



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 1109 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Sociale Cs&L, rappresentato e difeso dagli avv.ti Miriam Beratto e Marco Alberto Quiroz Vitale, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Via Nino Bixio, 12

contro

Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Cà Granda, non costituita in giudizio

nei confronti di

Cooperativa Sociale Ambra S.C.P.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ermes Coffrini, Marcello Coffrini e Giovanni Monti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Galleria S. Babila 4/A;

C.R.E.A. Società Cooperativa Sociale - O.N.L.U.S. (Già C.R.E.A. Cooperative Riunite Altre Metà ed Epochè S.C.P.A.O.), non

costituita in giudizio

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura ad evidenza pubblica inerente all'aggiudicazione del servizio triennale di esecuzione delle attività riabilitative psichiatriche per il reinserimento sociale di pazienti ospitati in residenze leggere accreditate;

del verbale di gara del 24 gennaio 2011,

del verbale di valutazione tecnica del 28 febbraio 2011,

del verbale di apertura delle offerte economiche del 9 marzo 2011,

nonché di ogni altro atto, presupposto, connesso o comunque consequenziale, ivi compreso il bando di gara ed il relativo disciplinare (capitolato speciale d'appalto e relativi allegati) nella parte in cui stabilivano i casi di esclusione dalla gara e nella parte in cui imponevano l'utilizzo della firma digitale,

atti impugnati con il ricorso introduttivo;

dell'aggiudicazione definitiva della suddetta gara, assunta con provvedimento n. 646 del 7.7.2011, al Raggruppamento Temporaneo di Imprese costituito dalla Cooperativa Sociale Ambra e Cooperativa Sociale CREA,

atto impugnato con motivi aggiunti;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto

e per la condanna al risarcimento in forma specifica, oppure, ove non più possibile, per equivalente.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cooperativa Sociale Ambra S.C.P.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2015 il dott. Roberto Lombardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso depositato in data 13 aprile 2011 il Consorzio Sociale CS&L impugnava il provvedimento con cui era stato escluso dalla procedura pubblica di cui in epigrafe.

Con successivi motivi aggiunti, il ricorrente chiedeva, altresì, l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva emesso dalla stazione appaltante in favore di C.r.e.a. Società cooperativa sociale – O.n.l.u.s.

Si costituiva la società controinteressata e la Sezione, con decisione confermata dal Consiglio di Stato, respingeva la proposta domanda cautelare.

La causa passava infine in decisione alla pubblica udienza del 28 gennaio 2015.

Preliminarmente, occorre evidenziare che è decorso il periodo temporale in cui avrebbe dovuto svolgersi il servizio oggetto di affidamento, per cui il consorzio ricorrente non ha più alcun

interesse al travolgimento dei provvedimenti che hanno determinato l'aggiudicazione della gara alla società controinteressata.

Residua peraltro un interesse di tipo risarcitorio, avendo il ricorrente svolto la relativa domanda, all'accertamento dell'illegittimità del provvedimento con il quale il ricorrente stesso è stato escluso dalla procedura.

Consorzio Sociale CS&L ha, infatti, dimostrato che, se non fosse stato escluso, si sarebbe classificato primo nella gara cui ha partecipato, avendo avuto un punteggio migliore per l'offerta tecnica e avendo proposto un ribasso maggiore con l'offerta economica.

La motivazione del provvedimento di esclusione è stata redatta nei seguenti termini: “il Consorzio sociale C.S.&L. ha caricato un file firmato con la tessera della regione Lombardia che non rientra tra gli enti certificati e accreditati dal Cnipa. Per questo motivo ha presentato un'offerta irregolare e illeggibile dal sistema ed è stato pertanto escluso dalla gara. Il Consorzio non ha quindi accesso alla graduatoria finale”.

Il ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione sulla scorta dei seguenti motivi:

- illegittimità per violazione del bando e del capitolato speciale di gara, in quanto tali atti non avrebbero previsto l'esclusione (automatica e non) dalla gara per l'ipotesi di “offerta irregolare e illeggibile dal sistema”;
- illegittimità delle norme della lex specialis, qualora le stesse siano da

interpretarsi come escludenti l'accesso alla gara telematica per i soggetti con firma digitale diversa dalla CRS;

- violazione del favor participationis;
- difetto di motivazione e di istruttoria, in relazione all'effetto automatico che il responsabile del procedimento avrebbe fatto derivare dalla mancata operatività del sistema (che non aveva "letto" l'offerta economica);
- contraddittorietà del comportamento della stazione appaltante rispetto a precedenti fattispecie analoghe.

In sede cautelare, questa Sezione ha respinto la domanda di sospensione incidentale del provvedimento impugnato con la seguente motivazione: "il ricorso, ad un primo sommario esame, non appare assistito da adeguato fumus atteso che la non leggibilità dell'offerta economica della ricorrente è dipesa dal mancato caricamento del file con firma digitale certificata e non già dal mancato funzionamento del sistema; rilevato che, in effetti, la Carta Regionale dei Servizi utilizzata dalla ricorrente certifica la "firma elettronica" ma non la "firma digitale" che risponde a procedura telematica differente e che, in ogni caso, detta carta non risulta emessa da uno dei soggetti certificatori di firma digitale di cui all'elenco DigitPA (ex CNIPA); ritenuto, di conseguenza, che - sebbene resti qualche perplessità in ordine al fatto che l'offerta tecnica della ricorrente, caricata con la stessa carta regionale, sia stata accettata dal sistema e quindi valutata - l'esclusione della ricorrente,

conseguente alla mancata lettura da parte del sistema dell'offerta economica, esuli dalla discrezionalità amministrativa rientrando, viceversa, in un effetto automatico derivante dal non corretto caricamento del file in un sistema funzionante; considerato, altresì, che la richiesta di caricamento dell'offerta con firma digitale, nell'ambito di una gara telematica, non può configurare un aggravamento del procedimento rappresentando, viceversa, una garanzia fondamentale posta a presidio della segretezza delle offerte”.

Detta statuizione è stata poi confermata in sede di appello cautelare dal Consiglio di Stato, “tenuto conto che l'appellante non ha presentato la sua offerta economica con firma digitale certificata come richiesto espressamente dalle norme di gara”.

Il Collegio condivide le argomentazioni già espresse in sede cautelare dalla Sezione, in ordine all'infondatezza del proposto ricorso, cui occorre aggiungere le considerazioni che seguono.

La società controinteressata ha evidenziato, con ricostruzione dei fatti non contestata dalla ricorrente, che il problema rilevato dal sistema informatico predisposto dalla stazione appaltante è stato dovuto in modo esclusivo dallo strumento di firma digitale utilizzato dalla ricorrente per il caricamento dell'offerta economica.

Oltre che con i sistemi automatici di verifica della firma della piattaforma di gestione della gara è incontestato che il file della ricorrente sia stato verificato anche manualmente con altri due

applicativi, i quali, in fase di controllo, hanno restituito il medesimo errore già evidenziato in automatico dal sistema.

La firma in questione è risultata infatti essere stata apposta con una Certification Authority non attendibile, in quanto non riportata nell'apposito elenco del CNIPA, ovvero di DIGITPA.

Ciò è dipeso dal fatto che lo strumento utilizzato per la firma dell'offerta è stato (altro dato incontestato) quello rappresentato dalla Carta Regionale dei Servizi della Regione Lombardia, nella versione "Cittadini 2"; tale specifica carta serve all'autenticazione sicura del cittadino per accedere ai servizi on-line per lo stesso abilitati, e può essere utilizzata, in ogni caso, soltanto per apporre una firma elettronica e non una firma digitale.

Sotto questo dirimente profilo, l'art. 23 del capitolato speciale di gara prevedeva che la firma digitale fosse uno dei requisiti che l'offerta avrebbe dovuto possedere per essere giuridicamente rilevante e "per garantirne inviolabilità/integrità e provenienza".

Di conseguenza, l'offerta economica caricata senza firma digitale rientrava tra i casi di esclusione espressamente contemplati dall'art. 34 del suddetto capitolato speciale ("esistenza di offerte largamente incomplete, o equivoche, o contraddittorie o irregolari (offerta non conforme)").

La società ricorrente ha caricato l'offerta economica con mera firma elettronica e andava pertanto esclusa, ai sensi della lex specialis di gara, senza necessità di ulteriore istruttoria o motivazione, peraltro

presente e congrua nei sensi sopra richiamati.

Né le norme del bando o del capitolato speciale sono da ritenersi in conflitto con la normativa statale in materia, poiché, come ha in parte implicitamente ammesso nei suoi scritti difensivi anche la ricorrente, da un lato l'art. 65 del d.lgs. n. 82/2005 (cd. Codice dell'amministrazione digitale) facoltizza l'amministrazione procedente a stabilire i casi in cui è necessaria la sottoscrizione mediante la firma digitale, dall'altro, l'art. 77 del d.lgs. n. 163/2006, al comma 6, lett. B) prevede che le offerte presentate per via elettronica possono essere effettuate "solo" utilizzando la firma elettronica digitale, come definita e disciplinata dal predetto codice.

Ne consegue che il capitolato speciale di gara in esame, che ha imposto l'uso della firma digitale per la gara telematica, non risulta in contrasto con la normativa sopra descritta.

Il Collegio deve, infine, rilevare che il motivo della presunta contraddittorietà ipotizzata dalla ricorrente in ordine al comportamento della stazione appaltante rispetto a precedenti fattispecie analoghe è totalmente destituito di fondamento, se solo si pensi che ogni procedura di appalto è autonoma e disciplinata da regole sue proprie, cui la commissione giudicatrice non può discostarsi, pena la violazione del principio della par condicio tra concorrenti di quella specifica gara.

Il ricorso va dunque respinto, con spese del giudizio che seguono la soccombenza e che sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna il ricorrente a rifondere le spese processuali sostenute dalla controparte costituita, che liquida in complessivi € 4.500,00, oltre accessori di legge sia a favore dell' Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Cà Granda sia della Cooperativa Sociale Ambra S.C.P.A.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Roberto Lombardi, Referendario, Estensore

Angelo Fanizza, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)