



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2924 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Abbott Srl, in persona del legale rapp. p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Scanzano, Elio Leonetti, Laura Marras, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Chiomenti in Milano, via Verdi,2;

contro

Azienda Ospedaliera Di Desio e Vimercate, in persona del Direttore Generale p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Avolio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Vincenzo Avolio in Milano, viale Gian Galeazzo, 16;

Lombardia Informatica S.p.A., in persona del legale rapp. p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Guido Salvadori Del Prato, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Guido Salvadori Del Prato in Milano, V. L. Manara,15;

nei confronti di

Johnson & Johnson Medical S.p.A., non costituita.

per l'annullamento

della comunicazione, mai formalizzata e solo verbalmente ricevuta nel corso della seduta pubblica della commissione di gara in data 30 ottobre 2012, di esclusione dalla "procedura aperta per l'affidamento della fornitura di sistemi diagnostici (reagenti, sieri di controllo, materiali, strumentazione e assistenza tecnica) per la determinazione di markers sierologici delle epatiti a, b, c, delle infezioni dai virus hiv1/2, della sifilide occorrente ai presidi ospedalieri di carate, giussano, desio e vimercate";

-di tutti i verbali di gara, ancorchè non conosciuti, nella parte in cui è stata disposta l'esclusione di abbott dalla gara;

-del verbale/provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara e del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara stessa, nelle more eventualmente adottato;

-di ogni altro atto presupposto, collegato connesso, antecedente o successivo al predetto, inclusa, per quanto di interesse, la nota dell'azienda ospedaliera di desio e vimercate in data 18 settembre 2012, prot. n. 20603, nonchè, in subordine, del regolamento di gara in parte qua e nei limiti esposti in narrativa;

per l'inefficacia

del contratto eventualmente medio tempore stipulato,

nonché contro il differimento dell'accesso ai documenti amministrativi

disposto dalla stazione appaltante con note prot. n. 24681 dell' 8 novembre 2012 e prot. n. 25350 del 14 novembre

2012 e per l'accertamento ex art. 116, comma 2, c.p.a,

del diritto all'accesso ai verbali della gara in parola, richiesti dalla abbott con note del 6 novembre 2012 e del 13 novembre 2012.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Di Desio E Vimercate e di Lombardia Informatica S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2013 il dott. Maurizio Santise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La presente controversia verte intorno ad una procedura aperta che l'Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate ha indetto per l'affidamento della fornitura di sistemi diagnostici per la determinazione di markers sierologici delle epatiti a, b e c occorrenti ai presidi ospedalieri di Carate, Giusano Desio e Vimercate, esperita mediante l'utilizzo del Sistema Informatico della Regione Lombardia (Sin Tel).

La società ricorrente è stata esclusa dalla predetta gara perché alla Stazione Appaltante è giunto in via informatica un file risultato non leggibile. Abbott srl, quindi, ha impugnato il provvedimento di esclusione, contestandone la legittimità e sostenendo che la causa di contaminazione del file non dipendesse da sua colpa, ma da un difetto di funzionamento del sistema informatico.

Da parte sua, l'amministrazione resistente e Lombardia Informatica s.p.a. si sono costituite regolarmente in giudizio, contestando l'avverso ricorso e chiedendone il rigetto.

Questa Sezione, con ordinanza n. 835/2013, ha respinto la domanda cautelare e nominato un verificatore per accertare le cause che avevano provocato l'illeggibilità del file.

L'amministrazione, in seguito all'esito dell'udienza cautelare e alle motivazioni che avevano condotto al provvedimento cautelare, ha ritenuto di non sottoscrivere il contratto di fornitura e di attendere l'esito del presente giudizio di merito.

In data 16 maggio 2013 veniva depositata la relazione di verifica.

Alla pubblica udienza del 4 luglio 2013, dopo la discussione delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

Per decidere la presente controversia è opportuno prendere le mosse dalla relazione del verificatore, sulla quale, peraltro, esistono divergenze interpretative tra le parti.

Il Verificatore ha ritenuto che non sia possibile determinare con precisione le cause che hanno comportato l'illeggibilità del file. Cause che possono risiedere in "uno degli strumenti accessori di elaborazione e trasmissione dei dati" che vengono coinvolti in alcuni dei passaggi che portano "alla produzione presso il concorrente del file" o "alla sua acquisizione via web presso Sintel". Tali strumenti informatici, a parer del verificatore, "non sono direttamente controllabili o esaminabili".

Può, quindi, ritenersi che non sia stata individuata con certezza la causa che ha reso illeggibile il file contenente l'offerta della società ricorrente.

Si pone a questo punto il problema di verificare se la scelta dell'amministrazione di escludere dalla gara una società partecipante per un difetto di apertura del file telematico sia legittima, in considerazione del fatto che non è emersa

la sussistenza della prova della colpa né in capo alla società ricorrente, né in capo alla stazione appaltante.

Ritiene il Collegio, che, nonostante non sia emersa una prova certa della colpa della Stazione Appaltante o di un difetto di funzionamento del sistema SINTEL, la stazione appaltante non avrebbe dovuto, comunque, escludere la società ricorrente e aggiudicare la gara all'altra partecipante.

In questo senso depongono una serie di argomenti.

Il principio del favor participationis impone all'amministrazione di consentire la partecipazione alle gare pubbliche nella latitudine più ampia possibile e di scegliere nel dubbio la strada della massima partecipazione rispetto a quella dell'esclusione dell'impresa.

Nel caso di specie, l'amministrazione ha escluso la società ricorrente senza, tuttavia, comprovare con certezza che l'illeggibilità del file dipendesse da colpa della società ricorrente, come ha attestato il verificatore.

Non può, peraltro, essere seguito l'argomento, sia pur suggestivo, utilizzato dalla difesa dell'amministrazione, secondo cui nel servizio di recapito di posta ordinaria i casi di difetto di consegna del plico sono posti a carico del mittente che se ne assume il rischio e, quindi, alla medesima soluzione si deve accedere nei casi di recapito dell'offerta in via telematica.

La similitudine che la Difesa dell'amministrazione propone, tra trasmissione telematica del file e recapito tramite il servizio postale postale dell'offerta, non è persuasiva perché accosta due modelli di recapito dell'offerta sensibilmente differenti.

Risolutiva è la circostanza che chi si avvale del servizio postale sceglie volontariamente tale forma di recapito e, pertanto, liberamente accetta i rischi che ne conseguono. Rischi che ben possono essere eliminati alla radice con la consegna diretta dell'offerta presso la stazione appaltante.

Ne deriva, quindi, che nel caso di mancato recapito del plico contenente l'offerta dell'impresa partecipante per colpa del vettore, in realtà a monte è individuabile una scelta della stessa impresa che si è accollata i rischi derivanti da tale modalità di consegna dell'offerta.

Nel caso di specie, le imprese partecipanti non avevano alcuna possibilità di scegliere le modalità di recapito dell'offerta, in quanto la stazione appaltante ha ritenuto di avvalersi esclusivamente del sistema informatico per la gestione della gara pubblica. Ne deriva che la questione è esattamente ribaltata rispetto a quanto visto nel sistema di recapito tradizionale, in quanto, nella fattispecie, sarà l'amministrazione che, avendo vincolato le imprese partecipanti nella forma di trasmissione dell'offerta, si accolla il rischio del mancato recapito o delle disfunzioni derivanti dall'utilizzo del sistema informatico che siano addebitabili alla stazione appaltante medesima o che non abbiano una causa accertata.

Accollare anche in tali ipotesi il rischio derivante dalle disfunzioni del sistema in capo all'impresa partecipante che non ha avuto la possibilità di esprimere alcuna preferenza sulla modalità di recapito dell'offerta, vorrebbe dire accogliere un principio ingiustamente punitivo per le imprese partecipanti e, peraltro, configgente con il favor participationis che pervade tutta la materia degli appalti pubblici.

Non può, inoltre, essere sottaciuto che anche nel processo civile, da cui gemmano le norme che regolamentano la notificazione ordinaria degli atti processuali, emerge un principio generale che tende ad evitare di accollare in capo ad un soggetto conseguenze negative da lui non direttamente provocate.

Basti pensare alla rimessione in termini, contemplata dal comma 2 dell'art. 153, aggiunto dalla l. n. 69 del 2009 di modifica del codice di rito, che oggi rappresenta un principio generale - non limitato alla fase istruttoria del procedimento ordinario di cognizione - che consente la rimessione in termini per la parte che sia incorsa in decadenze senza colpa; l'abrogazione dell'art. 184 bis c.p.c. e lo spostamento del suo contenuto nell'art. 153, cioè nel capo del codice dedicato in via generale ai termini processuali, dunque, non può che avere il significato di

applicazione generalizzata dell'istituto della rimessione in termini, che pertanto è adesso ammessa anche nel caso di notificazione dell'atto oltre i termini decadenziali per causa non imputabile al notificante.

Sullo stesso crinale, del resto, sembra muoversi la Corte Costituzionale, che in più riprese ha chiarito come nella notificazione vi sia una scissione del momento di efficacia per il notificante e per il destinatario: per il primo l'effetto si produce al momento della consegna del plico all'ufficiale giudiziario, mentre per il secondo al momento in cui lo stesso ha legale conoscenza dell'atto (cfr., Corte Cost., 23 gennaio 2004, n. 28 e 26 novembre 2002, n. 477).

Le garanzie di conoscibilità dell'atto da parte del destinatario della notificazione debbono coordinarsi con l'interesse del notificante a non vedersi addebitato l'esito intempestivo del procedimento notificatorio per la parte sottratta alla sua disponibilità.

Il principio fotografato dal giudice delle leggi nasce proprio dalla necessità di evitare che il notificante possa sopportare i rischi derivanti da un'attività da lui non direttamente controllabile.

Alla luce delle tracciate coordinate ermeneutiche ritiene, quindi, il Collegio che l'amministrazione, nel caso di file giunto presso la piattaforma informatica illeggibile e non sia certa che la causa sia dovuta ad un comportamento negligente dell'impresa partecipante, deve assumere un comportamento improntato a ragionevolezza e ispirato al principio di garantire la massima partecipazione, evitando soluzioni che possano rivelarsi discriminatorie.

Qualora l'amministrazione decida di avvalersi di un sistema informatico e non fornisca alle imprese partecipanti una valida scelta alternativa per recapitare le offerte, vanno accollati alla stazione appaltante i rischi derivanti dalla scelta di tale modello operativo e, quindi, tutte le cause di illeggibilità del file non dipendente palesemente da colpa dell'impresa partecipante.

Ne deriva, pertanto, che il ricorso va accolto e gli atti impugnati annullati.

L'accoglimento del ricorso principale rende improcedibile il ricorso per motivi aggiunti nella parte in cui la società ricorrente domanda l'accesso a determinati verbali di gara a fini difensivi, essendo venuto meno l'interesse ad agire. La complessità e parziale novità della questione giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;

Dichiara improcedibile il ricorso per motivi aggiunti in relazione all'istanza di accesso;

Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Primo Referendario

Maurizio Santise, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/08/2013

IL SEGRETARIO

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