

Mancata allegazione dell'offerta economica con marcatura temporale: escluso il soccorso istruttorio

Scritto da Interdata Cuzzola | 29/11/2022

Come è noto, la “marcatura temporale” è una procedura informatica che consente di associare data e ora certe a un documento informatico, attribuendo ad esso una validazione temporale opponibile a terzi; essa attribuisce al documento un codice alfanumerico univoco, che lo identifica, consentendo così di stabilirne con certezza l'esistenza a partire da un certo istante e di garantirne la validità e immodificabilità nel corso del tempo.

Nelle gare telematiche spesso viene richiesto all'operatore economico di apporre la marcatura temporale sul *file* dell'offerta economica e di comunicare il relativo codice alfanumerico alla stazione appaltante, al fine di avere certezza, da un lato, del momento in cui è stato predisposto il file dell'offerta economica e, dall'altro lato, dell'esatta coincidenza dell'offerta economica, inizialmente predisposta, con l'offerta economica successivamente inviata alla stazione appaltante a seguito della fase di valutazione delle offerte economiche.

L'invio del numero di serie di marcatura temporale dell'offerta economica nel corso della prima fase della procedura previene, così, il rischio che i partecipanti alla gara redigano più offerte economiche entro il predetto termine e, successivamente, scelgano quale offerta trasmettere alla stazione appaltante dopo l'esame della documentazione amministrativa e delle offerte tecniche.

La giurisprudenza si è posta il problema di valutare se l'aver caricato sulla piattaforma della stazione appaltante un'offerta economica priva della marcatura temporale (e, dunque, un *file* diverso da quello a suo tempo marcato temporalmente) costituisca causa di invalidità dell'offerta economica che giustifica l'esclusione dalla gara, ovvero integri una mera irregolarità, sanabile con il rimedio del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016).

Al riguardo, il Consiglio di Stato, sez. III, nella sent. 3 ottobre 2016, n. 4050, ha evidenziato che la coincidenza tra il numero seriale della marcatura temporale indicata all'atto della presentazione dell'offerta e quella apposta sull'offerta nella fase di *upload* sulla piattaforma 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. La mancanza della marcatura temporale sul file caricato a sistema è stata, quindi, ritenuta dalla giurisprudenza un “vizio essenziale dell'offerta” e non una mera irregolarità formale della stessa (cfr., in questo senso, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 24 giugno 2020, n. 4031; sez. III, sent. 28 luglio 2020, n. 4795).

La mancanza della marcatura sul file caricato a sistema contrasta, infatti, con la funzionalità della procedura telematica che consente di garantire la segretezza delle offerte e la loro immodificabilità,

solamente se vi è un puntuale rispetto di tutti gli adempimenti in cui la procedura è scandita, non potendo ammettersi un loro adempimento parziale.

Il fatto, dunque, che un concorrente avesse, inizialmente, creato un'offerta economica dotata di marcatura temporale, non può rilevare ai fini di una sua regolare partecipazione alla gara, in quanto non è possibile escludere che l'offerta, poi effettivamente caricata a sistema, sia differente dalla prima.

Come evidenziato recentemente dal TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, nella sent. 22 novembre 2022, n. 2137, che ha deciso l'esclusione del concorrente che non aveva allegato l'offerta economica con marca temporale, la natura essenziale del vizio dell'offerta economica non marcata temporalmente esclude la possibilità di attivare il soccorso istruttorio, per consentire al concorrente di produrre, in un secondo tempo, il *file* marcato temporalmente, ovvero per dimostrare che i due *file* - quello marcato e quello caricato a sistema - avessero il medesimo contenuto: venendo in rilievo, infatti, un'ipotesi di irregolarità concernente le modalità di formulazione dell'offerta economica, il soccorso istruttorio è espressamente escluso dalla previsione dell'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici (cfr. anche, per un caso sul punto analogo, TAR Campania, Napoli, sez. VIII, sent. 2 aprile 2019, n. 1841), altrimenti si consentirebbe all'interessato di integrare l'offerta, con una manifesta violazione del principio della *par condicio* dei concorrenti.

Né può sostenersi che tale principio non venga in rilievo nel caso di unico offerente e che, dunque, in questo caso un eccessivo formalismo contrasterebbe con il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche: i principi di segretezza e immodificabilità delle offerte valgono, infatti, per tutte le procedure di evidenza pubblica a prescindere dal numero dei partecipanti.

Secondo la giurisprudenza, peraltro, il rimedio del soccorso istruttorio, per quanto sia certamente volto a dare rilievo al principio del *favor participationis*, deve comunque essere temperato con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, secondo cui ciascuno di essi sopporta le conseguenze degli eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. 7 novembre 2016, n. 4645, secondo cui "*nelle gare pubbliche la radicalità del vizio dell'offerta non consente l'esercizio del soccorso istruttorio che va temperato con il principio della parità tra i concorrenti, anche alla luce dell'altrettanto generale principio dell'autoresponsabilità dei concorrenti*").