



DELIBERA N. 465

16 giugno 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 [OMISSIS] Srl – Procedura negoziata tramite MePA per la “Realizzazione del marchio Città di Sorrento ed elaborazione grafica pubblicitaria” – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: euro 70.000,00 – S.A.: Comune di Sorrento.

PREC 126/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 36, comma 2, lett. b) e art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Procedura negoziata tramite MePA – Mancanza PASSOE – Soccorso istruttorio – Riscontro tardivo – Malfunzionamento servizi informatici ANAC – Esclusione

Massima

Procedura negoziata tramite MePA – Mancanza PASSOE – Attivazione soccorso istruttorio – Termine breve – Legittimità del termine minimo assegnato dalla SA - Malfunzionamento servizi informatici ANAC – Riscontro tardivo – Esclusione – Legittimità

L’art. 83, comma 9 del Codice stabilisce solo il termine massimo (10 giorni) che la stazione appaltante può assegnare per la integrazione/regolarizzazione delle dichiarazioni o della documentazione ritenute necessarie per la partecipazione alla gara, cosicché è rimesso al discrezionale apprezzamento dell’Amministrazione procedente l’assegnazione di qualsiasi altro termine diverso, ragionevolmente da determinarsi in considerazione della consistenza degli adempimenti richiesti e delle esigenze della singola gara, a condizione che l’abbreviazione dei termini sia effettivamente volta ad assicurare la celerità della procedura di gara e non comporti una ingiustificata limitazione dei tempi di partecipazione, per motivi formali e non sostanziali.



Le peculiarità delle procedure selettive informatiche, rispetto a quelle cartacee, comportano l'esistenza del c.d. "rischio di rete", nel senso che il non essersi attivato in tempo utile per prevenire eventuali inconvenienti è un onere che ricade sempre sul concorrente, il quale si deve assumere, nel proprio interesse, la responsabilità di mettersi nelle condizioni di produrre tempestivamente ciò che gli viene richiesto dall'Amministrazione precedente, considerato che il rischio di rete è paragonabile a qualsiasi inconveniente di altra natura, parimenti non giustificabile, che possa occorrere, nelle procedure che non si svolgono tramite piattaforme informatiche, quando si attende l'ultimo momento utile prima della scadenza di un termine per adempiere

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 16 giugno 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0038735 del 13.5.2021, con la quale la società [OMISSIS] Srl contesta l'esclusione dalla gara disposta dalla Stazione appaltante per avere la stessa prodotto il PASSOE dopo la scadenza del termine perentorio previsto a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio;

CONSIDERATO, più dettagliatamente, che in data giovedì 29.04.2021 la società istante riceveva tramite MePA richiesta di integrazione della documentazione prodotta in sede di presentazione di offerta, ed in particolare la Stazione Appaltante disponeva quanto segue: *«In riferimento alla procedura di cui in oggetto, ai sensi dell'art. 83 comma 9 del Dlgs n. 50/2016 e ss.mm.ii., si chiede di integrare la documentazione presentata nella busta amministrativa con il seguente atto mancante: -PASSOE ex art. 12.1.3 del disciplinare di gara. La predetta documentazione a completamento deve essere inviata mediante l'area "Comunicazioni con i Fornitori" del portale "Mepa" entro e non oltre le ore 10:00 del 03/05/2021, pena l'esclusione dalla procedura in oggetto»;*

CONSIDERATO, altresì, che la società istante riferisce di non essere stata in grado di produrre nel termine perentorio previsto il documento mancante (inoltrato solo in data 4.5.2021, ovvero il giorno dopo suddetto termine) a causa del malfunzionamento del portale dell'Autorità e di ogni servizio connesso, protrattosi per alcuni giorni e sicuramente fino a tutto il giorno 3.5.2021;

