

## **In una gara telematica la presentazione dell'offerta economica priva della marcatura temporale è causa di invalidità dell'offerta e motivo di esclusione, non sanabile mediante soccorso istruttorio.**

*di Matteo Sgritta*

*Data di pubblicazione: 8-7-2020*

*La funzionalità della procedura di gara telematica è legata al pedissequo rispetto da parte dei concorrenti di tutti gli adempimenti che connotano il suo andamento, non essendo predicabile un loro adempimento parziale, essendo essi tutti inseriti in un contesto unitario, che li rende strettamente interdipendenti l'uno dall'altro, perché volti allo stesso fine di trasparenza e, al contempo, di speditezza della procedura.*

*[Sicché] il principio della massima partecipazione alle gare [...] non trova applicazione nella fattispecie, trovando il suo limite naturale nell'operatività del principio, di pari rango, della par condicio, il quale impone di escludere le offerte che, come quella in esame, non rispettino le norme della *lex specialis* destinate a proteggere, anche mediante la prescrizione di requisiti formali, l'effettiva concorrenzialità delle offerte.*

### **GUIDA ALLA LETTURA**

Con la presente pronuncia, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, intervenendo su uno specifico segmento di una gara telematica, chiarisce se **una determinata modalità di presentazione dell'offerta economica**, contraria alle prescrizioni della *lex specialis*, debba ritenersi una **causa di invalidità dell'offerta**, come tale idonea a giustificare l'esclusione dalla gara; oppure, se essa costituisca una **mera irregolarità**, pertanto sanabile con il rimedio del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici.

In realtà, ricostruendo la vicenda sotto il profilo storico, la stazione appaltante ha disposto l'esclusione della società in epigrafe proprio in ragione dello scostamento rilevato tra le modalità prescritte di presentazione dell'offerta economica e quelle concretamente poste in essere, avendo la detta società scaricato sulla piattaforma della stazione appaltante l'offerta economica priva del codice identificativo della marcatura temporale, pure precedentemente acquisito dal sistema telematico.

Ciò posto, il Giudice in prime cure ha ritenuto legittima l'esclusione disposta dalla pubblica amministrazione, così conformandosi alla giurisprudenza (Cons. Stato, V, 21 novembre 2017, n. 5388) pronunciatasi, appunto, in materia di gare telematiche; una soluzione, invero,

condivisa dalla stessa Sezione Quinta, che, con la presente pronuncia, l'ha ritenuta applicabile anche alla fattispecie in esame.

In particolare, la Corte richiama il precedente giurisprudenziale per evidenziare che **“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”**; 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[...]”**. In riferimento alla marcatura temporale, il Collegio evidenzia altresì che **“nel caso delle gare telematiche, la conservazione dell’offerta è affidata allo stesso concorrente, che la custodisce all’interno della memoria del proprio personal computer nella fase che intercorre tra il termine di presentazione e la procedura di upload. La identità del numero seriale della marcatura temporale inserita all’atto della presentazione dell’offerta e quella apposta sull’offerta nella fase di upload costituisce un adempimento essenziale al fine di garantire che l’offerta non sia stata modificata o sostituita in data successiva al termine ultimo perentorio di presentazione delle offerte”** (Cons. Stato, III, 3 ottobre 2016, n. 4050).

Secondo il Collegio, dunque, il vizio riscontrato è da inquadrarsi tra i vizi essenziali dell’offerta. E ciò per tre ragioni fondamentali.

In primo luogo, **la funzionalità della procedura di gara telematica è legata al pedissequo rispetto da parte dei concorrenti di tutti gli adempimenti che connotano il suo andamento**, non essendo predicabile un loro adempimento parziale, essendo essi tutti inseriti in un contesto unitario, che li rende strettamente interdipendenti l’uno dall’altro, perché volti allo stesso fine di trasparenza e, al contempo, di speditezza della procedura.

In secondo luogo, l’astratta possibilità tecnica di verificare la coincidenza dell’offerta predisposta nel termine di partecipazione alla gara con quella scaricata senza quest’ultima darebbe luogo a un onere improprio per la stazione appaltante: quello cioè della dimostrazione che la predisposizione dell’offerta abbia rispettato il *timing* perentorio di gara, trattandosi invece di **un onere di diligenza tipico ed esclusivo del concorrente**. Ciò inoltre darebbe luogo a una inammissibile integrazione dell’offerta del concorrente poco diligente, così violando il principio della *par condicio* dei concorrenti.

