

Le modalità di dimostrazione della data certa del contratto di avvalimento ai fini del positivo esperimento del soccorso istruttorio.

di Michele Tecchia

Data di pubblicazione: 30-11-2024

*Il Consiglio di Stato si pronunzia sulle modalità di dimostrazione della “**data certa**” del **contratto di avvalimento** in ipotesi di **soccorso istruttorio integrativo** ex art. 101, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 36 del 2023. Secondo la pronunzia in commento, in particolare, dette modalità – anche se non specificamente regolate dalla lex specialis – sono comunque prescritte direttamente dalla legge, segnatamente dall’art. 20, comma 1-bis, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, il quale stabilisce - con specifico riferimento alle coordinate temporali del documento informatico - che la data e l’ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi soltanto se apposte in conformità **alle Linee guida dell’AgID** (ossia alle regole tecniche e di indirizzo adottate dall’AgID ex art. 71 d.lgs. n. 82 del 2005 per l’attuazione del Codice dell’Amministrazione Digitale).*

*Ne discende che la data e l’ora del documento informatico – al fine di conseguire la qualificazione di “**data certa**” – non possono basarsi soltanto sulla firma digitale, ma abbisognano anche di una specifica “**marcatatura temporale**” rilasciata in conformità alle summenzionate Linee Guida.*

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3906 del 2024, proposto da FAD s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG A0210AF964, rappresentata e difesa dall’avvocato Agostino Conforti, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio pro tempore, nonché Ministero dell’economia e delle finanze, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Ministero della giustizia e Ministero degli affari europei, in persona dei rispettivi Ministri pro tempore, rappresentati e difesi ex lege dall’Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici

in Roma, via dei Portoghesi, 12, sono elettivamente domiciliati;

nei confronti

Acreide Consorzio Stabile s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria - Sezione staccata di Reggio Calabria (Sezione Prima) n. 256/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'economia e delle finanze, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, del Ministero della giustizia, del Ministero degli affari europei e di Acreide Consorzio Stabile s.c.a.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 ottobre 2024 il Cons. Valerio Perotti e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Calabria, la società FAD s.r.l. impugnava la determina in data 22 dicembre 2023 del Provveditore Interregionale per le OO.PP. Sicilia-Calabria, recante aggiudicazione in favore del costituendo RTP Acreide Consorzio Stabile s.c.a.r.l. della *“procedura aperta per l'affidamento della progettazione definitiva/esecutiva e l'esecuzione dei lavori di costruzione finalizzati all'attuazione dell'intervento di costruzione di un nuovo padiglione detentivo presso Reggio Calabria in località Arghillà”*, rientrante nel Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR e finanziato dal Fondo complementare/PNRR per gli interventi di edilizia penitenziaria ai sensi del d.l. n. 59 del 2021, convertito in legge n. 101 del 2021.

L'impugnativa veniva inoltre estesa a tutti i verbali delle sedute pubbliche e riservate di gara, nella parte in cui la Commissione non aveva disposto l'esclusione del Consorzio controinteressato all'esito dell'espletato soccorso istruttorio, nonché al diniego tacito frapposto sull'istanza di riesame presentata il 14 dicembre 2023.

La società ricorrente, stante l'assenza di altri partecipanti alla gara, chiedeva l'aggiudicazione

dell'appalto in proprio favore nonché, in via subordinata, il subentro ai sensi e per gli effetti degli artt. 121, comma primo, lett. c) e d) e 122 Cod. proc. amm., e, in via residuale, il risarcimento per equivalente monetario dei danni subiti e subendi in conseguenza dei provvedimenti impugnati, nella misura del 20% dell'importo a base d'asta del contratto.

Alla gara prendeva parte un unico altro operatore, il costituendo RTP Acreide Consorzio Stabile s.c.a.r.l. - GME Progetti - Ing. M. Cristina Ferlito - Ing. F. Pamela Demeca - Ing. Pasquale Cuzzola - Geol. M. Cristina La Delfa - Arch. Pierluigi Gerace.

All'esito della prima seduta, dedicata all'esame della documentazione amministrativa contenuta nella busta A) del plico 1, la Commissione rilevava che *“la garanzia provvisoria prodotta ai sensi dell'art. 15 del Disciplinare di gara (dall'anzidetto Consorzio) risulta essere una bozza con espressa dicitura «Bozza non vincolante per la compagnia»”* e concedeva, ai sensi dell'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023, il soccorso istruttorio con riguardo alla produzione dell'atto in questione *“comprovabile con data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta” entro 5 giorni dal ricevimento del verbale”*.

Nel corso della successiva seduta del 24 novembre 2023 la Commissione, richiamato l'anzidetto verbale e la documentazione presentata dall'impresa, dava atto dell'esito positivo della procedura di soccorso istruttorio, ammettendo l'operatore alla gara.

Verificata, dunque, nella seduta del 5 dicembre 2023 la validità delle offerte economiche presentate dalle due partecipanti, la Commissione concludeva le operazioni di gara, proponendo l'aggiudicazione in favore del costituendo RTP Acreide, quale primo classificato per il miglior ribasso percentuale non anomalo pari al 18,02 %, sull'importo posto a base di gara.

All'esito di accesso documentale, la società FAD s.r.l. riteneva di individuare alcune criticità nella garanzia provvisoria prodotta dal Consorzio aggiudicatario, riscontrando in particolare, oltre all'esplicita qualificazione della stessa quale mera 'bozza' non vincolante, la mancanza di data e la presenza della sola sottoscrizione del rappresentante del Consorzio medesimo (apposta in data 19 novembre 2023), non risultando, invece, il documento firmato dal garante.

Tale sottoscrizione risultava, invece, presente nella polizza, con diverso numero identificativo, trasmessa dal controinteressato in esito al soccorso istruttorio, figurando nondimeno apposta in un momento successivo al termine stabilito per la presentazione delle offerte (ore 10:30:12 del 20 novembre 2023).

Ritenendo, per tale ragione, il vizio della garanzia rilevato dal seggio di gara nel corso della prima seduta non sanato con la documentazione presentata in sede di soccorso, con istanza del 14 dicembre 2023 richiedeva al RUP di provvedere in autotutela all'esclusione dell'operatore controinteressato ed alla revoca della aggiudicazione.

Tale istanza non veniva formalmente riscontrata dall'amministrazione, che con la determina del 22 dicembre 2023 disponeva l'aggiudicazione efficace dell'appalto.

Costitutosi nel giudizio instaurato da FAD s.r.l., il Consorzio resistente proponeva a sua volta ricorso incidentale, affidato a tre motivi di doglianza.

Con sentenza 2 aprile 2024, n. 256, il giudice adito accoglieva sia il ricorso principale che quello incidentale, per l'effetto determinandosi *“l'esclusione dalla gara di ambedue le imprese partecipanti, con ogni conseguente determinazione che la stazione appaltante potrà assumere, in conformità al giudicato, in sede di riesercizio del potere”*.

Avverso tale decisione la società FAD s.r.l. interponeva appello, affidato al seguente motivo di impugnazione:

“Erroneità, illegittimità, contraddittorietà, per vizio di motivazione della sentenza, per violazione dell'art. 101, del d.lgs. n. 36/2023 e del punto 18 del Disciplinare di gara. Travisamento dei presupposti in fatto ed in diritto; omesso esame della documentazione prodotta dal ricorrente; violazione e/o falsa applicazione ed interpretazione dei principi sanciti dalla giurisprudenza amministrativa in materia”.

Riproponevainoltre, per tuziorismo difensivo ed anche occorrendo ai fini di cui all'art. 101 Cod. proc. amm., le deduzioni articolare nel corso del giudizio di primo grado in risposta al ricorso incidentale del Consorzio Acreide.

A sua volta, quest'ultimo si costituiva in giudizio – replicando alle contestazioni dell'appellante, delle quali chiedeva il rigetto – e proponeva appello incidentale, con il quale deduceva i seguenti motivi di impugnazione:

- 1) Erroneità della sentenza per avere accolto il ricorso principale di FAD.
- 2) Infondatezza dell'appello principale di FAD.

Riproponeva quindi i motivi di ricorso incidentale rimasti assorbiti in primo grado.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 3 ottobre 2024 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con l'unico motivo di ricorso principale, FAD s.r.l. contesta il capo della sentenza di primo grado con il quale è stato accolto il ricorso incidentale del RTP Acreide, senza tenere in conto che era stato allegato in atti il (vero) contratto d'avvalimento, sottoscritto con firma digitale dell'ausiliaria Co.I.Ca. e da FAD s.r.l. in data antecedente alla presentazione dell'offerta da parte di quest'ultima, per come si evince dal documento telematico prodotto in giudizio il 28 febbraio 2024 in applicazione del soccorso istruttorio processuale.

Invero la stazione appaltante, ove ne avesse rilevato la necessità, avrebbe dovuto consentire alla ricorrente di regolarizzare o integrare la documentazione relativa al contratto d'avvalimento: essendo mancata tale fase, a seguito della contestazione mossa con il ricorso

incidentale era stato prodotto in sede giurisdizionale il contratto d'avvalimento sottoscritto digitalmente da entrambe le parti in data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Erroneamente il primo giudice avrebbe ritenuto che la ricorrente *“non abbia idoneamente confutato l'eccezione sollevata dal ricorrente incidentale con riferimento alla denunciata invalidità del contratto di avvalimento, non essendo stata offerta in giudizio la prova certa, pur nella disponibilità della parte, della relativa stipula in data certa anteriore al termine ultimo per la presentazione delle offerte”*, laddove il punto controverso sarebbe stata invece la prova del perfezionamento del contratto prima della scadenza dei termini di partecipazione alla gara.

Nella vicenda in esame, peraltro, il ricorrente in via incidentale, contrariamente a quanto affermato in sentenza, non avrebbe contestato né la sottoscrizione con firma digitale del contratto di avvalimento allegato in atti, né la data e/o il contenuto dell'email di trasmissione (parimenti allegata in atti in formato .pdf), bensì il riconoscimento di una *“data certa”* alla sottoscrizione digitale del contratto di avvalimento prodotto.

Sul punto sarebbe stata dirimente la previsione del disciplinare di gara che con riguardo al soccorso istruttorio espressamente prevedeva (p.to 18) che *“La mancata presentazione del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte”*.

Dunque la *lex specialis*, nella più grave ipotesi della mancata presentazione del contratto di avvalimento, si sarebbe limitata a richiedere la data certa, senza specificare il mezzo del conferimento della certezza temporale e, quindi, esigere la marcatura temporale o l'invio della documentazione a mezzo pec, come invece ritenuto dal TAR.

Quanto poi alla email del 17 novembre 2023, con la quale il contratto sarebbe stato trasmesso, unitamente ai documenti ad esso accessori, dall'impresa ausiliaria a FAD s.r.l., ancorché prodotta in formato .pdf quale *“screenshot del messaggio”* inviato, non con posta elettronica certificata ma con posta elettronica ordinaria, dal consulente della Co.I.Ca. e non direttamente dal Consorzio Co.I.Ca. alla FAD, la stessa sarebbe pur sempre riconducibile al novero delle riproduzioni informatiche e delle rappresentazioni meccaniche di cui all'art. 2712 Cod. civ., che formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime, contestazione che nel caso di specie sarebbe mancata.

A ciò aggiungasi che *“la stampa PASSoe, la domanda di partecipazione della Co.I.Ca. (che peraltro richiama l'avvalimento) e la dichiarazione sull'assenza dei motivi di esclusione presentati in gara, sottoscritti tutti digitalmente dall'ausiliaria Co.I.Ca. ed allegati in sede di presentazione dell'offerta, contengono la esplicitazione dell'impegno dell'ausiliaria e non avrebbero ragione senza la contestuale sottoscrizione del contratto d'avvalimento”*.

Il motivo non è fondato.

In estrema sintesi, come bene rilevato già dal primo giudice, l'odierna appellante FAD s.r.l. deduce la piena validità del contratto di avvalimento intercorso con Co.I.Ca., sul presupposto che lo stesso sarebbe stato comunque formato in data antecedente alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, come evincibile sia dalla sottoscrizione digitale dello stesso da parte di entrambi i contraenti – che risulterebbe apposta il 17 novembre 2023, come da documento prodotto in atti – sia da una email (depositata in screenshot) della stessa data con la quale il suddetto contratto era stato trasmesso, unitamente ai documenti allegati, dal Consorzio Co.I.Ca. a FAD.

