

Pubblicato il 24/12/2019

N. 08760/2019REG.PROV.COLL.
N. 04570/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4570 del 2019, proposto da Theras Lifetech S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Cevolo, Paolo Piva, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Servizio Sanitario Regionale Emilia-Romagna - Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna - A.U.S.L. della Romagna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Baseggio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Abbott S.r.l., Medtronic Italia S.p.A., Boston Scientific S.p.A., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima) n. 427/2019, resa tra le parti, concernente un accordo quadro

per la fornitura di dispositivi medici per neurostimolazione e neuromodulazione per terapia antalgica e neurochirurgia;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Servizio Sanitario Regionale Emilia-Romagna - Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna - A.U.S.L. della Romagna;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2019 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Filippo Degni su delega di Paolo Piva e Benedetta Lubrano su delega di Carlo Baseggio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In data 06/12/2018 l'Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna pubblicava su piattaforma telematica Intercenter la gara relativa alla "*Procedura telematica per la conclusione di un accordo quadro per la fornitura di dispositivi medici per neurostimolazione e neuromodulazione per terapia antalgica e neurochirurgia distinta in 12 lotti*".

L'affidamento avrebbe dovuto avvenire "mediante procedura aperta e con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, ai sensi degli artt. 60 e 95 del d.lgs. 18/04/2016 n.50".

Il "Disciplinare di Gara" specificava termini e modalità di partecipazione indicando il giorno 11/01/2019 ore 13,00 quale termine ultimo per la presentazione delle offerte, da effettuarsi interamente attraverso il Sistema Informatico per le procedure telematiche di acquisto – Sater/Intercenter, ai sensi della Delibera di Giunta della Regione Emilia- Romagna n. 2194/2016.

La Soc. Theras Lifetech S.r.l, a mezzo di suo delegato, in data 10/01/2019 dava inizio all'attività di caricamento sul portale telematico di parte dei documenti richiesti. L'attività tuttavia procedeva a rilento a causa di asseriti

malfunzionamenti e blocchi, sino alla scadenza del termine finale, senza che fosse possibile inoltrare la domanda.

Seguiva segnalazione del malfunzionamento da parte dell'istante. La stazione appaltante negava tuttavia la riapertura dei termini ritenendo che non fossero “sufficientemente dimostrate le problematiche oggettive che hanno comportato l'impossibilità di collocare a sistema l'offerta entro i termini perentori stabiliti dal disciplinare di gara”.

La società Theras Lifetech Srl impugnava gli atti della procedura avanti il TAR Emilia Romagna.

Il TAR, prescindendo dall'esame delle eccezioni preliminari, respingeva il ricorso poiché “infondato nel merito”. Rilevava il Collegio che, poiché i rischi di malfunzionamento erano disciplinati dall'art. 12 del disciplinare di gara e poiché tale disposizione non era stata impugnata dalla ricorrente, “il rischio del malfunzionamento è da considerarsi ad esclusivo carico di parte ricorrente”.

Ha interposto gravame la società Theras Lifetech Srl.

La medesima precisa di aver richiesto la rimessione in termini proprio sulla base della richiamata prescrizione; chiarisce che l'AUSL non ha rigettato la richiesta opponendo semplicemente l'art. 12 e contestando che ogni responsabilità per i malfunzionamenti ricadesse, *sic et simpliciter*, sul concorrente. Piuttosto, ricevuta la domanda di rimessione in termini, ha aperto una vera e propria istruttoria che si è conclusa con il provvedimento impugnato la cui motivazione si è esclusivamente incentrata sul mancato raggiungimento della prova dell'esistenza e della rilevanza dei malfunzionamenti al momento dell'inserimento dell'offerta.

Con il secondo motivo l'appellante, ripropone la doglianza, non esaminata dal TAR in ragione del carattere assorbente di quanto deciso, secondo la quale sarebbe stato violato il principio per cui, in caso di malfunzionamento del sistema informatico di gestione della gara, deve essere data la possibilità

all'operatore economico di presentare la propria offerta di modo da garantire la *par condicio competitorum*.

