

N. 01019/2012 REG.PROV.COLL.

N. 00350/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 350 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da Perhospital s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ernesto Sticchi Damiani e Andrea Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso l'avv. Fabrizio Lofoco, in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

contro

Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Zaccaro, con domicilio eletto presso l'avv. Salvatore Santovito, in Bari, corso Italia, 19;

nei confronti di

Covidien Italia s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Piero Fidanza, con domicilio eletto presso l'avv. Massimo Malena, in Bari, via Amendola, 170/5;

per l'annullamento,

previa concessione di misura cautelare,

- della deliberazione n. 42 del 12.1.2011, pubblicata all'Albo pretorio dell'Azienda Sanitaria Locale BAT in data 17.1.2011 e mai comunicata a Perhospital s.r.l., avente ad oggetto "Procedura telematica *ex art.* 125 dlgs n. 163/2006 per la fornitura di circuiti e umidificatori per respiratori meccanici da assegnare all'U.O. di Anestesia e Rianimazione del P.O. di Barletta e Trani. Aggiudicazione provvisoria", con la quale il Commissario Straordinario ha proceduto alla esclusione dell'offerta pervenuta dalla società ricorrente, in quanto tale offerta non risultava essere stata firmata e, contestualmente, ha deliberato di aggiudicare in via provvisoria detta fornitura ad altra impresa;

- di ogni altro atto ad essa presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresa, nei limiti di interesse, la nota prot. n. 52781 del 27.7.2010, con la quale la medesima Azienda Sanitaria, ai sensi dell'art. 125 dlgs n. 163/2006, ha richiesto alla società ricorrente la fornitura per la durata di un anno di 16 umidificatori per il riscaldamento dell'aria immessa nelle vie aeree del paziente e 800 circuiti di immissione dell'aria, nelle parte in cui non ha prescritto espressamente che, ai fini dell'ammissibilità delle offerte, era necessaria la sottoscrizione mediante firma autografata ovvero in forma digitale;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto, ove nelle more sottoscritto;

nonché per il risarcimento dei danni attraverso la reintegrazione in forma specifica, con conseguente subentro nel contratto, ove nelle more sottoscritto, e/o per equivalente;

quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 9 marzo 2011, per l'annullamento, previa concessione di misura cautelare,

- della nota prot. n. 15302 del 23.2.2011, recante ad oggetto "Procedura telematica *ex art. 125 dlgs n. 163/2006* per la fornitura di circuiti e umidificatori per respiratori meccanici da assegnare all'U.O. di Anestesia e Rianimazione del P.O. di Barletta e Trani. Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 243-*bis* dlgs n. 163/2006. Riscontro", con la quale l'Azienda Sanitaria Locale BAT ha riscontrato l'informativa inviata da Perhospital s.r.l. in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale avverso la deliberazione n. 42 del 12.1.2011, pubblicata all'Albo pretorio dell'Azienda Sanitaria Locale BAT in data 17.1.2011 e mai comunicata a Perhospital s.r.l., avente ad oggetto "Procedura telematica *ex art. 125 dlgs n. 163/2006* per la fornitura di circuiti e umidificatori per respiratori meccanici da assegnare all'U.O. di Anestesia e Rianimazione del P.O. di Barletta e Trani. Aggiudicazione provvisoria", con la quale il Commissario Straordinario ha proceduto alla esclusione dell'offerta pervenuta dalla società ricorrente, in quanto tale offerta non risultava essere stata firmata e, contestualmente, ha deliberato di aggiudicare in via provvisoria detta fornitura ad altra impresa;

- di ogni altro atto ad essa presupposto, connesso e/o consequenziale;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani e di Covidien Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell'udienza pubblica del giorno 7 marzo 2012 per le parti i difensori avv.ti Andrea Sticchi Damiani e Stefania Miccoli, su delega dell'avv. Piero Fidanza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La ricorrente Perhospital s.r.l. impugna la propria esclusione (deliberazione n. 42/2011 della Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani) dalla procedura telematica *ex art.* 125 dlgs 12 aprile 2006, n. 163 indetta dalla stessa ASL per la fornitura di circuiti e umidificatori per respiratori meccanici da assegnare all'U.O. di Anestesia e Rianimazione del P.O. di Barletta e Trani.

Contesta, altresì, l'aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata Covidien Italia s.p.a.

L'esclusione della deducente è motivata con riferimento alla omessa sottoscrizione della propria offerta.

Il gravato provvedimento di esclusione cita Cons. Stato, Sez. IV, 31.3.2010, n. 1832 secondo cui "La mancata sottoscrizione di un atto che costituisce uno dei documenti integranti la domanda di partecipazione alla gara da parte di un concorrente non può essere considerata in via di principio una irregolarità formale sanabile nel corso del procedimento perché fa venire meno la certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso."

La ricorrente censura, inoltre, la nota prot. n. 52781 del 27.7.2010 contenente l'invito *ex art.* 125 dlgs n. 163/2006 nella parte in cui non prevede espressamente, ai fini della ammissibilità dell'offerta, la necessità della sottoscrizione mediante firma autografa ovvero in forma digitale.

Rileva l'interessata di aver inviato la propria offerta con un *file* di testo in calce alla quale era apposta l'indicazione "Perhospital s.r.l."; che la procedura telematica per cui è causa è disciplinata dal d.p.r. 4 aprile 2002, n. 101 richiamato dall'art. 253, comma 14 dlgs n. 163/2006; che la suddetta normativa consente la presentazione alla P.A. di istanze e dichiarazioni in via telematica anche con strumenti diversi dalla carta d'identità elettronica e dalla carta nazionale dei servizi, purché tali strumenti consentano l'individuazione del soggetto; che la pronuncia del Consiglio di Stato richiamata nel provvedimento di esclusione riguarda una gara tradizionale (cartacea), non già telematica.

Evidenzia, altresì, che la partecipazione all'asta *on-line* era riservata ai fornitori iscritti all'Albo telematico della stazione appaltante; che detti fornitori potevano accedere al sistema dopo aver eseguito con successo una procedura di identificazione (cosiddetto *log-in*); che la procedura in esame contempla l'inserimento degli indirizzi di posta elettronica del referente e del codice PIN prescelto; che, pertanto, ciascun soggetto iscritto all'Albo dei fornitori è munito di un apposito codice PIN mediante l'uso del quale è stata inoltrata l'offerta; che gli specifici strumenti di identificazione informatica prescelti dall'ASL BAT consentivano con assoluta certezza di comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva dell'offerta ad un determinato concorrente, tanto più che l'offerta una volta inviata telematicamente non era più modificabile; che conseguentemente la propria offerta, avendo rispettato detta procedura (con inserimento del codice PIN), è conforme alla previsione di cui all'art. 64, comma 2 dlgs 7 marzo 2005, n. 82, risultando nel caso di specie

la sottoscrizione una formalità ultronea ed irrazionale per un'asta *on-line*, oltre che impossibile data l'immaterialità del documento informatico contenente l'offerta economica.

Sottolinea, ancora, che la lettera di invito non conteneva una indicazione esplicita in merito alla sottoscrizione dell'offerta ovvero in ordine alle relative modalità, limitandosi a stabilire la nullità delle offerte presentate oltre il termine stabilito; che non è ammissibile l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle espressamente previste dal bando di gara in forza dei principi dell'autovincolo, di tutela dell'affidamento e della massima partecipazione; che, nel caso di specie, non essendo prevista dalla disciplina di gara la sanzione espressa della esclusione per omessa sottoscrizione dell'offerta inviata in via telematica, non era possibile disporre l'esclusione della partecipante.

La deducente censura, in via subordinata, la nota prot. n. 52781 del 27.7.2010 (*i.e.* l'invito *ex art.* 125 dlgs n. 163/2006) nella parte in cui non ha prescritto espressamente che ai fini dell'ammissibilità dell'offerta era necessaria la sottoscrizione con firma autografa ovvero digitale.

Chiede, infine, dichiararsi l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, il risarcimento del danno in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente.

L'ASL BAT con nota prot. n. 15302 del 23.2.2011 si pronunciava sull'istanza *ex art.* 243 *bis* dlgs n. 163/2006, confermando la deliberazione n. 42/2011 (impugnata con l'atto introduttivo).

Con ricorso per motivi aggiunti la Perhospital contesta la nota suddetta, deducendo censure di illegittimità derivata.

Si costituivano l'Amministrazione e la controinteressata Covidien Italia s.p.a., resistendo al gravame.

Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso, integrato da motivi aggiunti, sia infondato.

Invero, la Perhospital s.r.l. è stata legittimamente esclusa dalla procedura telematica di gara oggetto della presente controversia per aver omesso di sottoscrivere la propria offerta trasmessa in via telematica, avendo utilizzato uno strumento (inserimento del codice PIN presso l'apposita piattaforma informatica del sito internet www.albofornitori.it gestito da CSAMED s.r.l.) che non assicura certezza in ordine alla provenienza del documento.

Ai sensi dell'art. 77, comma 6, lett. b) dlgs n. 163/2006 le offerte presentate per via telematica possono essere effettuate solo utilizzando la firma elettronica digitale come definita e disciplinata dal dlgs n. 82/2005.

La disposizione da ultimo citata è da considerare norma imperativa prevalente sulle contrastanti prescrizioni legislative anteriori e su quelle di natura regolamentare (come il d.p.r. n. 101/2002).

Inoltre, ai sensi dell'art. 253, comma 12 dlgs n. 163/2006 "Ai fini dell'applicazione dell'articolo 77, per un periodo transitorio di tre anni dalla data di entrata in vigore del presente codice, le stazioni appaltanti non richiedono agli operatori economici l'utilizzo degli

strumenti elettronici quale mezzo esclusivo di comunicazione, salvo nel caso di ricorso all'asta elettronica e di procedura di gara interamente gestita con sistemi telematici.”.

Tuttavia, tale periodo transitorio è ormai cessato, con la conseguenza che nel caso di specie trova piena applicazione il citato art. 77 dlgs n. 163/2006.

Pertanto, la disposizione imperativa in commento doveva essere osservata dalla odierna ricorrente, pur in mancanza di espresso richiamo nella *lex specialis* di gara.

Si rammenta, altresì, che ai sensi dell'art. 46, comma 1 *bis* dlgs n. 163/2006 (comma introdotto dall'art. 4 decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 2011, n. 106) il difetto di sottoscrizione (si deve intendere anche digitale) è legittima causa di esclusione dalla gara.

Anzi, proprio la specifica previsione normativa contenuta nel menzionato comma 1 *bis* pone in rilievo il carattere imperativo della prescrizione relativa alla necessità della sottoscrizione (digitale nel caso di gara telematica) dell'offerta, in quanto costituente adempimento essenziale finalizzato a comprovare l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva dell'offerta al concorrente.

Non è, quindi, censurabile l'esclusione della Perhospital per omessa sottoscrizione con firma digitale dell'offerta formulata.

Con memoria depositata in data 17 febbraio 2012 (non notificata e quindi non valutabile alla stregua di ricorso per motivi aggiunti) la società ricorrente rileva, inoltre, di essere venuta a conoscenza, a seguito di accesso (istanza di accesso del 18/20.5.2011 riscontrata con nota prot. n. 64209 del 17.8.2011), della circostanza che per la gara *de qua* “non risulta necessaria la firma digitale” e che “così come già chiarito con nota prot. n. 15302 del 23.02.2011 è pervenuta l'offerta di codesta ditta in pdf senza alcuna sottoscrizione”; che nessuno dei partecipanti alla gara in oggetto ha siglato la propria offerta attraverso lo strumento della firma digitale.

A tal riguardo, va rilevato che la circostanza (evidenziata per la prima volta da parte ricorrente con la suddetta memoria) della omessa sottoscrizione, da parte di altre imprese partecipanti alla gara, della propria offerta con firma digitale avrebbe potuto, al più, costituire oggetto di censura con apposito ricorso per motivi aggiunti notificato.

Detta contestazione, tuttavia, è formulata - come visto - per la prima volta nella memoria (non notificata) depositata in data 17 febbraio 2012.

Pertanto, essendo stata la società ricorrente legittimamente esclusa in base alle considerazioni espresse in precedenza, la stessa - secondo il condivisibile principio affermato da Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4 - non è legittimata a proporre doglianze avverso la partecipazione di altre imprese alla gara.

Dalle argomentazioni espresse in precedenza discende la reiezione sia del ricorso introduttivo che di quello per motivi aggiunti.

Essendo stata riscontrata la legittimità dei provvedimenti gravati, non può trovare accoglimento la domanda risarcitoria azionata dalla società ricorrente.

In considerazione della natura e della peculiarità della presente controversia, nonché della qualità delle parti, sussistono gravi ed eccezionali ragioni di equità per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, integrato da motivi aggiunti, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario

Francesco Cocomile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/05/2012

IL SEGRETARIO

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