



# DELIBERA N. 674

6 ottobre 2021.

## Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Dream Distribution Srl – Procedura aperta avente ad oggetto l'accordo Quadro della durata di 36 mesi, con un solo operatore economico ex art. 54 comma 3 del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii, per la fornitura di Dispositivi di Protezione Individuali occorrenti al personale di Roma Capitale – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 9.241.461,00 – S.A.: Roma Capitale – Direzione Generale – Centrale Unica Appalti – Direzione Beni.

**PREC 184/2021/S/PB**

## Riferimenti normativi

***Artt. 71, 72, 73 e 79 del d.lgs. n. 50/2016***

## Parole chiave

Gara Telematica – Fissazione dei termini di scadenza delle offerte – Ammissibilità e limiti alla proroga dei termini – Modalità di comunicazione della proroga – Avviso (errato) di nuovo termine – Comunicazione tardiva dell'errore – Grado di diligenza richiesto agli operatori economici per la partecipazione alle gare pubbliche – Responsabilità della mancata partecipazione.

## Massima

***Non massimabile***

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 6 ottobre 2021



## DELIBERA

**VISTA** l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0058677 del 28.7.2021, con la quale la Dream Distribution Srl lamenta che la mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara in oggetto è da imputare esclusivamente ad un errato avviso di proroga del termine originario, apparso sulla sezione dedicata del portale telematico utilizzato dalla Stazione appaltante per la gestione della procedura di affidamento;

**CONSIDERATO**, in particolare, che – secondo la ricostruzione dei fatti fornita dall'istante – nonostante il termine originario per la presentazione delle offerte fosse il 28/07/2021 alle ore **10:30**, successivamente, con comunicazione pubblicata sul portale "TUTTOGARE Roma Capitale" in data 26/07/2021, il predetto termine appariva postergato, con riferimento al solo orario, alle ore **15:02**. L'avviso del mutato orario di presentazione delle offerte permaneva sino alle ore 10:30 del 28/07/2021 quando, a termine scaduto, veniva pubblicata una rettifica, nella quale si specificava che l'orario del termine ultimo di presentazione dell'offerta doveva viceversa intendersi quello precedentemente indicato, ovvero le 10:30;

**CONSIDERATO**, dunque, che l'istante chiede parere in ordine alla legittimità dell'operato della Stazione appaltante e di accertare se esso non risulti lesivo della *par condicio* dei concorrenti, oltre che del *favor participationis*, atteso che «*Appare del tutto evidente come quei soggetti che avevano prestato fede al termine di scadenza pubblicato sino alle 10:30 del 28/07/2021 (ovverossia le 15:02), si siano poi visti precludere (senza che ciò sia disceso in alcun modo da una propria negligenza o incuria), ogni possibilità di presentare la propria offerta, essendo la distanza tra un orario e l'altro comunque sensibilmente significativa (4 ore e 30 minuti!), intervallo temporale entro il quale ben avrebbero potuto agevolmente porre in atto la presentazione della propria offerta*»;

**CONSIDERATO** che la Stazione appaltante respinge ogni addebito sulla base della considerazione che il termine indicato nei documenti di gara non è mai stato modificato e il differente orario presente sulla piattaforma telematica utilizzata per la gara in questione è frutto di un mero errore evidentemente determinato da una difettosa, poiché ancora in fase sperimentale, integrazione tecnologica (verosimilmente un problema di trasmissione dei dati) tra tale piattaforma ("TuttoGare") e un'altra, denominata SUAFF, utilizzata come database per tutte le procedure di gara di Roma Capitale; inoltre né l'odierna istante né altri operatori economici, prima della scadenza del termine, hanno richiesto chiarimenti o fatto comunque rilevare l'apparente difformità tra gli orari comunicati;

**VISTO** l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 2.9.2021;

**VISTA** la documentazione in atti e le memorie delle parti;

**RITENUTO** che il parere può essere reso ai sensi dell'art. 11, comma 5 del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

**VISTI** gli articoli 71, 72 e 73 del d.lgs. n. 50/2016;



**CONSIDERATO** che l'art. 79, comma 3 del Codice prevede che *«Le stazioni appaltanti prorogano i termini per la ricezione delle offerte in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte nei casi seguenti:*

*a) se, per qualunque motivo, le informazioni supplementari significative ai fini della preparazione di offerte adeguate, seppur richieste in tempo utile dall'operatore economico, non sono fornite al più tardi sei giorni prima del termine stabilito per la ricezione delle offerte. In caso di procedura accelerata ai sensi degli articoli 60, comma 3, e 61, comma 6, il termine è di quattro giorni;*

*b) se sono effettuate modifiche significative ai documenti di gara»;* e che il comma 5-bis stabilisce che *«Nel caso di presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 52, ivi incluse le piattaforme telematiche di negoziazione, qualora si verifici un mancato funzionamento o un malfunzionamento di tali mezzi tale da impedire la corretta presentazione delle offerte, la stazione appaltante adotta i necessari provvedimenti al fine di assicurare la regolarità della procedura nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, anche disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento. [...] La pubblicità di tale proroga avviene attraverso la tempestiva pubblicazione di apposito avviso presso l'indirizzo Internet dove sono accessibili i documenti di gara, ai sensi dell'articolo 74, comma 1, nonché attraverso ogni altro strumento che la stazione appaltante ritenga opportuno. In ogni caso, la stazione appaltante, qualora si verificano malfunzionamenti, ne dà comunicazione all'AGI ai fini dell'applicazione dell'articolo 32-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante codice dell'amministrazione digitale»;*

**CONSIDERATO** che, sebbene le fattispecie contemplate dall'art. 79, commi 3 e 5-bis sopra citati non costituiscano un elenco tassativo dei casi di proroga dei termini di presentazione delle offerte nelle gare di appalto, la *ratio* della norma è comunque quella di circoscriverli ad ipotesi eccezionali e puntualmente motivate da parte della Stazione appaltante al fine di tutelare i principi di trasparenza e *par condicio* tra gli operatori economici;

**CONSIDERATO** che dalla documentazione prodotta dalla società istante risulta che sulla pagina del portale telematico dedicata alla procedura in questione è apparso, in data 26.7.2021, il seguente avviso: *«Modifica date procedura aperta: [...] si comunica l'avvenuta modifica delle date relative alla procedura in oggetto. A seguire la tabella riepilogativa delle date aggiornate. Termine richieste chiarimenti 19/07/2021 15:02. Scadenza presentazione offerte 28/07/2021 ore 15:02»*, da cui si evince chiaramente l'avvenuta posticipazione del termine di chiusura delle offerte dalle ore 10:02 (previsto dal bando) alle ore 15:02 del 28/7/2021;

**CONSIDERATO**, altresì, che solo alle ore 10.30 e 14 secondi (come risulta dalla schermata dell'ultima modifica tracciata sul portale) del giorno 28/07/2021 è stato pubblicato nuovo avviso di rettifica dell'orario di presentazione delle offerte che veniva nuovamente fissato alle ore 10.30 del 28/07/2021 in luogo delle ore 15.02.

**CONSIDERATO** che secondo le disposizioni normative sopra menzionate la modifica del termine di presentazione delle offerte deve essere comunicato attraverso adeguata pubblicità e che solo nel caso in cui le modifiche apportate alla documentazione di gara implicassero variazioni di rilievo nei requisiti partecipativi e nei contenuti dell'offerta, o comportassero una particolare valutazione o determinazione da parte delle imprese, dovrebbe consistere nella ripubblicazione del bando;



**RILEVATO** che nel caso di specie i concorrenti hanno avuto notizia della modifica dell'orario limite entro cui consegnare l'offerta mediante un avviso apparso sulla piattaforma telematica utilizzata per espletare la gara e nessuna variazione (di rilievo o meno) risulta essere stata apportata alla documentazione di gara;

**RITENUTO**, dunque, che a detta comunicazione, poiché pubblicata sul portale utilizzato dalla Stazione appaltante per l'espletamento della gara in esame, deve essere attribuito vero e proprio valore di notifica per tutti i concorrenti (v., in argomento, TAR Basilicata, sez. I, 9.1.2020 n. 37), con la conseguenza che risulta del tutto privo di pregio l'argomento difensivo utilizzato dalla Stazione appaltante secondo cui l'avviso in questione non avrebbe alcun valore poiché sarebbero «*il bando e il disciplinare i documenti, mai modificati, che definiscono i termini per la presentazione delle offerte*»;

**RITENUTO** che la società istante, benché operatore professionale cui è richiesto un grado di diligenza specifico – ai sensi dell'art. 1176 comma secondo del codice civile – e non ordinario, ha riposto legittimo affidamento sulla (apparente) volontà dell'Amministrazione procedente di modificare l'orario di presentazione delle offerte, non sussistendo alcun ragionevole motivo per mettere in dubbio tale intenzione o per prefigurarsi un ipotetico errore di cui chiedere delucidazioni alla Stazione appaltante stessa;

**RITENUTO**, sotto questo profilo, che proprio in ragione di tale affidamento incolpevole non può essere neppure imputata all'operatore economico istante – come invece prospettato nelle memorie difensive della SA – la mancata richiesta tempestiva di chiarimenti; né – d'altra parte – la circostanza che altri due oo.ee. abbiano presentato la propria offerta entro il termine delle 10.02 vale a destituirne di fondamento le contestazioni;

**RITENUTO**, infine, censurabile, sotto il profilo della negligente gestione della procedura telematica in esame, l'operato della Stazione appaltante che, nonostante l'ampio lasso di tempo (almeno 2 giorni interi), si avvede dell'errore commesso o, quanto meno, stando alle giustificazioni addotte dalla stessa Amministrazione, del malfunzionamento dei sistemi informatici utilizzati nel caso di specie (le cui conseguenze, ad ogni modo, non potrebbero risolversi in danno ai concorrenti), solo dopo la scadenza del termine originario per la presentazione delle offerte,

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alle disposizioni normative in tema di fissazione dei termini per la ricezione delle domande di partecipazione e che quindi alla Dream Distribution Srl sia stata illegittimamente preclusa la possibilità di presentare la propria offerta in violazione dei principi di trasparenza, *par condicio competitorum* e *favor participationis*.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia



Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 ottobre 2021

Per Il Segretario Valentina Angelucci

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente