

Nella procedura di gara è valido l'atto non firmato digitalmente ma marcato temporalmente

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 6-4-2020

L'offerta priva di sottoscrizione deve essere sanzionata con l'esclusione -per incertezza assoluta sulla provenienza- ogniqualvolta lo preveda il disciplinare di gara ("causa normativa"), oppure quando sia stato violato il disposto dell'art. 83 del Codice degli Appalti ("causa amministrativa);

Il reale oggetto del complesso e delicato contenzioso in esame non concerne la necessità della PEC ai fini della sottoscrizione di un documento elettronico, e neppure il valore da attribuire in via generale ad una offerta economica proposta in una gara telematica senza far uso della PEC, bensì le conseguenze giuridiche legittimamente attribuibili all'avvenuta presentazione di una offerta economica senza far uso della PEC alla stregua della vigente disciplina e della legge speciale di gara.

La sentenza in esame fornisce interessanti spunti di riflessione sulle problematiche relative alle conseguenze giuridiche dell'uso o meno della posta elettronica certificata (PEC) nelle procedure di gara, anche alla luce delle varie pronunce giurisprudenziali che si sono succedute in relazione all'applicazione degli algoritmi nel settore amministrativo e delle connesse criticità (cfr., in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n.8472).

La pronuncia del TAR

Un operatore economico veniva escluso da una procedura competitiva in quanto il *file* dell'offerta economica, caricato in piattaforma in modo conforme rispetto al timing di gara, era stato marcato temporalmente ma non firmato digitalmente.

Il TAR competente, riteneva, in sintesi, che *"la mancanza della firma digitale sull'offerta non avesse originato una incertezza sulla provenienza e immodificabilità dell'atto, considerato che l'upload dei documenti era avvenuto previa registrazione e creazione di un account abilitato all'accesso al portale telematico gestito"* da una determinata società^[1].

La pronuncia del giudice di prime cure veniva successivamente impugnata; in particolare l'appellante fondava le proprie pretese sul *modus operandi* della cosiddetta "causa normativa" e dell'ulteriore "causa amministrativa". In particolare la sentenza del TAR si poneva in contrasto " con la giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo la quale l'offerta priva di sottoscrizione deve essere sanzionata con l'esclusione -per incertezza assoluta sulla provenienza- ogniqualvolta lo preveda il disciplinare di gara ("causa normativa"), oppure quando sia stato violato il disposto dell'art. 83 del Codice degli Appalti ("causa amministrativa"), posto che, come riconosciuto dalla stessa sentenza, era proprio la *lex*

specialis a sanzionare la mancanza di sottoscrizione dell'offerta economica con l'esclusione, ricorrendo dunque la causa normativa di esclusione (Cons. Stato, Ad. plen., 6 giugno 2012, n. 21).

“Secondo la medesima appellante- evidenziava, ancora, il Collegio- sussisteva del pari la causa amministrativa in presenza di una irregolarità essenziale e non sanabile della documentazione che non consentiva l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa (art. 83 cit.), non potendo il difetto di sottoscrizione essere sanato dalla presentazione dell'offerta mediante la piattaforma....., che valeva esclusivamente ai fini dell'ammissibilità dell'offerta e non ai fini dell'accertamento della provenienza del documento caricato e della sua immodificabilità”.

Pertanto il giudice di primo grado aveva sostenuto un approccio sostanzialmente *“di risultato”*, evidenziando, peraltro, come, pur in mancanza di firma digitale, le circostanze del caso concreto manifestassero la certezza dell'attribuzione dell'offerta ad un determinato operatore economico. Infatti il TAR sottolineava come *“la sottoscrizione dell'offerta è essenziale nelle gare pubbliche sia per verificare la necessaria coincidenza tra il soggetto apparentemente autore dell'atto e colui che lo ha sottoscritto, sia perché quest'ultimo attraverso la firma fa proprio il contenuto del documento”*. Di conseguenza secondo il giudice di primo grado *“le domande di partecipazione o le offerte, prive di sottoscrizione, devono normalmente essere considerate inammissibili e devono normalmente essere escluse dalla procedura di gara”, ma, in alcuni casi, la giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi, ha ritenuto comunque ammissibili le offerte prive di sottoscrizione “quando, in base alle circostanze concrete, l'offerta risultava con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico (si veda in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2016, n. 4881)”*.

Peraltro il giudice di primo grado affermava che *“l'offerta sarebbe nella specie ammissibile proprio perché, seppure privo di sottoscrizione digitale, il file contenente l'offerta sarebbe comunque riconducibile con certezza ad un operatore economico “per il solo fatto di essere stato caricato, tramite upload, previa registrazione al portale telematico gestito da..... e previo accesso - a mezzo di inserimento di password personale - alla pagina riservata della società”*.

In fase di appello anche il soggetto vittorioso in primo grado sosteneva la fondatezza della pronuncia del TAR *“in quanto, pur in mancanza della firma digitale, data la peculiare procedura di gara su piattaforma digitale e l'elevato standard qualitativo caratterizzante la stessa, gestita da.....per conto di..... anche mediante l'obbligatoria apposizione della marcatura temporale sul relativo file, comunque non sussisteva alcun dubbio in ordine alla inviolabilità, integrità e, soprattutto, provenienza dell'offerta economica presentata in gara da.....”*

In conclusione il citato ricorrente che aveva ottenuto la pronuncia favorevole del giudice di prime cure richiamava *“la vasta giurisprudenza amministrativa che riconduce la verifica della validità della sottoscrizione alla sua idoneità funzionale ad individuare univocamente la volontà dell'autore nella fattispecie considerata (Consiglio di Stato, sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8933; Cons. St., Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2063; Cons. St., sez. V, 03.05.2016, n. 1687), recentemente condivisa –come sopra ricordato- dall'ANAC (Delibera n. 420 del 15 maggio*

2019), confutava analiticamente tutte le singole censure sopra sintetizzate, allegando una dettagliata memoria tecnica di parte e concludendo per la piena validità dell'offerta economica presentata, e comunque per la illegittimità del mancato soccorso istruttorio ove ritenuto necessario, posto che ogni operazione compiuta risultava essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di incertezze circa la paternità degli atti e senza la possibilità di alterazioni o violazioni delle offerte presentate (citando fra le altre la decisione del Consiglio di Stato, sez. V, 21.11.2017, n. 5388).

A tal proposito risulta utile richiamare un passaggio fondamentale della sopra richiamata sentenza Cons. Stato 5388/2017, in quanto la stessa rileva interessanti principi sulla fase procedimentale che caratterizza la gara telematica. Infatti il Collegio ha sostenuto come “ la procedura di affidamento è stata interamente condotta attraverso modalità telematiche le quali, per loro natura, consentono di poter tracciare attraverso i “log di sistema”, ovvero ogni singolo e specifico momento procedimentale, così da escludere ogni ipotesi di manomissione, sul presupposto che, ove pure si verificasse, risulterebbe tracciato e riscontrabile nel predetto sistema di crittografia a codici elettronici, senza possibilità che esistano operazioni non registrate a sistema. A differenza del passato, non possono più manifestarsi “zone d'ombra” posto che non esiste fase che non sia debitamente e compiutamente registrato dal sistema di supporto, ossia dalla piattaforma telematica..... La gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella "conservazione" dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara potrà accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura. Le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990). Pertanto, il principio di pubblicità delle sedute deve essere rapportato non ai canoni storici che hanno guidato l'applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico) posto che ogni operazione compiuta risulta essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazioni; in altri termini è garantita non solo la tracciabilità di tutte le fasi ma proprio l'inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e l'incorruttibilità di ciascun documento presentato. Infatti, le fasi di gara seguono una successione temporale che offre garanzia di corretta partecipazione, inviolabilità e segretezza delle offerte e i sistemi provvedono 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 e all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2016, n. 275)".

La sentenza del Consiglio di Stato

Anche il supremo Consesso prende una posizione giusta, ben definita e "sostanzialista", sulla stessa linea del TAR, ma andando ancora più avanti nell'esame della tematica, in quanto il giudice di secondo grado rileva come oggetto della delicata e complicata questione non sia l'uso o meno della *posta elettronica certificata (PEC)* ma le conseguenze giuridiche che possono derivare dalle differenti azioni.

Infatti secondo il Collegio "il reale oggetto del complesso e delicato contenzioso in esame non concerne la necessità della PEC ai fini della sottoscrizione di un documento elettronico, e neppure il valore da attribuire in via generale ad una offerta economica proposta in una gara telematica senza far uso della PEC, bensì le conseguenze giuridiche legittimamente attribuibili all'avvenuta presentazione di una offerta economica senza far uso della PEC alla stregua della vigente disciplina e della legge speciale di gara".

Di conseguenza il Consiglio di Stato, in fase di cognizione della causa nel merito, fornisce un'accurata analisi delle varie fasi che hanno contraddistinto la questione in esame.

Nello specifico: "il Collegio considera quanto segue:

- a) l'offerta economica della concorrente vittoriosa in primo grado, ed oggi contro interessata, non è stata firmata digitalmente, come invece richiesto dal bando di gara a pena di esclusione;*
- b) tuttavia la stessa offerta poteva ritenersi, ragionevolmente ancorchè erroneamente, firmata digitalmente, con strumento e procedimento idoneo a far conseguire i medesimi obiettivi sostanziali della firma digitale nella modalità di rito;*
- c) infatti, l'impresa per concorrere ha dovuto accreditarsi sul portale di gara e lo ha fatto designando il proprio legale rappresentante il Dott....., che ha firmato digitalmente. Il medesimo Dott....., qualificandosi con l'accredito ricevuto, ha scaricato il modulo dell'offerta economica, lo ha compilato e lo ha restituito corredato dalla marca elettronica che egli stesso aveva acquistato dal fornitore..... firmandosi digitalmente, marca che lui solo poteva utilizzare e che era associata a lui sulla base della sua firma digitale;*
- d) quindi l'offerta economica, essendo munita di quella specifica marcatura elettronica, era*

non solo “inviolabile, integra e certa quanto a provenienza” come richiesto, ma anche univocamente associata alla manifestazione di volontà del Dott. (legale rappresentante delegato a spendere la volontà dell’impresa in gara) che firmandosi digitalmente aveva acquistato la marca stessa e poi volontariamente utilizzata;

e) comunque, la formale sottoscrizione digitale dell’offerta economica mancava, così come dedotto nell’appello, nell’appello incidentale e nelle memorie allegate agli atti del giudizio, atti che richiamano la clausola di gara che prevedeva tale adempimento a pena di esclusione;

f) peraltro, secondo la odierna contro interessata, che in primo grado aveva impugnato la clausola prescrittiva ove necessario ai fini di consentire la richiesta regolarizzazione, è stata proprio quella clausola a generare l’errore scusabile. Tale argomentazione appare condivisibile al Collegio, ed infatti:

f1) la clausola di gara prevedeva l’esclusione delle offerte “non firmate digitalmente e/o non munite di marca temporale” ma poi chiariva che la firma digitale non poteva comunque bastare e che la provenienza da soggetto non accreditato e la mancanza della marcatura avrebbero in ogni caso comportato l’esclusione, senza nulla invece aggiungere quanto alla firma digitale, e si concludeva affermando che ogni violazione delle prescrizioni avrebbe comportato “l’automatica esclusione”;

f2) invece, quando è stata depositata l’offerta economica, pur priva di espressa firma digitale come richiesto, il sistema informatico ha generato la seguente risposta tramite PEC inviata all’impresa concorrente dal medesimo sistema informatico: “conferma che in data 19/02/2019 e ora 10:58:28 è stato caricato a sistema il seguente file di offerta di dimensione 110304 byte, salvato a sistema con il seguente nome:.....”, senza segnalare alcuna anomalia e facendo quindi presupporre la regolarità dell’invio”.

In prosieguo il supremo Consesso, analizzando la struttura telematica del procedimento e concentrandosi sulla questione dell’effettiva operatività dei files, afferma come la stessa procedura informatica abbia raggiunto, anche nel delicato settore delle gare pubbliche, un grado di perfezione particolarmente alto; di conseguenza tale migioria aiuterebbe effettivamente l’inesperto imprenditore nel compimento delle prescritte attività informatiche.

Infatti, secondo il Collegio, *“la circostanza che il sistema informatico della stazione appaltante a seguito della presentazione dell’offerta non conforme abbia generato un file diverso da quello previsto attesta che lo stesso sistema era, in realtà, in grado di trovare ed evidenziare in automatico la difformità o l’errore, in cui poteva essere plausibilmente incorso un imprenditore privato certamente meno preparato della società informatica di gestione del sistema a comprendere il significato di un file con estensione “xls.tsd” invece che “xls”.*

Peraltro *“il concorrente- conclude la Sezione-, che si era premurato di presentare la domanda con congruo anticipo rispetto al momento di chiusura del timing di gara e ove correttamente informato, avrebbe potuto facilmente e rapidamente rimediare all’errore regolarizzando una offerta che comunque era univocamente a lui riconducibile”.*

Publicato il 19/03/2020

N. 01963/2020REG.PROV.COLL.

N. 06619/2019 REG.RIC.

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 6619 del 2019, proposto da Smith & Nephew S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giorgio Calesella, Roberta Valentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giorgio Calesella in Milano, via Meravigli 14;

contro

Convatec Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfonso Celotto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emilio de' Cavalieri 11;

Ats Sardegna – Azienda Tutela Salute, Assl Nuoro, Ats Sardegna – Azienda Tutela Salute, Assl Nuoro non costituiti in giudizio;

nei confronti

B Braun Milano S.p.A., Bsn Medical S.r.l., Cardiomed S.r.l., Coloplast S.p.A., Dealfa S.r.l., Eurofarm S.p.A., Lohmann & Rausher S.r.l., Medical S.p.A., Medtronic Italia S.p.A., Paul Hartmann S.p.A., Siad Healthcare S.p.A., Tegea S.r.l. non costituiti in giudizio;

Seda S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andreina Degli Esposti, Riccardo Villata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Riccardo Villata in Roma, via G. Caccini

n. 1;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. 00593/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Convatec Italia S.r.l. e di Seda S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Mölnlycke Health Care S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2020 il Cons. Raffaello Sestini e uditi per le parti gli avvocati Francesco Paolo Francica su delega degli avvocati Giorgio Calesella e Roberta Valentini, Alfonso Celotto, Giancarlo Turri e Damiano Pallottino su delega dell'avvocato Riccardo Villata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – La società Smith & Nephew S,r,l, propone appello avverso la sentenza n. 593/2019 con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sez. I, ha accolto il ricorso proposto da Convatec Italia S.r.l., disponendo l'annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente dai lotti nn. 37, 38, 53, 54, 63, 66, 68, 69, 72, 130 e 137 nonché del successivo provvedimento di aggiudicazione dei lotti in questione.

2 – L'appellante riferisce che con bando di gara pubblicato in data 23.01.2018, la stazione appaltante ATS Sardegna - ASSL Nuoro indicava la procedura aperta, in unione d'acquisto tra l'ATS Sardegna, le AA.OO.UU. e l'A.O. Brotzu Regione Sardegna, per l'affidamento della fornitura di "Medicazioni Speciali – CND M04". La procedura veniva gestita, ai sensi dell'art. 58 del D.Lgs. 50/2016, con sistemi telematici, individuando, quale Gestore del Sistema, la ditta Net4market-CSAmed S.r.l.. All'esito delle valutazioni delle offerte, la stazione appaltante, con provvedimento, PG/2019/89582 del 20.3.2019, comunicava all'Operatore Convatec Italia S.r.l. l'esclusione dalla gara in quanto "il file dell'offerta economica, caricato in piattaforma in modo conforme rispetto al timing di gara, è stato marcato temporalmente ma non è stato firmato digitalmente".

3 - Con ricorso notificato in data 22.3.2019, Convatec impugnava il suindicato provvedimento di esclusione avanti al TAR per la Sardegna, Cagliari, e l'odierna appellante si costituiva in giudizio, seguita dalle altre contro interessate Seda S.p.A., Mölnlycke Health Care S.p.A. e dalla resistente ATS Sardegna – Azienda Tutela Salute.

Avendo nelle more la stazione appaltante proceduto con l'aggiudicazione, in data 19.04.2019 la ricorrente notificava motivi aggiunti per l'annullamento della determinazione dirigenziale di ATS Sardegna n. 3037 del 11.04.2019.

4 - Il TAR accoglieva il ricorso proposto da Convatec ritenendo, in sintesi, che la mancanza della firma digitale sull'offerta non avesse originato una incertezza sulla provenienza e immodificabilità dell'atto, considerato che l'upload dei documenti era avvenuto previa registrazione e creazione di un account abilitato all'accesso al portale telematico gestito da Net4market.

5 – Smith e Nephew S.r.l. proponeva appello, ritenendo che la sentenza si ponesse in contrasto con la giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo la quale l'offerta priva di sottoscrizione deve essere sanzionata con l'esclusione -per incertezza assoluta sulla provenienza- ogniqualevolta lo preveda il disciplinare di gara ("causa normativa"), oppure quando sia stato violato il disposto dell'art. 83 del Codice degli Appalti ("causa amministrativa"), posto che, come riconosciuto dalla stessa sentenza, era proprio la lex specialis a sanzionare la mancanza di sottoscrizione dell'offerta economica con l'esclusione, ricorrendo dunque la causa normativa di esclusione (Cons. Stato, Ad. plen., 6 giugno 2012, n. 21).

Secondo la medesima appellante, sussisteva del pari la causa amministrativa in presenza di una irregolarità essenziale e non sanabile della documentazione che non consentiva l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa (art. 83 cit.), non potendo il difetto di sottoscrizione essere sanato dalla presentazione dell'offerta mediante la piattaforma Net4market, che valeva esclusivamente ai fini dell'ammissibilità dell'offerta e non ai fini dell'accertamento della provenienza del documento caricato e della sua immodificabilità.

6 – Con l'appello venivano, in particolare, dedotti i seguenti motivi:

6.1 - violazione e falsa applicazione dell'art. 88 c.p.a. difetto assoluto di motivazione, difetto di istruttoria ed illogicità, omessa comparazione degli interessi pubblici sottesi.

In particolare, secondo la motivazione fornita dal TAR con la decisione appellata, "la sottoscrizione dell'offerta è essenziale nelle gare pubbliche sia per verificare la necessaria coincidenza tra il soggetto apparentemente autore dell'atto e colui che lo ha sottoscritto, sia perché quest'ultimo attraverso la firma fa proprio il contenuto del documento". Pertanto secondo il giudice di primo grado "le domande di partecipazione o le offerte, prive di sottoscrizione, devono normalmente essere considerate inammissibili e devono normalmente essere escluse dalla procedura di gara", ma, in alcuni casi, la giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi, ha ritenuto comunque ammissibili le offerte prive di sottoscrizione "quando, in base alle circostanze concrete, l'offerta risultava con assoluta

certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico (si veda in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2016, n. 4881)”.

