



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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 231 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Convatec Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso 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 n. 11;

contro

Azienda per la Tutela della Salute Sardegna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paola Trudu e Anna Sedda, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Seda S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Villata, Andreina Degli Esposti e Silvia Curto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Silvia Curto in Cagliari, viale Bonaria n. 80; Smith & Nephew S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giorgio Calesella, Francesco Paolo Francica e

Roberta Valentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Paolo Francica in Milano, via Principe Amedeo n. 3;
Mölnlycke Health Carl S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giancarlo Turri e Laura Erika Negri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
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., Mölnlycke Health Care S.r.l., Paul Hartmann S.p.A., Siad Healthcare S.p.A., Tegea S.r.l. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento:

a) con il ricorso introduttivo:

- della nota ATS Sardegna – Azienda Tutela Salute, prot. n. PG/2019/89582 del 20 marzo 2019, con la quale la stazione appaltante ha comunicato il provvedimento definitivo di esclusione della ricorrente;
- di tutti i Verbali di gara, ancorché dagli estremi non conosciuti, con particolare ma non esaustivo riguardo al Verbale della seduta pubblica del 14 marzo 2019 nella parte in cui il Presidente del seggio di gara ha affermato che l'offerta economica non firmata digitalmente costituisce un errore insanabile ed ha comunicato l'esclusione di Convatec Italia S.r.l. dal prosieguo della gara;
- ove occorrer possa, del Bando di gara, in parte qua e nei limiti dei motivi di ricorso;
- ove occorrer possa, del Disciplinare di gara, in parte qua e nei limiti dei motivi di ricorso;
- ove occorrer possa, del Disciplinare Telematico, in parte qua e nei limiti dei motivi di ricorso;
- ove occorrer possa, del Capitolato Speciale d'Appalto, in parte qua e nei limiti dei motivi di ricorso;

- di ogni atto inerente alla procedura di gara presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché allo stato non conosciuto, ivi compresa l'eventuale stipula del contratto nei Lotti per la cui aggiudicazione la ricorrente ha concorso;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto che dovesse nelle more essere stipulato con le controinteressate in relazione ai lotti cui la ricorrente ha preso parte e con espressa dichiarazione di disponibilità all'eventuale subentro nel contratto medesimo;

b) con i motivi aggiunti presentati il 23.4.2019:

- della determinazione dirigenziale di ATS Sardegna – Azienda Tutela Salute n. 3037 del 11.04.2019, comunicata alla ricorrente con messaggio PEC del 17.04.2019, con la quale la stazione appaltante ha determinato di approvare le operazioni risultanti dai verbali di gara e, conseguentemente, “di disporre l'aggiudicazione della procedura, suddivisa nella piattaforma Net4Market nelle due Sezioni “Lotti aggiudicati al prezzo più basso” e “Lotti aggiudicati con criterio prezzo qualità”, a favore delle Ditte e per gli importi di cui agli Allegati Graduatoria_round_1 e Graduatoria_round_1-1, elaborati dalla stessa piattaforma”;

- degli Allegati “Graduatoria_round_1” avente ad oggetto “Lotti aggiudicati al prezzo più basso - procedura aperta in modalità telematica per la fornitura dei dispositivi medici "medicazioni speciali - cnd m04"” e “graduatoria_round_1-1” avente ad oggetto “lotti aggiudicati con criterio prezzo qualità - procedura aperta in modalità telematica per la fornitura dei dispositivi medici "medicazioni speciali - cnd m04"”;

- di tutti i Verbali di gara, ancorché dagli estremi non conosciuti;

- di ogni altro atto inerente alla procedura di gara presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché allo stato non conosciuto, ivi compresa l'eventuale stipula del contratto nei Lotti per la cui aggiudicazione la ricorrente ha concorso.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Seda S.p.A. e di Smith & Nephew S.r.l. e di Mölnlycke Health Carl S.r.l. e di Ats Sardegna – Azienda Tutela Salute;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2019 il dott. Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – La società ricorrente ha partecipato alla procedura di gara aperta, in modalità telematica, indetta dalla Azienda per la Tutela della Salute (A.T.S.), A.S.S.L. di Nuoro, in unione d'acquisto tra la medesima A.T.S., le Aziende Ospedaliere-Universitarie e l'Azienda Ospedaliera Brotzu della Regione Sardegna, per l'aggiudicazione di alcuni lotti relativi alla fornitura di “Medicazioni Speciali-CND M04”.

In specie, la Convatec Italia S.r.l. ha presentato la domanda di partecipazione per l'aggiudicazione dei lotti nn.: 33, 36, 37, 38, 40, 53, 54, 63, 66, 68, 69, 72, 130, 137 e 151; risultando ammessa alla successiva fase di apertura della busta contenente l'offerta economica, solo per i lotti nn. 37, 38, 53, 54, 63, 66, 68, 69, 72, 130 e 137.

2. - All'esito delle operazioni di gara relative all'esame delle offerte economiche dei predetti lotti, l'offerta economica della Convatec Italia è stata esclusa, con la seguente motivazione: *«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»* (nota ATS Sardegna – Azienda Tutela Salute, prot. n. PG/2019/89582 del 20 marzo 2019, di cui al doc. 15 di parte ricorrente).

3. - Con il ricorso in esame, la Convatec ha chiesto l'annullamento del menzionato provvedimento di esclusione, assumendo che il difetto di firma digitale, nelle gare

gestite con procedure telematiche, non può integrare una legittima causa di esclusione dalla gara. Tale modalità, infatti, a differenza di quella tradizionale cartacea, sarebbe in grado di assicurare, da sola, adeguate garanzie, sia per quanto concerne l'inviolabilità e l'integrità dell'offerta, sia per quanto attiene alla sua provenienza.

La gestione telematica della gara, infatti, richiede l'accreditamento degli operatori a un sistema informatico (piattaforma di *e-procurement*), il rilascio di credenziali personali a ciascun operatore per poter eseguire l'accesso all'area riservata, l'accesso alla piattaforma *on-line* per la presentazione della domanda di partecipazione e di tutta la documentazione di gara, l'utilizzo di sistemi di marcatura temporale.

Nella fattispecie, aggiunge la ricorrente, il file contenente l'offerta di Convatec Italia S.r.l., già 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, si rivela certamente integro e inviolato/bile. Inoltre, come ha ricordato la stessa stazione appaltante nella nota impugnata, detto file risulta "*caricato in piattaforma in modo conforme rispetto al timing di gara*" e "*marcato temporalmente*".

Peraltro anche la marcatura temporale garantisce l'integrità del documento marcato, poiché non modificabile, e stabilisce in maniera certa l'ora e il minuto esatto di avvenuta marcatura.

Alla luce delle previsioni della stessa documentazione di gara, dunque, la presenza della marcatura temporale certificata, seguita dalla comunicazione del numero di serie della marca medesima alla stazione appaltante nel timing da questa comunicato, è sicura garanzia della univoca provenienza dell'offerta.

Per cui nessun dubbio potrebbe prospettarsi in ordine alla provenienza dell'offerta (e alla sua inviolabilità ed integrità).

Ciò sarebbe determinante anche ai fini della concedibilità del soccorso istruttorio, di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016.

Sul punto, la società ricorrente richiama l'orientamento espresso dall'A.N.A.C. che, in riferimento a una gara tradizionale (ma a fortiori ciò dovrebbe valere nella gara telematica), ha ritenuto sanabile la mancanza di sottoscrizione, a patto di poter ricondurre comunque l'offerta alla ricorrente e, dunque, escludendola solo nell'ipotesi di incertezza assoluta sulla provenienza. L'Autorità, infatti, richiamando quanto già espresso con la delibera n. 432 del 27 aprile 2017, e con la determinazione n. 1 del 8 gennaio 2015, con la delibera n. 1179 del 15 novembre 2017 ha nuovamente ribadito, in relazione a un caso in cui era stata presentata un'offerta tecnica in sé totalmente priva di sottoscrizione, il principio per cui “È possibile affermare quindi che, ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente (che escluda l'incertezza assoluta sulla provenienza), anche ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, in applicazione del principio del soccorso istruttorio, è sanabile ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità, ivi incluso l'elemento della sottoscrizione”.

4. - Con i motivi aggiunti, depositati il 13 maggio 2019, la ricorrente estende l'impugnazione alla determinazione dirigenziale n. 3073 del 11 aprile 2019, con la quale l'A.T.S. Sardegna ha aggiudicato la gara, chiedendone l'annullamento per illegittimità derivata dall'illegittima esclusione dalla procedura, per i lotti suindicati, dell'offerta di Convatec Italia.

5. - Chiede altresì che sia dichiarato inefficace il contratto eventualmente stipulato e sia disposto il subentro della ricorrente.

6. - Si è costituita in giudizio l'Azienda per la Tutela della Salute (A.T.S.) Sardegna, chiedendo che il ricorso sia respinto. L'Azienda sostiene la correttezza della scelta di negare il soccorso istruttorio, la cui attivazione avrebbe comportato la violazione della parità di trattamento tra i concorrenti. L'assenza di sottoscrizione

concretizzerebbe un vizio insanabile nella partecipazione alla gara del concorrente, in quanto determinerebbe la mancanza di volontà negoziale imputabile al concorrente.

All'applicazione del soccorso istruttorio osterebbe, inoltre, il dettato espresso dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, che lo esclude quando si tratti di elementi relativi alla formulazione dell'offerta tecnica o economica.

7. - Si è costituita in giudizio anche la controinteressata *Mölnycke*, chiedendo la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti, sul presupposto che la mancanza della firma digitale non rappresenterebbe una mera irregolarità formale suscettibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio. Sottolinea come lo stesso disciplinare telematico contempra espressamente la mancata apposizione della firma tra le cause di esclusione della gara, richiedendo che l'offerta economica possa dirsi validamente presentata solo allorquando sia caricata sulla piattaforma, completa di firma e marcatura temporale. È la *lex specialis*, quindi, a non ammettere l'alternatività tra la firma digitale e la marcatura temporale del file, in ragione della differente funzione assoluta dall'una e dall'altra: solo la prima, infatti, è in grado di assicurare la provenienza dell'offerta, mentre la seconda consente solo di collocare temporalmente il documento; l'identificazione univoca dell'offerta può dirsi quindi determinata solo dalla presenza congiunta della marcatura e della firma.

Sussisterebbe poi un ulteriore profilo, insuscettibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio: in assenza di firma il documento non verrebbe neppure ad esistenza, posto che è solo all'atto della firma (e non certo con la mera iscrizione al portale) che l'operatore economico impegna la propria volontà negoziale.

8. - Resiste in giudizio, altresì, la controinteressata *Smith & Nephew*, richiamando, in buona parte, le argomentazioni comuni alle altre parti, resistente e controinteressate, e concludendo per il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti.

9. - Infine, si è costituita in giudizio la controinteressata *Seda S.p.A.*, la quale preliminarmente rileva, in riferimento al lotto 151 aggiudicato alla controinteressata, la mancata impugnazione - da parte di Covatec Italia - della determinazione di cui alla nota PG/2019/42913 del 7 febbraio 2019, con cui A.T.S. Sardegna ha comunicato l'esclusione della ricorrente dai lotti nn. 33, 36, 40 e 151.

Nel merito, condivide le medesime argomentazioni già esposte supra, sostenute anche dalla giurisprudenza più recente (Consiglio di Stato, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 350; Consiglio di Stato sez. V, 5 marzo 2019, n. 1516), circa l'impossibilità di concedere il soccorso istruttorio nel caso de quo.

10. - All'udienza pubblica del 22 maggio 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

11. - Il ricorso è fondato.

12. - La questione giuridica sottoposta all'esame della Sezione è incentrata sulla rilevanza della omessa sottoscrizione dell'offerta, ai fini della ammissibilità dell'offerente, in una procedura di gara telematica.

Risulta infatti pacificamente dagli atti che, nella fattispecie, Covatec ha trasmesso in via telematica la sua offerta, caricandola sulla apposita piattaforma con le modalità previste e nel rispetto dei termini, e che tale offerta è dotata dell'apposita marca temporale ma non è stata sottoscritta con la firma digitale.

12.1. - Si deve preliminarmente ricordare che 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 (e quindi fa propria anche la dichiarazione che il documento rappresenta). La dichiarazione, quindi, è giuridicamente imputata all'autore del documento, nel tenore risultante dal documento stesso.

Sia per la domanda di partecipazione ad una procedura che per l'offerta, il primo elemento necessario è l'identificazione del candidato (nella prima) o dell'offerente

(nella seconda), ossia – come detto – del soggetto giuridico cui l'atto deve essere giuridicamente imputato.

La mancanza nell'atto delle indicazioni concernenti questi aspetti (ovvero una loro carenza che determini una assoluta incertezza) implica necessariamente la impossibilità di attribuire la paternità dei contenuti dell'atto, e quindi la sua inidoneità a produrre effetti giuridici.

12.2. - Fissati questi principi, e considerato che la sottoscrizione può essere identificata come uno degli elementi indefettibili per l'esistenza o l'ammissibilità dell'offerta, il problema che si pone è quello di stabilire quali conseguenze ricollegare ad un documento rappresentativo di un'offerta, che sia privo della sottoscrizione. In tali ipotesi le conseguenze vanno individuate, non tanto sul piano della inefficacia, quanto della irrilevanza giuridica dell'atto, per un difetto strutturale di questo (si osservi, infatti, che l'inefficacia viene solitamente riferita al piano funzionale dell'atto e non alla sua struttura).

Ne deriva che le domande di partecipazione o le offerte, prive di sottoscrizione, devono normalmente essere considerate inammissibili e devono normalmente essere escluse dalla procedura di gara.

12.3. - Tuttavia, la giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi, cui ha aderito anche l'ANAC (in sede di pareri di precontenzioso: si vedano le deliberazioni richiamate anche da parte ricorrente), non sempre è arrivata alle rigorose conclusioni sopra esposte, ritenendo di dover escludere l'irrilevanza giuridica, e quindi l'inammissibilità, di offerte prive di sottoscrizione (o con la sottoscrizione solo di alcuni dei soggetti dell'atto) 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).

Il difetto strutturale dell'atto è stato, in tali casi, superato alla luce della funzione dell'atto nell'ambito della procedura di gara, da individuarsi nell'interesse dell'amministrazione a non escludere un concorrente che è identificabile con assoluta certezza sulla base di altri elementi comunque acquisiti alla procedura.

12.4. - Applicando l'anzidetto principio giurisprudenziale al caso di specie, appare dirimente osservare come la procedura telematica in oggetto contempla sicuri elementi da cui desumere la riconducibilità dell'offerta all'autore.

In particolare, ciò si ricava da quanto previsto dal disciplinare telematico, secondo cui la partecipazione alla procedura di gara e la presentazione dell'offerta erano possibili solo attraverso l'accesso al sistema effettuato mediante la creazione di un apposito "account" (che lo stesso disciplinare definisce come *«insieme dei codici personali di identificazione costituiti da e-mail e password che consentono alle imprese abilitate l'accesso al Sistema e la partecipazione alla gara telematica»*).

Ogni offerta, caricata sulla piattaforma, era quindi, preliminarmente, biunivocamente associata a un dato account. Ogni account, inoltre, a seguito dell'invio di una copia del documento di identità, era abbinato all'utente.

Come ha sostenuto la ricorrente, il file contenente l'offerta di Convatec Italia S.r.l., già 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, si rivela, quindi, certamente proveniente dalla stessa società. Inoltre, come ha ricordato la stessa ricorrente, anche la stazione appaltante nella nota impugnata, ha evidenziato che il file risulta *“caricato in piattaforma in modo conforme rispetto al timing di gara”* e *“marcato temporalmente”*. Il caricamento nella piattaforma dell'offerta e l'apposizione della marca temporale, con la comunicazione del numero di serie della marca medesima alla stazione appaltante, sono stati quindi evidentemente effettuati dalla stessa Convatec Italia.

12.5. - Alla luce di quanto appena esposto, deve ritenersi che sussistano gli elementi che consentono di superare qualsiasi incertezza sulla provenienza dell'atto, determinata dalla mancanza della firma digitale sull'offerta; e, conseguentemente, consentono di imputare il contenuto dell'offerta al soggetto (la Convatec Italia s.r.l.) cui indubbiamente appartiene.

12.6. È pur vero, come sostenuto dalle resistenti, che la *lex specialis* riteneva necessaria sia la firma digitale e sia la marcatura temporale del file, in ragione della differente funzione assolta dall'una e dall'altra, ma nella fattispecie si ritiene che la sicura provenienza dell'offerta, dotata anche di marca temporale, e la sicura riconducibilità del suo contenuto alla ricorrente non potevano determinarne la sua automatica esclusione dalla gara.

13. - Accertato che l'offerta economica in questione è, con un sufficiente grado di certezza, riferibile alla Convatec Italia s.r.l. non è rilevante stabilire se in relazione al difetto di sottoscrizione sia ammissibile il soccorso istruttorio.

In effetti, l'art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici, esclude la sanatoria di ogni irregolarità essenziale afferente all'offerta tecnica ed economica; il soccorso istruttorio non è, quindi, ammissibile come strumento per correggere una carenza essenziale dell'offerta. Ma, nella fattispecie, il problema riscontrato è ben diverso (riguardando la provenienza dell'offerta e la sua imputabilità all'offerente) e la soluzione accolta (ossia l'ammissibilità dell'offerta e l'illegittimità dell'esclusione) deriva proprio dalla sicura riconducibilità dell'offerta al soggetto autore della medesima.

In tale contesto è comunque necessario che l'Amministrazione inviti la società ricorrente ad apporre la firma digitale sul documento contenente l'offerta economica, ai fini di una "regolarizzazione" dell'atto.

14. - In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti devono essere accolti, con il conseguente annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente e del

provvedimento di aggiudicazione dei lotti nn. 37, 38, 53, 54, 63, 66, 68, 69, 72, 130 e 137.

15. - Devono essere invece dichiarate inammissibili le domande aventi per oggetto la dichiarazione di inefficacia dei contratti e di subentro nei medesimi, giacchè, allo stato, non vi è prova della stipula dei predetti contratti.

16. - Le spese giudiziali debbono essere compensate tra tutte le parti, in ragione della novità della questione trattata e delle incertezze che caratterizzano le questioni esaminate e decise.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dispone 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.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Tito Aru, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Dante D'Alessio

IL SEGRETARIO