

N. 03359/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00947/2024 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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 947 del 2024, proposto da Grimaldi Studio Legale, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG N.D. , rappresentato e difeso dagli avvocati Flavio Iacovone, Cristiano Chiofalo, Giuseppe Roberto Falla, Christian D'Orazi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Regionale per L'Innovazione e Gli Acquisti – Aria S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Claudia Sala, Stefano Marras, Maurizio Tommasi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento del 18.04.2024 adottato da ARIA s.p.a. di esclusione di Grimaldi Studio Legale dalla procedura di gara ARIA_2023_019_F per

l'affidamento dei servizi di assistenza legale stragiudiziale in diritto amministrativo in favore di ARIA s.p.a. e comunicato a Grimaldi Studio Legale a mezzo della piattaforma SINTEL in data 19.04.2024;

- di ogni altro atto presupposto, connesso, antecedente e consequenziale, ancorché non conosciuto, comunque correlato all'esclusione di Grimaldi Studio Legale, tra cui, ove occorrer possa,

- il bando pubblicato sulla Piattaforma Sintel in data 01.02.2024, il disciplinare di gara e tutti i suoi allegati nella parte in cui dovessero essere interpretati nel senso di richiedere la sottoscrizione con firma digitale dell'offerta tecnica;

- il provvedimento di aggiudicazione della procedura di gara bandita da ARIA, previa declaratoria di inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato e con espressa richiesta di subentro nello stesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Regionale per L'Innovazione e Gli Acquisti – Aria S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2024 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il ricorrente studio legale ha proposto ricorso contro il provvedimento del 18.04.2024 adottato da ARIA s.p.a. di esclusione dalla procedura di gara ARIA_2023_019_F per l'affidamento dei servizi di assistenza legale stragiudiziale in

diritto amministrativo in favore di ARIA s.p.a., per non aver sottoscritto l'offerta tecnica ma solo il Documento d'offerta, predisposto dal programma in uno step successivo.

Contro il suddetto atto ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.

I) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*; violazione del principio del *favor participationis*; eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti.

Il ricorrente lamenta che il provvedimento è stato adottato dalla Stazione Appaltante sulla base di un assunto errato, ovverosia che l'offerta tecnica dovesse essere munita di apposita e specifica sottoscrizione digitale, laddove, invece, la legge di gara non la prevedeva.

In realtà la sola sottoscrizione del Documento d'offerta quale ultimo passaggio obbligato prima dell'invio dell'offerta stessa alla Stazione Appaltante, accerta inequivocabilmente e definitivamente che tutti i documenti che la compongono siano riconducibili al soggetto che ha sottoscritto quest'ultimo.

Inoltre, poiché il documento denominato "Modalità tecniche di utilizzo della Piattaforma Sintel" (doc. 6), tra l'altro, prevede che "L'operatore economico ottiene l'utenza attraverso il legale rappresentante, ovvero un procuratore (generale o speciale) abilitato a presentare offerta. L'operatore economico, con la registrazione e, comunque, con la presentazione dell'offerta, si obbliga a dare per valido l'operato compiuto dai titolari e/o utilizzatori delle utenze riconducibili all'interno di Sintel all'operatore economico medesimo" i documenti caricati sulla Piattaforma e tramite questa presentati ad ARIA siano direttamente riconducibili e imputabili esclusivamente a Grimaldi.

In via subordinata, impregiudicate le assorbenti ragioni sopra esposte ed a tutto voler concedere, con riferimento alla necessità di sottoscrizione dell'offerta tecnica, la *lex*

specialis non può che ritenersi quantomeno ambigua e quindi la Stazione Appaltante avrebbe dovuto ammettere lo Studio in applicazione del principio del favor participationis.

II. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 101 del d.lgs. n. 36/2023; violazione degli artt. 1, 2, 3 e 5 del d.lgs. n. 36/2023.

Secondo il ricorrente il provvedimento di esclusione è illegittimo anche per palese violazione di quanto disposto dall'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023 in quanto ARIA, prima di procedere all'esclusione dello Studio (che comunque resterebbe illegittima per quanto sopra), non ha assegnato a Grimaldi alcun termine per procedere alla rettifica della mancanza della firma digitale.

III. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della l. n. 241/1990; violazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 cost.; eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione del provvedimento di esclusione.

Con il terzo motivo il ricorrente lamenta che il provvedimento impugnato risulta privo di una motivazione analitica che deve contraddistinguere in particolar modo i provvedimenti con cui le stazioni appaltanti dispongono l'esclusione degli operatori economici dalle procedure ad evidenza pubblica.

La difesa di ARIA ha chiesto la reiezione del ricorso in quanto in merito all'accesso al Sistema Telematico ed alla riferibilità delle credenziali, lo Studio Grimaldi non ha operato l'accesso con credenziali personali (es. SPID, quindi riconducibili alla persona fisica), ma a credenziali generiche. In merito ai codici hash e la loro valenza tecnica la stazione appaltante ha richiamato in merito alla firma del "Documento di offerta finale" (ex par 16.5 del Disciplinare), che contiene la conferma dei prezzi offerti nonché anche i codici hash dei documenti caricati, tra cui quello del documento di offerta privo di sottoscrizione, la giurisprudenza del Consiglio di Stato

con la sentenza sez. IV, 27/10/2022 n. 9165 ha escluso, con riferimento alla piattaforma in questione, che si possa assimilare la sottoscrizione di un documento in cui sono presenti, tra i tanti dati, anche dei codici numerici per l'immodificabilità dei dati, con la sottoscrizione di un impegno contrattuale.

Con le memorie di replica le parti hanno confermato le loro posizioni.

All'udienza del 16 ottobre 2024 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

In data 22/10/2024 è stato depositato il dispositivo di sentenza.

2. Il primo motivo di ricorso, secondo il quale in virtù della legge di gara non sarebbe necessaria la sottoscrizione dell'offerta, è infondato.

2.1 La procedura di scelta del contraente è stata condotta in forma telematica previa la registrazione dell'operatore economico alla piattaforma della Regione Lombardia denominata "Sintel" e la successiva predisposizione di una "busta telematica" contenente la documentazione amministrativa (STEP1), una "busta telematica" contenente l'offerta tecnica (STEP2) ed una contenente l'offerta economica (STEP3) ed una dichiarazione d'offerta finale di tipo riassuntivo generata dal sistema (STEP4).

Dall'esame del disciplinare di gara risulta la seguente disciplina:

16.2 OFFERTA TECNICA - STEP 2

A livello di singolo lotto, allo step 2 "Offerta tecnica" del percorso guidato "Invia offerta", il concorrente, pena l'esclusione dalla gara, dovrà operare a Sistema formulando l'indicazione dei prodotti offerti e presentando la documentazione tecnica richiesta, così composta:

1. indicare a Sistema, nell'apposito campo "Relazione tecnica" un progetto tecnico, scritto in carattere Calibri, formato 11, per un numero indicativo di massimo 20 facciate, formato A4 nel

quale vengano presentati e argomentati i sub criteri di valutazione come indicati nei successivi paragrafi.

In caso di partecipazione in R.T.I. o Consorzio i singoli documenti sopra citati, pena l'esclusione, per difetto di sottoscrizione, del concorrente dal/i Lotto/i a cui partecipa, devono essere sottoscritti con firma digitale: a) in caso di R.T.I. o di Consorzi costituiti al momento di presentazione dell'offerta: dal legale rappresentante dell'impresa mandataria in caso di R.T.I. o del Consorzio stesso o persona munita da comprovati poteri di firma; b) in caso di R.T.I. e Consorzi non costituiti al momento della presentazione dell'offerta, dal legale rappresentante o persona munita da comprovati poteri di firma (la cui procura dovrà essere allegata al campo "Procura" di cui al precedente paragrafo) di tutte le Imprese raggruppande o consorziande (ciò può avvenire con più firme in un unico documento o più documenti identici ciascuno sottoscritto dall'impresa raggruppanda).

16.5 FIRMA DIGITALE DEL PREZZO OFFERTO E INVIO DELL'OFFERTA – STEP 4 E 5

Ai fini della firma dei dati caricati nello spazio dedicato al concorrente e descritti ai precedenti paragrafi ma non ancora sottoscritti e ai fini, quindi dell'invio e della presentazione dell'offerta, pena l'esclusione dalla gara, il concorrente dovrà, allo step 4 del percorso, "Invia offerta":

- 1. scaricare dalla schermata a Sistema denominata "Firma digitale dell'offerta", il documento d'offerta in formato pdf riportante le informazioni immesse a Sistema – ma non ancora sottoscritte – quali il prezzo offerto (cfr.: precedente paragrafo oltre ad altre informazioni e dati immessi dal concorrente stesso (tra cui i codici hash descritti al precedente paragrafo, la cui sottoscrizione assicura la paternità dei file e del loro contenuto al concorrente));*
- 2. sottoscrivere il predetto documento d'offerta, scaricato in formato pdf di cui al precedente punto 1 e riepilogativo dell'offerta; la sottoscrizione dovrà essere effettuata tramite firma digitale - secondo le modalità al documento Modalità tecniche di utilizzo Piattaforma Sintel del Disciplinare - dal legale*

rappresentante del concorrente (o persona munita da comprovati poteri di firma la cui procura dovrà essere allegata nella Documentazione Amministrativa). Si rammenta che eventuali firme multiple su detto file pdf dovranno essere apposte unicamente in modalità parallela come meglio esplicitato nel richiamato nelle Modalità tecniche di utilizzo della Piattaforma Sintel); Si rammenta che il pdf d'offerta di cui al presente punto costituisce offerta e contiene elementi essenziali della medesima. Il file scaricato non può pertanto essere modificato, pena d'esclusione in quanto, le eventuali modifiche costituiscono variazione di elementi essenziali. 3. allegare a Sistema il documento d'offerta in formato pdf sottoscritto di cui al precedente punto 2, quale elemento essenziale dell'offerta.

Il disciplinare di gara quindi non prevede l'obbligo della sottoscrizione dell'offerta tecnica di cui allo STEP2 ma solo del c.d. Documento d'offerta di cui allo STEP4.

Con riferimento a tale ultimo documento il par. 9.1. del Manuale Sintel, richiamato dal disciplinare, stabilisce che *“Il documento d'offerta rappresenta un elemento essenziale dell'offerta, in quanto è l'unico documento in cui vengono sottoscritte tutte le dichiarazioni rese “a video”, i dati tecnici sui file allegati (hash, dimensione, formato) e i valori dell'offerta economica. Pertanto, con la sottoscrizione del documento d'offerta l'operatore economico assume la paternità dell'offerta inserita in Sintel e si assume la responsabilità sulla verifica dell'integrità e leggibilità di tutti gli elementi della stessa.”*

2.2 Con riferimento all'offerta economica sulla piattaforma Sintel la giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. IV, 27/10/2022 n. 9165, che ha riformato sul punto la sentenza del TAR per la Lombardia, sede di Milano, Sezione quarta, n. 164 del 25 gennaio 2022) ha chiarito che l'offerta economica (STEP3) dev'essere accompagnata dalla firma digitale a pena di esclusione, non essendo sufficiente la firma del Documento d'offerta di cui allo STEP4, per espressa previsione del disciplinare, confermata anche nella versione oggetto del presente ricorso.

Ha poi affermato, più in generale che *“Solo la firma digitale (come in passato la firma cartacea), assicura la paternità dell’offerta, l’assunzione di responsabilità in ordine al suo contenuto e l’impegno giuridicamente vincolante del concorrente. La firma rappresenta, cioè, un elemento costitutivo dell’offerta che, nel caso in esame, era contenuta nel modello previsto dallo step 3”*.

2.3 Nel caso dello STEP2 l’obbligo della firma dell’offerta tecnica è richiamato solo per la partecipazione in R.T.I. o Consorzio, con espressa previsione di firma digitale, ma senza previsione di esclusione.

Tale obbligo deve però ritenersi sussistente in virtù delle norme del Codice dell’amministrazione digitale che integrano *ex lege* la disciplina di gara in quanto, ai sensi dell’art. 19 del D. Lgs. 36/2003, (Principi e diritti digitali), 1. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti nel rispetto dei principi e delle disposizioni del codice dell’amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.*

In merito occorre rammentare che il profilo della firma dell’offerta è stato oggetto di un’evoluzione normativa densa di ricadute applicative.

In un primo tempo il Codice dei contratti pubblici aveva dettato una disciplina specifica per l’offerta che riguardava anche i profili formali. Così l’art. 74 del D. Lgs. 163/2006 stabiliva che *le offerte: i) «hanno forma di documento cartaceo o elettronico e sono sottoscritte con firma manuale o digitale» (comma 1).*

Il successivo D. Lgs. 50/2016 ha fatto un passo indietro, limitandosi ad un richiamo, inserito nell’art. 58, alla *“normativa vigente in materia di documento informatico e di firma digitale”*. L’offerta è stata quindi riassorbita nell’alveo delle istanze e delle dichiarazioni – anche di volontà - dirette all’amministrazione.

Il nuovo Codice dei contratti di cui al D. Lgs. 36/2003 all’art. 52, al comma 1, stabilisce che *“1. Nei settori ordinari e nei settori speciali, tutte le comunicazioni e gli scambi di*

informazioni di cui al presente codice sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici in conformità con quanto disposto dal presente comma e dai commi da 2 a 9, nonché dal Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82".

Il Codice vigente ha quindi dettato una disciplina speciale parziale per la documentazione e le dichiarazioni fatte in sede di gara rispetto alle altre comunicazioni elettroniche con la pubblica amministrazione, ma tra gli aspetti disciplinati non ha inserito il profilo della sottoscrizione dell'offerta.

Risulta quindi applicabile l'art. 65 del CAD (decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82), secondo il quale *1. Le istanze e le dichiarazioni presentate per via telematica alle pubbliche amministrazioni e ai gestori dei servizi pubblici ai sensi dell'articolo 38, commi 1 e 3, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, sono valide:*

- a) se sottoscritte mediante una delle forme di cui all'articolo 20;*
- b) ovvero, quando l'istante o il dichiarante è identificato attraverso il sistema pubblico di identità digitale (SPID), la carta di identità elettronica o la carta nazionale dei servizi;*
- b-bis) ovvero formate tramite il punto di accesso telematico per i dispositivi mobili di cui all'articolo 64-bis;*
- c) ovvero sono sottoscritte e presentate unitamente alla copia del documento d'identità;*
- c-bis) ovvero se trasmesse dall'istante o dal dichiarante dal proprio domicilio digitale iscritto in uno degli elenchi di cui all'articolo 6-bis, 6-ter o 6-quater ovvero, in assenza di un domicilio digitale iscritto, da un indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato, come definito dal Regolamento eIDAS. In tale ultimo caso, ((in assenza)) di un domicilio digitale iscritto, la trasmissione costituisce elezione di domicilio digitale ((speciale, ai sensi dell'articolo 3-bis, comma 4-quinquies, per gli atti e le comunicazioni a cui è riferita l'istanza o la dichiarazione)).*

2.4 Alla luce della norma citata, nel caso di specie la dichiarazione d'offerta tecnica di cui allo STEP2 risulta priva di sottoscrizione.

Infatti manca non solo la firma propriamente detta – elettronica o manuale – ma anche gli equipollenti costituiti dall'uso dello SPID o del SERC servizio elettronico di recapito certificato, in quanto non è possibile equiparare la registrazione e la creazione di un account dedicato fatta dalla ricorrente per accedere alla piattaforma Sintel ad un servizio elettronico di recapito certificato (SERC) come definito dal Regolamento eIDAS.

In merito la giurisprudenza citata (Consiglio di Stato, sez. IV, 27/10/2022 n. 9165) ha chiarito, con riferimento alla piattaforma Sintel, che *la circostanza che la procedura di gara telematica preveda il “caricamento della documentazione previa registrazione e creazione di un account accreditato all'accesso alla piattaforma”, attiene esclusivamente all'uso della piattaforma; diversamente opinando, non avrebbe alcun senso la previsione del disciplinare che richiede, per procedere nei vari step, la compilazione (off line) e sottoscrizione con firma digitale di una serie di Modelli, dichiarativi e di offerta.*

È poi evidente che il caricamento dei documenti sulla piattaforma può essere fatto da chiunque sia in possesso delle credenziali di accesso mentre solo la firma digitale garantisce l'imputabilità soggettiva dell'offerta al legale rappresentante dell'impresa concorrente.

Nel caso di specie non sussiste prova che lo studio ricorrente abbia usato la PEC per l'iscrizione alla piattaforma ma solo che ha utilizzato credenziali generiche, per cui la dichiarazione di offerta deve ritenersi non firmata in quanto fuoriesce dallo schema di cui all'art. 65 CAD.

2.4 Né in senso opposto può ritenersi l'equipollenza tra dichiarazione di offerta tecnica predisposta nello STEP2 e Documento dell'offerta predisposta nello STEP4, in quanto dall'esame dei Documenti d'offerta relativi ai diversi lotti depositati in gara

dalla ricorrente, alla voce “*Caratteristiche tecniche dell’offerta*” risulta “*Firmatari: Documento non firmato*” e le caratteristiche tecniche dell’offerta sono indicate sotto forma di hash.

Circa la corrispondenza degli hash con il contenuto dell’offerta tecnica il gestore della piattaforma ha dichiarato che “*il codice hash riportato nel documento di offerta è riferito ad una cartella compressa (file ZIP) contenente i documenti dell’offerta tecnica. I singoli hash relativi ai documenti contenuti non sono riportati nel documento di offerta*”.

Ne consegue che, in mancanza del tracciamento dell’offerta tecnica, il documento riepilogativo di delle offerte del ricorrente non può ritenersi equipollente dell’offerta tecnica, sebbene firmato con firma digitale.

3. Venendo ora al secondo motivo di ricorso, relativo al difetto di soccorso istruttorio, il Collegio ritiene che esso sia infondato.

Occorre premettere che la *lex specialis* di gara si limita a disciplinare il soccorso istruttorio mediante un rinvio all’art. 101 del Codice dei contratti.

Oggi l’art. 101, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che *1. Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell’offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell’operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per: b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l’offerta tecnica e l’offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l’identità del concorrente.*

La norma stabilisce che non può formare oggetto del c.d. soccorso sanante la documentazione che compone l’offerta tecnica e l’offerta economica.

Per quanto riguarda, invece, la documentazione che non compone l'offerta tecnica e l'offerta economica, la norma prevede il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva al concorrente, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili.

La norma non contiene quindi una regola speciale per il vizio di difetto di sottoscrizione ma semplicemente un limite al soccorso istruttorio c.d. sanante nei confronti di documentazione incompleta od omessa estranea all'offerta.

Ne consegue che laddove l'incertezza soggettiva di un documento già depositato sia relativa, cioè sussistano indici a favore della riconducibilità della dichiarazione ad un determinato offerente, è sanabile – tra l'altro - anche la mancata sottoscrizione a condizione che l'atto non sia parte dell'offerta.

La norma probabilmente risponde all'esigenza di garantire per l'offerta non solo la certezza della provenienza dal presentatore ma anche più specificamente l'imputabilità soggettiva dell'offerta al legale rappresentante dell'impresa concorrente (in questo senso Consiglio di Stato, sez. IV, 27/10/2022 n. 9165).

Non è possibile quindi aderire alla tesi anche giurisprudenziale secondo la quale nelle gare telematiche l'acquisizione dei documenti alla piattaforma permette in ogni caso la sanatoria del difetto di sottoscrizione (ex plurimis Consiglio di Stato, sez. III, 19.03.2020 n. 1963; Consiglio di Stato, sez. V, 21.11.2017, n. 5388; ANAC, Delibera n. 420 del 15 maggio 2019).

4. In definitiva quindi il ricorso va respinto.

5. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali alla stazione appaltate che liquida in euro 4000,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Federico Giuseppe Russo, Referendario

L'ESTENSORE
Alberto Di Mario

IL PRESIDENTE
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO