

**APPALTI - PROCEDURA TELEMATICA - OFFERTA ECONOMICA - ASSENZA MARCATURA TEMPORALE - ESCLUSIONE - LEGITTIMA**

Nell'ambito delle procedure telematiche, la marcatura temporale conferisce certezza all'ora e al minuto di chiusura dell'offerta, a garanzia della non modificabilità dell'offerta economica dopo la valutazione dell'offerta tecnica. È quindi legittima l'esclusione dell'offerente che abbia inviato il file relativo all'offerta economica privo di tale elemento costitutivo, non sanabile mediante il soccorso istruttorio.

**TAR Basilicata, Potenza, Sez. I, sentenza n. 746/2019**

Publicato il 11/10/2019

**N. 00746/2019 REG.PROV.COLL.**

**N. 00312/2019 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 312 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Cooperativa Sociale Onlus C.D.S., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Clemente, PEC p.clemente@legalmail.it, da intendersi domiciliata ai sensi dell'art. 82 R.D. n. 37/1934 presso la Segreteria di questo Tribunale;

***contro***

-Comune di Ripacandida, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Ferdinando Pinto, PEC ferdinando.pinto@ordineavvocatita.it, da intendersi domiciliato ai sensi dell'art. 82 R.D. n. 37/1934 presso la Segreteria

di questo Tribunale;  
-Centrale di Committenza Asmel, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

***nei confronti***

SLEM S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Moschetta, PEC riccardomoschetta@avvocatinapoli.legalmail.it, da intendersi domiciliata ai sensi dell'art. 82 R.D. n. 37/1934 presso la Segreteria di questo Tribunale;

***per l'annullamento:***

-del verbale n. 5 del 21.5.2019, con il quale la Commissione giudicatrice ha escluso la Cooperativa Sociale Onlus C.D.S. dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica presso le Scuole dell'Infanzia, Primaria e Secondaria di primo grado del Comune di Ripacandida negli anni scolastici 2019/2020, 2020/2021 e 2021/2022;

-della pec del 13.6.2015, con la quale Responsabile del procedimento ha respinto l'istanza di annullamento del predetto provvedimento di esclusione dalla gara, presentata dalla Cooperativa Sociale Onlus C.D.S. con pec del 3.6.2019;

-del punto 13, rubricato "Modalità di presentazione dell'offerta", con riferimento ad alcune clausole sulla strumentazione tecnica ed informatica necessaria per la partecipazione alla gara, sulle modalità di registrazione alla Sezione dell'Albo Fornitori e sulle modalità di caricamento della documentazione economica, e del punto 15, rubricato "Soccorso istruttorio, del bando e disciplinare di gara, se ostativi alla riammissione in gara della Cooperativa Sociale Onlus C.D.S.;

-dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione del suddetto appalto, "ove nel frattempo intervenuto" in favore della SLEM S.r.l.;

nonché per la declaratoria

di inefficacia del contratto, “ove medio tempore stipulato anche in ragione del mancato rispetto del periodo di stand still”;

nonché per il risarcimento:

1) in via principale, in forma specifica, mediante l’aggiudicazione dell’appalto “con subentro nel contratto in corso”;

2) in via subordinata, per equivalente, mediante la condanna del Comune di Ripacandida al ristoro del lucro cessante, quantificato nel 10% dell’offerta economica, del danno curriculare, quantificato nel 5% dell’importo a base di gara, e del danno emergente, cioè “delle spese sostenute per la partecipazione alla gara ivi comprese le spese per la progettazione con riserva di quantificazione in corso di causa anche a seguito di CTU”;

Visto il ricorso introduttivo ed i relativi allegati;

Visto l’atto di motivi aggiunti, con il quale è stato impugnato il provvedimento di aggiudicazione in favore della SLEM S.r.l.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ripacandida e della SLEM S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 2 ottobre 2019 il Cons. Pasquale Mastrantuono e uditi gli avv.ti Paolo Clemente e Persico, per dichiarata delega dell’avv. Ferdinando Pinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Con Determinazione n. 50 del 15.3.2019 il Responsabile del Settore Amministrativo del Comune di Ripacandida ha indetto una procedura aperta

telematica sulla piattaforma informatica della Centrale Unica di Committenza ASMEL, per l'affidamento del servizio di refezione scolastica presso le Scuole comunali dell'Infanzia, Primaria e Secondaria di primo grado negli anni scolastici 2019/2020, 2020/2021 e 2021/2022, con l'importo a base di gara soggetto a ribasso di € 144.932,79 (basato sul quantitativo presunto di 36.507 pasti, pari a € 3,97 per ogni pasto) ed il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendo l'attribuzione di: massimo 70 punti per Relazione tecnico-progettuale e le relative schede tecniche (precisamente: 10 punti per la rilevazione del gradimento del servizio da parte dell'utenza, cioè 10 punti per due rilevazioni per anno scolastico e 5 punti per una rilevazioni per anno scolastico; 10 punti per le analisi annue da parte di un laboratorio accreditato ISO/IEC 17025 su derrate ed attrezzature; massimo 20 punti per gli alimenti biologici utilizzati, cioè massimo: 7 punti per la pasta; 6 punti per l'olio extravergine; 4 punti per il pomodoro, 2 punti per le uova; e 1 punto per la farina; 10 punti per l'impiego di prodotti a Km. zero, cioè 10 punti per due prodotti a Km. zero e 4 punti per un prodotto a Km. zero; 10 punti per il rinfresco annuo gratuito, cioè 10 punti se destinato a 60 persone e 5 punti se destinato a 40 persone; e 10 punti per la seconda razione di frutta) e massimo 30 punti per l'offerta economica (ribasso percentuale sul prezzo unitario di € 3,97 ed indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza aziendale), alla cui valutazione sarebbero stati ammessi solo i concorrenti, che avessero conseguito meno di 45 punti nella valutazione dell'offerta tecnica.

Il bando e disciplinare di gara all'art. 13 ha disciplinato le modalità di presentazione dell'offerta "in forma telematica": 1) specificando: la strumentazione tecnica ed informatica necessaria per la partecipazione alla gara; le modalità di registrazione alla Sezione dell'Albo Fornitori; e le modalità di caricamento della documentazione amministrativa, tecnica ed economica; 2)

prevedendo, oltre al termine delle ore 12,00 dell'1.4.2019 per la richiesta di chiarimenti, il termine perentorio delle ore 12,00 del 5.4.2019 per la registrazione alla Sezione dell'Albo Fornitori, 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 delle ore 12,00 del 5.4.2019, mentre il file dell'offerta economica avrebbe dovuto essere trasmesso o caricato dopo l'esame della documentazione amministrativa e delle offerte tecniche, entro un termine successivo, che sarebbe stato comunicato ai concorrenti.

La Commissione giudicatrice:

-nella seduta del 9.4.2019 ha esaminato la documentazione amministrativa dei 5 offerenti, ammettendoli tutti al prosieguo di gara (cfr. verbale n. 1 del 9.4.2019);

-nella seduta del 16.4.2019 ha esaminato e valutato le offerte tecniche, attribuendo il punteggio massimo di 70 punti alla SLEM S.r.l. ed alla Cooperativa Sociale Onlus C.D.S. (cfr. verbale n. 2 del 16.4.2019);

-nella seduta del 7.5.2019 ha aperto i file delle offerte economiche, ma ha sospeso tale attività, in quanto non era stato possibile aprire tali file, recanti tutti l'indicazione "formato file dell'offerta non supportato", chiedendo al gestore della piattaforma informatica della Centrale Unica di Committenza ASMEL "di voler rendere visibili le offerte presentate, solo nel caso in cui possano essere sanabili" (cfr. verbale n. 3 del 7.5.2019);

-nella seduta, previa convocazione dei 5 offerenti, del 14.5.2019, alla quale ha partecipato anche il rappresentante della Cooperativa Sociale Onlus C.D.S. sig. Nicola Servedio, ha letto la pec del gestore della piattaforma informatica della Centrale Unica di Committenza ASMEL del 13.5.2019 e poi: 1) ha aperti i file

delle offerte economiche, aventi i seguenti ribassi: 17,20% Cooperativa Sociale Onlus C.D.S. e 14,87% SLEM S.r.l.; 2) poiché era stato rilevato che il file dell'offerta economica della Cooperativa Sociale Onlus C.D.S. non era marcato temporalmente ed il predetto rappresentante sig. Nicola Servedio aveva consegnato la ricevuta del file dell'offerta economica "caricato a sistema" ed aveva chiesto di effettuare ulteriori approfondimenti, la Commissione ha chiesto al gestore della piattaforma informatica della Centrale Unica di Committenza ASMEL la "conferma in merito alla mancanza di marcatura temporale all'offerta presentata" (cfr. verbale n. 4 del 14.5.2019);

-nella seduta del 21.5.2019, alla presenza del rappresentante della Cooperativa Sociale Onlus C.D.S. sig. Nicola Servedio, ha letto le pec del gestore della piattaforma informatica della Centrale Unica di Committenza ASMEL del 14 e del 15.5.2019, attestanti che il "file caricato in piattaforma dalla Cooperativa Sociale Onlus C.D.S. non presenta marcatura temporale", e perciò ha escluso dalla gara la predetta C.D.S. (cfr. verbale n. 5 del 21.5.2019);

-nel prosieguo della seduta del 21.5.2019 ha stilato la graduatoria con al 1° posto la SLEM S.r.l. con il punteggio complessivo di 100 punti, cioè i punteggi massimi di 70 punti per l'offerta tecnica e di 30 punti per l'offerta economica (cfr. verbale n. 6 del 21.5.2019).

Con pec del 13.6.2019 il Responsabile del procedimento ha respinto l'istanza di annullamento del predetto provvedimento di esclusione dalla gara, presentata dalla Cooperativa Sociale Onlus C.D.S. con pec del 3.6.2019.

La Cooperativa Sociale Onlus C.D.S. con il ricorso introduttivo, notificato il 20.6.2019 e depositato il 22.6.2019, ha impugnato:

1) il suddetto provvedimento di esclusione dalla gara, unitamente alla predetta pec del RUP del 13.6.2019, deducendo: a) l'errata applicazione del punto 13 del bando e disciplinare di gara, attesoche non avrebbe dovuto essere esclusa dalla

gara, in quanto in data 4.4.2019 alle ore 11,35 aveva redatto l'offerta economica telematica con l'apposizione della marcatura temporale, ma poi in data 17.4.2019 aveva erroneamente trasmesso alla (o caricato sulla) piattaforma informatica della Centrale Unica di Committenza ASMEL l'offerta economica, priva della marcatura temporale; b) la violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione dalle gare e del soccorso istruttorio di cui ai commi 8 e 9 dell'art. 83 D.Lg.vo n. 50/2016, attesoche, poiché la ricorrente aveva apposto all'offerta economica del 4.4.2019 la marcatura temporale, tale offerta economica non poteva più essere modificata e, comunque, la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire alla ricorrente il deposito dell'offerta economica, redatta alle ore 11,35 del 4.4.2019, munita della marcatura temporale "36768a24262c004f", al fine di verificare la sua coincidenza con quella trasmessa alla (o caricata sulla) piattaforma informatica della Centrale Unica di Committenza ASMEL; c) l'eccesso di potere per motivazione generica e/o insufficiente, in quanto la Commissione giudicatrice con l'impugnato provvedimento di esclusione ed il Responsabile del procedimento con l'impugnata pec del 13.6.2019 si sono limitati ad affermare rispettivamente che il "file caricato in piattaforma dalla Cooperativa Sociale Onlus C.D.S. non presenta marcatura temporale" e che l'istanza di autotutela del 3.6.2019 della ricorrente non poteva essere accolta;

2) i punti 13, rubricato "Modalità di presentazione dell'offerta", e 15, rubricato "Soccorso istruttorio", del bando e disciplinare di gara, in quanto, se dovessero essere interpretati nel senso che l'erroneo invio dell'offerta economica senza la marcatura temporale, già apposta entro il termine perentorio prestabilito dalla lex specialis, comporterebbe l'esclusione dalla gara, avrebbero dovuto essere dichiarati nulli ai sensi dell'art. 83, comma 8, D.Lg.vo n. 50/2016.

Con l'atto di motivi aggiunti, notificato il 9.9.2019 e depositato nella stessa giornata del 9.9.2019, la cooperativa ricorrente ha impugnato la Determinazione n. 15 del 17.7.2019, con la quale il Responsabile del Settore Amministrativo del Comune di Ripacandida ha emanato il provvedimento di aggiudicazione in favore della SLEM S.r.l., deducendo gli stessi motivi, già articolati con il ricorso introduttivo.

Si è costituito in giudizio il Comune di Ripacandida, il quale ha sostenuto l'infondatezza del ricorso introduttivo e dell'atto di motivi aggiunti.

Si è pure costituita con memoria di stile l'aggiudicataria SLEM S.r.l..

All'Udienza Pubblica del 2.10.2019 il ricorso introduttivo e l'atto di motivi aggiunti sono passati in decisione.

Il ricorso introduttivo e l'atto di motivi aggiunti sono infondati.

Al riguardo, va rilevato che, come specificato dallo stesso punto 13 del bando e disciplinare della gara in esame, la marcatura temporale "è il risultato che della procedura informatica che consente di dare certezza all'ora ed al minuto di chiusura dell'offerta".

Pertanto, una volta apposta ad un'offerta economica la marcatura temporale, identificata da un apposito numero di serie, risulta garantita la certezza del tempo entro cui l'offerta è stata redatta, 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 dalla lex specialis di gara, in quanto con la predetta coincidenza del numero di serie di marcatura temporale vi è l'assoluta certezza che l'offerta, formulata entro il termine perentorio prestabilito dalla lex specialis di gara, non è stata successivamente modificata.

Ed invero, senza l'invio del numero di serie di marcatura temporale entro il termine perentorio prestabilito dalla lex specialis di gara, i partecipanti ad 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.

Dalla documentazione acquisita in giudizio (cfr. il doc. n. 1, allegato al ricorso) risulta che la ricorrente in data 4.4.2019 alle ore 11,35 -e perciò entro il termine perentorio stabilito dalla lex specialis delle ore 12,00 del 5.4.2019- aveva redatto l'offerta economica telematica con l'apposizione della firma digitale e della marcatura temporale e, come prescritto "a pena di esclusione" dal predetto punto 13, 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" ed "al termine di tale processo il sistema" aveva generato la "PEC di avvenuto esito positivo di acquisizione", più precisamente era stata generata dalla piattaforma informatica della Centrale Unica di Committenza ASMEL la pec, attestante la notifica "in data 4.4.2019 e ora 12,03,38" dell'inserimento a sistema del seguente numero di serie di marcatura temporale: 36768a24262c004f".

Ed invero tale circostanza risulta confermata anche dal gestore della piattaforma informatica della Centrale Unica di Committenza ASMEL con la pec del 4.6.2019 (cfr. doc. n. 7, allegato al ricorso).

Comunque, l'impugnato punto 13 del bando e disciplinare di gara va interpretato nel senso che le offerte economiche dovevano essere successivamente inviate munite di marcatura temporale e tale disposizione della lex specialis non può essere dichiarata nulla ai sensi dell'art. 83, comma 8,

D.Lg.vo n. 50/2016, in quanto la marcatura temporale è un elemento costitutivo dell'offerta telematica e da ciò discende che il successivo invio da parte della ricorrente dell'offerta telematica, priva di marcatura temporale, non poteva non essere sanzionato con l'esclusione della gara, anche perché, come evidenziato dal Comune di Ripacandida, ai sensi dell'art. 83, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016 le carenze delle offerte economiche non possono essere sanate con il soccorso istruttorio.

A quanto sopra consegue la reiezione delle domande impugnatorie, proposte con il ricorso introduttivo e l'atto di motivi aggiunti, ed anche delle connesse domande risarcitorie, in quanto, ai fini dell'ammissibilità del risarcimento dell'interesse legittimo, risulta necessario e vincolante il previo e/o contestuale accertamento dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

Ai sensi degli artt. 91 e 92, comma 2, C.P.C., le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidati in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata respinge il ricorso introduttivo e l'atto di motivi aggiunti.

Condanna la Cooperativa ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, che vengono liquidate in complessivi € 2.500,00 oltre IVA e CPA in favore del Comune di Ripacandida ed in complessivi € 500,00 oltre IVA e CPA in favore della controinteressata SLEM S.r.l..

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 2 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere, Estensore

Benedetto Nappi, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Pasquale Mastrantuono**

**IL PRESIDENTE**  
**Fabio Donadono**

**IL SEGRETARIO**