Pubblicato il 13/05/2019

**N. 00427/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 00182/2019 REG.RIC.**

**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 Emilia Romagna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 182 del 2019, proposto da Theras Lifetech S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Piva, Andrea Cevolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Servizio Sanitario Regionale Emilia-Romagna - Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna - A.U.S.L. della Romagna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Baseggio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Abbott, Medtronic Italia S.p.A, Boston Scientific S.p.A non costituiti in giudizio;

*per l'annullamento*

- del provvedimento prot. n. 2019/0039899/P del 14/02/2019 assunto dall'Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna ed avente ad oggetto "Procedura telematica indetta dall'azienda USL della Romagna per la conclusione di un accordo quadro per la fornitura di dispositivi medici per neurostimolazione e neuromodulazione per terapia antalgica e neurochirurgia distinta in 12 lotti – comunicazione ex art. 10 bis L. n. 241/1990 e s.m.i. e art. 76 D.LGS. 50/2016 e s.m.i." in forza del quale è stato comunicato alla ricorrente il rigetto della propria istanza volta ad ottenere la rimessione in termini e, quindi, la possibilità di concludere la procedura telematica di collocazione dell'offerta;

- dei verbali di gara della Commissione Giudicatrice eventualmente redatti ai sensi degli articoli 19 e seguenti del "Disciplinare di Gara" (se ed in quanto intervenuti);

- del provvedimento di ammissione ed esclusione delle offerte pervenute in esito alla "Procedura telematica indetta dall'azienda USL della Romagna per la conclusione di un accordo quadro per la fornitura di dispositivi medici per neurostimolazione e neuromodulazione per terapia antalgica e neurochirurgia distinta in 12 lotti" (se ed in quanto intervenuto);

- del successivo provvedimento di efficacia in esito ai controlli di legge ex art. 32 comma 10 del D.Lgs 50/2016 e smi (se ed in quanto già intervenuto);

- del successivo contratto – accordo quadro relativo alla conclusione dell'appalto aggiudicato in via definitiva se ed in quanto, nelle more della presente impugnazione, già stipulato a norma dell'art. 32 comma 14 del D.Lgs. n. 50/2016 e smi;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Servizio Sanitario Regionale Emilia-Romagna - Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna - A.U.S.L. della Romagna;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2019 il dott. Marco Morgantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Parte ricorrente espone quanto segue.

In data 06/12/2018 l'Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna ha pubblicato su piattaforma Intercenter la gara relativa alla "Procedura telematica indetta dall'azienda USL della Romagna per la conclusione di un accordo quadro per la fornitura di dispositivi medici per neurostimolazione e neuromodulazione per terapia antalgica e neurochirurgia distinta in 12 lotti".

L'affidamento avrebbe dovuto avvenire "mediante procedura aperta e con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, ai sensi degli artt. 60 e 95 del d.lgs. 18/04/2016 n.50".

Il "Disciplinare di Gara" specificava termini e modalità di partecipazione indicando il giorno 11/01/2019 ore 13,00 quale termine ultimo per la presentazione delle offerte, da effettuarsi interamente attraverso il Sistema Informatico "per le procedure telematiche di acquisto –Sater/Intercenter, ai sensi della Delibera di Giunta della Regione Emilia-Romagna n. 2194/2016".

In data 10/01/2019 la ricorrente intraprendeva la procedura per il deposito della documentazione richiesta per la valida partecipazione alla gara.

Tuttavia la procedura telematica non andava a buon fine nonostante la ricorrente avesse osservato pedissequamente – e per più volte – le modalità richieste dal portale Intercenter che, durante tutto il procedimento di inserimento dati, risultava molto rallentato.

In data 10/01/2019, infatti, - dalle ore 9,00 alle ore 10,45 – la ricorrente dava corso alla presentazione dell'offerta e, all'uopo, caricava sul portale Intercenter n. 39 documenti.

In data 11/01/2019 (dalle ore 10,45 alle ore 11,45), purtroppo, a seguito di un attento controllo, la ricorrente si accorgeva che tra i documenti caricati il giorno precedente, ne risultavano 3 che il Sistema non aveva salvato presumibilmente a causa dei continui blocchi/rallentamenti evidenziatisi nel corso del caricamento.

