



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 138 del 2018, proposto da
Di Persio Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Diego De Carolis, con domicilio eletto in forma
digitale come da PEC da Registri di Giustizia nonché in forma fisica presso il suo
studio in Pescara, c.so V. Emanuele II, Sc. A, n. 161;

contro

Comune di Città Sant'Angelo, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso
dall'avv. Ferdinando Pinto, con domicilio eletto in forma digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;
di
Sirianni s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti

Steller s.r.l, Edilflorio s.r.l., Tenaglia s.r.l., M.I.C. s.r.l., Fenix Consorzio Stabile
s.c.a.r.l., Tullio Edil Calcestruzzi s.r.l., Gabriele Carosella Lavori s.r.l., Assisi Strade

s.r.l., Di Sabatino & C. s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- dell'atto del R.U.P. del Comune di Città Sant'Angelo (senza data) prot. 8663 notificato a mezzo pec in data 29 marzo 2018 all'indirizzo PEC dipersiocostruzionisrl@pec.it;

- degli atti e dei provvedimenti non conosciuti con i quali è stata disposta l'ammissione della offerta economica delle controinteressate utilizzando file con estensione .xls anziché un file con estensione .pdf;

- degli atti generali e puntuali, anche telematici adottati o fatti propri a seguito delle operazioni svolte dalla piattaforma telematica predisposta dalla società di servizi; avviso di gara capitolato speciale; dei verbali di gara successivi della Stazione Appaltante resi solo parzialmente disponibili alla ricorrente, nonché di quelli non conosciuti con i quali verosimilmente si è dato ulteriore corso alla procedura di gara mediante ammissione alle varie fasi successive; dei verbali relativi alla eventuale disposta aggiudicazione e verifica della anomalia dell'offerta; nonché dei eventuali atti di affidamento e relativi contratti eventualmente sottoscritti;

- in parte qua, della nota del 17 aprile 2018 prot. 10350 del Comune con la quale è stata parzialmente evasa l'istanza di accesso di accesso agli atti del 13 aprile 2017 e disposto il differimento “fino all'aggiudicazione” di un compiuto diritto di accesso;

- si opus sit, di tutti gli atti della procedura generali, strumentali ed istruttori negli stessi espressamente richiamati, nella parte in cui avrebbero consentito l'esclusione alla gara della ricorrente (in generale il capo 1 ed in particolare il punto 1.6.2 e e ss. da pag. 8 a pag. 11, in generale il capo 4, in generale il capo 6 ed in particolare i punti da 6.1 a 6.6 e l'intero capo 7 della lettera di invito alla procedura negoziale), nonché, sempre in parte qua, degli atti e documenti e/o convenzioni che regolano le attività

e le operazioni affidate alla ASME, qualora possano essere applicati ed interpretati in senso sfavorevole alla ricorrente;

per l'accertamento dell'obbligo e la condanna dell'Amministrazione intimata a disporre l'ammissione alla gara; alla riformulazione della graduatoria e all'aggiudicazione in favore della ricorrente quale tutela in forma specifica e/o la disapplicazione e la declaratoria di inefficacia di eventuale contratto sottoscritto e subentro nello stesso agli stessi patti e condizioni dell'offerta presentata, nonché al risarcimento danni come da apposita domanda formulata.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Citta' Sant'Angelo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2018 la dott.ssa Renata Emma Ianigro e uditi per le parti i difensori l'avv. Diego De Carolis per la società ricorrente e l'avv. Rosa Persico, su delega dell'avv. Ferdinando Pinto, per il Comune resistente;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con il presente ricorso, risulta impugnato, unitamente agli atti di gara per quanto di interesse, l'atto prot. n. 8663 del 29.03.2018 di esclusione della ricorrente dalla procedura negoziata indetta dal Comune di Città Sant'Angelo, ex art. 36 comma 2 lett. c) e 63 comma 6 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento, con offerta di solo prezzo, dei lavori di consolidamento del centro abitato in via Circonvallazione I, dell'importo di € 971.076,93;

L'esclusione gravata è stata motivata poiché l'offerta economica della ricorrente presentava una marcatura temporale diversa nel numero di serie identificativo, precedentemente comunicato al sistema.

A sostegno del ricorso viene dedotta la violazione del favor participationis e del principio di tassatività delle cause di esclusione per il caso di discordanza della marcatura temporale dell'offerta, l'omessa attivazione del soccorso istruttorio doveroso rispetto a disfunzioni nel funzionamento della piattaforma digitale che avevano reso impossibile l'utilizzo di un'unica marcatura temporale, a causa di mere questioni di programmi e di difficile interfaccia con file aventi diversa estensione (.xls e pdf).

Con il medesimo ricorso la società ricorrente impugnava la nota del 17 aprile 2018 prot. n. 10350 con cui veniva parzialmente evasa l'istanza di accesso del 13.04.2017 e disposto il differimento fino all'aggiudicazione di un compiuto diritto di accesso.

Il Comune si è costituito per opporsi al ricorso chiedendone il rigetto.

Alla camera di consiglio del 25.05.2018 fissata per la discussione sulla domanda cautelare, veniva dato avviso alle parti, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., della possibile definizione con sentenza in forma semplificata del presente giudizio assoggettato al rito di cui agli artt. 119 comma 1 lett a) e 120 c.p.a..

2. Si prescinde dall'esame del profilo di inammissibilità sollevato dal Comune di Città Sant'Angelo, stante l'infondatezza del ricorso nel merito.

2.1 La gara di cui al presente ricorso si è svolta tramite procedura telematica, da cui la ricorrente è stata esclusa perché l'offerta economica presentava una marcatura temporale diversa nel numero di serie identificativo univoco, precedentemente comunicato al sistema.

L'offerta economica, secondo il disciplinare di gara, doveva essere formulata compilando due distinti documenti ossia il file SchemaOfferta_.xls generato e scaricato dalla piattaforma telematica e il file Dettaglio dell'offerta economica. In particolare, lo schema di offerta doveva essere compilato in modalità off line dall'operatore e salvato sul proprio personal computer con indicazione del ribasso percentuale offerto. Successivamente doveva essere firmato digitalmente e, entro il

termine perentorio previsto dal timing di gara, doveva esservi apposta la marcatura temporale certificata. A sua volta il numero identificativo o seriale della marca temporale precedentemente apposta al file dell'offerta economica firmato digitalmente, a pena di esclusione, doveva essere inserito, nei tempi previsti dal timing di gara, nell'apposito campo della sezione "Offerta Economica" e salvato, e tale operazione consentiva di individuare "univocamente" l'offerta economica, firmata e marcata entro il termine previsto dal Timing di gara onde caricarla, dopo la fase di ammissione, sul portale telematico tramite procedura di upload.

Sulla base del timing di gara, contenuto nel disciplinare, era fissato termine perentorio entro il 19.03.2018 per apporre, a pena di esclusione, la firma digitale e la marcatura temporale al file di Offerta Economica telematica (SchemaOfferta_.xls) e del Dettaglio dell'Offerta Economica (allegato F).

Dopo la fase di ammissione delle offerte, la stazione appaltante avrebbe poi comunicato le date di inizio e termine dell'upload dell'offerta economica telematica (SchemaOfferta_.xls) e del relativo Dettaglio di offerta economica alle sole ditte ammesse al prosieguo della gara.

Il bando precisava inoltre che nel periodo di inizio e fine upload nessuna offerta poteva essere modificata poiché il termine previsto per la firma e la marcatura temporale era già scaduto, dal momento che l'offerta doveva considerarsi modificabile solo prima del termine previsto per la firma digitale e la marcatura temporale.

Inoltre, la lex specialis di gara prescriveva come obbligatorio, entro i termini del timing, l'inserimento a sistema del numero seriale di marcatura temporale dell'offerta economica telematica (file excel) e non anche del numero seriale di marcatura della cartella .zip contenente il dettaglio dell'offerta economica.

Quale causa di esclusione automatica dell'offerta economica, era espressamente prevista l'ipotesi di offerte con marcatura temporale diversa nel numero di serie,

identificativo univoco, precedentemente comunicato al sistema, ossia per il caso di discordanza tra il numero serie inserito e quello presente nella marcatura temporale del file caricato a sistema;

2.2 Tanto premesso, va innanzitutto esclusa la prospettata nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione della gravata clausola del bando che sanzionava con l'espulsione ogni discordanza tra il numero di serie inserito e quello presente nella marcatura temporale del file caricato a sistema.

In materia è ormai orientamento consolidato che il principio di tassatività in argomento va inteso nel senso che l'esclusione dalla gara deve essere disposta sia nel caso in cui il testo normativo la commini espressamente, sia nell'ipotesi in cui lo stesso imponga adempimenti doverosi, come nella specie, o introduca, comunque, norme di divieto (cfr. Consiglio di Stato, A.P., n. 19/2016 cit. e n. 9/2014).

La disposizione in questione è evidentemente posta 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. Come chiarito dalla stessa pronuncia Cons. St sez. III n. 4050 del 2016 richiamata in ricorso, 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.

Di qui consegue innanzitutto che la corrispondenza del numero seriale costituiva un adempimento essenziale al fine di assicurare il regolare svolgimento della gara e garantire alla stazione appaltante l'identità tra le offerte caricate al sistema e quelle compilate entro il termine ultimo perentorio stabilito dal bando. Stante la chiara destinazione dello strumento in questione a cristallizzare il momento di presentazione dell'offerta entro il termine perentorio prescritto dal bando, ex art. 20 comma 3 del d.lgs. n. 82/2005, del tutto irrilevante pertanto si appalesa ogni considerazione circa l'utilizzazione della marcatura temporale in questione anche quale modalità per estendere la validità del certificato di firma digitale oltre il suo termine di validità temporale, avendo essa durata ventennale.

In sostanza, in presenza di un adempimento essenziale e doveroso per i partecipanti alla gara, non può sostenersi né la nullità della dedotta causa di esclusione, né sotto altro profilo, la sua illegittimità in quanto elemento indispensabile ai fini della corretta identificazione dell'offerta economica e del regolare funzionamento della gara.

2.3 La circostanza che l'invio dell'offerta economica della ricorrente, nell'ambito di una procedura di gara telematica, abbia dato luogo ad una duplice marcatura temporale, costituisce ragione del tutto legittimante il provvedimento espulsivo impugnato, avendo ingenerato nella commissione di gara incertezza circa l'esatta collocazione temporale dell'offerta economica dell'istante, nonché quanto alla sua non manomissione.

Sul punto il bando conteneva precise prescrizioni onde evitare lo sdoppiamento imponendo alle ditte offerenti di non utilizzare il numero di marcatura temporale della cartella.zip contenente il dettaglio dell'offerta economica. Allo stesso modo stabiliva che il software di marcatura temporale doveva essere impostato in modo tale da generare un unico file.tsd onde evitare la generazione di due files separati.

2.4 Sotto altro profilo, alcuna incongruenza è rilevabile quanto alla “estensione” dei files da caricare sul sistema negli atti di gara, dal momento che era chiaro, e vi è corrispondenza tra disciplinare e allegati sul punto, che, nella tempistica di cui al timing di gara, il file di estensione `_xls` contenente lo SchemaOfferta doveva essere prelevato dalla piattaforma compilato firmato digitalmente con apposizione anche del numero seriale della marca temporale entro la data e ora di scadenza del timing, e poi, dopo la fase di ammissione, caricato, e quello contenente il Dettaglio dell’Offerta economica doveva essere convertito prima in uno o più files di formato pdf, poi inserito in una cartella e compresso in una cartella `.zip`, firmato digitalmente e contrassegnato con la marcatura temporale entro la data di scadenza indicata dal timing di gara, e di seguito, dopo la fase di ammissione, caricato sulla piattaforma. Non si comprende pertanto in quale misura il formato pdf del file Dettaglio, previsto dal bando, possa aver inciso sullo sdoppiamento della marcatura temporale contestato.

2.2 Né può convenirsi con la difesa attorea circa la praticabilità, nel caso di specie, del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, dal momento che, proprio nel caso dell’offerta economica, l’art.83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 ne esclude l’impiego, stabilendo che solo le carenze di elementi di natura formale possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. Diversamente, il soccorso istruttorio ivi previsto per il caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85, è esplicitamente escluso rispetto alle offerte economiche e tecniche.

Sul punto è sufficiente richiamare la consolidata e condivisibile giurisprudenza , anche recente (Consiglio di Stato sez. V 10 gennaio 2017 n. 39) secondo 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 sez. V 07 novembre 2016 n. 4645).

A sua volta l'art. 85, terzo comma, secondo periodo del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, nel prevedere il potere delle stazioni appaltanti di ricorrere alle aste elettroniche stabilisce che ciò non può avvenire abusivamente o in modo tale da impedire, limitare o distorcere la concorrenza o comunque in modo da modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dal bando e dagli altri atti di gara.

Nella specie nessuna di tali condizioni ricorre nell'ipotesi di specie, in cui la criticità non è ascrivibile alla legge di gara, ma ad un problema oggettivo di inoltro e ricezione dell'offerta; né può essere utile a superare tale ragione ostativa della partecipazione la condizione di legittimo affidamento incolpevole della concorrente, circa il buon esito del caricamento del file, tale stato soggettivo rilevando rispetto ad una discutibile interpretazione delle regole di gara, ma non anche con riferimento ad un'oggettiva condizione di incompletezza della documentazione inerente all'offerta. Dalla reiezione del ricorso consegue il rigetto di ogni altra istanza, nonché del ricorso in tema di accesso agli atti di gara, risultando giustificato il differimento ai sensi dell'art. 53 comma 3 del d.lgs. n. 50/2016, onde evitare che i concorrenti possano

avere contezza del contenuto delle offerte in una fase in cui sono ancora possibili turbative delle operazioni e delle valutazioni del seggio di gara.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al rimborso delle spese in favore del Comune costituito nella misura di € 3000,00 (tremila/00) oltre accessori di legge se dovuti e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Tramaglino, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore

Massimiliano Balloriano, Consigliere

L'ESTENSORE
Renata Emma Ianigro

IL PRESIDENTE
Alberto Tramaglino

IL SEGRETARIO