Questa, infine, la terza motivazione: nel caso in esame viene in rilievo e deve trovare pertanto applicazione il principio giurisprudenziale per cui **“nelle gare pubbliche la radicalità del vizio dell’offerta non consente l’esercizio del soccorso istruttorio che va contemperato con il principio della parità tra i concorrenti, anche alla luce dell’altrettanto generale principio dell’autoresponsabilità dei concorrenti, per il quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell’offerta e nella presentazione in coerenza con esigenze di certezza e celerità dell’azione amministrativa, soprattutto in settori come quello delle gare pubbliche, ove non si riconosce significatività alcuna a comportamenti del concorrente che possano essere**

*incolpevoli o altrimenti imputabili alla stazione appaltante - magari rilevanti ad altri fini - restando l'accertamento della legittima partecipazione alla gara di un concorrente circoscritto all'oggettiva verifica della sussistenza dei necessari requisiti formali e sostanziali richiesti dalla normativa e dalla lex specialis, nonché della loro corretta allegazione e rappresentazione"* (Consiglio di Stato, V, 7 novembre 2016, n. 4645).

Ciò premesso, il Collegio afferma, in conclusione, che il principio della massima partecipazione alle gare è soggetto a contemperamento: esso, per la precisione, trova *"il suo limite naturale nell'operatività del principio, di pari rango, della par condicio, il quale impone di escludere le offerte che, come quella in esame, non rispettino le norme della lex specialis destinate a proteggere, anche mediante la prescrizione di requisiti formali, l'effettiva concorrenzialità delle offerte"*.

## REPUBBLICA ITALIANA

### IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

#### Il Consiglio di Stato

#### in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 9112 del 2019, proposto da C.D.S. Onlus Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Ignazio Lagrotta, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

#### ***contro***

Comune di Ripacandida, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Ferdinando Pinto, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Asmel Consortile Soc. Cons. a r.l., quale centrale di committenza per il Comune di Ripacandida, non costituita in giudizio;

#### ***nei confronti***

Slem s.r.l., non costituita in giudizio;

#### ***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, Sezione prima, n. 746/2019, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ripacandida;

Visti tutti gli atti della causa, fissata per la trattazione all'udienza del 14 maggio 2020;

Visto l'art. 84 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, che, tra altro, stabilisce ai commi 5 e 6, rispettivamente, che *"Successivamente al 15 aprile 2020 e fino al 31 luglio 2020, in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omesso ogni avviso. Le parti hanno facoltà di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione"*, e che *"Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge"*;

Relatore il Cons. Anna Bottiglieri;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## FATTO

Il Comune di Ripacandida indiceva il 15 marzo 2019 una procedura aperta telematica sulla piattaforma informatica della Centrale unica di committenza Asmel per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di refezione scolastica presso le scuole comunali dell'infanzia, primaria e secondaria di primo grado negli anni scolastici 2019/2020 -2021/2022.

Per quanto qui di interesse, la *lex specialis* (art. 13 del bando e del disciplinare) recava il termine perentorio delle ore 12,00 del 5 aprile 2019 per la registrazione ad apposita sezione, il caricamento della documentazione amministrativa e tecnica e l'apposizione della firma digitale e della marcatura temporale all'offerta economica telematica, il cui numero di serie doveva essere inviato entro lo stesso termine perentorio; il *file* dell'offerta economica, recante la stessa marcatura temporale, doveva essere caricato dopo l'esame della documentazione amministrativa e delle offerte tecniche, entro un termine da comunicarsi successivamente, poi fissato al 17 aprile 2019.

Alla gara partecipavano, tra altri, Slem s.r.l. e C.D.S. Onlus Cooperativa Sociale, che conseguivano entrambe il punteggio massimo di 70 punti in sede di valutazione delle offerte tecniche.

Con successivo provvedimento, confermato dalla stazione appaltante all'esito della richiesta di autotutela proposta da C.D.S., quest'ultima veniva esclusa dalla procedura, in quanto il *file* della sua offerta economica caricato in piattaforma era privo di marcatura temporale; Slem, risultata prima classificata, si aggiudicava la gara.

Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata C.D.S. impugnava la predetta esclusione e gli atti connessi, ivi compresi la clausola di bando relativa alle modalità di presentazione dell'offerta e quella disciplinante il soccorso istruttorio; con motivi aggiunti censurava poi l'aggiudicazione della procedura a Slem.

Rappresentato che, ove non esclusa, la sua offerta, contenente il massimo ribasso sull'importo posto a base di gara, sarebbe risultata quella economicamente più vantaggiosa, deduceva l'illegittimità degli atti gravati sotto vari profili e chiedeva, oltre al loro annullamento la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato, nonché il risarcimento del danno, in via principale in forma specifica, mediante l'aggiudicazione dell'appalto e il subentro nel contratto in corso, in via gradata per equivalente.

Nel giudizio così instaurato il Comune di Ripacandida e SLEM si costituivano in resistenza.

L'adito Tribunale con la sentenza segnata in epigrafe respingeva l'impugnativa e condannava la ricorrente alle spese del giudizio.

In particolare il primo giudice, in sintesi, rilevava che:

- in linea generale per la legge di gara la marcatura temporale, identificata da un apposito numero di serie, "*è il risultato della procedura informatica che consente di dare certezza all'ora ed al minuto di chiusura dell'offerta [...] anche se il file dell'offerta economica viene inviato dopo l'esame della documentazione amministrativa e delle offerte tecniche, entro il termine successivamente indicato dalla stazione appaltante, la quale verifica la corrispondenza del numero di serie di marcatura temporale con quello comunicato dagli offerenti entro il termine perentorio prestabilito*", evidenziando che tale corrispondenza rende assolutamente certo che l'offerta formulata entro il termine perentorio non è stata successivamente modificata, e che, per converso, senza l'invio del numero di serie di marcatura temporale entro il termine perentorio prestabilito, i partecipanti a una gara di appalto potrebbero redigere più offerte economiche entro il predetto termine e scegliere quale offerta trasmettere alla stazione appaltante dopo l'esame della documentazione amministrativa e delle offerte tecniche;

- nello specifico C.D.S. entro il termine perentorio prestabilito aveva effettivamente redatto l'offerta economica telematica con l'apposizione della firma digitale e della marcatura temporale e, come prescritto a pena di esclusione dal punto 13 della *lex specialis*, aveva inserito nel sistema (nell'apposito campo presente nella scheda "Offerta Economica", premendo il tasto "Modifica Seriale") il numero identificativo (numero di serie) generato dalla marcatura temporale precedentemente apposta al file già firmato digitalmente e quindi proceduto al suo salvataggio, processo al termine del quale il sistema aveva generato la PEC di avvenuto esito positivo di acquisizione, con il numero di serie di marcatura temporale

36768a24262c004f;

- il successivo invio da parte della ricorrente dell'offerta economica telematica, priva della prescritta marcatura temporale, non poteva non essere sanzionato con l'esclusione dalla gara, ai sensi del predetto punto 13 del bando e del disciplinare, il quale si profilava legittimo, in quanto la marcatura temporale è un elemento costitutivo dell'offerta stessa, con conseguente impossibilità del soccorso istruttorio non applicabile alle carenze dell'offerta tecnica ed economica, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*.

C.D.S. ha appellato detta sentenza, deducendone l'erroneità per: 1) *Errores in iudicando*; erroneità della sentenza del Tar Basilicata n. 746/2019; omessa pronuncia; violazione del principio del chiesto e pronunciato ai sensi dell'art. 112 Cod. proc. civ.; manifesto difetto di motivazione; mancata valutazione di un fatto decisivo ai fini della decisione della causa; omessa delibazione del primo motivi di ricorso; erronea interpretazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; omesso rilievo circa la non corretta applicazione degli artt. 76 e 83 del d.lgs. 50/16; omesso rilievo della violazione del principio di autovincolo della amministrazione; violazione ed erronea applicazione della *lex specialis*; 2) *Errores in iudicando*; erroneità della sentenza del Tar Basilicata n. 746/2019; omessa pronuncia; violazione del principio del chiesto e pronunciato ai sensi dell'art. 112 Cod. proc. civ.; manifesto difetto di motivazione; mancata valutazione di un fatto decisivo ai fini della decisione della causa; omessa delibazione del primo e secondo motivo di ricorso; erronea interpretazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; omesso rilievo circa la non corretta applicazione degli artt. 76 e 83 del d.lgs. 50/16; erronea interpretazione dell'art. 6 della l. 7 agosto 1990, n. 241; omesso rilievo della violazione del principio di autovincolo della amministrazione; violazione ed erronea applicazione della *lex specialis*; 3) *Errores in iudicando*; erroneità della sentenza del Tar Basilicata n. 746/2019; omessa pronuncia; manifesto difetto di motivazione; mancata valutazione di un fatto decisivo ai fini della decisione della causa; omessa delibazione dei motivi di ricorso; erronea interpretazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; omesso rilievo circa la non corretta applicazione degli artt. 76 e 83 del d.lgs. 50/16; erronea interpretazione dell'art. 6 della l. 7 agosto 1990 n. 241; omesso rilievo della violazione del principio di autovincolo della amministrazione; violazione ed erronea applicazione della *lex specialis*; 4) *Errores in iudicando*; erroneità della sentenza del Tar Basilicata n. 746/2019; omessa pronuncia; manifesto difetto di motivazione; mancata valutazione di un fatto decisivo ai fini della decisione della causa; omessa delibazione dei motivi di ricorso; erronea interpretazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; omesso rilievo circa la non corretta applicazione degli artt. 76 e 83 del d.lgs. 50/16; erronea interpretazione dell'art. 6 della l. 7 agosto 1990 n. 241; omesso rilievo della violazione del principio di autovincolo della amministrazione; violazione ed erronea applicazione della *lex specialis*.

Ha poi riproposto i motivi di ricorso non oggetto di espressa delibazione nella sentenza appellata e concluso per la sua riforma, con conseguente declaratoria dell'illegittimità della sua esclusione e dell'aggiudicazione della gara a Slem; ha inoltre insistito per l'accoglimento delle domande risarcitorie già avanzate in primo grado, provvedendo altresì a quantificare quella per equivalente.

Il Comune di Ripacandida si è costituito in resistenza, domandando la reiezione dell'appello, di cui ha illustrato l'infondatezza.

Nel prosieguo entrambe le parti hanno depositato memorie difensive.

Dopo il rinvio al merito della trattazione della domanda cautelare formulata nell'atto di appello, la causa è passata in decisione senza discussione orale e sulla base degli atti il 14 maggio 2020, ai sensi dei commi 5 e 6 dell'art. 84 del d.-l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020.

## DIRITTO

1. Occorre premettere che è pacifico tra le parti che:

- il meccanismo previsto dal disciplinare della gara telematica in questione stabiliva che l'offerta economica, diversamente da quella tecnica e dai documenti amministrativi, fosse trattenuta sul sistema informatico utilizzato dai concorrenti e scaricata sulla piattaforma informatica della stazione appaltante solo dopo l'ammissione e la valutazione dell'offerta tecnica; al fine di garantire tuttavia che essa fosse stata formulata prima della scadenza del bando e in un'offerta tecnica, il concorrente era tenuto a provvedere alla sua "marcatura temporale", operazione che "chiude" la busta telematica contenente l'offerta, contrassegnandola con un codice composto da numeri e lettere da caricarsi sulla piattaforma telematica insieme ai documenti necessari all'ammissione: solo successivamente, come già accennato, ovvero dopo l'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica, il concorrente doveva scaricare l'offerta economica sulla piattaforma della stazione appaltante, munita della predetta marcatura temporale;

- la società appellante, nel presentare la propria offerta economica, non si è attenuta alle sopra descritte modalità, avendo scaricato sulla piattaforma una offerta economica priva del codice identificativo della marcatura temporale che pure aveva precedentemente acquisito.

La controversia concerne tale ultimo segmento della procedura di gara telematica e consiste nello stabilire se l'aver scaricato sulla piattaforma della stazione appaltante l'offerta economica priva del codice identificativo della marcatura temporale, pure precedentemente acquisito, come fatto dall'appellante, costituisce causa di invalidità dell'offerta, che giustificava l'esclusione dalla gara, come considerato dalla stazione appaltante e ritenuto legittimo dal primo giudice, ovvero integra una mera irregolarità, sanabile con il rimedio del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*, come in definitiva sostenuto dall'appellante.

Ciò premesso, l'appello è da respingere.

2. Con il primo motivo di gravame l'appellante sostiene che il primo giudice non abbia colto il mutamento di paradigma necessitato dall'essere al cospetto di una gara telematica, con l'effetto di appiattirsi, in ciò condizionato dal tenore delle difese svolte dal Comune resistente, su stereotipi rinvenienti dalle ordinarie procedure "cartacee", e non abbia quindi compiuto

l'indagine, sollecitata in ricorso, sul rispetto o meno, con le particolarità del caso, *“dei principi generali che informano l'affidamento dei contratti pubblici, in particolare di segretezza delle offerte e par condicio tra i concorrenti”*, che restano immutati anche nella tipologia di gara telematica.

Lamenta in particolare l'appellante che sia mancato l'adeguato e corretto apprezzamento della deficienza dell'offerta economica della società ovvero se tale deficienza attenesse a un elemento essenziale, giustificativo della sanzione espulsiva, o costituisse una mera irregolarità suscettibile di regolarizzazione mediante soccorso istruttorio, il tutto nell'ottica del necessario superamento di un esasperato formalismo e in attuazione del resto del principio della tassatività delle cause di esclusione. Ad avviso dell'appellante infatti il fatto – pacifico – di aver inoltrato l'offerta economica priva del codice identificativo della marcatura temporale (che pure era stato in precedenza regolarmente acquisito), rientrerebbe nella seconda categoria della mera irregolarità, sanabile, non potendosi dubitare che essa era in possesso *“in data 4 aprile 2019 all'atto della presentazione della domanda di partecipazione, in ossequio alle specifiche disposizioni di cui all'art. 13 del disciplinare di gara de qua, del numero seriale identificativo della marcatura temporale impressa sull'offerta economica”*.

La sentenza impugnata sarebbe pertanto affetta da difetto di motivazione e da violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c..

L'assunto non è fondato.

2.1. E' innanzitutto da escludere che il primo giudice non abbia tenuto conto che la fattispecie sottoposta al suo esame fosse caratterizzata da una procedura di gara telematica.

Come si ricava agevolmente dalla lettura delle motivazioni, le modalità telematiche di presentazione dell'offerta stabilite nel disciplinare sono state fatte oggetto di puntuale illustrazione per quanto di interesse della causa; la ritenuta correttezza dell'esclusione della società si è fondata sullo scostamento rilevato tra tali modalità e quelle con cui la società appellante ha presentato l'offerta tecnica; le ragioni per le quali è stato ritenuto essenziale tale scostamento (e quindi invalida e non meramente irregolare l'offerta) ed è stata esclusa l'applicabilità del soccorso istruttorio sono tutte coerenti proprio ed esclusivamente con la natura telematica della gara.

2.2. Deve poi osservarsi che la giurisprudenza (Cons. Stato, V, 21 novembre 2017, n. 5388), con affermazioni rese in un diverso contesto censorio ma che, attenendo alle caratteristiche generali delle gare telematiche, si rendono applicabili anche alla fattispecie in esame, ha osservato che le modalità telematiche, 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”*. Ne ha dedotto che *“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)", in quanto "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".*

E' stato anche chiarito, in riferimento alla marcatura temporale, che *"nel caso delle gare telematiche, la conservazione dell'offerta è affidata allo stesso concorrente, che la custodisce all'interno della memoria del proprio personal computer nella fase che intercorre tra il termine di presentazione e la procedura di upload. La identità del numero seriale della marcatura temporale inserita all'atto della presentazione dell'offerta e quella apposta sull'offerta nella fase di upload costituisce un adempimento essenziale al fine di garantire che l'offerta non sia stata modificata o sostituita in data successiva al termine ultimo perentorio di presentazione delle offerte"* (Cons. Stato, III, 3 ottobre 2016, n. 4050).

2.3. Ciò posto, la tesi dell'appellante secondo cui la carenza rilevata nella fattispecie integrerebbe una mera irregolarità trattandosi in definitiva di un mero errore materiale di digitazione, come tale sanabile, pur suggestivamente argomentata, non merita condivisione.

L'affermazione del primo giudice, secondo cui solo l'identità tra il numero seriale precedentemente inserito sul sistema (da caricare entro il 5 aprile 2019, secondo quanto previsto dal disciplinare della gara) e quello risultante sul *file* dell'offerta economica (da caricare a sistema successivamente, nel termine indicato dalla stazione appaltante, ovvero dopo l'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta tecnica) garantisce che l'offerta economica stessa non sia stata oggetto di modifica, è infatti del tutto ragionevole e coerente con le illustrate coordinate ermeneutiche.

In particolare, il vizio riscontrato nella fattispecie, in armonia con le linee direttrici emergenti dalle citate pronunzie, va inquadrato tra i vizi essenziali dell'offerta, in quanto:

a) proprio tenendo conto delle sue peculiarità, fortemente invocate dall'appellante, la funzionalità della procedura di gara telematica è legata al pedissequo rispetto da parte dei concorrenti di tutti gli adempimenti che connotano il suo andamento, non essendo predicabile un loro adempimento parziale, essendo essi tutti inseriti in un contesto unitario, che li rende strettamente interdipendenti l'uno dall'altro, perché volti allo stesso fine di trasparenza e, al contempo, di speditezza della procedura. Sicchè la circostanza evidenziata nell'appello che la società, all'atto dello scarico sulla piattaforma dell'offerta economica, si fosse munita del numero seriale che contraddistingue la marcatura temporale, che però non è stata scaricata in uno all'offerta stessa, è irrilevante ai fini della regolare partecipazione alla gara, che non può dirsi sussistente, rendendo conseguentemente *tamquam non esset* la valutazione già resa sull'offerta tecnica sul presupposto della correttezza della partecipazione, restando ignoto il momento della formulazione dell'offerta economica in tal modo scaricata, o, sotto altro profilo,

preclusa la certezza della sua non avvenuta modificazione;

b) sotto altro profilo, anche ad ammettere l'astratta possibilità tecnica, evocata dall'appellante, di verificare la coincidenza dell'offerta predisposta nel termine di partecipazione alla gara (per la quale il sistema ha generato la marcatura temporale) con quella scaricata senza quest'ultima, non può sottacersi che ciò non solo finirebbe per addossare alla stazione appaltante stessa (quanto meno parzialmente) un onere improprio, quale quello della dimostrazione che la predisposizione dell'offerta abbia rispettato il *timing* perentorio di gara (trattandosi in realtà del rispetto di un onere di diligenza tipico ed esclusivo del concorrente), ma darebbe luogo a una inammissibile integrazione dell'offerta del concorrente poco diligente, dando luogo ad una manifesta violazione del principio della *par condicio* dei concorrenti. In altri termini, dovendosi intendere per offerta presentata nell'ambito di una gara pubblica, in ossequio all'in sé del meccanismo cui tali procedure sono improntate, solo quella tempestivamente prodotta nella simultaneità e nella coerenza interna di tutte le parti che la compongono (tecnica ed economica), la verifica in parola concreterebbe un inammissibile "riconoscimento" *a posteriori* della stessa possibilità di una sua qualificazione come tale e porrebbe nel nulla, piuttosto che attuare, i principi generali di segretezza delle offerte e *par condicio* tra i concorrenti, che, come riconosce la stessa appellante, costituiscono canoni insopprimibili di tutte le gare pubbliche, e quindi anche di quelle telematiche.

Né può fondatamente sostenere che un simile modo di ricostruzione del sistema e di interpretazione della legge di gara, come operato dall'amministrazione appaltante e ritenuto legittimo dal primo giudice, sia improntato ad un vuoto e inaccettabile formalismo, contrario al principio della massima partecipazione alle gare pubbliche per la scelta del miglior contraente possibile, dovendo invero trovare applicazione il principio giurisprudenziale per cui *"nelle gare pubbliche la radicalità del vizio dell'offerta non consente l'esercizio del soccorso istruttorio che va contemperato con il principio della parità tra i concorrenti, anche alla luce dell'altrettanto generale principio dell'autoresponsabilità dei concorrenti, per il quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione in coerenza con esigenze di certezza e celerità dell'azione amministrativa, soprattutto in settori come quello delle gare pubbliche, ove non si riconosce significatività alcuna a comportamenti del concorrente che possano essere incolpevoli o altrimenti imputabili alla stazione appaltante - magari rilevanti ad altre fini - restando l'accertamento della legittima partecipazione alla gara di un concorrente circoscritto all'oggettiva verifica della sussistenza dei necessari requisiti formali e sostanziali richiesti dalla normativa e dalla lex specialis, nonché della loro corretta allegazione e rappresentazione"* (Consiglio di Stato, V, 7 novembre 2016, n. 4645).

3. Le considerazioni svolte valgono ad escludere la fondatezza del secondo mezzo di gravame, con cui l'appellante ha denunciata la contraddittorietà della sentenza impugnata che, da un lato, avrebbe rimarcato il fatto che non vi era dubbio che la società avesse immesso sulla piattaforma *on line* utilizzata dalla stazione appaltante, entro il ridetto termine perentorio del 5 aprile 2019, il codice seriale identificativo immodificabile e univoco da associare poi alla marcatura temporale dell'offerta economica, ma dall'altro avrebbe ritenuto legittima l'esclusione della società perché l'offerta economica successivamente scaricata

sulla piattaforma stessa non recava detto codice.

E' sufficiente osservare sul punto che non sussiste alcuna contraddizione: con la prima notazione il primo giudice ha rilevato un mero fatto storico, mentre con la seconda notazione ha ritenuto che quel fatto non costituisse una mera irregolarità, ma integrasse una causa di invalidità dell'offerta.

4. Stante le conclusioni raggiunte ai punti che precedono, è del tutto irrilevante che, come evidenziato nel terzo mezzo di gravame, sempre ai fini di sostenere la soccorribilità della carenza che ha causato l'esclusione della società dalla gara, la medesima, in sede di invio della documentazione amministrativa e dell'offerta tecnica effettuata nel termine perentorio previsto dal bando, e del conseguente inserimento sul portale del seriale numerico dell'offerta economica, abbia ricevuto un messaggio PEC del gestore della piattaforma di gara, contenente l'espressa indicazione della data certa e dell'avvenuta acquisizione a sistema dello stesso seriale numerico, identificativo della marcatura temporale impressa sull'offerta economica.

L'elemento infatti null'altro attesta se non che la società ha rispettato (la prima) parte delle modalità di partecipazione alla gara, ciò che, sempre per quanto sopra, non può costituire il presupposto giustificativo del ricorso al rimedio del soccorso istruttorio per sanare il mancato puntuale adempimento a un obbligo, di carattere essenziale, recato dalle restanti norme della *lex specialis* dedicate alla materia.

5. Con l'ultimo mezzo la società torna a sostenere che, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, la carenza per cui è causa era sanabile ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il motivo è infondato alla luce di tutte le conclusioni sin qui rassegnate, potendo solo aggiungersi che il principio della massima partecipazione alle gare, più volte invocato dalla parte appellante, non trova applicazione nella fattispecie, trovando il suo limite naturale nell'operatività del principio, di pari rango, della *par condicio*, il quale impone di escludere le offerte che, come quella in esame, non rispettino le norme della *lex specialis* destinate a proteggere, anche mediante la prescrizione di requisiti formali, l'effettiva concorrenzialità delle offerte.

6. Per le stesse ragioni appena rassegnate non può aderirsi neanche agli ulteriori rilievi diretti avverso la legge di gara, assorbiti in primo grado e qui riproposti, con cui l'appellante sostiene che l'opposto diniego alla regolarizzazione della sua offerta abbia fatto emergere questioni che refluiscono nell'irrazionalità della disciplina della procedura o nella violazione del canone della tassatività delle cause di esclusione.

Si rammenta che la stessa Adunanza plenaria di n. 9 del 2014 invocata dalla parte appellante (capi 7.4.5 e 7.3.), indagando sui principi di tassatività delle cause di esclusione e del soccorso istruttorio, ha chiarito che i due canoni, ancorchè accomunati dalla finalità di soddisfacimento di esigenze di certezza, speditezza e semplificazione dell'azione amministrativa, non si prestano a una lettura sinottica, perché caratterizzati da autonomi presupposti e ambiti

operativi, e si è posta in continuità con una costante interpretazione di questo Consiglio di Stato, secondo cui *“in presenza di una previsione chiara e dell’inosservanza di questa da parte di una impresa concorrente, l’invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell’Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione o la completezza dell’offerta, da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al regolamento di gara”*.

7. Per tutto quanto precede, le domande demolitorie e risarcitorie avanzate nell’appello in esame devono essere respinte.

Le spese di giudizio del grado seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello di cui in epigrafe, lo respinge.

Condanna la parte appellante alla refusione in favore della parte resistente delle spese di giudizio del grado, che liquida nell’importo pari a € 4.000,00 (euro quattromila/00) oltre oneri di legge.

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