In conseguenza di tale circostanza la ricorrente si è dovuta attivare, in prossimità della scadenza del termine, per caricare nuovamente i richiamati documenti (cancellati dal sistema) e per formare digitalmente la documentazione.

Dalle ore 11,45 alle ore 12,00 il sistema non permetteva, però, all'utente di procedere oltre in quanto rilevava la necessità di caricare alcuni documenti, nonostante il disciplinare di Gara non li ritenesse obbligatori.

Dalle ore 12,00 alle ore 12,30, quindi, venivano caricati i documenti mancanti, generate le buste tecniche ed economiche (n. 6), formate digitalmente e ricaricate ancora sul portate che si presentava sempre rallentato.

Alle ore 12,35, nel momento in cui la ricorrente cliccava su "invia offerta", il portale si bloccava per l'ennesima volta e, sullo schermo, veniva visualizzato il simbolo della "clessidra" e dopo qualche secondo riappariva la schermata priva, però, di tutti i documenti caricati.

A causa di tali malfunzionamenti, assolutamente non dipendenti dalla Theras Lifetech Srl, dalle ore 12,35 alle ore 13,00, la ricorrente si trovava costretta a ricaricare nuovamente tutti i documenti quando, circa a metà dell'inserimento, il portale subiva un ulteriore blocco (riapparivano i documenti inseriti ma senza che fosse più possibile cliccare in tempo utile su "invia offerta" essendo nel frattempo decorse le ore 13,00).

Le circostanze di fatto descritte sono certe e documentate così da escludere qualsiasi negligenza o responsabilità della ricorrente (che, addirittura, aveva già il giorno antecedente dato corso al caricamento della documentazione per evitare i rischi connessi alla procedura di inserimento).

Il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha negato la remissione in termini e la riapertura dei medesimi per consentire la partecipazione della ricorrente è, dunque, da considerarsi illegittimo.

2. Il collegio prescinde dall'esame delle eccezioni preliminari, essendo il ricorso infondato nel merito.

Infatti non è stato impugnato l'art. 12 del disciplinare di gara che stabilisce quanto segue:

"La presentazione dell'offerta mediante il Sistema è a totale ed esclusivo rischio del concorrente, il quale si assume qualsiasi rischio in caso di mancata o tardiva ricezione dell'offerta medesima, dovuta, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, a malfunzionamenti

degli strumenti telematici utilizzati, a difficoltà di connessione e trasmissione, a lentezza dei collegamenti, o a qualsiasi altro motivo, restando esclusa qualsivoglia responsabilità dell'Azienda Usl ove per ritardo o disguidi tecnici o di altra natura, ovvero per qualsiasi motivo, l'offerta non pervenga entro il previsto termine perentorio di scadenza."

Nel caso di specie è lamentato un malfunzionamento che ha riguardato esclusivamente la presentazione dell'offerta di parte ricorrente.

Trattasi di malfunzionamento di natura accidentale e temporanea, considerando che altre dieci imprese hanno regolarmente presentato la propria offerta. Non si è trattato pertanto di malfunzionamento che impediva in termini assoluti la partecipazione alla gara.

Gli effetti di tale tipologia di malfunzionamento sono disciplinati dall'art. 12 del disciplinare di gara, come sopra riportato, con la conseguenza che, non avendo parte ricorrente impugnato tale disposizione, il rischio del malfunzionamento è da considerarsi ad esclusivo carico di parte ricorrente.

3. Inoltre è infondata la censura di violazione dell'art. 295 del d.p.r. n° 207 del 2010 perché tale articolo è stato abrogato dall'art. 217, comma 1, lett. u), D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a decorrere dal 19 aprile 2016 e dunque tale norma non è applicabile al caso di specie.

Il ricorso è pertanto infondato.

La condanna alle spese segue la soccombenza con liquidazione equitativa nella misura di Euro 3.000.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio nella misura di Euro 3.000.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere

Marco Morgantini, Consigliere, Estensore

| L'ESTENSORE | IL PRESIDENTE |
|---|---|
| **Marco Morgantini** | **Giuseppe Di Nunzio** |

IL SEGRETARIO