



DELIBERA N. 112

9 marzo 2022

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Giancaterino Costruzioni S.a.s. – Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per "Regimazione reti acque bianche in località Marina e sistemazione fosso" - Importo a base di gara: 454.763,82 € - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Comune di Città Sant'Angelo (PE)
PREC 18/2022/L

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 marzo 2022

Vista l'istanza, acquisita al prot. n. 2655 del 17 gennaio 2022, successivamente regolarizzata ai sensi dell'art. 4, comma 2, Regolamento precontenzioso con prot. n. 5770 del 26 gennaio 2022, con la quale l'operatore economico Giancaterino Costruzioni S.a.s., ultimo graduato nella gara in epigrafe, ha contestato la regolarità dello svolgimento della procedura negoziata per i due seguenti motivi:

- i)* l'anticipazione della scadenza del termine di presentazione delle offerte disposta dopo l'invio delle lettere d'invito;
- ii)* la nomina della commissione aggiudicatrice deliberata tre mesi prima del termine della presentazione delle offerte.

Con riferimento alla prima doglianza, l'istante ha rappresentato di avere ricevuto, dopo essere stato invitato a partecipare alla procedura negoziata, una comunicazione a mezzo PEC a firma del responsabile del Settore tecnico che lo informava che "la scadenza per l'inserimento dell'offerta è fissata alla seguente data e ora 10/12/2021 13:00". L'effetto della comunicazione era quello di anticipare la scadenza già fissata nella lettera d'invito per le ore 13 del 14/12/2021. Solo a seguito della pubblicazione del verbale, l'istante si avvedeva che le altre ditte partecipanti avevano presentato le rispettive offerte entro il diverso e più lungo termine indicato nella lettera d'invito e, in sede di riscontro all'istanza di accesso agli atti, gli veniva riferito che la PEC era stata generata automaticamente dal sistema informativo Myo in fase di integrazione della documentazione allegata alla procedura di affidamento e che era stata trasmessa a tutti i concorrenti. Ad avviso dell'istante, l'aggiudicazione disposta nei confronti del primo classificato dovrebbe essere annullata ed al contempo disposta in suo favore, in quanto unico partecipante ad aver rispettato il nuovo termine di presentazione delle offerte. In subordine, chiede che, a fronte dell'illegittima turbativa della gara determinata dal malfunzionamento della piattaforma, sia valutata la legittimità dell'intera procedura.

Con riferimento alla seconda doglianza, secondo l'istante la nomina della commissione antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte violerebbe l'art. 77, comma 7, d.lgs. n. 50/2016, che sancisce che la nomina deve avvenire in un momento successivo a tale fase. Inoltre, difetterebbero anche le dichiarazioni dei commissari inerenti alle incompatibilità ai sensi del medesimo art. 77 d.lgs. n. 50/2016;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 28 gennaio 2022 con nota prot. n. 6402;

Visto quanto ulteriormente argomentato dall'istante, nella nota prot. n. 7804 del 3 febbraio 2022, circa la scarsa chiarezza delle circostanze che hanno condotto all'invio della comunicazione recante l'anticipazione del termine per la presentazione delle offerte nonché sul legittimo affidamento riposto



nella notifica trasmessa a mezzo della PEC istituzionale del Comune, che lo ha indotto ad anticipare di diversi giorni la predisposizione della documentazione necessaria rispetto alle imprese concorrenti;

Visto quanto rappresentato e prodotto dal Comune di Città Sant'Angelo con nota prot. n. 1087 del 14 febbraio 2022, nonché dal fornitore della piattaforma di e-procurement GA-T.IT utilizzata per la gara con nota prot. n. 11264 del 15 febbraio 2022, a seguito di specifica richiesta della scrivente di cui alla nota prot. n. 9857 del 10 febbraio 2022. Il fornitore ha riferito che la comunicazione a mezzo PEC a firma del RUP ricevuta da Giancaterino Costruzioni S.a.s. è uno di quegli "avvisi di cortesia" che vengono inviati in modo automatico dalla piattaforma, che nel caso di specie era finalizzato ad informare i partecipanti dell'avvenuta integrazione di un documento. Ha anche chiarito di avere verificato *"un'anomalia o un bug, dove veniva presa come data per il messaggio automatico quella relativa alla data scadenza per la presentazione dei chiarimenti"*, e ha ribadito che la stessa comunicazione è stata inoltrata a tutti gli operatori economici partecipanti senza per questo indurli a dubitare della data di scadenza indicata nella documentazione di gara e riportata in modo inequivocabile in vari punti della piattaforma di e-procurement, ivi inclusa la finestra di caricamento dell'offerta. La stazione appaltante ha precisato di avere avuto contezza dell'invio della PEC solo a seguito della segnalazione dell'operatore economico Giancaterino Costruzioni S.a.s., dopo la scadenza del termine, in data 15 dicembre 2021;

Vista la documentazione acquisita agli atti, e, in particolare, la comunicazione alla base della doglianza formulata dall'istante, la quale risulta essere stata trasmessa dall'indirizzo PEC istituzionale del Comune (lo stesso dal quale è stata inviata la lettera d'invito), risulta firmata dal RUP e reca, nella prima parte, la notizia dell'avvenuta integrazione di documentazione inerente gli allegati al disciplinare e, nella seconda parte, l'indicazione della scadenza per l'inserimento delle offerte, che risulta anticipata di 4 giorni rispetto a quella prevista nella lettera di invito, seguita dal link per accedere direttamente alla piattaforma e caricare l'offerta;

Considerato che, da quanto rappresentato dalla stazione appaltante e dal fornitore della piattaforma di e-procurement, la comunicazione via PEC è stata inviata automaticamente dal sistema informatico con una finalità diversa da quella della variazione della data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte e l'indicazione errata di tale data sarebbe dovuta a una anomalia, o bug, della quale invero non è stata fornita evidenza ma che, in assenza di elementi oggettivi che depongano in senso contrario, è data per acquisita ai fini del presente parere;

Considerato che la giurisprudenza amministrativa, con riferimento alle gare svolte con il supporto di piattaforme informatiche, ha affermato a più riprese che le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi sono da ritenersi collocate in una posizione necessariamente servente rispetto a questi, non essendo concepibile che l'ordinato svolgimento dei rapporti fra privato e pubblica amministrazione sia ostacolato da problematiche di tipo tecnico. Dalla natura meramente strumentale dell'informatica applicata all'attività della pubblica amministrazione, il giudice amministrativo fa discendere il corollario dell'onere dell'amministrazione di accollarsi il rischio dei malfunzionamenti e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui la stessa si avvale, essendo evidente che l'agevolazione che deriva all'amministrazione, sul fronte organizzativo interno, dalla gestione digitale dei flussi documentali, deve essere controbilanciato dalla capacità di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che possono verificarsi nell'utilizzo dei sistemi (Cfr. TAR Puglia, Bari, I, n. 1094/2015; TAR Lombardia, Milano, I, n. 40/2019; Tar Puglia, Lecce, II, n. 977/2019; TAR Puglia, Bari, III, n. 461/2020);

Considerato che, nel caso in esame, l'anomalia del sistema informatico ha comportato la diffusione di informazioni errate riguardanti un dato – il termine per la presentazione delle offerte - di fondamentale importanza per il corretto svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica. Inoltre, essendosi di fatto tradotta nella (apparente) anticipazione della scadenza, avrebbe potuto avere un effetto preclusivo della partecipazione nei confronti dell'operatore economico invitato che si fosse trovato nell'impossibilità di rispettare il diverso e ridotto termine. Tale circostanza appare indicativa di una negligente gestione della



procedura tramite la piattaforma informatica da parte della stazione appaltante, aggravata dal fatto che, nonostante il considerevole lasso temporale trascorso (più di dieci giorni), la stessa amministrazione non si è avveduta del malfunzionamento fino al momento della segnalazione della Giancaterino Costruzioni S.a.s. e pertanto non ha adottato alcuna iniziativa utile a chiarire ai partecipanti che la diversa scadenza indicata nella comunicazione era frutto di un refuso;

Ritenuto tuttavia che, nonostante la negligenza dimostrata dalla stazione appaltante nella gestione della procedura, nel caso in esame non pare revocabile in dubbio che la data da considerare utile al fine della presentazione delle offerte sia quella indicata nella lettera di invito, e soprattutto nella piattaforma informatica, rimasta immutata dopo la comunicazione. Depone inequivocabilmente per questa soluzione il principio che orienta l'interpretazione delle eventuali ambiguità della *lex specialis* di gara verso l'opzione favorevole alla più ampia partecipazione, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale;

Ritenuto pertanto che la stazione appaltante ha correttamente accettato le offerte presentate entro la scadenza indicata nella lettera d'invito e nella piattaforma di e-procurement, benché successive alla data del 10 dicembre, sicché non pare fondata la richiesta di esclusione degli operatori economici che precedono l'istante nella graduatoria;

Considerato ulteriormente che il potenziale effetto preclusivo della partecipazione indotto dalla apparente anticipazione della scadenza in realtà non si è prodotto, perché tutte le imprese invitate, ivi compreso l'operatore economico istante, hanno potuto presentare regolarmente la propria offerta. Inoltre, Giancaterino Costruzioni S.a.s. non ha fornito neppure un principio di prova in ordine al supposto danno subito per avere presentato l'offerta prima degli altri concorrenti. Danno che in effetti appare molto difficilmente configurabile, tenuto conto che la procedura è aggiudicata con il criterio del minor prezzo e l'istante si è classificato all'ultimo posto della graduatoria con un livello di ribasso (7,110%) molto distante da quello dell'aggiudicatario (21%), così che non si ravvede come un maggior tempo a disposizione avrebbe consentito la presentazione di un'offerta più competitiva;

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che la regolarità della gara non sia stata compromessa dal malfunzionamento della piattaforma;

Considerato, con riferimento al secondo motivo di doglianza, che l'art. 77 d.lgs. n. 50/2016 detta la disciplina applicabile alla Commissione giudicatrice cui è affidata la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico nelle procedure aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come previsto dal comma 1 dello stesso articolo. Come osservato dalla giurisprudenza (con riferimento alla omologa disposizione di cui all'art. 84 del previgente Codice), le puntuali disposizioni contenute nella norma «*concernenti le modalità di nomina e la composizione della commissione di gara in tanto si spiegano in quanto nelle procedure in cui la selezione delle offerte avviene secondo criteri di carattere discrezionale – e non già meramente meccanicistico come quelle da aggiudicare sulla base del massimo ribasso, per le quali nulla è infatti previsto – occorre assicurare la massima imparzialità, trasparenza e competenza dei soggetti preposti alla formulazione dei giudizi tecnici sulle offerte*» (Consiglio di Stato, V. n. 780/2016). In particolare, il principio della posteriorità della nomina della Commissione giudicatrice, di cui al comma 7 dell'art. 77, risponde alla funzione di prevenire possibili contatti fra imprese interessate a partecipare alla gara ed i commissari, in sede di formulazione dell'offerta, in modo da evitare situazioni in cui le offerte siano influenzate dalle preferenze, anche solo presunte o supposte, dei commissari, ed è posta a presidio quindi del leale confronto concorrenziale e, più in generale, della trasparenza e della imparzialità della procedura. Ne consegue che il caso di specie, trattandosi di procedura negoziata la cui aggiudicazione è sottratta a qualsiasi valutazione discrezionale - visto che il criterio di aggiudicazione è quello del minor prezzo e non è prevista neppure la presentazione di un'offerta tecnica di cui verificare la conformità ad eventuali requisiti minimi indicati nel Capitolato speciale - non rientra nell'ambito di applicazione della norma;

Il Consiglio

ritiene, limitatamente alle questioni esaminate, per le motivazioni che precedono,

- la procedura negoziata conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 marzo 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Firmato digitalmente