Delibera n. 968 del 23 ottobre 2019

Fascicolo 3739/2019

Oggetto: Attuazione Accordo di programma quadro per la tutela delle risorse idriche del bacino Fratta - Gorzone. Scelta di un socio operativo per creare una nuova società cui affidare la progettazione, la realizzazione e la gestione di un impianto per il trattamento dei fanghi prodotti dagli impianti di depurazione di Arzignano e Montebello Vicentino – CIG 7995138498.

Riferimenti normativi: art. 2, co. 2, D.Lgs. 33/2013, artt. 29, 72, 74, 129, D.Lgs. 50/2016; Allegato XIV D.Lgs. 50/2016.

Parole chiave: pubblicazione documenti di gara – registrazione portale telematico.

Massima

Alla luce del combinato disposto dell'art. 29, co. 1 e dell'art. 74 co. 1 D.Lgs. 50/2016 nonché dell'art. 2 co. 2 D.Lgs. 33/2013, in via generale, sussiste l'obbligo di pubblicare e rendere liberamente accessibili i documenti relativi alla gara (ed in particolare quelli recanti i requisiti di partecipazione e i criteri di aggiudicazione), senza restrizioni o ulteriori forme di limitazione; in caso di gara gestita su piattaforma telematica, deve ritenersi illegittima la lex specialis di gara che subordini l'accesso alla complessiva documentazione di gara alla previa registrazione, autenticazione o identificazione del soggetto.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e successive modificazioni;
Visto il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 5 ottobre 2018, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 241 del 16 ottobre 2018;

Considerato in fatto

A seguito di estrazione dalla BDNCP della procedura di affidamento in oggetto, con comunicazione inviata alla stazione appaltante in data 23.9.2019 è stato avviato un procedimento di vigilanza, ove sono state contestate le violazioni:

- degli art. 2 co. 2 D.Lgs. 33/2013, nonché degli artt. 29, 72 e 74 del D.Lgs. 50/2016, in materia di trasparenza, per omessa integrale pubblicazione della documentazione di gara, in quanto la maggior parte della documentazione era accessibile solo previa registrazione al portale delle gare telematiche della stazione appaltante;

– dell'art. 129 co. 1 D.Lgs. 50/2016, per omessa indicazione nel bando di gara delle informazioni previste dall'Allegato XIV al D.Lgs. 50/2016 (condizioni di partecipazione, criteri di aggiudicazione e forma giuridica dei partecipanti), essenziali alla partecipazione e all'assegnazione dell'affidamento; in particolare, tali informazioni erano contenute esclusivamente nel disciplinare di gara, accessibile solo previa registrazione al portale telematico.

Con nota di riscontro dell'8.10.2019 (prot. I. 78756), la stazione appaltante ha comunicato di essersi adeguata ai rilievi formulati pubblicando tutta la documentazione di gara in chiaro (sul portale telematico delle gare) nonché modificando l'avviso di gara ed inserendo gli elementi occorrenti alla partecipazione (condizioni di partecipazione, criteri di aggiudicazione e forma giuridica dei partecipanti), mediante rinvio al disciplinare di gara ormai "accessibile" in chiaro sul portale telematico.

La stazione appaltante ha altresì eccepito che l'omessa pubblicità degli elementi essenziali non ha inciso sulla legittimità della procedura, in quanto, in via di fatto, la registrazione avviene per finalità statistiche e secondo modalità non discriminatorie e comunemente possedute dagli o.e. presenti sul mercato.

Inoltre, la stazione appaltante ritiene che sia comunque stato rispettato il termine minimo di 35 giorni per la presentazione delle offerte (previsto dall'art. 60 D.Lgs. 50/2016), atteso che la pubblicazione completa della documentazione (in chiaro sul portale telematico) è avvenuta in data 23.9.2019 e il termine di scadenza di presentazione delle offerte è fissato per il 23.12.2019

Considerato in diritto

Preliminarmente deve prendersi atto della circostanza che la stazione appaltante, con la pubblicazione in chiaro della documentazione di gara e con l'integrazione dell'avviso, si è adeguata ai rilievi formulati con la comunicazione di avvio del procedimento.

Resta comunque opportuno svolgere delle considerazioni sia di carattere generale sia più specificamente connesse alla procedura di affidamento in oggetto.

Sotto il profilo di carattere generale giova richiamare la normativa di riferimento.

L'art. 29 co. 1, prima parte, D.Lgs.50/2016 dispone che "*Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente" con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*".

L'art. 74 co. 1 del D.Lgs.50/2016 (richiamato dall'art. 127 co. 1 D.Lgs. 50/2016, applicabile ai settori speciali, qui in rilievo) dispone che "*Le stazioni appaltanti offrono un accesso gratuito, illimitato e diretto, per via elettronica, ai documenti di gara a decorrere dalla data di pubblicazione di un avviso conformemente agli articoli 70 e 72 o dalla data di invio di un invito a confermare interesse. Il testo dell'avviso o dell'invito a confermare interesse indica l'indirizzo Internet presso il quale i documenti di gara sono accessibili*".

L'art. 2 co. 2 D.Lgs. 33/2013 dispone che "*Ai fini del presente decreto, per pubblicazione si intende la pubblicazione, in conformità alle specifiche e alle regole tecniche di cui all'allegato A, nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, cui corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione*".

Dal combinato disposto delle citate norme emerge che i documenti relativi alla gara (ed in particolare quelli recanti i requisiti di partecipazione e i criteri di aggiudicazione), in via generale, devono essere pubblicati ed essere liberamente accessibili, senza restrizioni o ulteriori limitazioni.

Ove invece (come nel caso in esame) l'accesso completo alla documentazione di gara avviene solo previa registrazione al portale telematico del soggetto interessato risulta violato l'art. 2 co. 2 D. Lgs. 33/2013, nonché i richiamati artt. 29 e 74 D.Lgs. 50/2016.

In tal caso, inoltre, è frustrato il diritto riconosciuto a chiunque all'immediata e diretta conoscibilità dell'attività amministrativa (art. 1 co.1 e art. 3 co. 1 D.Lgs. 33/2013) ed è ostacolata, o comunque aggravata, l'attività di vigilanza dell'A.N.AC. (art. 213 D.Lgs. 50/2016).

Peraltro, nell'attuale sistema, le limitazioni all'accesso alla documentazione di gara assumono carattere tipizzato e residuale, essendo, ad esempio, legate alla complessità dei documenti (art. 52 D.Lgs. 50/2016), alla tutela della riservatezza (art. 53 D.Lgs. 50/2016) o alla tutela della segretezza (art. 162 D.Lgs. 50/2016).

La legittimità dell'obbligo di registrazione deve parimenti escludersi, anche ove voglia ritenersi questo un mero *modus* del diritto di accesso del cittadino o siano perseguite esclusivamente finalità statistiche (come pure eccepito dalla stazione appaltante): tale onere è, infatti, espressamente escluso dall'art. 2 co. 2 D.Lgs. 33/2013 (nella parte in cui vieta la autenticazione e la identificazione) e, nel contempo, non è giustificato da alcun interesse della stazione appaltante idoneo a derogare o a rendere anche solo più gravoso l'esercizio del diritto di accesso in questione.

Alla luce del combinato disposto dell'art. 29, co. 1 e dell'art. 74 co. 1 D.Lgs. 50/2016 nonché dell'art. 2 co. 2 D.Lgs. 33/2013, in via generale, sussiste l'obbligo di pubblicare e rendere liberamente accessibili i documenti relativi alla gara (ed in particolare quelli recanti i requisiti di partecipazione e i criteri di aggiudicazione), senza restrizioni o ulteriori forme di limitazione; in caso di gara gestita su piattaforma telematica, deve ritenersi illegittima la *lex specialis* di gara che subordini l'accesso alla complessiva documentazione di gara alla previa registrazione, autenticazione o identificazione del soggetto.

Appare in tal senso opportuno formulare una raccomandazione, ai sensi dell'art. 12 co. 1 lett. b) reg. vigilanza, in ordine al rispetto *pro futuro* dell'obbligo di pubblicare in chiaro i documenti di gara, senza subordinarne l'accesso ad obbligo di registrazione, autenticazione o identificazione.

Con specifico riferimento alla procedura in oggetto, si prende atto dell'avvenuta modifica dell'avviso di gara (mediante l'inserimento degli elementi essenziali, in un primo momento omessi) e della pubblicazione dello stesso. Tuttavia, deve osservarsi che:

- il bando di gara è stato pubblicato in data 1.8.2019;
- il termine per la scadenza delle offerte è stato fissato al 23.12.2019;
- l'integrazione postuma dell'avviso e la pubblicazione completa dei documenti di gara è avvenuta in data 23.9.2019, senza modifica dell'originario termine di presentazione delle offerte.

Il termine iniziale di presentazione delle offerte (di 145 giorni), dunque, è rimasto inalterato, anche in occasione della modifica dell'avviso da parte della stazione appaltante.

Al riguardo deve richiamarsi un consolidato orientamento (TAR Veneto, sez. I, 940/2018; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, n. 1351/2017; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, n. 1445/2017; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, n. 248/2015) in virtù del quale, per evidenti ragioni di *par condicio*, le modifiche significative degli atti di gara implicano la riapertura o la modifica dei termini di partecipazione, al fine di consentire a tutti i concorrenti di trovarsi nelle medesime condizioni e, in particolare, di usufruire del medesimo termine di partecipazione.
Peraltro, non è condivisibile l'interpretazione suggerita dalla stazione appaltante dell'art. 60 D.Lgs. 50/2016, in quanto la norma indica solo un termine minimo che la *lex specialis* deve fissare, individuato il quale, a tutti i potenziali concorrenti deve essere garantito il rispetto del medesimo periodo occorrente alla formulazione delle offerte.
Anche sotto questo profilo, pertanto, appare opportuno rivolgere alla stazione appaltante una raccomandazione, ai sensi dell'art. 12 co. 1 lett. b) reg. vigilanza, volta a verificare se la modifica dell'avviso di gara abbia inciso sulla *par condicio partecipationis* e, in caso positivo, di procedere alla proroga del termine di presentazione delle offerte per un periodo pari a quello in cui la documentazione di gara non è stata liberamente accessibile, anche la fine di evitare contestazioni di qualsivoglia natura.

Tutto ciò premesso e considerato,

Delibera

di esprimere le seguenti raccomandazioni, ai sensi dell'art. 12 co. 1 lett. b) e dell'art. 22 co. 1 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, invitando la stazione appaltante:

- al rispetto *pro futuro* dell'obbligo di pubblicare in chiaro i documenti di gara, senza subordinarne l'accesso alla previa registrazione, autenticazione o identificazione;
- nell'ambito della procedura di gara in oggetto (CIG 7995138498), a verificare se la modifica all'avviso di gara abbia inciso sulla *par condicio partecipationis* e, in caso positivo, di prorogare il termine di presentazione delle offerte per un periodo pari a quello in cui la documentazione di gara non è stata liberamente accessibile.

La stazione appaltante è altresì invitata a comunicare all'A.N.AC. le determinazioni al riguardo assunte, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente delibera, ai sensi dell'art. 22 co. 2-3 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.
La richiesta è formulata ai sensi dell'art. 213, co. 13 del d.lgs. 50/2016.

Il presente provvedimento è pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 31 ottobre 2019.
Il Segretario, *Maria Esposito*