Tali elementi – unitamente alla circostanza che il contratto di avvalimento era stato redatto su un modello predisposto dal Consorzio ed inoltrato alla stazione appaltante unitamente al DGUE regolarmente sottoscritto dal legale rappresentante dell'ente – varrebbero ai sensi dell'art. 2704 Cod. civ. a dimostrare l'esistenza e l'antiorità del documento rispetto al termine di scadenza per la proposizione dell'offerta.

Né si sarebbero legittimamente potuti pretendere (ai fini della prova) ulteriori adempimenti specifici, quali la “marcatura temporale” della sottoscrizione digitale, non essendo stati contemplati dalla lex specialis di gara.

Rileva il Collegio come la rilevanza o meno della marcatura temporale ai fini dimostrativi di cui trattasi prescinda dalla sua mancata (espressa) previsione nella lex specialis di gara, discendendo direttamente dalla legge, in specie dall'art. 20, comma primo-bis del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, a mente del quale *“Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida”*.

Il documento depositato dall'odierna appellante non poteva assolvere *ex lege* l'efficacia probatoria di cui all'art. 2702 Cod. civ., né la presunta data ed ora di formazione del documento informatico potevano essere opposte ai terzi, non essendo dimostrato in atti che le stese fossero state *“apposte in conformità alle Linee guida”*.

Per espressa indicazione legislativa (la cui applicabilità prescinda pertanto da eventuali espresse contestazioni di parte in giudizio, ma compete officiosamente al giudice), il documento prodotto in causa poteva al più essere liberamente valutato dal giudice in relazione alle sole *“caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità”*, ragion per cui le censure di parte appellante vanno respinte.

Venendo ora all'appello incidentale proposto dal RTP Acreide, con il primo motivo di gravame

si censura il capo della sentenza con cui si era ritenuta non validamente prestata la garanzia provvisoria prodotta dal Consorzio, *“difettando il requisito, prescritto dall’art. 101 del nuovo codice degli appalti – applicabile alla gara razione temporis –, della formazione del documento in data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte”*.

Il primo giudice aveva concluso in tal senso sul presupposto che non si potesse considerare “la sola firma tempestiva del garantito elemento sufficiente al perfezionamento dell’accordo di garanzia, risultando a tali fini imprescindibile la sottoscrizione del garante, il quale, d’altro canto, assume l’obbligazione della garanzia dell’adempimento (del debitore garantito) direttamente nei confronti del creditore beneficiario e con la sola comunicazione a quest’ultimo”.

Secondo il primo giudice, infatti, *“La garanzia provvisoria priva della sottoscrizione del garante deve [...] considerarsi inesistente e non già meramente irregolare, prevedendo, d’altro canto, lo stesso art. 106, co. 3, d.lgs. n. 36/2023 che la “garanzia fideiussoria deve essere emessa e firmata digitalmente”, da ciò desumendosi che l’accordo venga ad esistenza soltanto con la sottoscrizione necessaria del garante”*.

Deduce per contro l’appellante incidentale che la statuizione di inesistenza della polizza resa dal TAR non possa essere condivisa, dal momento che alla scadenza del termine di presentazione delle offerte la polizza risultava già emessa (con tanto di numero identificativo e di codice a barre), dovendosi da ciò desumere che il garante avesse già manifestato la propria volontà in ordine alla costituzione della garanzia in favore del concorrente.

Del resto, prosegue l’appellante incidentale, la polizza non costituisce il titolo vero e proprio, bensì rappresenta il documento probatorio del sottostante contratto di assicurazione formalizzato inter partes: ai sensi dell’art. 1888 Cod. civ., invero, per il contratto di assicurazione la forma scritta non è richiesta ad substantiam, bensì ad probationem, dal che la forma scritta (e, quindi, anche la sottoscrizione del fideiussore) non avrebbe potuto essere richiesta ad substantiam con riferimento al documento probatorio dell’esistenza del titolo sottostante.

Il motivo non può essere accolto.

Risulta dagli atti che in allegato alla propria offerta il RTP Acreide aveva prodotto una polizza recante la dicitura “bozza di polizza non vincolante” n. DR034621, firmata dal solo operatore economico; quindi, a seguito di soccorso istruttorio della stazione appaltante, il medesimo raggruppamento aveva depositato la diversa polizza n.KL028630/PV, peraltro anch’essa priva della sottoscrizione del garante alla scadenza del termine di partecipazione (la sottoscrizione di quest’ultimo essendo avvenuta – come riconosciuto da FAD s.r.l. e quindi accertato dall’esame del file allegato – solamente alcune ore dopo la scadenza del predetto termine.

Ciò premesso, va ricordato che ai sensi dell’art. 106, comma 3 d.lgs. n. 36 del 2023, *“la garanzia fideiussoria deve essere emessa e firmata digitalmente”*; in coerenza con tale regola imperativa, a sua volta il disciplinare di gara prevedeva (al p.to 15) che la garanzia provvisoria fosse *“sottoscritta in formato P7M”* e che *“Le garanzie fideiussorie devono essere conformi allo*

schema tipo di cui all'articolo 117, comma 12 del D. lgs. 36/2023".

Orbene, anche a prescindere dalla cennata questione della diversità delle due polizze prodotte, è pacifico che la prima non presentava la sottoscrizione del garante (che dunque, relativamente alla stessa non aveva assunto alcun impegno lealmente vincolante), mentre la seconda – prodotta come si è detto a seguito del soccorso istruttorio – risultava sottoscritta da quest'ultimo solamente alle ore 10:30 del 20 novembre 2023, ossia più di un'ora dopo la scadenza del termine ultimativo per la presentazione delle offerte.

In ragione di tali incontestate circostanze deve pertanto concludersi che al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte il RTP Acreide non disponesse di una valida garanzia fideiussoria – così come invece prescritto dalla legge a pena di esclusione dalla gara – dal momento che nessun documento in atti si prestava a dimostrare che a quella data l'impresa garante si fosse impegnata in suo favore.

Con il secondo motivo di appello incidentale viene invece dedotta l'infondatezza dei motivi di appello proposti da FAD s.r.l. avverso il capo di sentenza di accoglimento del secondo motivo di ricorso incidentale proposto dal RTP Acreide.

Il motivo è improcedibile per carenza di interesse, essendo stato respinto il corrispondente motivo di appello (principale) proposto da FAD s.r.l.; per tale ragione neppure rileva, in favore dell'appellante incidentale, l'ulteriore subordinato argomento per cui *"in caso di accoglimento del motivo di appello principale in esame"* – il che, come appena detto, non è avvenuto – *"dovrebbe specularmente riconoscersi la comprovata anteriorità alla scadenza della gara anche della firma digitale apposta da Acreide in calce alla polizza provvisoria e pertanto, in combinato accoglimento delle altre argomentazioni giuridiche sviluppate nel su esteso appello incidentale, rigettarsi il ricorso di I grado di FAD con conseguente conferma dell'aggiudicazione della gara in favore di Acreide"*.

Alla luce dei rilevi che precedono, sia l'appello principale che quello incidentale vanno respinti.

In ragione della reciproca soccombenza, vanno integralmente compensate tra le parti le spese di lite del grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Respinge altresì l'appello incidentale proposto da Acreide Consorzio Stabile s.c.a.r.l.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2024 con l'intervento dei

magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

Guida alla lettura

La sentenza in commento si inserisce in un dibattito giurisprudenziale già in corso, il cui scopo è quello di chiarire le concrete **modalità di attuazione** di quel particolare **soccorso istruttorio** che – all’indomani dell’entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici – è stato definito “**integrativo o completivo**” (cfr. in proposito Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870).

L’art. 101, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 36 del 2023 prevede, infatti, che: “*La stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per: a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l’offerta tecnica e l’offerta economica; la mancata presentazione della **garanzia provvisoria**, del **contratto di avvalimento** e dell’**impegno a conferire mandato collettivo speciale** in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante **documenti aventi data certa anteriore** al termine fissato per la presentazione delle offerte*”.

Il soccorso istruttorio testè delineato permette all’operatore economico di **integrare**, pertanto, non soltanto la documentazione amministrativa ma anche altri specifici documenti che in passato erano stati al centro di alcuni vivaci contrasti giurisprudenziali. Ci si riferisce, in particolare, alla **garanzia provvisoria**, al **contratto di avvalimento** e all’**impegno al conferimento del mandato collettivo** in caso di raggruppamenti temporanei di imprese.

La regola sul soccorso integrativo è chiara: i succitati documenti sono soccorribili anche se non sono mai stati trasmessi alla stazione appaltante entro il termine di presentazione delle offerte, purchè però l’operatore economico dimostri – con un atto avente **data certa** – che detti documenti **già esistevano alla scadenza del succitato termine**.

La questione che viene in rilievo con la sentenza in commento afferisce, pertanto, alle concrete **modalità di dimostrazione della data certa** del documento.

In passato non sono mancate pronunzie – sia di appello che di 1° grado – dirette ad affermare il principio secondo cui la **data certa** del **documento informatico** ben può evincersi dal solo **certificato di firma digitale**, senza che occorra procedere, quindi, all'ulteriore adempimento della **marcatatura temporale** del documento contemplata dall'art. 20, comma 1-*bis*, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2022, n. 1291; *Id.*, 21 maggio 2020, n. 3209; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 21 maggio 2024 n. 1110; *Id.*, sez. I, 23 febbraio 2024, n. 504; TAR Lombardia, Sez. I, 16 giugno 2023, n. 1394).

Per **marcatatura temporale** si intende quel particolare “*processo con cui un certificatore accreditato crea ed appone su un documento informatico digitale o elettronico una ‘firma digitale del documento’ alla quale sono associate le informazioni relative alla data e all’ora di creazione che, ove siano state seguite le regole tecniche sulla validazione temporale di cui al d.P.C.M. del 22 febbraio 2013, sono così opponibili ai terzi*” (Cass. civ., Sez. I, ordinanza, 13 febbraio 2019, n. 4251).

Orbene, in base al primo indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato, l'art. 2704 Cod. Civ. – laddove tipizza gli strumenti atti a conferire certezza alla data del documento – ammette che tale certezza possa provarsi anche tramite un **altro fatto ugualmente idoneo a conferirla** (c. 1) o con **qualsiasi altro mezzo di prova** (c. 2). Ne discende che alla luce di tale orientamento la **sottoscrizione digitale** costituisce un fatto idoneo e sufficiente - ai sensi dell'art. 2704 c.c. - a dimostrare l'anteriorità del documento, con la conseguenza che non è richiesto il *quid pluris* della **marcatatura temporale**.

Sul **fronte opposto** si rinvencono, tuttavia, alcune pronunzie che hanno sostenuto - sempre al fine di dimostrare la **data certa** del documento informatico contenente il contratto di avvalimento (o la garanzia provvisoria) - l'**indispensabilità della marcatatura temporale** del documento informatico ex art. 20, comma 1-*bis*, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, nel rispetto delle Linee Guida impartite dall'AgID ex art. 71 d.lgs. n. 82 del 2005 (Cons. Stato, Sez. IV, 1° febbraio 2024, n. 1046; TAR Basilicata, Sez. I, 6 luglio 2023, n. 438). Queste ultime pronunzie, tuttavia, sono state rese in relazione a casi nei quali l'obbligo di validazione del documento informatico con marcatatura temporale ex art. 20 d.lgs. n. 82 del 2005 era espressamente previsto dalla **lex specialis di gara**.

La sentenza in commento parte da quest'ultimo indirizzo interpretativo **più rigoristico** e si spinge anche oltre, atteso che essa si riferisce ad un caso in cui la *lex specialis* neppure predeterminava le modalità di dimostrazione della **data certa** del documento.

La pronunzia in esame afferma, infatti, che “*la rilevanza o meno della marcatatura temporale ai fini dimostrativi di cui trattasi prescinde dalla sua mancata (espressa) previsione nella lex specialis di gara, discendendo direttamente dalla legge, in ispecie dall'art. 20, comma primo-bis del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82*”.

Sulla scorta di tale indirizzo, pertanto, è la stessa legge ad imporre che la **data certa** del contratto di avvalimento non può essere dimostrata con il solo certificato di firma digitale, ma esige un *quid pluris* costituito dalla **marcatatura temporale** del documento informatico ex art. 20, comma 1-*bis*, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (nel rispetto delle Linee Guida impartite

dall'AgID ex art. 71 d.lgs. n. 82 del 2005).

Non resta che vedere, a questo punto, se la prossima evoluzione della giurisprudenza in materia darà continuità a quest'ultimo indirizzo più rigoristico, oppure se verrà privilegiato il primo e più flessibile orientamento interpretativo.