



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

**DELIBERA N. 157**

**DEL 19 febbraio 2020**

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 \_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_Srl – Intervento immateriale di monitoraggio e protezione civile Fase 2, compreso nel programma degli interventi rischio idraulico di interesse regionale afferenti il bacino idrico del fiume Sarno – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 1.205.155,00 – S.A.: Giunta Regionale della Campania – Uff. Speciale Centrale Acquisti.

**PREC 2/2020/L/PB**

### **Il Consiglio**

**VISTA** l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 96649 del 2.12.2019, con la quale la società \_\_\_\_OMISSIS\_\_\_\_Srl contesta l'impossibilità di partecipare alla gara in oggetto derivante da un asserito malfunzionamento del sistema informatico di gestione della procedura (telematica), che non avrebbe consentito la presentazione tempestiva della domanda;

**CONSIDERATO**, più specificamente, che l'istante, per tale motivo, richiede la riapertura dei termini per la presentazione delle domande;

**VISTO** l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 9.1.2020;

**VISTA** la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti;

**RITENUTO** che il parere può essere reso ai sensi dell'art. 11, comma 5 del Regolamento di precontenzioso;

**CONSIDERATO** che l'art. 79, comma 5-bis del Codice appalti prevede 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 verifichi 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*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*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, avuto riguardo alle peculiarità delle procedure selettive informatiche rispetto a quelle cartacee, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato come esse, a fronte degli indiscutibili vantaggi, scontino tuttavia un "rischio di rete" – dovuto alla presenza di sovraccarichi o di cali di *performance* della rete – ed un "rischio tecnologico" dovuto alle caratteristiche dei sistemi operativi utilizzati dagli operatori. Acquisita la consapevolezza che i rischi sopra menzionati costituiscono un'alea, bensì attenuabile ma non eliminabile in senso assoluto, risponde al principio di autoreponsabilità l'onere di colui che intende prendere parte alla gara di attivarsi in tempo utile per prevenire eventuali inconvenienti che, nei minuti immediatamente antecedenti alla scadenza del termine, gli impediscano la tempestiva proposizione dell'offerta, salvi ovviamente i malfunzionamenti del sistema imputabili al gestore del medesimo (ad esempio fermi del sistema o mancato rispetto dei livelli di servizio) per i quali invece non può che affermarsi la responsabilità di quest'ultimo e la necessità di riconoscere una sospensione o proroga del termine per la presentazione delle offerte, come peraltro ora espressamente previsto dall'art. 79, comma 5-*bis* sopra citato (v. Cons. Stato, Sez. III, 3 luglio 2017 n. 3245; Parere n. 4 del 29 luglio 2014);

**CONSIDERATO** quanto comunicato dalla società che gestisce il Portale Gare telematiche della Giunta Regionale della Campania con mail del 18 novembre 2019, a seguito di espressa richiesta della medesima Stazione appaltante, in ordine all'impossibilità tecnica manifestata dall'istante di presentare la domanda di partecipazione, ovvero che *«dall'estrazione del log per il fornitore indicato (dalle ore 10 alle ore 14), non ci risultano errori tecnici di caricamento. Ha iniziato a lavorare venerdì 15 alle ore 10 e ha continuato fino alla scadenza»*;

**RITENUTO** che la risposta di suddetto Gestore chiarisce che non si è verificato alcun malfunzionamento, *stricto sensu*, addebitabile alla piattaforma telematica utilizzata per la recezione delle offerte e dunque non si versa nell'ipotesi di 'malfunzionamento' imputabile al gestore e, in ultima analisi, alla Stazione appaltante, che legittimerebbe una sospensione o proroga del termine (o, nel caso di specie, una riapertura dei termini per la presentazione delle offerte) secondo il consolidato e condivisibile orientamento giurisprudenziale sopra richiamato;

**RITENUTO** altresì che – secondo quanto affermato dall'istante medesimo nella richiesta di parere – la mancata presentazione dell'offerta nei termini sarebbe addebitabile ad *«un notevole rallentamento nel funzionamento»* (del Portale – *n.d.r.*), che non avrebbe consentito il caricamento dei *files* entro la scadenza oraria prevista, è evidente che, proprio percorrendo l'iter logico seguito dalla giurisprudenza citata, nel caso di specie non potrebbe parlarsi di 'malfunzionamento' (che rende tecnicamente e oggettivamente impossibile la presentazione dell'offerta nei termini prescritti), bensì di semplice 'inconveniente' i cui rischi sono a carico dell'operatore economico, su cui grava, in ogni caso, l'alea dovuta ai cc.dd. 'rischi di rete' e ai 'rischi tecnologici' e, conseguentemente, l'onere di attivarsi in tempo utile per prevenire tali evenienze infauste,



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **Il Consiglio**

ritiene, per le motivazioni che precedono, che la mancata presentazione della domanda di partecipazione della società istante nel termine prescritto non sia stata causata da un malfunzionamento del portale telematico imputabile alla Stazione appaltante e che dunque non si debba procedere ad una riapertura dei termini di presentazione delle offerte.

Il Presidente f.f.

*Francesco Merloni*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 marzo 2020

Il Segretario Rosetta Greco