

Pubblicato il 03/10/2016

N. 04050/2016 REG.PROV.COLL.

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 3112 del 2016, proposto dalla Casa di Cura Madonna del Rimedio Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avvocati Mauro Barberio C.F. BRBMRA68B16G113M e Stefano Porcu C.F. PRCSFN68M02G113Z, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Francesco Lilli in Roma, via di Val Fiorita, n. 90;

contro

l'Azienda Sanitaria Locale N. 5 di Oristano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocato Salvatore Angelo Miscali C.F. MSCSVT62H23A380R, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Maria Adelaide Taras in Roma, via Ferruccio Amendola, n. 8;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Sardegna, Cagliari, Sezione I, n. 102 del 5 febbraio 2016.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale N. 5 di Oristano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 luglio 2016 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Porcu Stefano e Salvatore Angelo Miscali;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – Con ricorso al T.a.r. per la Sardegna r.g.n. 677 del 2015. la Casa di Cura Madonna del Rimedio S.p.a. impugnava il verbale di gara n. 4 del 17.07.2015 relativo alla "Procedura aperta telematica per l'affidamento della fornitura del servizio di prestazione professionale, noleggio di attrezzature e fornitura di materiale di consumo, per l'espletamento di prestazioni di Day Service di Chirurgia della cataratta da effettuare presso i PP.OO. di Bosa e Ghilarza, per il periodo di 12 mesi" nella parte relativa alla propria esclusione dalla gara.

1.1. – Con motivi aggiunti depositati il 14 settembre 2015, impugnava anche la delibera n. 636 dell'8 settembre 2015 con cui la ASL n. 5 di Oristano approvava i verbali n. 1 del 17.4.2015, n. 2 del 28.4.2015, n. 3 del 2.7.2015 e n. 4 del 17.7.2015.

1.2. – La ricorrente lamentava l'illegittimità della propria esclusione per la violazione della lex specialis di gara e, nella specie, degli articoli 15 e 17 del capitolato speciale d'appalto; a suo dire, sarebbe stata rispettata la data del 9 luglio 2015 quale termine fissato per la presentazione dell'offerta, ovvero il caricamento – upload – sulla piattaforma della ASL del "foglio di lavoro excel", su cui dovevano essere riportati gli elementi riepilogativi dell'offerta «che saranno tenuti in considerazione per il calcolo del punteggio per il prezzo complessivo offerto».

Poiché il file contenente il dettaglio dell'offerta economica della società ricorrente risulta marcato temporalmente in data 8 luglio 2015 (alle 12:03:31), l'offerta deve ritenersi tempestiva.

2. – Con la sentenza in epigrafe il ricorso veniva respinto, ritenendosi che il termine perentorio per la firma e marcatura temporale dell'offerta economica telematica coincidesse con il 13 aprile 2015, ore 12:00, con condanna della ricorrente alle spese di giudizio.

3. – Con l'appello in esame, la Casa di Cura lamenta l'erroneità e ingiustizia della sentenza, riproponendo con vari argomenti la censura rigettata.

4. – Resiste in giudizio l'Azienda sanitaria intimata.

DIRITTO

1. – L'appello è infondato.

2. – Il Collegio condivide quanto affermato dalla sentenza impugnata in relazione al profilo decisivo del mancato rispetto del termine previsto dalla lex di gara per la marcatura del dettaglio dell'offerta, che non coincide col termine indicato dalla ricorrente (9 luglio 2015), ma con la data del 13 aprile 2015, fissato dal Timing per la "firma e marcatura temporale dell'offerta economica".

2.1. – La sentenza ha rilevato che l'art. 15 del capitolato speciale prevedeva una complessa regolamentazione delle fasi di presentazione e di caricamento delle offerte telematiche (economiche) sul portale della A.S.L. di Oristano che sinteticamente comprende:

- 1) predisposizione dell'offerta economica con l'inserimento dei prezzi offerti in un foglio di lavoro excel;
- 2) sul predetto file excel, l'applicazione della firma digitale;
- 3) sul medesimo file, l'applicazione della marcatura temporale (dopo averlo firmato digitalmente).

Tali operazioni, e in particolare la marcatura temporale del file dell'offerta economica, dovevano essere portate a termine entro le ore 12:00 del 13 aprile 2015 (data indicata nel timing di gara di cui all'art. 15 del capitolato speciale).

Il file dell'offerta, così predisposto, doveva essere salvato dal concorrente sul proprio personal computer, fino all'apertura del periodo in cui i concorrenti avrebbero dovuto procedere al caricamento (upload) sul portale telematico della ASL di Oristano (dalle ore 9:00 alle ore 13:00 del 9 luglio 2015).

La ricorrente, come essa stessa afferma, ha effettuato, invece, una marcatura temporale del dettaglio dell'offerta economica datata 8 luglio 2015 (ore 12:03:31); vale a dire, in una data successiva a quella prevista dal timing di gara di cui all'art. 15 del capitolato speciale per la predisposizione dell'offerta economica.

Pertanto, secondo il T.a.r., è legittima la sua esclusione dalla gara.

3. – L'appellante afferma, di contro, che ad una interpretazione puramente letterale dell'art. 15 del capitolato speciale la procedura consta di due fasi: l'una, concernente l'apposizione della firma digitale e della marcatura temporale che doveva essere effettuata entro il 13 aprile 2015; l'altra, concernente la conseguente e successiva apposizione "sul file.zip (cartella)" della firma digitale e della marcatura temporale del dettaglio dell'offerta economica (penultimo capoverso art. 15), la quale doveva avvenire entro il 9 luglio.

A conferma della correttezza di tale interpretazione, la Casa di Cura adduce un ulteriore argomento tratto dalla prescrizione, a pag. 23 del Capitolato, dell'obbligo di firmare il dettaglio dell'offerta economica sia su supporto cartaceo in ogni pagina, sia su quello digitale.

Tale previsione non avrebbe alcun senso se il capitolato avesse ritenuto necessaria la marcatura dell'offerta economica entro lo stesso termine del 13 aprile 2015 previsto per la marcatura del file excel contenente gli elementi significativi dell'offerta; quel termine, infatti, si riferisce alla marcatura non già cartacea, bensì esclusivamente digitale prevista per la scheda di offerta resa disponibile nel format predefinito dal sistema.

3.1. – Non può condividersi la doglianza dell'appellante.

La tesi sostenuta si incentra sostanzialmente su una interpretazione letterale distorta, da cui si intende desumere la diversità dei files concernenti, l'uno, l'offerta economica telematica, e, l'altro, il dettaglio dell'offerta economica, da presentare in due fasi diverse, con distinti termini di scadenza.

Ma la tesi trascura che i files, pur distinti, sono complementari e rappresentano entrambi la predisposizione dell'offerta economica in busta chiusa.

3.2. -Va precisato che ciò che caratterizza le gare telematiche rispetto ad una tradizionale gara d'appalto è l'utilizzo di una piattaforma on-line di e-procurement e di strumenti di comunicazione digitali (firma digitale e PEC), che di fatto rendono l'iter più efficiente, veloce e sicuro rispetto a quello tradizionale, basato sull'invio cartaceo della documentazione e delle offerte.

Le fasi di gara seguono una successione temporale che offre garanzia di corretta partecipazione, inviolabilità e segretezza delle offerte: la firma digitale garantisce infatti la certezza del firmatario dell'offerta e la marcatura temporale ne garantisce la data certa di firma e l'univocità della stessa.

Attraverso l'apposizione della firma e marcatura temporale, da effettuare inderogabilmente prima del termine perentorio fissato per la partecipazione, e la trasmissione delle offerte esclusivamente durante la successiva fase di finestra temporale, si garantisce la corretta partecipazione e inviolabilità delle offerte.

I sistemi provvedono, infatti, alla verifica della validità dei certificati e della data e ora di marcatura: l'affidabilità degli algoritmi di firma digitale e marca temporale garantiscono la sicurezza della fase di invio/ricezione delle offerte in busta chiusa.

Nella gara telematica la conservazione dell'offerta è affidata allo stesso concorrente, garantendo che questa non venga, nelle more, modificata proprio attraverso l'imposizione dell'obbligo di firma e marcatura nel termine fissato per la presentazione delle offerte.

Firma e marcatura corrispondono alla "chiusura della busta".

Il Timing di gara indica all'impresa non solo il termine ultimo perentorio di "chiusura della busta", ma anche il periodo e relativo termine ultimo di upload (trasferimento dei dati sul server dell'Azienda appaltante).

Alla chiusura del periodo di upload, le offerte in busta chiusa sono disponibili nel sistema; al momento dell'apertura delle offerte il sistema redige in automatico la graduatoria, tenendo conto anche dei punteggi tecnici attribuiti dalla Commissione, graduatoria che viene pubblicata con l'indicazione delle offerte pervenute, del punteggio tecnico ed economico complessivo attribuito e del miglior prezzo.

Inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara potrà accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data ed all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura.

3.3 – Così richiamati i tratti salienti della gara telematica, è palese che lo stesso termine di presentazione dei dati significativi dell'offerta economica si applica necessariamente al dettaglio dell'offerta economica, che sono elementi complementari, come avverrebbe d'altra parte nella presentazione di offerta in forma cartacea.

3.4. – La tesi dell'appellante mostra, invece, di confondere la procedura di firma e marcatura dell'offerta economica e del dettaglio, con la procedura di caricamento (upload) nella piattaforma, fase successiva che segue, peraltro, la valutazione delle offerte tecniche da parte della Commissione (il cui termine era fissato alla data dell'8 maggio 2015 ore 17).

I files delle offerte telematiche, in altri termini, vengono consegnati al gestore da parte di ciascun singolo concorrente nella fase dell'upload ed il sistema, nell'occasione, verifica la marcatura, così da aver contezza del rispetto del termine di decadenza imposto per la presentazione e in cui la marcatura doveva essere apposta.

3.5. – Nella gara in esame, il termine di ricevimento offerte (punto IV.3.4 del bando di gara) era fissato per il 13 aprile 2015 ore 12,00.

Entro tale termine andavano apposte la firma e la marcatura dell'offerta telematica, come dispone chiaramente il penultimo capoverso dell'art. 15 del capitolato speciale, che dopo aver descritto quali dati dovevano essere contenuti nel dettaglio dell'offerta economica, precisa che i file devono essere inseriti in una cartella zip firmata e marcata temporalmente, entro il termine ultimo di scadenza di presentazione dell'offerta, ovvero entro il 13 aprile 2015.

Invece, entro il 9 luglio 2015 (inizio upload ore 9:00 e fine ore 13:00) le ditte ammesse alle fasi successive di gara dovevano procedere al caricamento, ossia al materiale trasferimento, dell'offerta

economica telematica nel sistema del Gestore della piattaforma CSA Med, per lo svolgimento della gara con software elettronico; mentre il dettaglio dell'offerta doveva essere caricato entro il 13 luglio 2015 (inizio upload ore 9:00 e fine ore 13:00).

4. – In conclusione, l'appello va respinto, con conseguente rigetto del ricorso introduttivo.

5. – Le spese dei due gradi di giudizio si compensano tra le parti, attesa la novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello r.g.n. 3112 del 2016, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata e respinge il ricorso introduttivo.

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE

Paola Alba Aurora Puliatti

IL PRESIDENTE

Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO