



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N. 789**

**DEL 19 luglio 2017**

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da INPS – Direzione regionale Marche – Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per la realizzazione di impianto di climatizzazione dei piani primo e secondo della Direzione Provinciale INPS di Pesaro – Importo a base di gara: euro 155.556,99 - S.A.: INPS – Direzione regionale Marche

**PREC 10/17/L**

**Appalti di lavori sottosoglia - procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando - avviso esplorativo - selezione tramite sorteggio - mancata ricezione invito trasmesso tramite PEC - autotutela**

Nel caso in cui la stazione appaltante abbia reso nota, tramite la pubblicazione di un avviso esplorativo, l'intenzione di aggiudicare una procedura negoziata per l'affidamento di lavori di importo complessivo inferiore a un milione stabilendo, altresì, il criterio di selezione (sorteggio in seduta pubblica) e il numero massimo delle imprese da invitare (20), la mancata ricezione dell'invito da parte di un operatore economico sorteggiato, dovuta ad anomalie del sistema, non è imputabile al destinatario.

**Artt. 57, comma 6 e 122, comma 7, d.lgs. n. 163/2006**

### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza singola prot. n. 177004 del 30 novembre 2016 presentata da INPS – Direzione Regionale Marche nella quale la stazione appaltante ha rappresentato di avere svolto la procedura negoziata di cui agli artt. 122, comma 7 e 57, comma 6, d.lgs. n. 163/2006 a seguito di espletamento di indagine di mercato tramite pubblicazione di avviso esplorativo e sorteggio in seduta pubblica di n. 20 operatori economici (sui 63 manifestanti interesse) da invitare alla gara e di avere appreso, solo al termine della procedura, a seguito di segnalazione di una delle imprese sorteggiate (ISE s.r.l.), che la trasmissione dell'invito tramite PEC alla stessa ISE s.r.l. non era andata a buon fine;

VISTO che, secondo quanto rappresentato dall'istante, a seguito della segnalazione di ISE, «l'ufficio ha fatto un accurato controllo ed è emerso che in effetti a causa di un'anomalia del sistema di consegna delle PEC non è stata segnalata con il normale messaggio di notifica di “Mancata consegna” la mancata notifica della PEC alla ditta»;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

VISTA la istanza formulata dall'operatore economico alla stazione appaltante di sospensione della procedura negoziata e di riedizione della stessa con invito a partecipare esteso a ISE S.r.l.;

VISTO il quesito posto dalla stazione appaltante finalizzato a «chiarire se la procedura possa ritenersi validamente espletata»;

VISTO il comma 7 dell'art. 122 del d.lgs. n. 163/2006 che prevede che «i lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, ad almeno dieci soggetti e, per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, ad almeno cinque soggetti se sussistono aspiranti idonei in tali numeri»;

CONSIDERATO che «L'art. 122, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006 consente l'affidamento mediante procedura negoziata ad inviti, senza previo bando, degli appalti ricadenti sotto una certa soglia di valore. (...) la disposizione in parola, in relazione ai criteri di scelta delle imprese da invitare, rinvia al comma 6, dell'art. 57, a mente del quale le stazioni appaltanti devono, fra l'altro, procedere alla selezione utilizzando criteri trasparenti che consentano, a turno, a tutte le imprese interessate, di accedere alle commesse di volta in volta approvate (*ex multis*: T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 6 dicembre 2012, n. 2941)» e che, in tali casi «la stazione appaltante ha l'obbligo di consultare più operatori economici e di negoziare con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. L'amministrazione deve in ogni caso esplicitare i criteri che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare e, in caso di avviso preventivo, detti criteri devono essere specificati nello stesso» (Parere di precontenzioso n. 5 del 29 luglio 2014);

CONSIDERATO che, nel caso di specie, la stazione appaltante, con un avviso esplorativo ha reso noto l'intenzione di aggiudicare quattro procedure negoziate tra cui quella in esame e ha stabilito il criterio di selezione (sorteggio in seduta pubblica) e il numero massimo delle imprese da invitare (20);

VISTA la giurisprudenza (Ad. Plenaria Cons. Stato n. 33/2014) che, in tema di comunicazioni tramite PEC di atti processuali, ha rilevato, in generale, che la posta elettronica certificata risulta assistita, sul piano tecnico, dall'utilizzo di protocolli di trasmissione che ne assicurano l'assoluta affidabilità, e pertanto al destinatario che intenda contestarne, in concreto, la valenza non resta che dedurre il difetto di funzionamento del sistema o una causa di forza maggiore, come tale non imputabile al destinatario, che gli abbia impedito la ricezione del messaggio;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

VISTA la determinazione n. 17 del 10 luglio 2002, in ordine all'esercizio dell'autotutela da parte della pubblica amministrazione, laddove evidenzia che "la illegittimità della procedura di gara giustifica l'esercizio del potere di autotutela nel caso in cui l'aggiudicazione sia stata determinata sulla base di vizi inerenti la procedura di gara, che doveva essere espletata assicurando il puntuale rispetto della concorrenza tra imprese e la par condicio delle stesse, occorrendo peraltro che vengano individuati da parte della stazione appaltante tutti gli interessi pubblici attuali, distinti dal mero interesse al ripristino della situazione di legittimità che giustifica la rimozione dell'atto viziato. Fra gli elementi che devono formare oggetto della valutazione da parte della stazione appaltante vi è quello che attiene all'economicità dell'azione amministrativa, che potrebbe venir meno nel caso si disponesse una revoca quando i lavori sono in una fase di esecuzione avanzata tale da far ritenere non conveniente sotto detto profilo lo scioglimento del contratto";

RITENUTO che, essendo stato accertato, nel caso di specie, il difetto di funzionamento del sistema, come tale non imputabile al destinatario, occorre che la S.A. valuti, sulla base dei principi sopra esposti, l'esercizio del potere di autotutela;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- il difetto di funzionamento del sistema non è imputabile al destinatario, pertanto occorre che la S.A. valuti, sulla base dei principi sopra esposti, l'esercizio del potere di autotutela.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 luglio 2017

Il Segretario Maria Esposito