

Pubblicato il 30/12/2020

N. 08536/2020REG.PROV.COLL.
N. 08641/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8641 del 2019, proposto da Azienda Sanitaria Locale Taranto, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mariangela Carulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Associazione Radio C.B. Help 27 S.E.R., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giacomo Sgobba, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

nei confronti

Innovapuglia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Chieffi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Michele Marella in Roma, via Frascati, 10;

Associazione Mottola Soccorso A.M.P.A.S., Confraternita di Misericordia di

Palagiano, Associazione Volontari del Soccorso Arcobaleno, Associazione Volontariato P.A. Avetrana Soccorso, Confraternita di Misericordia di Crispiano, Associazione Manduria Soccorso, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda), n. 977/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Associazione Radio C.B. Help 27 S.E.R. e di Innovapuglia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2020 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Mariangela Carulli, Giacomo Sgobba e Lorenzo Chieffi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con avviso pubblicato nel BURP n. 12 del 31.1.2019 la ASL Taranto bandiva una procedura di gara pubblica, in modalità telematica, per l'affidamento triennale delle postazioni con ambulanza del S.E.T. 118 e delle postazioni con automedica del 118.

Il termine di scadenza per la presentazione delle offerte era fissato per il giorno 20.3.2019, h. 12:00.

Secondo quanto allegato dall'Associazione Radio C.B. Help 27 S.E.R., odierna appellante, alle ore 9.50 circa del 20.3.2019 la piattaforma telematica generava un pop-up con la seguente dicitura: “*si stanno per cancellare tutti i file*”.

Non riuscendo a completare l'operazione, il rappresentante dell'Associazione, a partire dalle ore 9.50 contattava più volte il *call-center* per richiedere assistenza, senza tuttavia ottenere informazioni utili a superare la situazione di “stallo telematico” generatasi.

Spirato il termine per la presentazione delle offerte, la medesima denunciava, con nota pec inviata alla ASL TA in data 21.3.2019, il malfunzionamento del sistema informatico, chiedendo il ripristino del portale e un nuovo termine per perfezionare

l'invio della domanda.

2. La ASL TA, contattato il gestore del portale telematico, InnovaPuglia S.p.A., riceveva da quest'ultimo assicurazioni in ordine al regolare funzionamento dello stesso, e di conseguenza si determinava per il rigetto dell'istanza.

3. L'Associazione Radio C.B. Help 27 S.E.R. proponeva ricorso al TAR Puglia.

4. Il TAR accoglieva il ricorso. Sosteneva che non essendo stata accertata la causa del malfunzionamento del sistema telematico, tale situazione ostativa non avrebbe potuto che essere accollata alla ASL TA che ha bandito, organizzato e gestito la gara. Ciò alla luce del principio secondo il quale *"... le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi debbano collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti fra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni, nei reciproci rapporti"*.

5. Avverso la citata sentenza ha proposto appello la ASL.

5.1. La medesima deduce che dall'analisi dei log di sistema prodotti in giudizio, che registrano le azioni compiute il giorno 20 marzo 2019, dalle ore 9:04 alle ore 12:40, sarebbe possibile rilevare che l'utente, dopo aver generato i file delle buste in formato PDF avrebbe omesso di compiere la necessaria e successiva operazione di caricamento degli stessi, precludendosi, pertanto, la possibilità di abilitare la funzionalità di "invio" dell'offerta, come indicato chiaramente a pag. 45 delle Linea guida per la trasmissione delle offerte, secondo cui: *"Una volta completata l'offerta e caricati tutti i file firmati, verrà abilitato il comando "Invio" in alto sulla toolbar"*. In particolare, l'ASL appellante precisa che il 20 marzo, giorno della scadenza dei termini, l'utente avrebbe iniziato a

generare i pdf delle buste da firmare solo alle 11:07, proseguendo fino alle 11:51 in prossimità della scadenza dei termini fissata per le ore 12:00, cliccando svariate volte sul comando “*Modifica Offerta*”, azione che ha reso necessario rigenerare i pdf delle buste. Non vi sarebbe traccia nei log – ribadisce l’ASL- della necessaria azione di caricamento dei file PDF firmati digitalmente. Pertanto, a differenza di quanto riportato in sentenza di prime cure, dovrebbe escludersi qualsivoglia “*stallo telematico*” del sistema in grado di impedire all’interessata di caricare correttamente i propri *files* sulla piattaforma.

6. Nel giudizio si è costituita InnovaPuglia SpA, confermando quanto dedotto dall’appellante e associandosi alle richieste della stessa.

7. Si è costituita anche l’Associazione appellata. La medesima evidenza come risulti provato, in atti, che tutta la documentazione, sia dell’offerta tecnica che di quella economica, è stata salvata sui server della piattaforma del sistema EmPULIA e che la dicitura “*Modifica Offerta*” non è mai stata generata dal sistema informatico: in nessun momento della fase di accesso alla piattaforma risulterebbe che l’operatore della Associazione appellata ha cliccato il tasto “*Modifica Offerta*”.

7. La causa è stata discussa all’udienza del 16 gennaio 2020.

8. A scioglimento della riserva il Collegio ha disposto verifica, sottoponendo all’organismo incaricato il seguente quesito: “*dica il verificatore se dall’analisi dei log emerge o meno una condotta dell’utente, difforme da quella indicata nel manuale di istruzioni per il caricamento, e se tale difformità sia stata così grave e bloccante da generare il pop-up con la seguente dicitura: “si stanno per cancellare tutti i file”, con conseguente stallo della procedura*”.

9. Il dott. Tortorelli, funzionario delegato da AGID, organismo incaricato dalla verifica, ha depositato relazione in data 17 settembre 2020.

10. La causa è stata dapprima chiamata all’udienza del 24 settembre 2020 e poi a quella del 15 dicembre 2020 con concessione di termine alle parti per l’eventuale deposito di perizie o memorie, nonché al funzionario incaricato

della verifica per il deposito di note integrative in replica. All'esito della discussione è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Ritiene il Collegio che la verifica, grazie all'approfondita analisi del verificatore e all'utile contributo del consulente di parte, abbia fatto chiarezza sull'esatta evoluzione della vicenda telematica.

1.1. È avvenuto che il rappresentante dell'Associazione Radio C.B. Help 27 S.E.R. ha effettivamente provveduto a caricare sulla piattaforma prescelta dall'amministrazione per lo svolgimento della gara telematica, alcuni documenti dal medesimo firmati digitalmente in modalità PAdES (ossia mantenendo il formato PDF ed il nome originali). La piattaforma era tuttavia impostata per riconoscere la sottoscrizione nel formato CAdES (ossia nel particolare formato della "busta crittografica" e con il nome modificato mediante aggiunta dell'estensione ".p7m").

1.2. A causa di tale difformità generatasi nella fase finale di upload dell'offerta, pur risultando caricati i *files* PDF, la piattaforma non è stata in grado di identificare tali *files* come documenti firmati, in quanto non dotati della specifica estensione ".p7m" e della speciale struttura interna di "busta crittografica" che caratterizzano i documenti correttamente firmati in modalità CAdES.

Di conseguenza, la piattaforma ha considerato i documenti caricati dal rappresentante dell'Associazione Radio C.B. Help 27 S.E.R. come "non firmati" ed ha agito di conseguenza, ossia non abilitando il tasto "Invio" in attesa che venissero caricati i documenti firmati secondo le aspettative.

L'unico comando accessibile a quel punto era quello di "Modifica offerta", funzionale a rigenerare la busta contenente i documenti (non ancora firmati, *rectius*, ritenuti tali dalla piattaforma), il quale, una volta attivato, ha mostrato all'utente come messaggio di conferma il pop-up contenente il testo "Si stanno per eliminare tutti i file firmati?", citato (peraltro in modo impreciso) nelle

memorie difensive di parte resistente come supposta prova di un evento anomalo bloccante imputabile alla piattaforma.

2. Dinanzi a tale oggettiva ricostruzione, documentata inequivocabilmente dall'esame del *file log*, il Collegio deve dunque valutare se la causa impeditiva sopraggiunte sia imputabile al sistema informatico predisposto dall'amministrazione al fine dello svolgimento della gara, o sia piuttosto da ricondurre a negligenza dell'offerente impegnato nell'upload della domanda di partecipazione.

3. La Sezione ha già avuto di affermare che “Il concorrente che si appresta alla partecipazione di una gara telematica, fruendo dei grandi vantaggi logistici e organizzativi che l'informatica fornisce ai fruitori della procedura, è consapevole che occorre un certo tempo per eseguire materialmente le procedure di upload, e che tale tempo dipende in gran parte dalla performance dell'infrastruttura di comunicazione (lato utente e lato stazione appaltante), quest'ultima a sua volta interferita da variabili fisiche o di traffico”. Sulla base di tale premessa ha altresì chiarito che “L'esperienza e abilità informatica dell'utente, la stima dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni di upload, la preliminare e attenta lettura delle istruzioni procedurali, il verificarsi di fisiologici rallentamenti conseguenti a momentanea congestione del traffico, sono tutte variabili che il partecipante ad una gara telematica deve avere presente, preventivare e “dominare”, quando si accinge all'effettuazione di un'operazione così importante per la propria attività di operatore economico, non potendo il medesimo pretendere che l'amministrazione, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione operante su efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni, qualunque sia l'ora di inizio delle stesse, prescelto dall'utente, o lo stato contingente delle altre variabili sopra solo esemplificamente indicate (Cons. St., sez. III, 24 novembre 2020, n. 7352)

4. Nel caso di specie, tuttavia, la relazione di verifica, pur concludendo nel senso che *“l’operatore di parte resistente ha effettivamente adottato una condotta difforme da quella indicata nel manuale di istruzioni per il caricamento, in quanto ha apposto sui documenti caricati un tipo di firma digitale non riconosciuto ed accettato dal sistema (firma in modalità PAdES/PDF anziché in modalità CAdES/P7M)”*, non ha mancato di evidenziare una serie di fattori critici del funzionamento della piattaforma che, ad avviso del Collegio, incidono sull’esigibilità in concreto di una condotta conforme.

4.1. E’ infatti emerso, sul piano generale, che la procedura attuata dalla piattaforma prevede concettualmente, al fine di mantenere il necessario parallelismo con le consolidate procedure cartacee:

- i) una fase di “creazione” dei documenti di gara in formato elettronico (imprecisamente indicata in atti come “caricamento”); questa fase avviene sulla piattaforma ed è da essa guidata;
- ii) una fase di “firma” dei documenti così creati, mediante apposizione di firma digitale sui documenti stessi da parte dell’utente; questa fase non avviene sulla piattaforma perché non può ovviamente essere EmPulia a firmare i documenti per conto dell’utente: essa deve pertanto essere eseguita dall’utente stesso sul proprio computer locale mediante il proprio dispositivo personale di firma, e prevede dunque che egli abbia preventivamente scaricato dalla piattaforma sul proprio computer i documenti preparati nel passo precedente;
- iii) una fase di “imbustamento” degli stessi in buste virtuali costituite da documenti elettronici in formato PDF; questa fase avviene nuovamente sulla piattaforma, a seguito del caricamento su di essa da parte dell’utente dei documenti in precedenza da lui firmati.

5. Un primo aspetto potenzialmente ostico è dato dalla circostanza – puntualmente descritta nella relazione di verifica - che l’effettiva procedura di imbustamento si svolge in maniera meno logica di quanto sopra concettualmente descritto: essa prevede infatti come primo passo la creazione

delle buste PDF virtuali con contestuale imbustamento dei documenti non firmati; come secondo passo la ricezione da parte dell'utente delle buste sul proprio PC locale; come terzo passo l'apposizione da parte dell'utente della propria firma digitale sulle buste testé ricevute, (questo passo avviene sul PC locale e non sulla piattaforma); infine il reinvio alla piattaforma da parte dell'utente delle buste testé firmate. La funzione di firma digitale della busta non è a carico della piattaforma e addirittura non è presente tra le funzioni offerte da essa: la firma infatti deve necessariamente essere apposta dall'utente con il proprio dispositivo personale, e ciò deve evidentemente avvenire "in locale" e non sulla piattaforma.

6. Come posto in evidenza dal verificatore, il manuale dà per scontato che l'utente abbia conoscenza di alcune operatività tecniche specifiche che esulano dall'utilizzo della piattaforma (ad esempio: creazione e utilizzo di una cartella compressa in formato "zip", firma digitale di documenti), e non sottolinea in modo esplicito il fatto cruciale che l'apposizione della firma digitale sui documenti imbustati, contrariamente alle altre operazioni previste dalla procedura, non viene svolta dalla piattaforma ma è interamente a carico dell'utente, il quale deve svolgerla manualmente sul proprio PC usando il proprio dispositivo di firma digitale, di cui dovrà ovviamente già essere dotato come prerequisito essenziale.

Non solo.

Il manuale lascia in ombra un'altra condizione che, nel caso di specie, si è rivelata esiziale: la circostanza che è necessaria la firma CADES/P7M, con esclusione di quella PAdES.

6.1. Com'è noto esistono sostanzialmente due modalità standard per apporre la firma digitale: una denominata CADES e una denominata PAdES. Il punto cruciale è che esse, pur essendo entrambe valide e riconosciute, non sono compatibili o interscambiabili tra loro in quanto dotate di caratteristiche differenti. In particolare:

a) nella modalità CAdES il documento originale e la sua firma digitale, una volta generata, vengono entrambi inseriti una speciale “busta” crittografica, che nella pratica è costituita da un nuovo file di tipo diverso dall’originale, il quale ha come nome quello del file originale cui viene aggiunto il suffisso “.p7m”; in questa modalità il documento originale da firmare può essere di qualsiasi tipo (immagine, documento di testo, documento PDF, etc.), tuttavia una volta inserito nella busta P7M esso non risulta più leggibile nativamente, ma deve essere prima estratto dalla busta stessa mediante un apposito programma applicativo in grado di decodificare i file P7M;

b) nella modalità PAdES, invece, il documento da firmare può essere solo di tipo PDF e la firma digitale, una volta generata, viene inserita all’interno del documento originale stesso grazie alla presenza nel formato file PDF di specifiche strutture dati all’uopo predisposte. Il documento firmato è dunque a tutti gli effetti un normale documento PDF: in particolare esso mantiene il suo nome e la sua struttura originali, e risulta direttamente leggibile da tutte le applicazioni in grado di aprire i file PDF; per di più esso, ad una semplice ispezione esterna, risulta indistinguibile dalla sua versione non firmata.

7. Nel caso di specie, come sopra accennato, la piattaforma, non solo non forniva un sistema di firma di firma digitale “on line”, ossia residente, ma imponeva all’utente di scaricare e firmare i documenti in “locale” sul proprio computer, per poi ricaricarli firmati solo ed esclusivamente in modalità PAdES, pena l’impossibilità di concludere la procedura.

8. In disparte i dubbi che il Collegio nutre in ordine all’opportunità di utilizzare una piattaforma che contiene limitazioni in ordine al tipo di firma digitale da usare, vieppiù quanto le operazioni di firma sono demandate all’utente con onere di utilizzo della propria dotazione informatica, ciò che appare al Collegio assolutamente evidente è che l’esistenza di un requisito così cruciale e bloccante, come quello relativo al formato accettabile per i documenti firmati, avrebbe dovuto essere portato all’attenzione dell’utenza in

modo chiaro ed evidente, segnalandolo nel manuale operativo sin dai primi paragrafi come prerequisito imprescindibile.

8.1. Invece di tale necessità il manuale fa riferimento *en passant* all'interno di un'immagine di esempio e in un unico passo delle istruzioni operative a pag. 41 in cui si raccomanda, in modo tra l'altro criptico e non intelligibile per un utente medio, di “*Salvare quindi il file sul proprio pc e, dopo aver applicato la firma digitale, caricare il file con estensione .p7m sul documento*”.

Rebus sic stantibus, persino “la preliminare e attenta lettura delle istruzioni procedurali” (CdS 7352/2020 cit.), attività rientrante in pieno nel modello di condotta esigibile dall'utente, non sarebbe stata, nel caso di specie, sufficiente a rendere edotto l'utente medio, rimasto in balia di un sistema “chiuso”, senza assistenza o supporto idoneo a fornire una pronta soluzione.

Prova ne è che lo stesso operatore dell'help desk, cui l'utente si è prontamente rivolto non è stato in grado di individuare l'errore in cui era incorso l'aspirante candidato, né di indicargli la corretta modalità con cui avrebbe dovuto firmare i documenti per renderli accettabili dal sistema.

9. Quanto sopra depone per la reiezione dell'appello e per la conferma, sia pur con diversa motivazione, della sentenza di prime cure.

10. Avuto riguardo alla novità e peculiarità della questione appare comunque equo compensare le spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge. Per l'effetto, conferma la sentenza gravata con diversa motivazione.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE

Giulio Veltri

IL PRESIDENTE

Michele Corradino

IL SEGRETARIO