PRESO ATTO che la Stazione appaltante non ha partecipato al contraddittorio, non avendo presentato alcuna memoria controdeduttiva o prodotto alcuna documentazione relativa alla gara in contestazione e che quindi il presente parere deve essere espresso sulla base dell'esposizione dei fatti e della documentazione fornita dall'odierno istante;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 20.5.2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che l'Autorità, con apposito Comunicato del 6 maggio 2021, ha precisato che: *«A seguito di un guasto tecnico al sistema di alimentazione elettrica della sede dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, i servizi online dell'ANAC hanno subito diverse interruzioni a partire dal 3 maggio u.s. L'Autorità sta lavorando per risolvere la problematica quanto prima. Alcune stazioni appaltanti ed operatori economici sono comunque riusciti ad acquisire il CIG ovvero ad effettuare il pagamento del*



contributo in sede di gara anche dopo il 3 maggio, pertanto gli stessi restano pienamente validi ed utilizzabili. Per gli utenti che invece si siano collegati nei momenti di interruzione del servizio, si forniscono le seguenti indicazioni:

- per quanto riguarda l'acquisizione dei CIG e SmartCIG, per gli affidamenti urgenti e non rinviabili, si invitano le stazioni appaltanti ad avviare le procedure e pubblicare gli atti di gara procedendo successivamente alla regolarizzazione dell'acquisizione del CIG e alla comunicazione all'Autorità dei dati di pubblicazione; a tal fine, la stazione appaltante indicherà negli atti di gara che il CIG è in fase di acquisizione, provvedendo successivamente alla sua pubblicazione;

- con riferimento ai servizi per il pagamento della contribuzione in sede di gara, si invitano le stazioni appaltanti ad ammettere alle procedure in scadenza gli operatori economici che manifestassero o avessero manifestato difficoltà nel pagamento del contributo, con riserva di regolarizzazione della posizione contributiva appena la piattaforma di pagamento sarà nuovamente disponibile»;

RILEVATO, dunque, che non sono in discussione le oggettive e comprovate problematiche tecniche che hanno afflitto i sistemi informatici dell'Autorità per diversi giorni a partire dal 3 maggio u.s. e che hanno reso difficile o impossibile la piena fruizione di tutti i relativi servizi online;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante ha inviato alla società istante la comunicazione di soccorso istruttorio in data 29.4.2021 e non può rispondere al vero la circostanza secondo cui quest'ultima si sarebbe attivata sin da subito per accedere ai sistemi informatici dell'Autorità al fine di soddisfare la richiesta documentale, in quanto questi ultimi a quella data e fino a tutto il 2 maggio risultavano regolarmente funzionanti;

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 autoresponsabilità l'onere di colui che intende prendere parte alla gara (o, come nel caso di specie, deve rispettare un termine perentorio per evitare l'esclusione) 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 (o la produzione della documentazione richiesta con il soccorso istruttorio), 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 del Codice (v. Cons. Stato, Sez. III, 3 luglio 2017 n. 3245; Parere n. 4 del 29 luglio 2014);

RITENUTO che, nel caso di specie, è innanzitutto da escludere l'ipotesi considerata nel citato art. 79, comma 5-bis, non trattandosi di malfunzionamenti imputabili a "mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante", e che, invece, ciò che si è verificato non può che rientrare, per analogia, nel più generico c.d. "rischio di rete", nel senso che il non essersi attivato in tempo utile per prevenire eventuali inconvenienti è un onere che ricade sempre sul concorrente, il quale si deve assumere, nel proprio interesse, la responsabilità di mettersi nelle condizioni di produrre tempestivamente ciò che gli viene richiesto dall'Amministrazione precedente, considerato che il rischio



di rete è paragonabile a qualsiasi inconveniente di altra natura, parimenti non giustificabile, che possa occorrere, nelle procedure che non si svolgono tramite piattaforme informatiche, quando si attende l'ultimo momento utile prima della scadenza di un termine per adempiere;

CONSIDERATO, in merito alla contestazione circa la estrema e irragionevole esiguità del termine concesso dalla Stazione appaltante per il soccorso istruttorio, che l'art. 83, comma 9 del Codice stabilisce solo il termine massimo (10 giorni) che la stazione appaltante può assegnare per la integrazione/regolarizzazione delle dichiarazioni o della documentazione ritenute necessarie per la partecipazione alla gara, cosicché è rimesso al discrezionale apprezzamento dell'Amministrazione procedente l'assegnazione di qualsiasi altro termine diverso, ragionevolmente da determinarsi in considerazione della consistenza degli adempimenti richiesti e delle esigenze della singola gara, a condizione che l'abbreviazione dei termini sia effettivamente volta ad assicurare la celerità della procedura di gara e non comporti una ingiustificata limitazione dei tempi di partecipazione, per motivi formali e non sostanziali;

RITENUTO che sulla questione, anch'essa oggetto di dibattito, circa le modalità di calcolo del suddetto termine (senza dubbio perentorio), ovvero se tali giorni debbano considerarsi continuativi o debbano invece calcolarsi escludendo i giorni festivi, l'Autorità intende aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il calcolo si debba riferire ai giorni solari e ciò perché *«è questo il significato che normalmente si attribuisce alle scadenze calcolate in "giorni", secondo il sistema di computo ordinario dei termini derivante dalle norme di principio della materia (art. 2963 c.c. e 155 c. p. c.), che delineano un metodo applicabile in via generale e che non può lasciare spazio ad un'integrazione extra testuale, riferibile, in ipotesi, alla scelta discrezionale della stazione appaltante di abbreviare il termine massimo previsto dalla legge.*

[...] se la stazione appaltante avesse assegnato il maggior termine di dieci giorni non sarebbe stato necessario indagare se e quanti giorni festivi ricorressero in quell'arco temporale; invece, solo perché la stazione appaltante ha scelto un termine più breve, esercitando una facoltà, peraltro, prevista dalla legge, automaticamente emergerebbe la necessità di una diversa interpretazione delle norme regolanti il procedimento del soccorso istruttorio, con applicazione estemporanea di una diversa modalità del computo dei giorni necessari per l'adempimento.

È evidente che tale modalità comporterebbe una inammissibile incertezza in un settore ove, invece, occorre una nettezza di modalità operative, non solo in applicazione del principio della par condicio tra i concorrenti, più o meno diligenti, ma, soprattutto, per la certezza e regolarità delle scansioni procedurali attraverso cui si snodano le operazioni di gara, senza che si possano determinare situazioni che, deragliando da consolidati canoni interpretativi, siano suscettibili di ingenerare una inammissibile confusione» (così TAR Veneto, Sez. I, 27.2.2020, n.195, che cita TAR Lazio-Roma, Sez. I Quater, 7.6.2019, n. 7401);

RITENUTO, conseguentemente, che il termine concesso dalla Stazione appaltante per il soccorso istruttorio, ovvero di 4 giorni consecutivi, anche considerando la consistenza, esigua, dell'adempimento richiesto, non appare irragionevolmente breve, attese anche le ordinarie esigenze di celerità della procedura concorsuale;

RILEVATO, infine, che – dalla documentazione allegata all'istanza – emerge che in ogni caso la stessa comunicazione del disservizio del portale AVCPass, che ha reso impossibile la produzione del PASSOE entro il termine stabilito dal soccorso istruttorio, è stata resa dalla società istante, mediante il portale MePA, tardivamente (alle ore 20.30 del 3.5.2021, ossia 10h e 30m dopo la scadenza del suddetto



termine), e pertanto si deve ritenere che l'esclusione si fosse già automaticamente determinata per la mancanza di qualsivoglia riscontro alla richiesta dell'Amministrazione committente nei termini fissati,

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'esclusione della società istante dalla procedura di gara in oggetto sia conforme alle previsioni della *lex specialis* e alle disposizioni normative in materia di soccorso istruttorio.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 giugno 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente