e nei termini previsti dalla legge di gara.

In conclusione, il primo mezzo di gravame deve rigettarsi.

2.2 Nel secondo motivo la ricorrente lamenta la mancata applicazione, a proprio favore, dell’istituto del soccorso istruttorio di cui all’art. 83 comma 9 del codice.

Anche tale censura è priva di pregio, considerato che il soccorso istruttorio di cui al citato art. 83 è inammissibile sia in caso di mancanza degli elementi essenziali dell’offerta tecnica ed economica sia qualora le carenze documentali non consentono di individuare il contenuto o il soggetto responsabile della documentazione.

Di conseguenza, deve escludersi il soccorso istruttorio nei casi – come quello di specie – nei quali manchino completamente l’offerta oppure la domanda di partecipazione e quindi non si tratta di porre rimedio a lacune o errori di una domanda pervenuta tempestivamente, bensì di consentire addirittura la

presentazione tardiva dell'intera documentazione del partecipante alla procedura (sui limiti al soccorso istruttorio si vedano, fra le tante, oltre alla già citata sentenza del TAR Campania, Napoli, sez. VIII, n. 3882/2020, le recenti sentenze del TAR Lazio, Roma, sez. II n. 1842/2021 e sez. 1-*quater*, n. 1633/2021, con la giurisprudenza ivi richiamata).

Ogni diversa soluzione si porrebbe in contrasto con il fondamentale principio delle pubbliche gare che impone di garantire la parità di trattamento e la non discriminazione (“*par condicio*”), fra tutti i partecipanti (cfr. anche l'art. 30 del codice). In conclusione, l'intero ricorso deve respingersi.

3. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la ricorrente al pagamento a favore dell'ASST resistente delle spese di lite, che liquida in euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%).

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

Vista la richiesta della ricorrente e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte ricorrente.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2021, tenutasi con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 convertito in Legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 1, comma 17 del D.L. 31 dicembre 2020, n. 183, e

del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020, con
l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Katiuscia Papi, Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.