



DELIBERA N. 237 dell'11 maggio 2022.

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 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 l'affidamento dei "Lavori di risanamento del dissesto idrogeologico in C.da Collemaggio" – CIG: 9005033450 - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: 494.404,80 euro – SA: Comune di Penne

PREC 59/2022/L-PB

Riferimenti normativi

Articolo 58 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Appalto pubblico – Lavori – Gare telematiche – Principio di pubblicità

Massima

La modalità telematica di svolgimento della gara, con caricamento della documentazione su piattaforma informatica messa a disposizione dei concorrenti, consente di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un'immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica. Si tratta di una modalità idonea a garantire la trasparenza, anche in assenza di seduta pubblica. Il principio di pubblicità delle sedute deve essere infatti rapportato non ai canoni storici che hanno guidato l'applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza dell'11 maggio 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 6586 del 28 gennaio 2022, relativa alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante contestava il provvedimento di aggiudicazione disposto dall'amministrazione nei confronti di De Leonibus Costruzioni S.r.l., in data 21 dicembre 2021, sostenendone l'illegittimità per i seguenti profili: in primo luogo, evidenziando una presunta illegittimità delle dichiarazioni presenti nei verbali di gara dai quali risultava una «palese dissonanza tra le date di effettivo accesso alla piattaforma virtuale da parte degli operatori economici, e quelle riguardanti la protocollazione delle stesse», tale da non rendere comprensibile «come sia possibile che l'acquisizione al protocollo comunale sia avvenuta in anticipo rispetto all'effettivo inoltro delle buste da parte di tutti i concorrenti alla gara»; in secondo luogo, una supposta illegittimità dovuta allo slittamento della data di insediamento del seggio di gara, riunitosi non come previsto nel bando di gara il 16 dicembre 2021, bensì



il 20 dicembre 2021; infine, una presunta violazione dell'articolo 77 del d.lgs. n. 50/2016, per difetto delle dichiarazioni di incompatibilità dei componenti della commissione;

VISTA la documentazione di gara in atti;

CONSIDERATO che l'istanza veniva inizialmente archiviata nell'Adunanza del Consiglio del 9 marzo 2022, ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera c) del Regolamento di Precontenzioso, dandone comunicazione alle parti con nota prot. n. 18283 dell'11 marzo 2022e che, in esito all'istanza di autotutela presentata con nota prot. n. 19202 del 16 marzo 2022, nell'adunanza del 30 marzo 2022, il Consiglio dell'Autorità disponeva il ritiro della precedente archiviazione ai fini dell'avvio del procedimento;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

RITENUTO che il parere possa essere reso ai sensi dell'articolo 11, comma 5, del Regolamento di precontenzioso;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 4 aprile 2022 con nota prot. n. 24823;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

VISTA la memoria prodotta dall'amministrazione che, nel sostenere la legittimità del proprio operato, riportava quanto dichiarato dalla società Studio Amica S.r.l.u., in qualità di Gestore del Sistema "TuttoGare" in uso dalla stessa per la gestione telematica della gara in questione rappresentando il seguente funzionamento del sistema: *«Ogni operatore economico iscritto alla piattaforma è riconosciuto da un identificato univoco che permette la tracciatura delle attività all'interno dei log di sistema. Allo stesso modo, il sistema assegna un identificativo univoco anche alle singole procedure di affidamento. Sempre al fine di garantire la tracciabilità nei log e nei database il sistema assegna infine un ulteriore ID (o codice univoco) al momento della prima interazione degli OOEE con la gara creando un record partecipante che tra le varie informazioni presenta: codice: ID Univoco del partecipante (codice partecipante); codice_utente: ID Univoco dell'utente Operatore Economico; codice_gara: ID Univoco della procedura di affidamento. Queste informazioni sono inserite in una tabella del database denominata r_partecipanti, il cui ID univoco (codice partecipante), rappresentando chiave univoca di identificazione del partecipante nella procedura, è riportato nei verbali con la dicitura Prot. A differenza di quanto succedeva con le gare cartacee, dove per ovvie motivazioni, i plichi dei partecipanti dovevano necessariamente pervenire in un unico momento, nelle gare telematiche l'operatore economico può presentare i suoi plichi in qualsiasi ordine o tempo entro i termini di partecipazione previsti dalla procedura, la libertà di presentazione non incide però sulla completezza della documentazione presentata, quindi per poter confermare la propria partecipazione l'Operatore Economico è obbligato a caricare tutte le buste previste dagli atti di gara. Il codice partecipante, assegnato in maniera sequenziale dal sistema, è utilizzato come chiave per collegare buste, offerte e informazioni di raggruppamento, rappresentando, dunque, l'identificativo da utilizzare anche in caso di eventuali perizie o analisi dei log di sistema. Data la rilevanza intrinseca del codice partecipante quale chiave primaria all'interno della struttura del database è stato utilizzato lo stesso come riferimento nei verbali, mentre l'effettiva conferma di partecipazione viene sancita con relativo messaggio PEC trasmesso sia al partecipante che alla stazione appaltante contenente la data e ora di invio della partecipazione e le impronte digitali dei file di busta inviati»*, fornendo altresì le informazioni di partecipazione del sistema relative all'operatore economico istante;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità delle indicazioni presenti nei verbali in merito alla presentazione delle offerte e ai relativi accessi alla