Dunque, concludeva il giudice di primo grado che l'offerta sarebbe nella specie ammissibile proprio perché, seppure privo di sottoscrizione digitale, il file contenente l'offerta essa sarebbe comunque riconducibile con certezza ad un operatore economico “per il solo fatto di essere stato caricato, tramite upload, previa registrazione al portale telematico gestito da Net4market e previo accesso - a mezzo di inserimento di password personale - alla pagina riservata della società”.

Secondo l'appellante, peraltro, il predetto ragionamento seguito dal Giudice di prime cure sarebbe stato viziato sotto plurimi profili:

6.1.1 - omessa e/o errata valutazione dell'esistenza di un protocollo digitale automatico di sicurezza incentrato sull'esistenza della firma elettronica, come codificato dai manuali applicativi dei sistemi informatico-telematici utilizzati dalla Piattaforma Net4Market, in quanto la mancanza di firma sul documento presentato digitalmente nell'ambito di una gara elettronica non comportava esclusivamente un problema di paternità dell'atto in senso tradizionale, come avviene in caso di documento cartaceo, ma interrompeva la stessa sequenza automatica di validazione degli atti propria della selezione telematica. Quindi la firma digitale dell'offerta, lungi dall'essere una inutile superfetazione di attività, rappresentava il cardine essenziale attorno al quale dovevano avere luogo le operazioni automatiche di validazione e secretazione dei file elettronici, tramite l'impiego di specifiche chiavi di crittografia e algoritmi;

6.1.2 – Mancanza di un requisito di esistenza giuridica del documento, avendo il TAR trascurato di considerare la reale portata della firma digitale nel processo telematico di selezione e non avendo alcun valore ricognitivo, circa il contenuto dell'offerta e circa il rispetto delle prescrizioni della lex specialis di gara, il fatto che la presentazione dell'offerta mediante upload fosse stata effettuata tramite un account accreditato ad operare nella piattaforma, dal momento che l'accreditamento atteneva esclusivamente al tema della possibilità di presentazione di una offerta ma non aveva affatto sostanziale equivalenza ai fini della certezza della provenienza del documento informatico dalla ricorrente e della relativa inviolabilità/integrità, della firma digitale;

6.2 - violazione e falsa applicazione dell'art. 88, c.p.a., difetto assoluto di motivazione, difetto di istruttoria ed illogicità, omessa comparazione degli interessi pubblici sottesi, per la parte in cui la sentenza aveva ritenuto di fare applicazione del principio giurisprudenziale di cui alla sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 4881/2016, secondo il quale l'inammissibilità di offerte prive di sottoscrizione è esclusa “quando, in base alle circostanze concrete, l'offerta risulta con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico”.

Tale precedente sarebbe stato peraltro del tutto inconferente nella fattispecie in esame, riguardando un caso nel quale l'offerta economica era regolarmente firmata dall'Operatore mentre era stata riscontrata una mera irregolarità nella firma di un progettista negli elaborati progettuali. Al contrario, in applicazione dei principi richiamati nell'Adunanza Plenaria del

2012, n. 21 l'appello dovrebbe essere accolto dal momento che la presentazione di una offerta economica priva di qualsivoglia sottoscrizione comportava certamente la doppia violazione normativa e amministrativa;

6.3 - riproposizione dei motivi dedotti in primo grado. Stante l'effetto devolutivo, con l'appello venivano altresì riproposte integralmente le memorie difensive depositate in primo grado, anche con riferimento alla Determinazione ANAC n. 1 dell'8.02.2015, circa la sanabilità della carenza della sottoscrizione dell'offerta qualora l'offerta sia riconducibile al concorrente in modo da escluderne l'incertezza assoluta circa la provenienza, posto che "in alcun modo pare possibile appurare che la dichiarazione contenuta nell'offerta economica sia riconducibile al legale rappresentante della Convatec né la mera produzione della fotocopia della carta di identità può fungere da elemento probante a tal riguardo";

6.4 - contrasto con la consolidata giurisprudenza amministrativa: resta fermo, aggiungeva l'appellante, che l'interpretazione di ANAC non è condivisa dalla giurisprudenza amministrativa che, al contrario, ritiene che la mancata sottoscrizione infici irrimediabilmente la validità? e la ricevibilità? dell'offerta.

6.5 - infondatezza del ricorso laddove Convatec affermava che la pec ricevuta da parte di Net4market non aveva segnalato alcuna anomalia, fermo restando che il sistema non era tenuto a verificare il contenuto dell'offerta e, dunque, la sottoscrizione della stessa. In particolare, Convatec deduceva che il Gestore informatico aveva inviato una comunicazione con la quale affermava di aver salvato a sistema l'offerta con il seguente nome "20190219105828520_schema OffertaRound 1 ConvaTec Italia Srl.xls.tds" ma proprio la denominazione indicata dal Gestore, osservava l'appellante, avrebbe dovuto consentire alla ricorrente di avvedersi dell'errore. Dalla schermata del sito si evinceva infatti che le comunicazioni che giungono dal sistema devono riportare una desinenza che caratterizza la sottoscrizione digitale del file, invece assente nella e-mail trasmessa alla ricorrente di primo grado;

6.6 - erronea considerazione della funzione assoluta della firma digitale nella gara telematica.

7 - MÖLNLYCKE HEALTH CARE SRL si costituiva in giudizio, in primo grado così come in appello, per chiedere anch'essa l'integrale riforma, previa sospensione dell'efficacia, della sentenza del TAR per la Sardegna, Sez. I, 1.7.2109 n. 5939, con la quale era stato accolto il ricorso integrato da motivi aggiunti proposto in primo grado da Convatec Italia Srl., avendo partecipato alla gara in modalità telematica relativamente ai lotti numero 37, 38, 66 e 68 ed avendo già sottoscritto il contratto relativamente ai lotti aggiudicati. MÖLNLYCKE HEALTH CARE SRL proponeva a sua volta appello incidentale, ritenendo l'impugnata sentenza radicalmente erronea.

8 - Con l'appello incidentale, premesso che la controversia non ha per oggetto la riconducibilità o meno dell'offerta economica non sottoscritta a un determinato soggetto bensì il quesito se la mancata sottoscrizione dell'offerta economica (poco importa se analogica o digitale) renda o meno inesistente l'offerta medesima, si affermava che la risposta non poteva che essere affermativa, essendo l'offerta economica priva della sottoscrizione tamquam non

eset. Venivano quindi dedotti i motivi di appello incidentale di seguito sintetizzati.

8.1 – Si contestava in primo luogo l'errore del TAR, che aveva accolto il ricorso proposto da Convatec Srl ritenendo che fosse possibile ricondurre e imputare l'offerta economica alla medesima, nonostante l'offerta economica fosse pacificamente priva di sottoscrizione digitale, come tale giuridicamente irrilevante e inammissibile per difetto strutturale, non essendo gli elementi valorizzati dal Giudice di prime cure (iscrizione al portale telematico e accesso alla pagina) minimamente idonei a surrogare la mancata apposizione della firma digitale. Infatti, secondo l'appellante incidentale:

- l'iscrizione e l'accesso al portale si manifestano in un momento antecedente e non necessariamente legato al singolo procedimento di gara, trattandosi di una condizione necessaria per poter presentare le singole offerte nei singoli procedimenti di gara e nulla più;
- l'iscrizione, pur munita di adeguata documentazione, e l'accesso al portale si limitano a manifestare la volontà del concorrente di partecipare alla procedura di gara, ma non possono certo valere quale manifestazione d'impegno contrattuale di Convatec Srl;
- le firme digitali e i documenti caricati sul portale ai fini dell'iscrizione sono distinti dall'offerta economica, che ha una sua autonomia e rilevanza;
- al portale può avere accesso qualunque dipendente della società concorrente.

8.2 - In sintesi, quindi l'assenza di firma digitale, da equipararsi all'assenza della firma autografa, avrebbe portato con sé la conseguenza che l'atto che ne è privo doveva considerarsi inesistente e, come tale, radicalmente inidoneo a dare certezza della provenienza e dell'assunzione di responsabilità e, soprattutto, dell'impegno vincolante nei confronti della stazione appaltante di quanto offerto (citando CdS, V, 21.6.2017 n. 3042, e TAR Campania, Napoli, III, 6.11.2018 n. 6447);

8.3 - L'erroneità della soluzione adottata dal Giudice di prime cure sarebbe stata evidente equivalendo, nel parallelismo con una procedura cartacea, all'ammissione di un'offerta economica

priva di firma autografa solo perché inserita in una busta timbrata dal concorrente, eventualità categoricamente esclusa dalla giurisprudenza (CdS, V, 25.1.2011 n. 528; TAR Lazio, Roma, III quater, 9.11.2016 n. 11092).

8.4 – Veniva citata, al riguardo, una recente decisione secondo cui "... la mancata apposizione sul documento informatico costituente l'offerta economica della firma digitale, bensì della sola marcatura temporale, consente di attribuire certezza legale solo quanto a data e ora della relativa formazione, ma non anche a proposito della relativa provenienza ed integrità. In altre parole, l'offerta economica è stata presentata dalla ricorrente priva di sottoscrizione e, pertanto, la stazione appaltante non poteva che procedere alla relativa esclusione ..." (TAR Lazio, Roma, III quater, 2.7.2019 n. 8605). Non contrasterebbe con tale tesi neppure la diversa decisione richiamata dal TAR (CdS, V, 21.11.2016 n. 4881), essendo la fattispecie concreta di

quel precedente, si affermava, radicalmente diversa, contemplando solo la mancata sottoscrizione di alcuni elaborati tecnici.

8.5 – Del resto, proseguiva l'appellante incidentale, ove si ritenesse che la semplice registrazione al portale telematico consentisse di dare certezza all'univoca provenienza, paternità e volontà in capo al concorrente, si svuoterebbe di contenuto la funzione propria della firma digitale, ritenuta invece essenziale nelle gare telematiche, insieme alla marcatura temporale, dalla giurisprudenza (CdS, III, 3.10.2016 n. 4050).

8.6 – con il secondo motivo di appello incidentale venivano poi dedotte la erronea applicazione di legge (art. 58 d. lgs. 18.4.2016 n. 50 e art. 7 disciplinare telematico), l'omessa motivazione su un punto decisivo della controversia, la violazione dei principi di semplificazione ed efficacia delle procedure, buon andamento e par condicio tra i concorrenti, in quanto il disciplinare telematico di gara, pacificamente *lex specialis*, comminava espressamente l'esclusione in ipotesi di mancata sottoscrizione digitale, ed il Giudice di prime cure aveva quindi inammissibilmente disapplicato la *lex specialis* e le specifiche clausole di esclusione dalla stessa previste.

8.7 - Le conclusioni del TAR secondo l'appellante incidentale destavano perplessità anche in quanto idonee a determinare un'illegittima asimmetria competitiva rispetto ai concorrenti in regola con le prescrizioni del disciplinare telematico ed a sanare, senza alcuna ragione logica o giuridica, la violazione delle medesime prescrizioni, in contrasto con lo scopo di snellire le procedure di affidamento dei contratti pubblici sgravando la stazione appaltante di tutta una serie di incombenzi di controllo formale imposti in precedenza dall'uso della carta, risolvendosi in una inaccettabile violazione delle norme del codice dell'amministrazione digitale e dei principi di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, perseguiti dal legislatore con l'introduzione delle procedure digitali e telematiche, nonché con il generale principio di autoresponsabilità dei concorrenti.

8.8 – Con il terzo motivo di appello incidentale veniva, poi, dedotta la erronea applicazione di legge (art. 83, comma 9, d. lgs. 16.4.2016 n. 50) unitamente alla contraddittorietà della motivazione, precludendo tale disposizione la sanatoria ed il soccorso istruttorio di ogni irregolarità essenziale afferente all'offerta tecnica ed economica.

9 - La ricorrente vittoriosa in primo grado si costituiva a propria volta in giudizio, argomentando ampiamente la fondatezza delle ragioni da lei dedotte ed accolte dal TAR con l'appellata sentenza, di cui veniva quindi chiesta la conferma.

La sentenza di primo grado era infatti ritenuta del tutto corretta e condivisibile, in quanto, pur in mancanza della firma digitale, data la peculiare procedura di gara su piattaforma digitale e l'elevato standard qualitativo caratterizzante la stessa, gestita da Net4Market per conto di ATS Sardegna anche mediante l'obbligatoria apposizione della marcatura temporale sul relativo file, comunque non sussisteva alcun dubbio in ordine alla inviolabilità, integrità e, soprattutto, provenienza dell'offerta economica presentata in gara da Convatec Italia S.r.l. Del resto, la stazione appaltante avrebbe ben potuto applicare al riguardo il soccorso istruttorio.

Pertanto la difesa della contro interessata, richiamata la vasta giurisprudenza amministrativa che riconduce la verifica della validità della sottoscrizione alla sua idoneità funzionale ad individuare univocamente la volontà dell'autore nella fattispecie considerata (Consiglio di Stato, sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8933; Cons. St., Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2063; Cons. St., sez. V, 03.05.2016, n. 1687), recentemente condivisa –come sopra ricordato- dall'ANAC (Delibera n. 420 del 15 maggio 2019), confutava analiticamente tutte le singole censure sopra sintetizzate, allegando una dettagliata memoria tecnica di parte e concludendo per la piena validità dell'offerta economica presentata, e comunque per la illegittimità del mancato soccorso istruttorio ove ritenuto necessario, posto che ogni operazione compiuta risultava essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di incertezze circa la paternità degli atti e senza la possibilità di alterazioni o violazioni delle offerte presentate (citando fra le altre la decisione del Consiglio di Stato, sez. V, 21.11.2017, n. 5388).

10 - Tutte le parti argomentavano ulteriormente le proprie difese e contro deducevano dialetticamente le difese altrui mediante lo scambio di ulteriori memorie.

11 - SEDA S.P.A. a propria volta con propria memoria evidenziava che il lotto n. 151 a lei assegnato era completamente estraneo alle vicende oggetto del presente giudizio di appello, e chiedeva pertanto di essere estromessa dal giudizio.

12 - Ai fini della decisione, premette il Collegio che il reale oggetto del complesso e delicato contenzioso in esame non concerne la necessità della PEC ai fini della sottoscrizione di un documento elettronico, e neppure il valore da attribuire in via generale ad una offerta economica proposta in una gara telematica senza far uso della PEC, bensì le conseguenze giuridiche legittimamente attribuibili all'avvenuta presentazione di una offerta economica senza far uso della PEC alla stregua della vigente disciplina e della legge speciale di gara.

13 – Alla stregua di tale premessa il Collegio considera quanto segue:

a) l'offerta economica della concorrente vittoriosa in primo grado, ed oggi contro interessata, non è stata firmata digitalmente, come invece richiesto dal bando di gara a pena di esclusione;

b) tuttavia la stessa offerta poteva ritenersi, ragionevolmente ancorchè erroneamente, firmata digitalmente, con strumento e procedimento idoneo a far conseguire i medesimi obiettivi sostanziali della firma digitale nella modalità di rito;

c) infatti, l'impresa per concorrere ha dovuto accreditarsi sul portale di gara e lo ha fatto designando il proprio legale rappresentante il Dott. Francesco Carboni, che ha firmato digitalmente. Il medesimo Dott. Carboni, qualificandosi con l'accredito ricevuto, ha scaricato il modulo dell'offerta economica, lo ha compilato e lo ha restituito corredato dalla marca elettronica che egli stesso aveva acquistato dal fornitore Infocert firmandosi digitalmente, marca che lui solo poteva utilizzare e che era associata a lui sulla base della sua firma digitale;

d) quindi l'offerta economica, essendo munita di quella specifica marcatura elettronica, era non solo "inviolabile, integra e certa quanto a provenienza" come richiesto, ma anche univocamente associata alla manifestazione di volontà del Dott. Carboni (legale

rappresentante delegato a spendere la volontà dell'impresa in gara) che firmandosi digitalmente aveva acquistato la marca stessa e poi volontariamente utilizzata;

e) comunque, la formale sottoscrizione digitale dell'offerta economica mancava, così come dedotto nell'appello, nell'appello incidentale e nelle memorie allegate agli atti del giudizio, atti che richiamano la clausola di gara che prevedeva tale adempimento a pena di esclusione;

f) peraltro, secondo la odierna contro interessata, che in primo grado aveva impugnato la clausola prescrittiva ove necessario ai fini di consentire la richiesta regolarizzazione, è stata proprio quella clausola a generare l'errore scusabile. Tale argomentazione appare condivisibile al Collegio, ed infatti:

f1) la clausola di gara prevedeva l'esclusione delle offerte "non firmate digitalmente e/o non munite di marca temporale" ma poi chiariva che la firma digitale non poteva comunque bastare e che la provenienza da soggetto non accreditato e la mancanza della marcatura avrebbero in ogni caso comportato l'esclusione, senza nulla invece aggiungere quanto alla firma digitale, e si concludeva affermando che ogni violazione delle prescrizioni avrebbe comportato "l'automatica esclusione";

f2) invece, quando è stata depositata l'offerta economica, pur priva di espressa firma digitale come richiesto, il sistema informatico ha generato la seguente risposta tramite PEC inviata all'impresa concorrente dal medesimo sistema informatico: "conferma che in data 19/02/2019 e ora 10:58:28 è stato caricato a sistema il seguente file di offerta di dimensione 110304 byte, salvato a sistema con il seguente nome: 20190219105828520_schema

OffertaRound1ConvaTecltaliaSrl.xls", senza segnalare alcuna anomalia e facendo quindi presupporre la regolarità dell'invio;

i) nelle memorie difensive la stazione appaltante e le appellanti deducono che l'impresa avrebbe dovuto accorgersi dell'errore in quanto il file sopraindicato non aveva l'estensione ".tsd". Al contrario, ad avviso del Collegio, la circostanza che il sistema informatico della stazione appaltante a seguito della presentazione dell'offerta non conforme abbia generato un file diverso da quello previsto attesta che lo stesso sistema era, in realtà, in grado di trovare ed evidenziare in automatico la difformità o l'errore, in cui poteva essere plausibilmente incorso un imprenditore privato certamente meno preparato della società informatica di gestione del sistema a comprendere il significato di un file con estensione "xls.tsd" invece che "xls"; il concorrente, che si era premurato di presentare la domanda con congruo anticipo rispetto al momento di chiusura del timing di gara e ove correttamente informato, avrebbe potuto facilmente e rapidamente rimediare all'errore regolarizzando una offerta che comunque era univocamente a lui riconducibile.

14 – Alla stregua delle pregresse considerazioni, l'appello e l'appello incidentale devono essere respinti, previa estromissione dal giudizio di SEDA SpA, in quanto la sentenza del giudice di primo grado che ha consentito la regolarizzazione dell'offerta economica della odierna contro interessata risulta immune dalle censure dedotte e deve essere confermata. Tuttavia, la complessità e parziale novità delle questioni dedotte giustifica la compensazione

delle spese del presente grado di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Respinge inoltre l'appello incidentale come in epigrafe proposto.

Estromette dal giudizio l'interveniente SEDA S.p.a.

Compensa fra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

[\[1\]](#) Sull'argomento si segnala la sentenza del TAR Sardegna, Sez.1, 1 luglio 2019, n. 593.