



DELIBERA N. 322

Del 21 aprile 2021

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da { Omissis }S.r.l. (Capogruppo RTI) – Procedura aperta per l'affidamento di servizi tecnici aventi ad oggetto "Direzione dei Lavori, C.S.E. e Contabilità dei lavori per la mitigazione del rischio idrogeologico e per la messa in sicurezza di infrastrutture e fabbricati" - Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: euro 125.000,00 – S.A.: Comune di Paduli (BN)

PREC 78/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 79, comma 5-bis, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Procedure telematiche – Malfunzionamento della piattaforma – Sospensione e proroga del termine – Caricamento offerta economica – Diligenza del concorrente

Massime

Procedure telematiche – Caricamento dell'offerta economica – Diligenza del concorrente

Nelle procedure telematiche, deve riconoscersi in capo al concorrente l'esigibilità di una diligenza nella trasmissione degli atti di gara cosicché soltanto il mancato funzionamento o il malfunzionamento tecnico della piattaforma tale da compromettere la trasmissione dei documenti può giustificare la sospensione o la proroga del termine previsto per la presentazione delle offerte.

Art. 79, comma 5-bis, d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 21 aprile 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza presentata da { Omissis } S.r.l. nella qualità di capogruppo di costituendo RTI nella procedura di gara telematica in oggetto, acquisita al prot. n. 19557 dell'8 marzo 2021, con la quale l'istante lamenta l'operato della stazione appaltante in merito alla mancata esclusione dell'operatore economico risultato aggiudicatario, che sarebbe stato autorizzato a caricare tardivamente l'offerta economica sulla piattaforma telematica; l'istante domanda all'Autorità di esprimere parere sull'operato della commissione e, in particolare, sulla necessità di escludere il secondo concorrente in gara per mancato caricamento del file Excel contenente l'offerta economica, con conseguente aggiudicazione del contratto all'istante considerato che alla procedura partecipavano soltanto i due operatori economici; in particolare, l'istante chiede se possano giustificare il caricamento tardivo dell'offerta economica le giustificazioni rese dal concorrente aggiudicatario ritenute valide dalla stazione appaltante;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 25105 del 24 marzo 2021;

VISTE le memorie e i documenti trasmessi in atti dalle parti interessate;

VISTO l'art. 79, comma 5-bis, d.lgs. n. 50/2016 che dispone: «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. Nei casi di sospensione e proroga di cui al primo periodo, la stazione appaltante assicura che, fino alla scadenza del termine prorogato, venga mantenuta la segretezza delle offerte inviate e sia consentito agli operatori economici che hanno già inviato l'offerta di ritirarla ed eventualmente sostituirla. 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'AGID ai fini dell'applicazione dell'articolo 32-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante codice dell'amministrazione digitale»;

CONSIDERATO che alla procedura di gara partecipavano soltanto l'operatore economico istante e l'altro concorrente; il termine finale per il caricamento telematico della documentazione amministrativa e tecnica, firmata digitalmente e marcata temporalmente, risultava fissato per le ore 12:00 del giorno 11 novembre 2020 secondo le indicazioni del disciplinare di gara; quindi, con PEC del 17/11/2020 si avvertivano gli operatori economici della possibilità di caricare sulla piattaforma telematica anche l'offerta economica dalla data del 17/11/2020 (ore 19:00) alla data del 20/11/2020 (ore 19:00); nella seduta del 20/11/2020, come risulta dal verbale n. 3, all'apertura della "tasca economica" della piattaforma, risultava che il secondo concorrente non aveva caricato l'offerta economica; poiché la piattaforma dava un messaggio di "errore di colore rosso", la commissione di gara sospendeva la procedura e si riservava di consultare il tutore/compiler della gara in piattaforma per dirimere la questione;

CONSIDERATO che la gara era ripresa nella seduta pubblica del 18/12/2020;



CONSIDERATO che nel verbale n. 4 della seduta di gara del 18/12/2020 sono riportate le difficoltà che l'operatore economico avrebbe riscontrato nella ricezione della pec del 17/11/2020 (inviata per il tramite della piattaforma Asmecom per il caricamento dell'offerta economica); in particolare, risulta riportato nel verbale che tali difficoltà *«sono state successivamente certificate dalla Società Net4market che gestisce il software della piattaforma (v. email del 26/11/2020)... Nel contempo, a seguito di uno scambio di corrispondenza (email), agli atti, intrattenuta tra il RUP ... la dott.ssa ... che gestisce la piattaforma Asmecom, il gestore del software Net4market e questa commissione di gara, è stato disposto il recupero ed il caricamento dell'offerta economica del succitato operatore n. 2.. ai fini della sua ammissione alla procedura di gara ... A riguardo vengono forniti ulteriori dettagli, sia da parte del presidente che da parte del componente ing... specificandosi che il plico dell'offerta suddetta è stato caricato direttamente dal gestore del software Net4market in conseguenza dello scambio di corrispondenza di cui al punto precedente dando atto, specificatamente, di non aver riaperto i termini di caricamento originariamente fissati. Interviene anche il componente geom. ... il quale, in proposito, richiama la lettura del disposto di cui all'art. 79, co.5/bis del d.lgs. n. 50/2016»;*

CONSIDERATO che, dalla corrispondenza intercorsa (mail del 26/11/2020) risulta che l'operatore economico manifestava di *«aver ricevuto la mail di richiesta caricamento offerta economica con un oggetto illeggibile che ha portato il concorrente a pensare si trattasse di spam. Pertanto, lo stesso, non ha aperto la mail e quindi non ha caricato l'offerta economica»;*

CONSIDERATO che la mail ritenuta spam dal concorrente risultava provenire chiaramente dalla PEC della piattaforma telematica, anche se l'oggetto risultava confuso;

RITENUTO che le circostanze riportate dalle parti nelle memorie, come si evincono anche dalla documentazione trasmessa in atti, non appaiono far emergere un'ipotesi di "mancato funzionamento" o "malfunzionamento" tecnico della piattaforma, il mancato caricamento dell'offerta economica risultando condizionato da un file inviato a mezzo PEC che avrebbe indotto in errore l'operatore economico che non lo avrebbe di conseguenza aperto ritenendo potesse trattarsi di una e-mail "spam" o di un virus;

RITENUTO che l'operatore economico partecipante alla procedura, vista la provenienza della PEC dalla piattaforma di gara, tenuto conto della procedura in corso di espletamento e delle indicazioni contenute nel timing di gara al punto 1.2.2. del disciplinare, avrebbe dovuto prevedere di ricevere la PEC da parte del sistema telematico e ricevuta la comunicazione ritenuta spam avrebbe dovuto valutare, secondo diligenza, l'opportunità di aprire la comunicazione o comunque di contattare il gestore della piattaforma o la stazione appaltante al fine di richiedere chiarimenti, ove si consideri che lo stesso disciplinare di gara a pag. 11 segnalava una mail e un numero telefonico di riferimento per la comunicazione di eventuali problemi tecnici; come indicato dal Consiglio di Stato, sez. III, nella sentenza n. 3329/2014, a fronte della possibilità per le imprese di avvalersi di sistemi informatici, sussiste *«l'esigibilità, per dette imprese, d'una peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara, compensata dalla possibilità d'uso diretto della loro postazione informatica ... vigendo anche in questo caso le ordinarie regole di suddivisione della responsabilità per attività rischiose»;*

RITENUTO, pertanto, che le circostanze addotte non comprovino un malfunzionamento tecnico del sistema, bensì un errore di valutazione del concorrente, cosicché il caricamento tardivo dell'offerta economica appare in contrasto con le prescrizioni del disciplinare di gara e con il principio di *par condicio* dei concorrenti;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'ammissione tardiva dell'offerta economica del secondo concorrente non sia conforme al disciplinare di gara e alla normativa di settore.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio In data 23 aprile 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente