



DELIBERA N. 426

26 maggio 2021.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Sessa Group Srl – Procedura aperta per l’affidamento dei lavori di “Ricostruzione dell’edificio scolastico Scuola primaria di Sant’Agata Irpina per l’adeguamento alla normativa sismica vigente” – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 1.063.010,81– S.A.: Comune di Solofra (AV).

PREC 111/2021/L

Riferimenti normativi

Art. 58 del D.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Procedura telematica – Seriale marcatura temporale (time stamp) – Seriale del certificato – Discordanza – Esclusione dalla gara

Massima

Procedura telematica – Seriale marcatura temporale (time stamp) – Seriale del certificato – Discordanza tra il numero di serie inserito rispetto a quello presente nella marcatura temporale del file caricato a sistema – Errore essenziale non scusabile – Esclusione soccorso istruttorio – Legittimità della previsione di esclusione

Nelle procedure telematiche le fasi di gara seguono una successione temporale che offre garanzia di corretta partecipazione, inviolabilità e segretezza delle offerte. La firma digitale garantisce la certezza del firmatario dell’offerta e la marcatura temporale ne garantisce la data certa di firma e l’univocità della stessa. Pertanto è evidente che, in difetto dell’esatta indicazione del numero seriale di marcatura temporale, l’offerta del concorrente risulti affetta da un vizio radicale (in alcun modo sanabile), non essendo la stessa neppure univocamente identificabile.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 26 maggio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0033556 del 23.4.2021, con la quale la società Sessa Group Srl, in qualità di Mandataria del Raggruppamento d'impresa costituendo "Sessa Group srl/ Impresa D'Onghia Srl", contesta l'esclusione dalla procedura di gara in oggetto disposta dalla Stazione appaltante in quanto la Commissione di gara ha rilevato che *«il seriale marcatura non era corrispondente (inserito il seriale del certificato e non quello del time stamp)»* in osservanza al disposto del Disciplinare di gara;

CONSIDERATO, più specificamente, che l'istante ritiene illegittimo il provvedimento di esclusione *«in quanto il file dell'offerta economica è stato firmato e marcato temporalmente in data antecedente alla data di consegna dell'offerta»* e che pertanto *«l'erronea indicazione del numero seriale, a fronte di una marcatura con data certa, rappresenta una violazione meramente formale»*;

CONSIDERATO che la società istante contesta, altresì, la tardiva pubblicazione dei verbali di gara (effettuata solo contestualmente alla pubblicazione dell'aggiudicazione definitiva), poiché *«La mancanza di pubblicazione dei verbali di valutazione delle offerte tecniche, prima dell'apertura delle offerte economiche, non offre alcuna certezza in ordine al pericolo di manomissioni e/o rettifiche delle valutazioni precedentemente eseguite. E ciò, quindi, rende illegittimo l'intero procedimento di gara»*;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 3.5.2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

RILEVATO che il Disciplinare di gara, nella parte relativa alla descrizione delle corrette modalità di compilazione dell'offerta telematica (punto 3, pag. 13), prevede che *«Il concorrente, nei tempi previsti dal TIMING DI GARA, al punto 1.2.2., deve inserire nel sistema, nell'apposito campo presente nella sezione "Offerta economica", a pena di esclusione, il numero identificativo (numero di serie/seriale) della marca temporale precedentemente apposta al file firmato digitalmente dell'offerta economica e procedere al suo salvataggio. Tale operazione consente di individuare univocamente l'offerta economica, firmata e marcata entro il termine previsto dal TIMING DI GARA, al punto 1.2.2., che dovrà essere caricata successivamente sul portale. **Il mancato inserimento a sistema del numero identificativo (numero di serie/seriale) della marca temporale, e/o l'eventuale discordanza tra il numero di serie inserito rispetto a quello presente nella marcatura temporale del file caricato a sistema, costituiranno cause di esclusione dell'offerta dalla gara. Si precisa che è obbligatorio, entro i termini indicati nel timing, l'inserimento a sistema UNICAMENTE del numero seriale di marcatura temporale dell'offerta economica telematica (file excel generato e scaricato dalla piattaforma)»***;

RILEVATO, ancora, che il Disciplinare, nella parte relativa alle cause di esclusione inerenti all'offerta economica (pag. 14), dispone che *«Verranno automaticamente escluse dalla gara le offerte inviate che presentino una marcatura temporale successiva rispetto al termine perentorio previsto per la chiusura dell'offerta o per cui non si è proceduto all'inserimento a sistema del numero seriale della marca temporale o che presentino una marcatura temporale diversa nel numero di serie, identificativo univoco, precedentemente*



comunicato al sistema e offerte prive di firma digitale e/o di marcatura temporale. Quanto previsto in materia di compilazione, presentazione, valore e sottoscrizione dell'offerta è tassativo: ogni inosservanza di una o più delle prescrizioni, formali e sostanziali, così come l'apposizione di qualsiasi clausola o condizione comporterà l'esclusione dalla gara»;

CONSIDERATO che le disposizioni in questione sono pienamente legittime in quanto poste a presidio della garanzia della identificabilità, univocità ed immodificabilità dell'offerta economica, che è regola posta a tutela della imparzialità e della trasparenza dell'agire della Stazione appaltante, nonché ad ineludibile tutela del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale;

RILEVATO che la società istante – per sua stessa ammissione – ha erroneamente inserito nel sistema telematico di gestione della gara il seriale del certificato in luogo di quello del time stamp;

CONSIDERATO che la marcatura temporale consiste nel processo di creazione e apposizione di una marca temporale su un documento informatico, digitale o elettronico, processo che avviene con la generazione, da parte di una terza parte fidata (il Certificatore accreditato), di una firma digitale del documento a cui è associata l'informazione relativa a una data e a un'ora certa e che pertanto l'apposizione della marca temporale consente di stabilire l'esistenza di un documento informatico a partire da un certo istante e di garantirne la validità nel tempo;

CONSIDERATO che, per usare le parole dei giudici amministrativi, «*si tratta di una procedura che – per paragonarla a una procedura analogica – consente di attribuire un numero di protocollo univoco a un'offerta sigillata in busta chiusa e custodita dall'offerente, al fine di avere garanzia che l'offerta successivamente prodotta sarà proprio la medesima a suo tempo protocollata ed esistente e che non abbia subito alcuna modifica*», con la conseguenza che «*ammettere la legittima proposizione di un'offerta economica caricata senza che vi sia corrispondenza tra il numero seriale effettivo della marca temporale e quello a suo tempo precedentemente indicato nella domanda equivarrebbe ad ammettere la possibilità che un operatore economico predisponga, a seconda della propria convenienza, una serie di offerte economiche, firmando ciascuna e apponendovi una marca temporale (senza però riportare l'esatto codice di alcuna di esse nel sistema) e infine, al momento dell'upload, carichi a sistema quella che più gli conviene/aggrada. Quindi, in sostanza, non si realizzerebbe alcuna certezza del fatto che l'offerta conservata presso l'operatore economico sia una sola, univocamente riconducibile a quella indicata nella domanda*» (così TAR Torino, Sez. I, 4.2.2020, n. 99);

RITENUTO che nelle gare telematiche, attraverso l'apposizione della firma e della marcatura temporale, da effettuare inderogabilmente prima del termine perentorio fissato per la partecipazione, si garantisce la corretta partecipazione e inviolabilità delle offerte, di talché la scusabilità degli errori formali od omissioni, stante le peculiarità procedurali di tale tipologia di gare, è ammessa in ipotesi specifiche, sostanzialmente riconducibili a malfunzionamenti del sistema telematico di gestione della gara che, ad esempio, non abbiano consentito ad uno o più operatori economici di consegnare nel termine prestabilito la propria offerta;

RITENUTO che nel caso di specie l'errore formale commesso non è imputabile al sistema telematico di gestione della gara, ma esclusivamente ad una imperizia/disattenzione dell'operatore economico nell'esecuzione delle operazioni informatiche concernenti la presentazione dell'offerta, il cui corretto iter era peraltro dettagliatamente descritto nella documentazione di gara;



CONSIDERATO, altresì, che il codice seriale digitato in luogo del seriale della marca temporale apposta sul file identifica il seriale del certificato X509, che è lo strumento utilizzato per apporre la marca e che tale codice è riferito ad un certificato che ha validità fino al 18.11.2020 e pertanto non consente di istituire una connessione univoca e certa tra esso e il codice seriale di una specifica marca temporale di modo che possa, in ipotesi, considerarsi indifferente ai fini della verifica dell'unicità dell'offerta indicare l'uno o l'altro al momento del caricamento definitivo dell'offerta stessa sulla piattaforma telematica;

RITENUTO che la mancata allegazione della corretta marcatura temporale – secondo il costante orientamento espresso al riguardo sia dalla giurisprudenza amministrativa che da questa Autorità – non può costituire oggetto di soccorso istruttorio trattandosi di un vizio radicale dell'offerta e alla luce del principio generale 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, Sez. V, 7 novembre 2016, n. 4645);

CONSIDERATO, con riferimento alla contestazione relativa alla pubblicazione tardiva dei verbali di gara, che le Linee Guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016, per quanto riguarda l'obbligo di pubblicazione dei verbali di gara, non ritenendoli inclusi, ai sensi del combinato disposto degli artt. 37 del d.lgs. 33/2013 e 29 del d.lgs. 50/2016, tra gli atti relativi alle procedure di affidamento di servizi, lavori e forniture di beni soggetti a pubblicazione obbligatoria e valutate le problematiche legate a profili di riservatezza che potrebbero derivarne, hanno chiarito che si ritiene sufficiente la pubblicazione dei soli elenchi dei verbali delle commissioni di gara, ferma restando la possibilità di esercizio del diritto di accesso civico generalizzato ai predetti verbali, ai sensi degli artt. 5, co. 2 e 5-bis del d.lgs. 33/2013 e, naturalmente, di esercizio del più specifico diritto di accesso ai documenti amministrativi ai sensi della legge n. 241/90;

RITENUTO che, in ogni caso, tale suddetta contestazione appare irrilevante rispetto al motivo principale di doglianza dell'istante inerente all'esclusione dalla gara, in quanto la comunicazione della stessa è comunque avvenuta nei modi e nei tempi previsti per legge e che tale doglianza, sostanzialmente subordinata al mancato accoglimento di quella principale, sembra piuttosto atteggiarsi ad una sorta di invito ad un controllo generalizzato da parte dell'Autorità sull'operato della Stazione appaltante scollegato da specifici motivi di contestazione, oltre che da una lesione diretta ed attuale di un interesse protetto e pertanto, come tale, inammissibile ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. a) del Regolamento di precontenzioso,

il Consiglio



ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'esclusione della società istante dalla procedura di gara *de qua* sia conforme alle disposizioni normative poste a presidio della garanzia della identificabilità, univocità ed immodificabilità dell'offerta economica e a tutela del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 giugno 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente