



# DELIBERA N. 345

27 aprile 2021.

## Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Raggio di Sole Soc. Coop. ONLUS – Procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio di assistenza scolastica per l'autonomia e la comunicazione per disabili gravi-Servizio di assistenza per l'autonomia e la comunicazione per disabili gravi nei centri estivi comunali-Servizio di assistenza per l'autonomia e la comunicazione domiciliare individuale e/o territoriale di gruppo per disabili gravi – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: euro 8.621.853,40 – S.A.: Comune di Ancona.

**PREC 86/2021/S**

## Riferimenti normativi

*Artt. 52, 76 e 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016*

## Parole chiave

Soccorso istruttorio – Modalità di comunicazione tra Stazione appaltante e concorrenti – Utilizzo della piattaforma telematica e della PEC – Invio dei chiarimenti ad indirizzo PEC diverso da quello indicato dalla Stazione appaltante – Scusabilità dell'errore

## Massima

**Non massimabile**

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 27 aprile 2021



## DELIBERA

**VISTA** l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0023306 del 18.3.2021, con la quale la società Raggio di Sole Soc. Coop. ONLUS, rappresentata e difesa nel presente procedimento dall'Avv. Luca Tozzi, contesta l'esclusione dalla gara disposta dalla Stazione appaltante per non aver fornito riscontro, nei termini perentori fissati, alla richiesta di chiarimenti nell'ambito del sub-procedimento di soccorso istruttorio;

**CONSIDERATO**, più specificamente, che l'esclusione sarebbe stata comminata perché i richiesti chiarimenti sono stati trasmessi «*all'indirizzo Pec dal quale è stata inviata la comunicazione di attivazione di soccorso istruttorio (portaleappalti@pec.comune.ancona.gov.it) e non all'indirizzo Pec dell'Amministrazione estratta dal Registro pubblico "IPA" (comune.ancona@emarche.it)*»;

**CONSIDERATO** che la Stazione appaltante ha precisato di essere «*pervenuta alla determinazione dell'esclusione per non aver ricevuto alcun riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio*» e che, d'altra parte, «*non avrebbe potuto conoscere che il concorrente avrebbe utilizzato la pec: [portaleappalti@pec.comune.ancona.gov.it](mailto:portaleappalti@pec.comune.ancona.gov.it) che viene utilizzata dal Portale Sua solo per confermare l'avvenuta iscrizione al suddetto portale; è quindi una pec di puro supporto al portale e non risulta registrata ufficialmente all'IPA. Sulla mail pec di avvenuta registrazione è riportata la dicitura 'Questa mail viene generata da un sistema automatico, si prega di non rispondere'*»;

**VISTO** l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 30.3.2021;

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

**CONSIDERATO** che l'art. 2.3 del Disciplinare di Gara (rubricato "Comunicazioni") precisava che: «*Ai sensi dell'art. 76, comma 6 del Codice, i concorrenti sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, l'indirizzo PEC o, solo per i concorrenti aventi sede in altri Stati membri, l'indirizzo di posta elettronica, da utilizzare ai fini delle comunicazioni di cui all'art. 76, comma 5, del Codice. Salvo quanto disposto dall'art. 29 comma 1 del Codice, tutte le comunicazioni tra stazione appaltante e operatori economici si intendono validamente ed efficacemente effettuate qualora rese in modalità telematica mediante il Portale Appalti e con l'ausilio di notifiche PEC all'indirizzo indicato dall'operatore economico all'atto della registrazione nel Portale Appalti. [...] Eventuali modifiche dell'indirizzo PEC/posta elettronica o problemi temporanei nell'utilizzo di tali forme di comunicazione, dovranno essere tempestivamente segnalate alla stazione appaltante; diversamente la medesima declina ogni responsabilità per il tardivo o mancato recapito delle comunicazioni*»;

**CONSIDERATO**, altresì, che nella nota della Stazione appaltante contenente la richiesta di chiarimenti alla società odierna istante nell'ambito del soccorso istruttorio era precisato che tutta la documentazione avrebbe dovuto essere inviata alla pec "[comune.ancona@emarche.it](mailto:comune.ancona@emarche.it)";

**RITENUTO** che, diversamente da quanto sostenuto dalla Stazione appaltante, l'esplicita indicazione della casella di posta elettronica certificata ufficiale cui trasmettere la documentazione conseguente all'eventuale attivazione del soccorso istruttorio emerge solo dalla nota sopra menzionata, atteso che tanto le disposizioni della *lex specialis* in tema di comunicazioni tra Amministrazione committente e concorrenti, quanto i manuali d'uso della piattaforma telematica, nel descrivere le modalità di comunicazione con la Stazione appaltante, si limitano a disporre che «*Tutte le comunicazioni tra la Stazione Appaltante e l'Operatore economico avvengono in modalità telematica mediante il Portale Appalti e con l'ausilio*



di notifiche mail/PEC», senza tuttavia precisare quale indirizzo pec sarebbe stato utilizzato dall'Amministrazione per inviare le comunicazioni e a quale indirizzo pec gli operatori economici avrebbero dovuto rispondere;

**RITENUTO** che, sebbene si possa concordare sull'orientamento interpretativo – addotto a proprio discarico dalla Stazione appaltante – secondo cui l'inserimento delle richieste di chiarimenti nel portale telematico costituisce una modalità di comunicazione adeguata e idonea a consentire la piena e tempestiva conoscenza degli atti da parte dei concorrenti, tuttavia nel caso di specie esso appare inconferente poiché, innanzitutto, non è in contestazione la mancata conoscenza dell'attivazione del soccorso istruttorio da parte del istante e in secondo luogo perché è proprio la già citata nota di richiesta che impone per il riscontro l'uso della posta elettronica certificata e non della sezione dedicata del portale;

**RITENUTO**, dunque, alla luce di tutti i fatti descritti dalle parti, che la questione centrale rimane quella di valutare se l'indubbio errore in cui è incorso l'istante sia o meno scusabile e se il principio del *favor participationis* debba prevalere sul rispetto della formalità relativa alla specifica pec da utilizzare per la trasmissione della documentazione richiesta;

**CONSIDERATO** che le pronunce giurisprudenziali menzionate dalla Stazione appaltante per sostenere la correttezza dell'esclusione dalla gara della società istante si fondano sul presupposto, qui non ricorrente, che l'operatore economico aveva riscontrato le richieste dell'Amministrazione procedente utilizzando indirizzi pec o di posta ordinaria in alcun modo riconducibili alla stessa e quindi rendendo di fatto nullo l'invio e inevasa la risposta;

**CONSIDERATO**, come già anticipato, che nel caso in esame l'operatore economico istante ha trasmesso la documentazione del soccorso istruttorio ad un indirizzo pec (portaleappalti@pec.comune.ancona.gov.it) direttamente riconducibile alla Stazione appaltante e alla struttura amministrativa del Comune interessato competente in materia di procedure di gara, atteso che trattasi del medesimo indirizzo dal quale è stata inoltrata la richiesta; ciò che – tra l'altro – smentisce l'assunto secondo cui «*la pec [portaleappalti@pec.comune.ancona.gov.it](mailto:portaleappalti@pec.comune.ancona.gov.it) viene utilizzata dal Portale Sua solo per confermare l'avvenuta iscrizione al suddetto portale; è quindi una pec di puro supporto al portale*»;

**RILEVATO** che – contrariamente a quanto sostenuto dalla Stazione appaltante – non può essere considerata dirimente la circostanza che solo la pec "[comune.ancona@emarche.it](mailto:comune.ancona@emarche.it)" e non quella "[portaleappalti@pec.comune.ancona.gov.it](mailto:portaleappalti@pec.comune.ancona.gov.it)" risulti registrata in IPA ('Indice dei domicili digitali della Pubblica Amministrazione e dei Gestori di Pubblici Servizi'), atteso che non esiste alcuna norma che preveda l'utilizzo esclusivo e univoco delle PEC registrate in IPA per le comunicazioni da e verso le Stazioni appaltanti, come, d'altra parte, non sussiste alcun obbligo da parte degli operatori economici di eleggere domicilio "informatico" presso l'indirizzo pec ufficiale indicato nei pubblici registri delle imprese, avendo infatti pieno valore legale quello formalmente comunicato alla Stazione appaltante in fase di presentazione della domanda di partecipazione (v., in tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. I Quater, 5 dicembre 2019, n. 13915);

**CONSIDERATO** che la diffusa prassi di utilizzare modalità differenti e molteplici di trasmissione e ricezione delle comunicazioni inerenti alle gare da parte delle Stazioni appaltanti, se non correlata a motivate esigenze tecniche o amministrative, finisce per incidere negativamente sulla concorrenza (ovvero sull'efficienza, efficacia ed economicità dell'agire amministrativo) nella misura in cui l'eccessiva articolazione e complessità delle procedure di gara può scoraggiare la partecipazione o rendere



estremamente facile per gli operatori economici incorrere in qualche errore formale che, sebbene privo di effettiva portata lesiva dei principi generali in materia di appalti pubblici, viene ugualmente sanzionato con l'esclusione;

**CONSIDERATO**, per il caso in esame, che la stessa rigorosa distinzione tra la pec utilizzata per l'invio delle comunicazioni da parte della stazione appaltante, la pec indicata per la ricezione della documentazione afferente al soccorso istruttorio e la sovrapposizione di quest'ultima con la sezione dedicata del portale telematico di gestione della procedura selettiva (considerata utile anche per l'inoltro di richieste di chiarimento da parte degli operatori economici) appare potenzialmente in grado di indurre in errore i concorrenti, anche quelli più esperti, posto che il *modus operandi* delle Amministrazioni committenti è diverso da caso a caso e l'iter procedurale non è sempre uniforme e generalizzato per tutte le pubbliche amministrazioni;

**RITENUTO**, pertanto, che l'errore in cui è incorso l'operatore economico istante appare scusabile alla luce delle circostanze dianzi esplicitate e che le ulteriori motivazioni addotte, *ex post*, dalla Stazione appaltante per dimostrare la legittimità dell'esclusione, quali la circostanza che sulla mail pec di avvenuta registrazione è riportata la dicitura *'Questa mail viene generata da un sistema automatico, si prega di non rispondere'* oppure l'altra circostanza secondo la quale «*un altro concorrente, a cui si era inviata nella stessa modalità una richiesta di soccorso istruttorio, ha risposto seguendo, senza problemi, le istruzioni della nota pec inviata allo stesso*», appaiono – giudicando in base alla documentazione acquisita in istruttoria – parimenti inconferenti poiché, nel primo caso, la dicitura che avrebbe dovuto indurre i concorrenti a dare per scontata l'inutilizzabilità della pec in questione ai fini del riscontro al soccorso istruttorio è generata solo nella pec di conferma dell'esito della registrazione sul portale di gara mentre non appare nella pec con cui viene inoltrata la richiesta di chiarimenti; nel secondo caso, poiché, nella valutazione della scusabilità o meno di un errore commesso da un concorrente, il comportamento tenuto dagli altri concorrenti nella medesima situazione può al massimo costituire un indizio per corroborare una determinata tesi, ma mai una prova assoluta; come, d'altra parte, la legittimità di una esclusione non potrebbe mai essere contestata, in ipotesi, sulla base della sola circostanza che tutti i concorrenti hanno commesso il medesimo errore qualora questo non sia emendabile in alcun modo;

**CONSIDERATO**, inoltre, che buona parte delle motivazioni addotte dalla Stazione appaltante poggiano sul presupposto che l'odierno istante avrebbe solo asserito ma non provato in alcun modo di aver riscontrato, ancorché mediante una pec diversa da quella indicata, entro il termine perentorio prestabilito il soccorso istruttorio («*Si fa presente, comunque, che il Comune di Ancona non ha ricevuto nessun riscontro alla nota e non corrisponde al vero che la pec è stata inoltrata ad altro ufficio o altra pec di ufficio diverso comunale*») e che però, argomentando *a contrario*, la stessa Stazione appaltante, nelle proprie memorie, pare aprirsi ad una soluzione diversa laddove invece tale riscontro fosse stato ricevuto (viene precisato, infatti, che «*il seggio di gara avrebbe sicuramente tenuto un comportamento diverso dall'esclusione*») e considerato che l'istante ha prodotto in istruttoria copia della documentazione attestante l'avvenuta trasmissione all'indirizzo pec [portaleappalti@pec.comune.ancona.gov.it](mailto:portaleappalti@pec.comune.ancona.gov.it) della documentazione richiesta;

**RITENUTO**, infine, che nel caso di specie le esigenze connesse al rispetto del principio del *favor participationis* appaiono prevalenti rispetto a quelle legate al formalismo afferente alla corretta pec da utilizzare per il riscontro al soccorso istruttorio, anche in considerazione del fatto che ciò non incide negativamente sulla tutela, pur ordinariamente più rilevante, della *par condicio competitorum*,

il Consiglio



ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che:

- l'esclusione dell'operatore economico istante dalla procedura di gara in oggetto non sia conforme alle disposizioni normative in materia di soccorso istruttorio e di comunicazioni tra Stazione appaltante e concorrenti;
- in ogni caso, la società istante debba essere rimessa in termini in relazione al soccorso istruttorio e l'offerta valutata alla luce dei chiarimenti presentati.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 aprile 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente