



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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2140 del 2014, proposto da:
Gerho' S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Michelangelo Ortore,
con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv.Roberto Moroni in
Milano, Via Fontana, 22;

contro

Azienda Ospedaliera San Paolo, in persona del Direttore Generale *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avv. Donato Vigezzi, con domicilio
eletto presso il suo studio in Milano, Via A. Di Rudini, 16;

nei confronti di

Henry Schein Krugg S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudio
Mattina e Andrea Stefanelli, con domicilio eletto presso lo studio del
primo in Milano, Via F.Guicciardini, 4;

per l'annullamento

del provvedimento dell'Azienda Ospedaliera San Paolo n. 359 del
29.5.2014 di aggiudicazione, a seguito di espletamento di procedura

aperta in forma aggregata, mediante sistema di intermediazione telematica "Sintel", della fornitura di materiale di consumo odontoiatrico occorrente alle Aziende Ospedaliere San Paolo, Ospedale L. Sacco ed Istituti Clinici di Perfezionamento di Milano, alla Fondazione IRCCS Ca' Granda -Ospedale Maggiore Policlinico di Milano, all'Azienda Ospedaliera Guido Salvini di Garbagnate Milanese, all'Azienda Ospedaliera Ospedale di Circolo di Melegnano ed all'Azienda Ospedaliera San Gerardo di Monza, alla società Henry Schein Krugg S.r.l., per la durata di quattro anni. CIG: 548807893, con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto che, nel frattempo, dovesse essere stato concluso e subentro nello stesso a favore della ricorrente Gerhò S.p.a.;

nonché, per quanto occorrer possa, di ogni altro atto sottostante e/o conseguente ed, in particolare, del verbale di apertura buste telematiche contenenti la documentazione amministrativa in data 6.2.2014, nell'ambito della medesima procedura, nelle parti in cui ha ammesso con riserva, anziché escludere, la società Henry Schein Krugg S.r.l., del verbale di scioglimento ammissione con riserva e sorteggio ex art. 48 del D.lgs. 163/2006, nell'ambito della medesima procedura, nella parte in cui ha sciolto la riserva in senso favorevole all'ammissione della società Henry Schein Krugg S.r.l. alla successiva fase di gara

con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto che nel frattempo dovesse essere concluso, aggiudicazione della gara alla ricorrente, con condanna della stazione appaltante alla conclusione

del contratto, ovvero al subentro, o in subordine, alla condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera San Paolo e di Henry Schein Krugg S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2014 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La stazione appaltante ha indetto la procedura di gara in epigrafe indicata, da aggiudicarsi mediante il sistema di intermediazione telematica "Sintel".

In data 6.2.2014, in occasione della seduta pubblica finalizzata al controllo della documentazione amministrativa presentata dai concorrenti in via telematica, il presidente del seggio di gara ha rilevato che "il *file* denominato deposito cauzionale provvisorio, contenente la cauzione provvisoria e la dichiarazione di impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva, risulta sottoscritto con firma digitale dal rappresentante legale della società Henry Schein Krugg S.r.l., mentre non risulta sottoscritto con firma digitale da un soggetto in possesso dei necessari poteri per impegnare

il garante, come invece espressamente richiesto dall'art. 14 del disciplinare”.

Conseguentemente, previa ammissione con riserva dell'attuale controinteressata, il Presidente sospendeva la seduta pubblica, per procedere alla verifica della documentazione.

In data 9.4.2014 il seggio di gara si riuniva in seduta pubblica, sciogliendo la riserva in senso favorevole alla controinteressata, dando atto di aver accertato “poco dopo la precedente seduta, che nel *file*, parte integrante della documentazione amministrativa, denominato deposito cauzionale provvisorio, erano contenute le informazioni necessarie ad acquisire in tempo reale dal sito *web* della compagnia assicuratrice garante, il documento contrattuale firmato digitalmente avente ad oggetto la cauzione provvisoria e l'impegno a sottoscrivere, in caso di aggiudicazione, la cauzione definitiva. Pertanto, una volta acquisito tale documento, debitamente sottoscritto entro i prescritti termini con firma digitale dall'assicuratore/garante, e verificata così la sostanziale sussistenza del requisito richiesto, il Presidente ha ritenuto di dover considerare prevalente, sull'irregolarità formale rilevata, il principio del *favor participationis*”.

Con il presente ricorso, ritualmente notificato e depositato, l'istante impugna gli atti della procedura in epigrafe indicata, deducendo la mancata esclusione dell'aggiudicataria.

La controinteressata e la stazione appaltante si sono costituite in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Con ordinanza n. 105114 del 30.12.2014, confermata in sede di

appello dal Consiglio di Stato, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare.

All'udienza pubblica del 12.11.2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio può prescindere dalle eccezioni in rito sollevate dalla difesa della stazione appaltante, essendo il ricorso infondato nel merito.

I) La ricorrente sostiene, in primo luogo, che in relazione a quanto evidenziato nella parte in fatto della presente sentenza, la stazione appaltante avrebbe violato il principio di pubblicità delle sedute pubbliche, verificando la sussistenza della documentazione amministrativa prodotta dalla controinteressata in seduta riservata.

Così facendo, in particolare, la Commissione non avrebbe consentito agli altri partecipanti di verificare “se ed in che modo è stato accertato che effettivamente, già al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, fosse possibile ricavare dal sito *web* dell'Assicurazione il documento firmato digitalmente, avente ad oggetto l'impegno a sottoscrivere la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione”.

In ogni caso, la predetta dichiarazione, che in base alla *lex specialis* avrebbe dovuto essere presentata digitalmente a corredo dell'offerta, non sarebbe in realtà mai stata acquisita dalla stazione appaltante, essendosi la stessa limitata a consultare il predetto sito internet.

II) Osserva il Collegio che, come già evidenziato in sede cautelare, la Commissione ha provveduto, mediante accesso telematico, con le

modalità indicate nel *file* prodotto in gara dalla società controinteressata, a verificare l'esistenza e l'autenticità della firma digitale apposta dal fideiussore alla cauzione provvisoria, in data anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

In particolare, il predetto *file*, denominato “deposito cauzionale provvisorio”, conteneva una dichiarazione della società assicuratrice, secondo cui “il documento che sostanzia l'assunzione del nostro impegno di garanzia potrà essere visualizzato” mediante l'utilizzo del codice di controllo e della procedura di accesso ivi indicata, come detto, seguita con successo dalla Commissione che ha potuto effettivamente verificare l'effettiva sottoscrizione del medesimo.

III) Il Collegio dà pertanto atto che il *file* di che trattasi (“deposito cauzionale provvisorio”) è stato dunque acquisito e consultato in seduta pubblica, come indicato a pag. n. 3 del verbale del 6.2.14, sebbene in tale sede, come detto, la Commissione, non avvedendosi dell'esistenza dei predetti codici di accesso necessari a visualizzare la sottoscrizione della Compagnia Assicuratrice, ha affermato che il medesimo non era sottoscritto “con firma digitale da un soggetto in possesso dei necessari poteri per impegnare il garante”, sospendendo conseguentemente la seduta. La censura incentrata sulla violazione del principio di trasparenza risulta quindi infondata, poiché la Commissione, in seduta riservata, non ha preso visione di alcun documento non prodotto in seduta pubblica, limitandosi invece alla consultazione, via *internet*, della sottoscrizione del medesimo, mediante l'utilizzo di chiavi di accesso già contenute nella

documentazione aperta in seduta pubblica, e di cui erroneamente la ricorrente lamenta invece l'acquisizione in seduta riservata. Osserva infatti il Collegio che, nel corso della citata seduta pubblica del 6.2.14, teoricamente, tutti i concorrenti, al pari di qualunque soggetto in possesso dei predetti codici di accesso, avrebbero potuto consultare in tempo reale il citato sito internet della Compagnia Assicuratrice.

Ritiene pertanto il Collegio che il Seggio di Gara non ha acquisito alcun documento in seduta riservata, essendosi limitato, in tale sede, a verificare che la procedura indicata nel predetto *file*, acquisito e consultato pubblicamente, consentisse effettivamente l'accesso alla sottoscrizione della cauzione provvisoria e dell'atto di impegno del garante a rilasciare quella definitiva, ciò che, come detto, in linea teorica, avrebbe potuto essere verificato da chiunque, in possesso dei predetti codici di accesso. Come infatti indicato a pag. 2 del verbale del 9.4.14, la Commissione non ha acquisito in seduta riservata alcun documento, ed in particolare il *file* "deposito cauzionale provvisorio", come detto già aperto in data 6.2.14, essendosi limitata ad accertare "poco dopo la precedente seduta" che in detto *file* "erano contenute le informazioni necessarie ad acquisire in tempo reale dal sito *web* della Compagnia garante il documento contrattuale", già acquisito agli atti, e quelle necessarie a verificare che il medesimo fosse "firmato digitalmente", ciò di cui la stessa Commissione, erroneamente, non si era avveduta nel corso della prima seduta.

IV) Quanto alla censura secondo cui la stazione appaltante non sarebbe stata in grado di accertare il momento in cui il garante ha

sottoscritto la documentazione di che trattasi, osserva il Collegio che, a fronte della detta verifica compiuta a posteriori, il cui esito ha invece evidenziato l'accertamento dell'apposizione della sottoscrizione in forma digitale in tempo antecedente al termine per la presentazione delle offerte (doc. n. 9), le censure della ricorrente sono invece apodittiche e prive di riscontro documentale, dovendo pertanto essere dichiarate inammissibili per genericità.

IV) Né può ritenersi, come invece pretenderebbe la ricorrente, che la mancata disponibilità in capo alla stazione appaltante del supporto informatico su cui il garante ha apposto la propria dichiarazione, possa essere sanzionato con l'esclusione, al pari di ciò che avverrebbe in caso di inesistenza della dichiarazione stessa.

Osserva sul punto il Collegio che, così come il documento cartaceo contiene la dichiarazione, che rimane tuttavia separata da esso, anche nell'ambito informatico deve distinguersi tra la dichiarazione ed il suo supporto. Nella fattispecie di che trattasi, con le modalità sopra indicate, la dichiarazione è stata acquisita dalla stazione appaltante, che non ha avuto la disponibilità del suo solo supporto, ciò che, in difetto di un'espressa previsione in tal senso della *lex specialis*, non poteva dar luogo ad un provvedimento di esclusione da parte della stazione appaltante, la quale avrebbe in ogni caso potuto esercitare le proprie prerogative in tema di regolarizzazione documentale, ex art. 46 D.Lgs. n. 163/06.

In conclusione, ritiene il Collegio che, alla luce di tutto quanto precede, ad essere errata è l'affermazione contenuta nel verbale del

6.2.2014, in cui la stazione appaltante ha dichiarato che la cauzione provvisoria e l'impegno del garante a rilasciare quella definitiva non risultavano sottoscritti con firma digitale da soggetto in possesso dei necessari poteri per impegnare il garante. Come evidenziato, tale affermazione è stata infatti successivamente smentita, senza produrre alcuna conseguenza nella procedura, essendosi il Seggio di Gara limitato a sospendere la seduta al fine di dare corso a verifiche più accurate, in esito alle quali, è stato possibile accertare l'esistenza dei predetti codici di accesso, e verificare in tempo reale, la sottoscrizione della documentazione *prima facie* ritenuta mancante.

Il ricorso va pertanto respinto.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio, in relazione alle viste affermazioni della stazione appaltante, astrattamente suscettibili di differenti interpretazioni.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Mauro Gatti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2014

IL SEGRETARIO

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