

Massima:

Sentenza T.A.R. Puglia n. 331 del 17/02/2023



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 Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 849 del 2022, proposto da Pirene s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Alberto Fantini, Luca Spaziani e Giuseppe De Gregorio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliero-Universitaria Consorziale Policlinico di Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaella Travi e Michele Di Landro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Puglia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

nei confronti

Lattanzio KIBS s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Terracciano e Annunziata

Abbinente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita;

per l'annullamento

- della comunicazione pervenuta tramite sistema del 23 giugno 2022 e comunque del verbale del 23 giugno 2022, con cui è stata disposta l'esclusione di Pirene s.r.l. dalla procedura per l'affidamento del servizio “supporto specialistico nelle attività di progettazione / realizzazione / erogazione di un percorso formativo specialistico in tema di data science and business del settore sanitario e servizio di comunicazione e disseminazione nell'ambito del progetto Interreg PHASE” (CIG 9226931057);
 - della Determinazione Dirigenziale n. 444 del 29.06.2022, di aggiudicazione definitiva della procedura per l'affidamento del servizio “supporto specialistico nelle attività di progettazione / realizzazione / erogazione di un percorso formativo specialistico in tema di data science and business del settore sanitario e servizio di comunicazione e disseminazione nell'ambito del progetto Interreg PHASE” (CIG 9226931057) in favore dell'operatore economico Lattanzio KIBS s.p.a.;
 - del verbale della prima seduta pubblica del 21.06.2022;
 - della richiesta pervenuta a mezzo della piattaforma MePa del 21 giugno u.s., di estremi non noti, con cui è stato attivato il procedimento di soccorso istruttorio in capo a Pirene s.r.l.;
 - dell'ammissione dell'operatore economico Lattanzio KIBS s.p.a.;
 - dell'esito della verifica dei requisiti in capo alla Lattanzio KIBS s.p.a. di contenuto ed estremi non noti;
- nonché, ove occorrer possa
- della *lex specialis* tutta e, in particolare, degli artt. 12 e 13 del Disciplinare in parte come meglio appresso illustrato, laddove dovessero essere interpretati nel senso

che la mancata sottoscrizione con firma digitale di tutti i documenti contenuti nella “busta A” - “Documentazione Amministrativa” comporti l'esclusione del concorrente;

- della *lex specialis* tutta e, in particolare, dell'art. 26 del Disciplinare in parte qua come meglio appresso illustrato laddove dovesse essere interpretato nel senso di escludere qualsivoglia responsabilità da parte della Stazione Appaltante nel caso di malfunzionamenti della piattaforma telematica MePa;

nonché

- di ogni altro atto, provvedimento e/o comportamento presupposto, consequenziale e/o connesso e/o successivo a quelli impugnati- noti e ignoti - se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

nonché

- per la riammissione alla procedura della Pirene s.r.l.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria Consorziale Policlinico di Bari e di Lattanzio Kibs s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2022 l'avv. Donatella Testini;

Nessuno è comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1 Nel presente giudizio è controversa, in via principale, la legittimità dell'esclusione della ricorrente, disposta in data 23 giugno 2022, dalla procedura negoziata mediante richiesta di offerta (RDO) sul MEPA, *ex art.* 1, comma 2,

lettera b), della l. n. 120 dell'11 settembre 2020 e s.m.i. per l'affidamento del servizio di "supporto specialistico nelle attività di progettazione/realizzazione/erogazione di un percorso formativo specialistico in tema di data science and business del settore sanitario e servizio di comunicazione e disseminazione nell'ambito del progetto "Interreg PHLASE" - CIG 9226931057", indetta in data 26 maggio 2022 dall'Azienda

in epigrafe.

Hanno partecipato alla gara solo due operatori economici, la ricorrente e la controinteressata.

La ricorrente è stata esclusa in quanto, rilevata alla prima seduta pubblica del 21 giugno 2022 l'assenza di sottoscrizione con firma digitale della documentazione amministrativa, in violazione degli artt. 12 e 13 del Disciplinare di gara, non ha riscontrato entro il termine assegnato (le ore 12 del 23 giugno 2022) il soccorso istruttorio immediatamente attivato all'esito della ridetta riunione del 21 giugno 2022; riunione all'esito della quale, previa verifica di conformità tecnica del progetto proposto e comprova del possesso dei requisiti in capo all'operatore economico

concorrente, il seggio di gara ha proposto l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata, che ha presentato l'unica offerta ritenuta valida.

Con istanza in data 23 giugno 2022, la ricorrente ha contestato l'esclusione dalla procedura, domandando la revoca in autotutela del provvedimento di esclusione.

Nell'istanza innanzi indicata la ricorrente ha rappresentato quanto segue.

"La società Pirene s.r.l... ha preso parte alla procedura... presentando la propria offerta in data 21 giugno 2022, sempre in data 21 giugno 2022, alla prima seduta di gara, riceveva soccorso istruttorio e in data 23 giugno la comunicazione di esclusione a causa di mancato riscontro al soccorso istruttorio inviato a mezzo portale Mepa".

Ciò premesso, la ricorrente ha rappresentato l'illegittimità dell'esclusione sia contestando l'eccessiva brevità del termine concesso sia imputando il mancato adempimento a un malfunzionamento tecnico del portale Mepa.

Più precisamente, su quest'ultimo profilo ha evidenziato che se *“avesse avuto qualche giorno in più di tempo per riscontrare il soccorso istruttorio, o se avesse ricevuto a mezzo pec lo stesso, certamente avrebbe avuto la possibilità di adempiere a quanto richiesto”*.

L'istanza è stata respinta con nota prot. n. 57693 del 28 giugno 2022.

Con determinazione dirigenziale n. 444 del 29 giugno 2022, la gara è stata aggiudicata alla controinteressata e il contratto è stato stipulato in data 11 luglio 2022.

1.2 Avverso i predetti atti (e le sottese disposizioni della *lex specialis*) insorge la parte ricorrente, deducendone l'illegittimità a mezzo di tre motivi di ricorso.

1.2.1 Con il primo motivo, lamenta la violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 e l'eccesso di potere sotto svariati aspetti. Assume che l'aver caricato per errore una documentazione priva di sottoscrizione digitale non potrebbe integrare gli estremi di un vizio avente carattere espulsivo in quanto la gestione della gara attraverso una piattaforma telematica sarebbe idonea, di per sé, a garantire la paternità dei documenti. Conseguentemente il procedimento di soccorso istruttorio non avrebbe dovuto essere attivato.

Domanda, pertanto, anche l'annullamento delle disposizioni di cui gli artt. 12 e 13 del disciplinare di gara nella parte in cui richiedono la sottoscrizione con firma digitale a pena di esclusione

1.2.2 Con il secondo motivo, in buona sostanza, lamenta che l'Amministrazione non avrebbe tenuto in alcun conto che la ricorrente si sarebbe trovata dall'impossibilità di ricevere la comunicazione di attivazione del procedimento di soccorso istruttorio e, dunque, di adempiere, a causa di rallentamenti e

malfunzionamenti della piattaforma MePa: l'esclusione sarebbe illegittima, in quanto dovuta a una causa non imputabile.

La comunicazione di attivazione del soccorso istruttorio, peraltro, sarebbe avvenuta in violazione dell'art. 11 del disciplinare ai sensi del quale *“La stazione appaltante può richiedere tramite la piattaforma del MePa, ad ogni fornitore che partecipa alla gara, la documentazione integrativa che riterrà opportuna, indicando il contenuto e i soggetti che le devono rendere. I fornitori interessati dalla richiesta di integrazione documentale saranno preventivamente informati dalla stessa a mezzo PEC, trasmessa dalla piattaforma all'indirizzo del legale rappresentante del fornitore, da quest'ultimo fornito in sede di registrazione alla piattaforma”*.

Nel caso di specie, invece, la comunicazione di attivazione del soccorso istruttorio è avvenuta unicamente per mezzo del sistema Me.Pa.

Domanda altresì l'annullamento dell'art. 26 del disciplinare nella parte in cui esclude per Consip s.p.a. e per il gestore del sistema qualsiasi responsabilità *“per qualunque genere di danno, diretto o indiretto, per lucro cessante o danno emergente, che dovessero subire gli utenti del Sistema, e, comunque, i concorrenti e le Amministrazioni o terzi a causa o comunque in connessione con l'accesso, l'utilizzo, il mancato utilizzo, il funzionamento o il mancato funzionamento del Sistema e dei servizi dallo stesso offerti”*.

1.2.3 Con il terzo motivo, lamenta l'irragionevolezza brevità del termine concesso con il soccorso istruttorio, vieppiù perché ricadente proprio nei giorni di malfunzionamento della piattaforma Me.Pa.

Conclude per l'annullamento degli atti impugnati, con declaratoria, ex art. 121 e ss. c.p.a., dell'inefficacia del contratto e per il risarcimento del danno, in forma specifica, manifestando la disponibilità al subentro, o per equivalente.

1.3 Si sono costituite in giudizio l'Azienda e la controinteressata, eccependo l'infondatezza del gravame e invocandone la reiezione.

Consip s.p.a. e la Regione Puglia, ancorché ritualmente evocate in giudizio, non si sono costituite.

L'istanza cautelare, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente, è stata respinta da questo Tribunale con ordinanza n. 419 del 9 settembre 2022.

Previo deposito di ulteriori memorie e documenti, la causa viene ritenuta per la decisione alla pubblica udienza del 22 novembre 2022.

2. Il ricorso non è suscettibile di favorevole apprezzamento.

2.1 Ritiene il Collegio che l'Amministrazione, dopo aver riscontrato l'assenza della firma digitale, ha attivato il soccorso istruttorio.

Come è noto, la firma digitale garantisce la data della sottoscrizione e la non modificabilità del documento, oltre che la provenienza di questo da colui che risulta averla apposta (*ex multis*, Consiglio di Stato sez. V, 17/08/2022, n. 7209).

Ciò posto, il Collegio condivide i principi espressi dall'orientamento giurisprudenziale, peraltro richiamato dalla stessa parte ricorrente, secondo il quale è possibile integrare mediante soccorso istruttorio anche un'offerta economica priva di firma digitale da rendere in una procedura telematica di selezione per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, laddove gli atti di regolamentazione stabiliscano l'esclusione dell'operatore economico (cfr. T.A.R. Catania, Sez. I, 15 luglio 2022, n. 1911).

Nel caso di specie, l'attivazione del soccorso istruttorio si è resa doverosa, proprio a tutela di quella *par condicio competitorum* che la ricorrente, invece, assume lesa in suo sfavore.

Lo svolgimento della gara tramite piattaforma telematica, in definitiva, proprio in ragione del fatto che le credenziali ottenute in fase di registrazione sono idonee a consentire il caricamento della documentazione di partecipazione, rende possibile un soccorso istruttorio che, altrimenti, andrebbe escluso.

Il primo motivo di ricorso, pertanto, è infondato.

2.2 Anche il secondo motivo non è suscettibile di favorevole apprezzamento.

Alla luce di quanto emerge dall'istanza in autotutela del 23 giugno 2022, e in assenza di prove di segno contrario, la ricorrente ha avuto effettiva conoscenza dell'esclusione in data 21 giugno 2022.

Come riportato al punto 1.1, infatti, nell'istanza di autotutela, la ricorrente ha testualmente affermato che *“sempre in data 21 giugno 2022, alla prima seduta di gara, riceveva soccorso istruttorio”*.

Nella medesima istanza, poi, diversamente, da quanto assume in questa sede, non lamenta di non aver ricevuto la richiesta di soccorso istruttorio bensì di non aver potuto adempiere a causa della brevità del termine assegnato, circostanza aggravata dal malfunzionamento della piattaforma proprio in quale periodo.

Ritiene il Collegio che tale dichiarazione assume carattere confessorio della effettiva conoscenza alla data del 21 giugno 2022, rendendo quindi infondata in fatto la censura sviluppata nel motivo in disamina.

Ciò posto, la parte ricorrente non offre alcun principio di prova circa il tentativo d'invio telematico di quanto richiesto, in quanto deposita due tentativi di caricamento di documentazione in data 22 giugno 2022 e in uno in data 21 giugno 2021 afferenti ad altre procedure.

D'altro canto, in questa sede, non deduce neanche di aver tentato di adempiere alla richiesta d'integrazione per cui è causa, la quale deve ritenersi ricevuta, alla luce di quanto su esposto.

Non v'è dunque spazio per discettare della legittimità dell'art. 26 del disciplinare, in quanto la ricorrente non ha effettuato alcun tentativo di trasmettere la documentazione sottoscritta con firma digitale.

La censura, in conclusione, è infondata.

2.3 Con il terzo e ultimo motivo di ricorso, Pirene s.p.a. lamenta l'irragionevolezza e incongruità del termine di due giorni assegnato dalla Stazione Appaltante per regolarizzare l'invio della domanda.

L'art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016 prevede solo il termine massimo (dieci giorni) e non quello minimo che le Stazioni Appaltanti possono assegnare per il riscontro del soccorso istruttorio. È quindi rimessa alla valutazione discrezionale della Stazione Appaltante la concessione di un termine inferiore, con l'unico limite della commisurazione all'oggetto della richiesta.

Ritiene il Collegio che, come correttamente osservato anche dalla difesa dell'Azienda, il breve termine assegnato nel caso di specie è senz'altro proporzionato e ragionevole in quanto relativo alla mera trasmissione di *file* di cui la ricorrente era, in tesi, già in possesso.

3. Il ricorso, in conclusione, è infondato e va respinto.

4. Sussistono giusti motivi per compensare integralmente le spese di lite *inter partes* in ragione della peculiarità della vicenda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione II, 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 Bari nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente FF

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere

Donatella Testini, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Donatella Testini

Rita Tricarico