piattaforma, alla presunta mancata pubblicità della seduta di gara e alla mancanza delle dichiarazioni di incompatibilità dei componenti della commissione;

CONSIDERATO che, con riferimento alle contestazioni relative alle presunte violazioni poste in essere nella ricezione dei plichi e nelle relative dichiarazioni di cui ai verbali, le indicazioni fornite dall'amministrazione inerenti il sistema evidenziano in via di fatto il funzionamento della piattaforma e la giustificazione dei riferimenti riportati nei verbali, confermando l'insussistenza di un possibile *vulnus* ai principi generali in materia di contratti pubblici nell'operato della stazione appaltante;

CONSIDERATO che, relativamente alla contestazione inerente la mancata pubblicazione dello slittamento della seduta di gara, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire come declinare il principio di pubblicità delle sedute nelle gare telematiche, precisando che «la *modalità telematica di svolgimento della gara, con caricamento della documentazione su piattaforma informatica messa a disposizione dei concorrenti, consente di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un'immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica. Siffatta modalità di espletamento della procedura di gara è stata ritenuta dalla stessa giurisprudenza idonea a garantire la trasparenza, anche in assenza di seduta pubblica, anche per l'apertura delle offerte tecniche (e di quelle offerte economiche), per la maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti che offre*» (cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 22 marzo 2022, n. 1905; Consiglio di Stato, sez. V, 1 marzo 2021, n.1700; cfr. anche Consiglio di Stato, sez. III, 5 dicembre 2019, n.8333; Consiglio di Stato, sez. III, 13 dicembre 2018, n.7039; Consiglio di Stato, sez. III, 15 novembre 2016, n. 4990; Consiglio di Stato, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; Consiglio di Stato, V, 29 ottobre 2014, n. 5377);

CONSIDERATO che, in ragione di tali considerazioni, la stessa giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'applicazione del principio di pubblicità, quale diretto corollario del principio di trasparenza – come momento indefettibile e qualificante delle procedure di evidenza pubblica – vada declinato alla luce delle modalità di svolgimento delle gara telematiche, nella quali è a monte insita la garanzia di tracciabilità, al punto che le stesse non richiederebbero, a rigore, una seduta "pubblica" per l'apertura delle offerte. Infatti, «*il principio di pubblicità delle sedute deve essere rapportato non ai canoni storici che hanno guidato l'applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte*» (cfr. anche TAR Napoli, 30 novembre 2021 n. 7692; Consiglio di Stato, sez. III, 7 giugno 2021 n. 4343; Consiglio di Stato, III, 20 gennaio 2021 n. 627);

RITENUTO che in applicazione di tali principi la presunta mancata comunicazione dello spostamento della seduta pubblica non costituisce una violazione del principio di pubblicità in materia di contratti pubblici;

CONSIDERATO che, con riferimento alla presunta violazione e falsa applicazione dell'articolo 77 del d.lgs. n. 50/2016, la stessa può ritenersi assorbita dai profili di contestazione precedentemente evidenziati, stante anche il fatto che l'istante si è limitato a sollevare il difetto delle dichiarazioni inerenti l'incompatibilità, senza fornire elementi ulteriori;

RITENUTE pertanto infondate le contestazioni sollevate dall'odierno istante;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, l'operato della stazione appaltante conforme ai principi generali in materia di contrattualistica pubblica.



Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 maggio 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci