



REPUBBLICA ITALIANA
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 5933 del 2012, proposto da:

Lombardia Informatica S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. ti Guido Salvatori Del Prato e Giorgio Della Valle, con domicilio eletto presso il secondo di essi in Roma, piazza Mazzini, 8 - Sc. C;

contro

Baxter S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. ti Mario Sanino e Riccardo Arbib, con domicilio eletto presso il primo di essi in Roma, viale Parioli, 180;

nei confronti di

Industria Farmaceutica Galenica Senese S.r.l., Bioindustria Laboratorio Italiano Medicinali S.p.a., nessuna delle quali è costituita nel presente giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: sezione IV n. 1942/2012, resa tra le parti, concernente l'affidamento della fornitura di soluzioni infusionali

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Baxter Spa;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza cautelare n. 3541/2012;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2013 il Cons. Hadrian Simonetti, presenti per le parti gli avvocati Della Valle e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Lombardia Informatica ha indetto una procedura aperta da aggiudicarsi al prezzo più basso, suddivisa in 91 lotti, per l'affidamento della fornitura di soluzioni infusionali; la gara era gestita in via informatica per il tramite della piattaforma "SinTel".

La Baxter s.p.a., che ha partecipato a 36 dei 91 lotti, è stata esclusa dalla procedura, con atto dell'11.10.2011, in

quanto avrebbe sottoscritto ed immesso nel sistema, in luogo della dichiarazione di offerta economica prevista dalla lett. b) dell'art. 4.2.2. del disciplinare di gara a pena di esclusione, un documento vuoto, ossia un *file* di dimensioni pari a 0 kb, privo quindi dei contenuti richiesti.

2. Baxter ha proposto ricorso avverso la propria esclusione, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili, contestando che il *file* trasmesso fosse vuoto, affermando di avere al contrario regolarmente compilato ed inoltrato in via informatica, in data 6.6.2011, un *file* contenente, oltre all'indicazione del prezzo offerto, la dichiarazione di cui all'art. 4.2.2. contenente il codice AIC del prodotto offerto e la denominazione commerciale.

2.1. Ha osservato, per confutare l'assunto della stazione appaltante, che il *file* restituito (dopo l'accesso gli atti) riportava una data di creazione successiva alla data di invio dell'offerta e che del tutto incongruamente tale *file* aveva un'estensione di 0 kb, non fosse altro perché solo la firma digitale occupa un volume di 3 kb.

2.2. Qualora poi non fosse più possibile risalire con certezza all'offerta depositata, ciò dimostrerebbe che la piattaforma informatica utilizzata dalla stazione appaltante non è trasparente e non garantisce l'integrità dei dati a norma dell'art. 77 del d.lgs. 163/2006.

2.3. Con successivi motivi aggiunti Baxter ha poi impugnato l'aggiudicazione definitiva dei lotti 13,17, 30, 32, 53, 56 e 57, approfondendo ulteriormente la censura di contraddittorietà tra i dati scambiati tra SinTel e Lombardia Informatica e quelli restituiti alla stessa Baxter e, il che proverebbe il difetto di istruttoria e di motivazione dell'esclusione.

Con riferimento ad alcuni lotti ha proposto ulteriori motivi aggiunti per chiedere l'inefficacia dei contratti stipulati relativamente ad essi.

2.4. Il Tar, disposta verifica con ordinanza del 1.3.2012, all'esito dell'istruttoria ha:

-in parte dichiarato improcedibili le impugnazioni, con riferimento a taluni lotti per i quali non è stata impugnata l'aggiudicazione definitiva e sui quali la Baxter risulta occupare una posizione di monopolio;

-in altra parte le ha accolte, annullando la procedura con riferimento ai restanti lotti per i quali ha disposto la rinnovazione della gara, dichiarando l'inefficacia delle convenzioni relative ai lotti 17, 28, 30 e 32, stipulate con i rispettivi aggiudicatari.

2.5. Ciò sul complessivo rilievo che, per come accertato dal verificatore, non fosse più possibile risalire al contenuto dell'offerta effettivamente presentata dalla ricorrente e che, perciò, fosse dimostrato che il sistema SinTel non garantiva il tracciamento delle operazioni e l'inalterabilità delle registrazioni, in contrasto con l'art. 77 del d.lgs. 163/2006.

2.6. Ha respinto le domande di aggiudicazione e di subentro, sul presupposto che non si fosse in presenza di una valida offerta, e quella risarcitoria per equivalente, per mancanza di prova sul danno.

3. Lombardia Informatica ha proposto appello avverso la sentenza criticandola, in generale, per come ha valutato gli esiti della verifica e, in particolare, per avere disposto la rinnovazione delle operazioni anche relativamente ai lotti 17, 28 e 32, non avvedendosi che per tali lotti, comunque, l'offerta di Baxter non sarebbe risultata la migliore.

3.1. In generale l'appellante ritiene che sia più probabile che Baxter abbia per errore caricato un *file* vuoto e che, a fronte di tale circostanza, non sia rilevante il fatto che il sistema informatico non fornisca alcuna informazione relativa ai *files* caricati.

3.2. Ha replicato diffusamente la Baxter con controricorso, proponendo anche appello incidentale avverso la pronuncia di improcedibilità del Tar e la reiezione della domanda risarcitoria per equivalente.

3.3. Con le memorie finali la difesa di Baxter ha insistito sull'accoglimento della domanda di aggiudicazione e di

subentro relativamente ai lotti per i quali ha indicato il prezzo più basso, osservando come le indicazioni mancanti per causa imputabile al sistema informatico utilizzato fossero facilmente desumibili *aliunde*.

3.4. Nella camera di consiglio del 31.8.2012 è stata accolta la domanda cautelare di sospensione dell'esecuzione, limitatamente alla pronuncia sui contratti, e all'udienza pubblica dell'11.1.2013, in vista della quale le difese hanno depositato ulteriori memorie, la causa è passata in decisione.

4. Il Collegio reputa necessario muovere preliminarmente dall'esame del documento n. 1 allegato all'atto di appello, dove sono indicati gli esiti della gara relativamente ai singoli lotti per i quali Baxter ha partecipato, specificando per quali lotti Baxter ha presentato il prezzo migliore ovvero ha impugnato, oltre alla propria esclusione, anche l'aggiudicazione definitiva.

4.1. Tale rilievo si impone per una duplice ragione:

4.1.1. perché la sentenza di primo grado ha statuito diversamente a seconda dei lotti impugnati, e tale distinzione è oggetto di contestazione sia nell'appello principale che in quello incidentale;

4.1.2. perché le differenze tra i diversi lotti sono tali da riflettersi anche sul tipo di rimedi esperibili, come a breve sarà chiarito.

5. Ciò premesso, all'esito della verifica disposta nel giudizio dinanzi al Tar (v. relazione 30.5.2012), non è contestata la circostanza che l'offerta trasmessa telematicamente da Baxter sia pervenuta mancante, per un presumibile errore, di alcuni allegati, prescritti a pena di esclusione dal disciplinare di gara; si discute invece a chi sia da imputare tale errore di trasmissione, all'offerente (trasmittente) oppure al ricevente.

5.1. Tale incertezza è destinata a restare irrisolta, se è vero che persino il Verificatore ha accertato l'impossibilità di "ricostruire esattamente gli eventi occorsi in data 6.6.2011", non essendo possibile stabilire "in quale punto preciso del processo documentale il documento depositato dalla ricorrente sia stato corrotto".

5.2. Nel dubbio, vale peraltro sottolineare, sempre sulla scorta della verifica compiuta, come la piattaforma informatica utilizzata dalla stazione appaltante non informava l'utente sul caricamento degli allegati, non rendendolo quindi immediatamente avvertito di eventuali errori; e come la stessa piattaforma non garantisca del tutto l'inalterabilità dei documenti trasmessi in formato elettronico, come testimonia proprio la vicenda in esame nella quale, a posteriori, non si è più potuto stabilire se il *file* inviato dalla Baxter fosse in origine vuoto o meno.

5.3. In simile contesto - contrassegnato da una imperfetta salvaguardia dell'integrità dei dati trasmessi, a tutto scapito della trasparenza - è bene chiarire come l'errore di trasmissione non abbia riguardato l'intera offerta economica di Baxter ma solo, più precisamente, l'indicazione, per ciascuno dei lotti, del codice AIC del prodotto offerto e della sua denominazione commerciale.

Ebbene, se è vero che la presentazione per via telematica di tali allegati era prevista dal disciplinare di gara (v. art. 4.2.2. lett. b) a pena di esclusione, è vero anche che nel caso di specie l'incompletezza dell'offerta era ed è da imputare alla stazione appaltante, per le ragioni appena evidenziate.

5.4. Il che, a giudizio del Collegio, comporta una duplice conseguenza.

5.4.1. Per un verso, imponeva in sede di gara che la stazione appaltante venisse in soccorso (art. 46 d.lgs. 163/2006 e 6 l. 241/1990) di un concorrente che aveva indicato correttamente il prezzo unitario offerto, per ciascuno dei lotti cui aveva partecipato, e che invece verosimilmente senza colpa ma (quanto meno, in parte) a causa del sistema di trasmissione, non aveva allegato con successo alcuni dei documenti ulteriori richiesti.

5.4.2. Per altro verso - come sostenuto dalla difesa di Baxter - rende possibile, sino a prova contraria (che qui non è stata fornita), assicurare, ove l'impugnazione avverso la propria esclusione si confermi fondata, una tutela anche in forma specifica, mediante l'aggiudicazione dei lotti per i quali Baxter ha presentato il prezzo migliore ed ha impugnato anche l'aggiudicazione definitiva.

5.4.3. Infine, anche volendo tutto concedere alle tesi di Lombardia Informatica, è risolutiva la considerazione che la piattaforma informatica da essa prescelta per lo svolgimento della gara – ed il cui utilizzo era imposto ai partecipanti – non garantiva al cento per cento la corretta trasmissione dei *files* costituenti l'offerta e non permetteva all'offerente/trasmittente di verificare, nell'immediato e con sufficiente certezza, se la trasmissione di un singolo *file* fosse andata a buon fine, in modo tale da poter rimediare, occorrendo, in tempo utile. In questa situazione, il rischio inerente alle modalità di trasmissione non può far carico che alla parte che unilateralmente aveva scelto il relativo sistema e ne aveva imposto l'utilizzo ai partecipanti; e se rimane impossibile stabilire se vi sia stato un errore da parte del trasmittente, o piuttosto la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara.

5.5. Con queste precisazioni, richiamate le risultanze istruttorie, reputa il Collegio che l'esclusione di Baxter sia stata illegittima e che quindi l'appello di Lombardia Informatica sia infondato, fatta eccezione per il secondo motivo con il quale si deduce esattamente che per i lotti 17, 28 e 32 Baxter comunque non sarebbe risultata aggiudicataria in quanto non ha presentato l'offerta migliore, il che rende il ricorso di primo grado *in parte qua* inammissibile, sia ai fini impugnatori che ai fini risarcitori.

6. Resta da esaminare l'appello incidentale di Baxter, incentrato su diversi motivi.

7. Con il primo si contesta, della sentenza di primo grado, il capo della pronuncia di improcedibilità relativa ai lotti 6, 9, 18, 22, 26, 28, 34, 36, 52, 55, 69, 71, 73 ed 88, motivata in ragione della mancata impugnazione, in aggiunta all'esclusione, anche dell'aggiudicazione definitiva in favore di Salf.

Il motivo, quanto all'improcedibilità della domanda di annullamento relativa a detti lotti (per il n. 28 è peraltro dirimente la constatazione che Baxter non supera comunque la prova di resistenza), è manifestamente infondato.

Ciò sul rilievo che, per giurisprudenza del tutto consolidata, il partecipante escluso dalla procedura di gara è onerato ad impugnare, con motivi aggiunti, anche i successivi atti e, in particolare, l'aggiudicazione definitiva, a pena di improcedibilità dell'originario ricorso.

Tale improcedibilità della domanda di annullamento, peraltro neppure notificata alla controinteressata Salf, preclude anche la tutela in forma specifica, dal momento che tra l'annullamento dell'aggiudicazione, l'inefficacia del contratto e il subentro vi è, secondo il combinato disposto degli artt. 121, 122 e 124 del c.p.a., un rapporto di pregiudizialità necessaria.

8. Con un secondo motivo di appello, ci si duole del fatto che la sentenza di primo grado apparentemente nulla abbia statuito riguardo ai lotti 13, 42, 56, 57 e 90.

Dato atto della mancata statuizione del Tar, si deve rilevare come per i lotti 13 e 57 non risulta che Baxter abbia presentato alcuna offerta, mentre per i lotti 42 e 56 la sua offerta non è risultata comunque la migliore e quindi non supera la prova di resistenza. Invece, per il lotto 90 risulta che il prezzo di Baxter sia stato effettivamente il migliore.

Per cui su tale lotto n. 90, come anche riguardo ai lotti n. 7, 8, 30, 39, 40, 41, 53, 83, 84, 85, 86, 87, 89 e 91 – per i quali o Baxter ha presentato la sola offerta in gara o la sua offerta è stata la migliore – si impone di stabilire quale sia il rimedio più adatto a soddisfare la pretesa azionata in giudizio.

9. Questo perché Baxter, sin nel giudizio di primo grado, ha sempre invocato in via principale la propria pretesa all'aggiudicazione dei lotti per i quali ha indicato il prezzo più basso o dove era la sola offerente.

Tale pretesa, che si è tradotta nella formulazione di un'azione di adempimento preordinata ad ottenere una pronuncia di condanna, è stata disattesa dal Tar sul rilievo che “non essendosi in presenza di una valida offerta, non può pertanto disporsi, né l'aggiudicazione a proprio favore, né il subentro nei contratti già stipulati”.

Si tratta, tuttavia, di una conclusione non condivisibile, ove si rifletta come l'incompletezza ovvero l'irregolarità

dell'offerta di Baxter sia (nel dubbio, per le ragioni già indicate) da imputare alla stazione appaltante e come, inoltre, tale incompletezza fosse emendabile, secondo quanto sostenuto dalla difesa di Baxter cui, sul punto, la replica della difesa di Lombardia Informatica non è convincente.

Sicché deve ritenersi che, nell'immediatezza dei fatti, i documenti risultati mancanti, per motivi tecnici, potessero essere prodotti in formato cartaceo dalla Baxter, ove fosse stata a ciò autorizzata (per esempio, all'indomani del preavviso di ricorso), e che tale integrazione sia possibile anche oggi, senza dovere rinnovare l'intera procedura di gara e facendo applicazione di un elementare canone di conservazione degli atti giuridici.

Né persuade il ragionamento per cui, nei (non pochi) lotti dove Baxter risulta essere monopolista, la stessa non avrebbe interesse all'aggiudicazione della gara; potendosi replicare come l'interesse è dato dalla certezza del prezzo offerto, mentre del tutto incerta in questo momento è qualunque altra prospettiva.

10. In conclusione, dal parziale accoglimento dell'appello principale e di quello incidentale discendono, in parziale riforma della sentenza di primo grado, nel dettaglio i seguenti esiti:

10.1. per i lotti 6, 9, 18, 22, 26, 28, 34, 36, 52, 55, 69, 71, 73 e 88 la domanda di annullamento dell'originaria esclusione di Baxter è improcedibile per mancata impugnazione anche dell'aggiudicazione definitiva;

10.2. per i lotti 13, 17, 32, 42, 56 e 57 la domanda di annullamento è inammissibile per carenza di interesse, non essendo superata la prova di resistenza;

10.3. per i restanti lotti 7, 8, 30, 39, 40, 41, 53, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 90 e 91 la domanda di annullamento è fondata come anche quella di aggiudicazione e di subentro.

Il tutto previa dichiarazione di inefficacia dei contratti già stipulati per i lotti 30 e 53, rispettivamente con Bioindustria e Galenica Senese (cui i ricorsi di primo e di secondo grado sono stati notificati). Con la precisazione che per il lotto n. 30 l'inefficacia del contratto era stata già disposta dal Tar, e qui va solo confermata, in assenza di specifiche censure; mentre per il lotto n. 53, per il quale il Tar non aveva statuito affermando che non fosse stato ancora stipulato il contratto, va accolta la domanda di Baxter, formulata con l'appello incidentale (a p. 28 primo periodo) e ribadita, con maggiore precisione, nella memoria 19.12.2012 (a p. 10), considerata la durata triennale della fornitura e la convenienza (anche per la committenza) del subentro di Baxter che ha offerto un prezzo più basso. Per entrambi i lotti la decorrenza dell'inefficacia dei contratti è stabilita dopo trenta giorni dalla pubblicazione della presente sentenza, così da permettere un ordinato subentro.

11. Resta infine da esaminare la domanda di risarcimento danni per equivalente.

11.1. Per i lotti dove è stata accolta la domanda di aggiudicazione e di subentro (v. sub 10.3.), la tutela in forma specifica è assorbente oltre che in teoria del tutto satisfattiva della pretesa di Baxter.

11.2. Per i lotti dove Baxter non ha superato la prova di resistenza, l'esito negativo del giudizio prognostico sulla spettanza della pretesa (v. Cass. sez. un. n. 500/1999) comporta l'infondatezza anche della domanda risarcitoria.

11.3. Per i lotti dove la domanda di annullamento è stata dichiarata improcedibile per mancata impugnazione dell'aggiudicazione, il venir meno della pregiudizialità impugnatoria permetterebbe di esaminare la domanda risarcitoria. Tuttavia la domanda è chiaramente infondata in punto di danno, per non avere Baxter impedito il prodursi del danno non impugnando i successivi atti di gara (v. art. 124 co. 2 c.p.a.) e per non avere dimostrato quale danno abbia davvero sofferto, non essendo più ammissibile il semplice richiamo al criterio forfettario del 10% della base d'asta, occorrendo piuttosto la prova dell'utile che sarebbe derivato dall'esecuzione del contratto (cfr. Cons. St., sez. V, n. 842/2009 e n. 5098/2008; Tar Lombardia, Milano, sez. I, n. 1243/2009).

L'infondatezza della domanda risarcitoria per equivalente assorbe la questione processuale relativa alla sua mancata notificazione, anche ai beneficiari degli atti illegittimi, ai sensi dell'art. 41 co. 2 c.p.a.

12. L'esito complessivo del giudizio giustifica la compensazione parziale delle spese di lite, per metà, mentre la

restante parte è liquidata con il dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),
accogliendo in parte l'appello principale e quello incidentale e, per l'effetto, in parte riformando la sentenza impugnata, così provvede:

- 1)- relativamente ai lotti n. 7, 8, 30, 39, 40, 41, 53, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 90 e 91, annulla l'esclusione di Baxter e condanna Lombardia Informatica ad aggiudicare la gara in suo favore, alle condizioni di legge, dichiarando inefficaci i contratti già stipulati relativamente ai lotti 30 e 53;
- 2)- relativamente ai restanti lotti, dichiara gli originari ricorsi e motivi aggiunti proposti da Baxter in parte inammissibili ed in altra parte improcedibili, nei termini di cui in motivazione;
- 3)- respinge la domanda di risarcimento del danno per equivalente;
- 4)- compensate per metà le spese di lite, condanna Lombardia Informatica al pagamento in favore di Baxter s.p.a., dell'importo di euro 5.000,00 (cinquemila/00) oltre alle spese generali, IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/01/2013

IL SEGRETARIO

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