Nel giudizio si è costituita l'ASL ed ha chiesto la reiezione del gravame in quanto infondato. Essa comunque reitera l'eccezione, superata in primo grado, della mancata notificazione dell'atto introduttivo all'Agenzia regionale Intercent-ER, autonomo soggetto giuridico gestore della piattaforma telematica sulla quale è in corso di svolgimento la gara in questione.

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 7 novembre 2019.

Ritiene il Collegio che il ricorso non sia fondato. Ciò consente di superare, anche in questa fase di appello, l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'AUSL.

L'art. 12 del disciplinare, richiamato e valorizzato dal TAR in prime cure, così prescriveva: *“La presentazione dell'offerta mediante il Sistema è a totale ed esclusivo rischio del concorrente, il quale si assume qualsiasi rischio in caso di mancata o tardiva ricezione dell'offerta medesima, dovuta, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, a malfunzionamenti degli strumenti telematici utilizzati, a difficoltà di connessione e trasmissione, a lentezza dei collegamenti, o a qualsiasi altro motivo, restando esclusa qualsivoglia responsabilità dell'Azienda Usl ove per ritardo o disguidi tecnici o di altra natura, ovvero per qualsiasi motivo, l'offerta non pervenga entro il previsto termine perentorio di scadenza....”*

Trattasi di norma chiara e perentoria che, come correttamente evidenziato dal TAR, avrebbe necessitato di specifica impugnazione e contestazione.

L'appellante non manca di precisare che il medesimo art. 12 cit. comunque prevedeva una clausola di chiusura in forza della quale *“L'AUSL si riserva comunque di adottare i provvedimenti che riterrà necessari nel caso di malfunzionamento del SATER”*. Tale riserva, in uno con il materiale comportamento tenuto dalla AUSL - la quale anziché eccepire il “rischio informatico” ha avviato specifica attività conoscitiva e istruttoria – consentirebbe di obliterare – secondo

l'appellante - il tenore perentorio della disposizione anzidetta, ed imporrebbe una verifica, anche in sede giurisdizionale, del malfunzionamento denunciato. Siffatte argomentazioni per quanto suggestive non possono essere condivise. Il fatto che l'ASL abbia avviato un'istruttoria non toglie che il bando accollasse il rischio di malfunzionamento ai concorrenti, e che quindi, salvo casi eccezionali, non potesse essere concessa la rimessione in termini. L'istruttoria dimostra la volontà dell'ASL di verificare ciò che è successo, anche al fine di valutare l'eventuale eccezionalità della situazione o il carattere generalizzato del blocco, e non già di disapplicare l'art. 12, costituente legittimo autovincolo in assenza di tempestiva impugnazione.

Dall'istruttoria condotta dall'amministrazione è emerso che nella mattinata dell'11/01/2019 il sistema SATER ha registrato alcuni "errori dovuti ad un sovraccarico" (come ricavabile dai log di sistema), ma che ciò non può essere qualificato come malfunzionamento del sistema in quanto non ha impedito ad altre partecipanti di terminare tempestivamente le operazioni di caricamento della propria domanda. Segnatamente, l'ultima offerta pervenuta risulta essere stata caricata a sistema alle ore 12:08:36 del giorno 11/01/2018, cioè nello stesso lasso temporale nel quale l'appellante lamenta di non essere stata in grado di perfezionare la propria domanda.

Esclusi blocchi generalizzati e paralizzanti del sistema, ciò che l'appellante ha subito è dunque il mero "rischio informatico", interamente gravante sul concorrente ai sensi della clausola non impugnata.

L'appello deve pertanto essere respinto.

Avuto riguardo alla novità e peculiarità delle questioni involte, ritiene il Collegio che sussistano comunque i presupposti per compensare le spese del presente grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2019
con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulio Veltri

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO