

Pubblicato il 02/07/2019

N. 08605/2019 REG.PROV.COLL.
N. 04532/2019 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 il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 4532 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

B. Braun Milano S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla, Michele Di Michele, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Federico Confalonieri n. 5;

contro

Azienda Sanitaria Locale - ASL Roma 2, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Marcone ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, Piazza dell'Orologio n. 7;

nei confronti

Medtronic Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio eletto presso lo studio del Dr. Gianmarco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele

Il n. 18;

Ernesto Invernizzi S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Antonietta Favale, Angelo Annibali, Marco Orlando, Matteo Valente, con domicilio eletto presso lo studio AOR, in Roma, via Sistina n. 48;

Innovamedica S.p.A., Olympus Italia S.r.l. non costituite in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Delibera del Direttore Generale n. 558 del 7 marzo 2019, recante “*aggiudicazione ed esclusione della procedura aperta per l'affidamento della fornitura biennale di dispositivi medici per chirurgia laparoscopica, suturatrici, suturatrici lineari, trocar e clips, per le necessità dell’A.O. San Giovanni- Addolorata, degli IFO, del Policlinico Tor Vergata, dell’A.O. S. Andrea, dell’ASL Roma 1 e dell’ASL Roma 2*”, pubblicata sul sito internet aziendale in data 7 marzo 2019 e non comunicata a B. Braun Milano S.p.a., in relazione ai Lotti di gara nn. 39, 45, 46, 54, 77, 78, 79, 80, 85, 86 e 96;

- degli eventuali ulteriori provvedimenti (non noti) mediante i quali è stata disposta l’esclusione di B. Braun Milano S.p.a. da tale procedura;

- del Bando, del Disciplinare di gara e dei relativi Allegati, “Disciplinare di Gara Telematico” e “Timing di gara”, nelle parti di cui in esposizione;

- nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso, ivi compresi gli eventuali provvedimenti di indizione da parte dell’ASL Roma 2 della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ai sensi dell’art. 63, comma 2, lett. a) del d.lgs. 50/2016;

Quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:

- della nota dell’Azienda Sanitaria Locale Roma 2 a firma del Responsabile del Procedimento prot. 70977 del 16 aprile 2019, trasmessa via e-mail in pari data, avente ad oggetto “Riscontro istanza di ammissione”;

Quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:

- del verbale n. 10 relativo alla seduta della Commissione giudicatrice in data 20 dicembre 2018.

Nonché per la condanna

al risarcimento del danno in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente economico.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ASL Roma 2, di Medtronic Italia S.p.A. e di Ernesto Invernizzi S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2019 la dott.ssa Emanuela Traina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. La società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta telematica *“area aggregata 2 di durata biennale per l'affidamento della fornitura di dispositivi medici per chirurgia laparoscopica, suturatrici, suturatrici lineari, trocar e clips, per le necessità dell'A.O. S. Andrea, dell'ASL Roma 1 e dell'ASL Roma 2 (Capofila)”*, per un importo complessivo di € 28.247.249,73 più € 14.123.624,87 per eventuale rinnovo annuale, suddiviso in 104 Lotti di gara.

1.1. Espone di avere appreso solo con la pubblicazione dell'impugnata Delibera del Direttore Generale n. 558 del 7 marzo 2019, quanto ai lotti cui ha partecipato, che i nn. 45, 46, 77, 85 e 96 non sono stati aggiudicati e che la propria offerta è stata esclusa dagli stessi nella fase di valutazione economica, con conseguente indizione di procedura negoziata ex art. 63 comma 2, lett. a) d.lgs. 50/2016, e che invece, quanto ai lotti nn. 39, 54, 78, 79, 80 e 86, gli stessi sono stati aggiudicati alle odierne

controinteressate senza alcuna menzione della propria offerta, che presume essere stata parimenti esclusa.

1.2. Con il ricorso principale ha, dunque, invocato l'annullamento del provvedimento di esclusione, e degli atti allo stesso presupposti, estendendo poi l'impugnazione, tramite il primo ricorso per motivi aggiunti, al diniego di riammissione alla procedura formalizzato dalla stazione appaltante nonché, con il secondo ricorso per motivi aggiunti, al verbale delle operazioni di gara del 20 dicembre 2018, nelle more prodotto in giudizio.

1.3. A sostegno dell'impugnazione deduce che la disposta esclusione, fondata sul rilievo della mancata apposizione della firma digitale, bensì della sola marcatura temporale, al documento denominato "*schema offerta economica – xls*", dovrebbe ritenersi affetta da violazione di legge ed eccesso di potere, essendo la firma digitale presente nel documento denominato "*dettaglio offerta economica*", che al primo dovrebbe ritenersi del tutto equivalente; detto "*schema offerta*" avrebbe, infatti, la sola finalità di riepilogare un dato (il "prezzo unitario") già dichiarato dal concorrente nell'ambito del citato "*dettaglio dell'offerta economica*" che, come detto, è stato correttamente sottoscritto.

1.4. In via subordinata afferma che le funzioni della firma digitale sarebbero, comunque, assolte anche dall'apposta marcatura temporale, così che la disposta esclusione dovrebbe ritenersi illegittima anche sotto un ulteriore profilo, dovendosi comunque ritenere la provenienza del citato "*schema offerta*", per quanto non sottoscritto, garantita dalla procedura telematica del sistema stesso.

1.5. In via ulteriormente subordinata la ricorrente censura le previsioni della *lex specialis* di gara nella parte in cui prescrivono a pena di esclusione l'autonoma sottoscrizione digitale dello "*schema offerta*", altresì deducendo che l'eventuale carenza di tale requisito avrebbe dovuto,

se mai, indurre la stazione appaltante a disporre il soccorso istruttorio e non già l'esclusione.

2. Si è costituita in resistenza l'Azienda Ospedaliera appaltante, la quale ha eccepito l'irricevibilità dell'impugnazione in ragione della presenza, alla seduta di gara del 20 dicembre 2018, in cui è stata comunicata l'esclusione e le relative ragioni, di un rappresentante della società ricorrente munito di apposita procura, nonché l'infondatezza nel merito dei motivi di gravame, avendo la ricorrente presentato l'offerta economica mancante della sottoscrizione.

3. Si sono altresì costituite le controinteressate Ernesto Invernizzi S.p.A. e Medtronic Italia S.p.A., le quali hanno sollevato analoghe eccezioni, parimenti insistendo per la reiezione del ricorso.

4. All'udienza dell'11 giugno 2019, dato avviso alle parti circa la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'art. 60 c.p.a., sussistendone i presupposti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. Il Collegio reputa di poter prescindere dall'esame dell'indicata eccezione di irricevibilità in ragione dell'infondatezza nel merito dei motivi di impugnazione.

Possono essere congiuntamente esaminate le censure spiegate con il ricorso principale e con il primo ricorso per motivi aggiunti, in quanto strettamente correlate e, quanto ad alcuni motivi, anche coincidenti; devono, invece, essere assorbite le doglianze esposte nel secondo ricorso per motivi aggiunti, in quanto aventi ad oggetto esclusivamente il verbale della seduta di gara del 20 dicembre 2018 e, dunque, le sole questioni attinenti la tempestività dell'impugnazione.

5.1. Rileva, in primo luogo, la Sezione che l'art. 4 del disciplinare di gara ("*modalità di presentazione offerta economica*") definisce chiaramente al punto 4-1) quale "offerta economica telematica" il documento denominato "*schemaofferta_xls*", distinguendolo nettamente dal "*dettaglio di offerta economica*" (disciplinato, infatti, al successivo punto 4-2).

Viene poi affermato e sottolineato, nell'ambito del punto a) secondo capoverso, del citato punto 4-2) del disciplinare di gara che *“in caso di discordanza fra i dati economici inseriti nel file “schema offerta_xls” ed il “modulo dettaglio offerta economica” prevarrà quanto indicato nel primo.*

Quanto al disciplinare telematico – al cui art. 8 il citato art. 4 del disciplinare di gara contiene un espresso rinvio – viene ivi precisato che:

“L’offerta economica deve essere formulata compilando due distinti documenti:

A) il file denominato “schemaofferta_xls”; OFFERTA ECONOMICA TELEMATICA

B) dettaglio dell’offerta economica.”

Quanto al primo, l’art. 8 in discorso, dopo avere affermato che il foglio di lavoro in formato excel denominato *“schemaofferta_xls”*, reso disponibile nella tempistica prevista dal *“timing di gara”* nella sezione *“offerta economica”*, *“costituisce la scheda di offerta economica”* precisa altresì, al punto 3), che il concorrente deve *“inserire nel sistema, a pena di esclusione, nell’apposito capo presente nello step “offerta economica” il numero identificativo (numero di serie) della marca temporale precedentemente apposta al file firmato digitalmente dell’offerta economica, e procedere al suo salvataggio”* e che *“tale operazione consente di individuare univocamente l’offerta economica, firmata e marcata entro il termine previsto dal timing di gara, che dovrà essere caricata successivamente sul portale”*.

La norma precisa inoltre (con carattere grassetto e sottolineato) che *“è obbligatorio, entro i termini indicati dal timing, l’inserimento a sistema UNICAMENTE del numero di serie di marcatura temporale dell’offerta economica telematica (file excel generato e scaricato dalla piattaforma)”* e non del numero seriale di marcatura temporale della cartella.zip contenente il dettaglio dell’offerta economica”.

5.2. Alla luce delle riportate prescrizioni deve ritenersi che la *lex specialis* di gara, distinguendo nettamente lo “*schema di offerta*” dal “*dettaglio di offerta*”, abbia chiaramente e letteralmente inteso attribuire solo al primo, nei descritti diversi passaggi, natura e valore di offerta economica ai fini della partecipazione al procedimento di gara, laddove il secondo risulta, invece, disciplinato alla stregua di un documento accessorio e secondario recante, per l'appunto, degli elementi di specificazione ed illustrazione dell'importo complessivo indicato nel primo, che è pertanto l'unico a veicolare la proposta contrattuale del concorrente.

5.3. È, dunque, in primo luogo destituita di fondamento la tesi, sostenuta dalla ricorrente, della equivalenza dei due documenti e, a maggior ragione, quella della prevalenza del “*dettaglio offerta*”, in quanto smentita dal riportato tenore letterale della *lex specialis di gara*.

Quest'ultimo consente, inoltre, di escludere che possa rilevare in senso contrario il fatto che i due distinti documenti contengano il medesimo dato economico, essendo il più volte citato “*dettaglio offerta*” un documento esplicativo dell'offerta economica che, in quanto tale, non può contenere dati differenti da quest'ultima (ipotesi peraltro, come già detto, prevista dal disciplinare e comunque risolta attribuendo prevalenza allo “*schema offerta*”).

5.4. Ciò posto, rileva inoltre il Collegio che è documentato (cfr. doc. 11 e 12 di parte ricorrente) ed incontestato che la B. Braun non abbia provveduto ad apporre a tale documento, costituente per quanto evidenziato l'offerta economica, la firma digitale, bensì la sola marcatura temporale.

A tale proposito, premesso che alcuna rilevanza può essere attribuita all'invio, da parte del sistema, di una PEC contenente l'accettazione della domanda di partecipazione, non avendo la stessa alcun valore ricognitivo circa il proprio contenuto e men che meno del rispetto delle prescrizioni della *lex specialis* di gara, osserva altresì la Sezione che non può essere

condivisa neppure la doglianza, spiegata nel ricorso principale, con la quale si afferma la sostanziale equivalenza, ai fini della certezza della provenienza del documento informatico dalla ricorrente e della relativa inviolabilità/integrità, della marcatura temporale alla firma digitale.

Ed infatti mentre la marcatura temporale *“è un servizio specificamente volto ad associare data e ora certe e legalmente valide ad un documento informatico, consentendo, quindi, di attribuirgli una validazione temporale opponibile a terzi (cfr. d.lgs. n. 82 del 2005, art. 20, comma 3, cd. Codice dell'Amministrazione Digitale). Il servizio di marcatura temporale, peraltro, può essere utilizzato anche su files non firmati digitalmente, parimenti garantendone una collocazione temporale certa e legalmente valida. La marca temporale, dunque, attesta il preciso momento in cui il documento è stato creato, trasmesso o archiviato”* (Cass. Civ. sez. I, 13 febbraio 2019, n. 4251), solo la firma digitale è idonea al diverso ed ulteriore scopo di *“rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico”* (art. 1 comma 1 lett. s) d.lgs. 82/2005), così che è palese la diversità delle funzioni attribuite a ciascuna di esse.

Ne consegue che la mancata apposizione sul documento informatico costituente l'offerta economica della firma digitale, bensì della sola marcatura temporale, consente di attribuire certezza legale solo quanto a data e ora della relativa formazione, ma non anche a proposito della relativa provenienza ed integrità.

In altre parole, l'offerta economica è stata presentata dalla ricorrente priva di sottoscrizione e, pertanto, la stazione appaltante non poteva che procedere alla relativa esclusione.

5.5. Sul punto il Collegio reputa, peraltro, non condivisibili le censure appuntate avverso la *lex specialis* nella parte in cui viene prevista la causa di esclusione in cui la ricorrente è incorsa.

Ed invero la previsione della necessità di apporre all'offerta economica, nell'ambito di una procedura di gara telematica, la firma digitale, la quale ha la ridetta funzione di garantire provenienza ed integrità del documento informatico, è tutt'altro che irragionevole ed "inutile", né risulta contraddittoria la mancanza di un analogo effetto escludente per il caso di mancata sottoscrizione digitale del "dettaglio offerta economica", attesa la descritta diversità delle funzioni dalla stessa assolute rispetto allo "schema offerta economica".

5.6. Quanto, poi, alla lamentata mancata attivazione del soccorso istruttorio, osserva la Sezione che proprio l'art. 83 comma 9 del d.lgs. 50/2016, invocato da parte ricorrente a supporto della doglianza, esclude dal perimetro applicativo dell'istituto le carenze inerenti l'offerta economica, con conseguente infondatezza del rilievo.

5.7. Non risulta, infine, condivisibile il rilevato profilo di eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, né alcuna violazione del principio di concorrenza e di massima partecipazione in relazione alla disposta modifica del file schema offerta da parte della stazione appaltante in prossimità della scadenza del termine di presentazione delle offerte, non potendo a ciò ritenersi imputabile la mancata apposizione della firma digitale - che certamente non costituisce un "onere eccessivamente gravoso" - sullo stesso.

5.8. Quanto, infine, alla mancata segnalazione dell'omissione da parte della PEC trasmessa automaticamente dal sistema avvenuto esito positivo di acquisizione" in data 18 dicembre 2018, il rilievo è parimenti infondato poiché tale comunicazione, come già osservato, non può contenere alcuna certificazione circa la regolarità della documentazione trasmessa rispetto alle prescrizioni del disciplinare di gara; a tal proposito l'art. 1 comma 1 lett. v-bis) del d.lgs. 82/2005 definisce infatti "*posta elettronica certificata*" il "*sistema di comunicazione in grado di attestare l'invio e l'avvenuta consegna di un messaggio di posta elettronica e di fornire*

ricevute opponibili ai terzi”, così descrivendo la finalità dello strumento di comunicazione in discorso.

6. In conclusione il ricorso principale ed il primo ricorso per motivi aggiunti sono infondati e vanno, pertanto, respinti mentre i secondi motivi aggiunti sono dichiarati, per quanto sopra esposto, assorbiti.

7. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore della parti costituite, liquidandole nella somma di € 1.000,00 (mille/00) oltre accessori di legge in favore di ciascuna di esse.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Massimo Santini, Consigliere

Emanuela Traina, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Emanuela Traina

IL PRESIDENTE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO