



DELIBERA N. 663

28 settembre 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 Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Vimodrone, Cassina De' Pecchi, Rodano – Gara europea a procedura aperta telematica per l'affidamento di accordo quadro per il servizio di ristorazione scolastica e altre utenze dei Comuni di Cassina De' Pecchi, Rodano e Vimodrone a ridotto impatto ambientale – Importo a base di gara: euro 5.724.445,32 – S.A. Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Vimodrone, Cassina De' Pecchi, Rodano

PREC 182/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 83, co. 9 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Gara telematica - offerta economica – offerta incompleta – soccorso istruttorio - malfunzionamento

Massima

Gara telematica – presentazione offerta economica – offerta incompleta – soccorso istruttorio – non è ammesso – malfunzionamento del sistema – va dimostrato

L'offerta economica mancante degli elementi essenziali richiesti dal disciplinare di gara è da ritenere incompleta e non suscettibile di soccorso istruttorio, essendo tale istituto non ammesso in relazione all'offerta economica. In mancanza della dimostrazione di un malfunzionamento del sistema imputabile al gestore dell'infrastruttura, le conseguenze dell'errore nel caricamento dell'offerta economica sulla piattaforma ricadono sul concorrente.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 settembre 2021



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 59343 del 30 luglio 2021 presentata dalla Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Vimodrone, Cassina De' Pecchi, Rodano, con cui la stazione appaltante istante chiede parere all'Autorità in merito alle determinazioni da adottare nei confronti del concorrente RTI Cirfood S.C.-Elior Ristorazione S.p.a., giunto primo in graduatoria nella gara, svolta tramite procedura telematica, per l'affidamento di un accordo quadro relativo al servizio di ristorazione scolastica e altre utenze dei Comuni di Cassina De' Pecchi, Rodano e Vimodrone. In particolare la S.A. rappresenta che, a giudizio della commissione di gara, il concorrente dovrebbe essere escluso per aver presentato un'offerta economica incompleta non suscettibile di soccorso istruttorio, avendo omesso di indicare, per ciascuna voce di prezzo a base di gara, il prezzo unitario offerto e il relativo ribasso, come richiesto dal disciplinare di gara e in particolare dall'Allegato 6 denominato "Dettaglio offerta economica". Infatti, avendo la commissione riscontrato che il concorrente aveva caricato sulla piattaforma Sintel il documento di cui all'Allegato 6 "Dettaglio offerta economica" contenente solamente il prezzo di un singolo pasto e il prezzo complessivo offerto, inviava una richiesta di spiegazioni in esito alla quale il concorrente trasmetteva una cartella denominata "precisazioni" per dimostrare che il file era stato generato entro i termini ma nella fase di trasformazione del file word in pdf il sistema ne recepiva solo le ultime due pagine. La commissione di gara riteneva tuttavia di valutare l'offerta come incompleta, dal momento che il documento caricato sulla piattaforma era del tutto carente di quanto richiesto dal disciplinare, in particolare dell'indicazione del prezzo unitario offerto e del relativo ribasso per ciascuna voce a base di gara, il che impediva di ricostruire la volontà dell'offerente. La S.A. chiede quindi se l'eventuale esclusione del concorrente sia legittima e se non sia possibile procedere invece alla rettifica del documento "Dettaglio offerta economica" del concorrente in considerazione del fatto che esso risulterebbe essere stato formato entro i termini di presentazione delle offerte e non inserito a sistema per un errore materiale al momento della trasformazione del file word in pdf, e ciò non comporterebbe modifiche del ribasso offerto e indicato sulla piattaforma Sintel;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 30 agosto 2021, con nota prot. n. n. 63470;

VISTE le memorie prodotte dal concorrente RTI Cirfood S.C.-Elior Ristorazione S.p.a., acquisite al prot. n. 61529 dell'11 agosto 2021 e prot. 63555 del 31 agosto 2021, con cui esso rappresenta di aver presentato il modello Allegato 6 "Dettaglio offerta economica" in forma incompleta per errore del sistema informatico, e di aver poi fornito evidenza di averlo comunque formato entro i termini di presentazione dell'offerta. Il concorrente sostiene comunque che tale documento non costituisse elemento essenziale dell'offerta, essendo quest'ultima costituita dal ribasso unico espresso sulla piattaforma Sintel. Quindi il "Dettaglio offerta" costituiva, secondo tale ricostruzione, solamente un "giustificativo anticipato" dell'offerta economica, utile eventualmente alla verifica di congruità nel caso di anomalia dell'offerta e per il quale l'art. 16.2 lett. e) del disciplinare prevedeva espressamente la possibilità di integrazione in caso di incompletezza, non potendo quindi la mancanza di tale elemento integrare una causa di esclusione. Il concorrente sottolinea che, ai sensi dell'art. 16 del disciplinare, l'offerta costituita dal ribasso unico avrebbe comunque prevalso in caso di contrasto con quanto dichiarato nel predetto Allegato 6 e costituiva l'unico elemento considerato nella formula matematica di attribuzione del punteggio;

VISTA la memoria del concorrente Dussmann S.r.l., giunto secondo in graduatoria, acquisita al prot. n. 64543 del 6 settembre 2021, con la quale esso espone che, contrariamente a quanto sostenuto da



Cirfood S.C.-Elior Ristorazione S.p.a., il documento di cui all'Allegato 6 era un elemento essenziale dell'offerta economica, in quanto diretto a fornire il dettaglio dei prezzi offerti, e che il soccorso istruttorio sarebbe ammissibile solamente con riferimento alla seconda parte del documento relativa alla valutazione di congruità dell'offerta. Dussmann S.r.l. rileva infatti come il documento di cui all'Allegato 6, denominato "Dettaglio offerta economica" fosse costituito da due distinte dichiarazioni, laddove una prima parte (pagg. 1-3) costituiva elemento essenziale dell'offerta economica, nella quale l'omessa indicazione dei costi dei singoli pasti avrebbe reso l'offerta incompleta e non suscettibile di soccorso istruttorio, mentre la seconda parte era diretta a fornire i dettagli dei singoli prezzi unitari e le singole voci di costo, al fine di agevolare la S.A. nella eventuale valutazione di congruità dell'offerta anomala, e dunque solamente per quest'ultima era eventualmente attivabile il soccorso istruttorio;

VISTO il disciplinare di gara, laddove prescrive (16.2 "Contenuto della busta telematica "offerta economica") che lo step 3 del percorso di invio dell'offerta prevede la presentazione dell'offerta economica, il cui contenuto è costituito anche dal documento di cui all'Allegato 6 "dettaglio offerta economica". Pertanto ai concorrenti era richiesto di: indicare a sistema il ribasso offerto sull'importo complessivo posto a base di gara (che doveva coincidere col ribasso indicato nell'Allegato 6 "Dettaglio offerta economica"); indicare a sistema i costi della sicurezza e del personale; allegare a sistema la dichiarazione di offerta economica secondo il modello di cui all'Allegato 6 "Dettaglio offerta economica" in cui indicare il ribasso offerto per ciascun prezzo unitario relativamente a ogni singola voce di prezzo, con i relativi totali, in modo che, sommando il totale dei prezzi totali si ottenga il prezzo complessivo e il relativo ribasso coincidente con quello indicato a sistema. In caso di discordanza fra il ribasso indicato nel "dettaglio offerta" e il ribasso indicato a sistema sarebbe prevalso quest'ultimo. Il concorrente era tenuto altresì a dichiarare che il ribasso offerto e i prezzi unitari e complessivi erano da considerare vincolanti e comprensivi della remunerazione del servizio, e che i prezzi unitari e complessivi erano elementi essenziali dell'offerta e la mancata indicazione anche solo di uno dei predetti elementi avrebbe dato luogo a un'offerta incompleta. Ai fini della valutazione di congruità nel caso di anomalia dell'offerta il concorrente avrebbe poi dovuto compilare tutte le relative voci di costo, con la specificazione che sarebbe stata ammissibile una integrazione in caso di mancata compilazione di tale parte, essendo essa inerente alla verifica di congruità;

VISTI i verbali di gara del 20 luglio 2021, dai quali si evince che la commissione di gara riteneva l'Allegato 6 "Dettaglio offerta economica" prodotto dal concorrente RTI Cirfood S.C.-Elior Ristorazione S.p.a "profondamente lacunoso e irregolare in quanto mancante di tutti i valori e di tutte le dichiarazioni richieste dagli atti di gara". In particolare essa riteneva che l'offerta fosse "irrimediabilmente irregolare" a causa della mancata indicazione, per ciascun prezzo unitario a base di gara (relativo a ogni singola voce pasto), del ribasso offerto e del prezzo unitario nonché del totale del prezzo offerto (prezzo unitario per quantità), in modo che dalla somma dei prezzi totali derivasse il prezzo complessivo e il conseguente ribasso (indicato sulla piattaforma Sintel). Secondo la commissione, la mancata indicazione di tali valori costituiva irregolarità essenziale e insanabile e quindi causa di esclusione dalla gara;

CONSIDERATO che la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2020, n. 1538, richiamato da T.A.R. Puglia Bari Sez. III, 25 febbraio 2021, n. 333) ha evidenziato il principio per cui «Se nell'offerta manca l'indicazione di più di un prezzo, essa non è valida. Se è vero, infatti, che l'omissione di una voce può essere tale da comunque consentire - in sede di esame dell'offerta - la ricostruzione senza margini di opinabilità della volontà dell'offerente, mediante il raffronto fra la somma dei prezzi unitari ed il prezzo globale, non è men vero che una tale operazione matematica non può essere utile dove vi siano da ricostruire più voci, riguardo alle quali spetta soltanto all'offerente graduare quanto richiedere in relazione a ciascuna, trattandosi di valutazioni espressive di scelte tecniche ed economiche sue proprie,



insurrogabili dall'ufficio. Di conseguenza, più omissioni riscontrate in sede di gara hanno carattere essenziale e irrimediabile d'ufficio, per il suo importo e per l'obiettivo incertezza che provoca in ordine all'effettivo contenuto delle voci dell'offerta presentata». La giurisprudenza ha anche rammentato come, «per espressa previsione di legge (art. 83, co. 9 d.lgs. 50/2016), sono sanabili con il soccorso istruttorio solo la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale "con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica" (*ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 9 aprile 2019, n. 2344; T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, Sez. I, 18 dicembre 2019, n. 170; T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 10 gennaio 2020, n. 17)».

VISTI i precedenti pareri dell'Autorità, secondo cui «Nel caso di procedura di gara svolta mediante l'ausilio di sistemi informatici e modalità di comunicazione in forma elettronica [...], in caso di contestate carenze nella trasmissione dell'offerta il concorrente non può far valere l'eventuale malfunzionamento del sistema ove, dalla documentazione in atti, esso non risulti comprovato né risulti che il concorrente abbia tenuto una condotta diligente tesa a verificare il corretto inoltro dell'offerta secondo le prescrizioni del disciplinare di gara» (delibera n. 839 del 3 agosto 2016) e quindi «grava sull'operatore economico 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» (delibera n. 157 del 19 febbraio 2020);

CONSIDERATO che, in caso di disfunzione tecnica nel caricamento dell'offerta economica e nella trasmissione della stessa, la giurisprudenza dominante tende a reputare legittimo il rigetto dell'istanza di riammissione ad una gara telematica del concorrente che non è riuscito a trasmettere la domanda nel caso in cui l'omesso invio e la conseguente mancata ricezione della domanda non appaiono imputabili a malfunzionamenti del sistema, ma al solo operatore partecipante (T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 18 febbraio 2021, n. 448, richiamata da T.A.R. Campania Salerno Sez. II, Sent. 26 febbraio 2021, n. 506)»;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, non è dimostrato, in quanto non emerge dagli atti del presente procedimento, che l'errore in cui è incorso il concorrente nell'eseguire le operazioni informatiche di presentazione dell'offerta sia stato dovuto a un malfunzionamento del sistema al momento del caricamento dell'offerta sulla piattaforma Sintel;

RITENUTA non accoglibile la prospettazione del concorrente RTI Cirfood S.C.-Elior Ristorazione S.p.a. quando afferma che il documento Allegato 6 "Dettaglio offerta economica" costituiva solamente un "giustificativo anticipato" e quindi un elemento non essenziale dell'offerta economica stessa, utile ai fini di un'eventuale verifica di congruità nel caso di anomalia dell'offerta. Tali affermazioni sono in contrasto con il tenore letterale del disciplinare di gara sopra richiamato, secondo cui il predetto documento Allegato 6, recante l'indicazione dei prezzi unitari e complessivi, era parte del contenuto essenziale dell'offerta, e la mancata indicazione anche solo di uno degli elementi essenziali avrebbe dato luogo a un'offerta incompleta (16.2 lett. e) sesto punto del disciplinare, riprodotto a pag. 3 lett. g) del modello Allegato 6), mentre solamente la compilazione nel dettaglio di tutte le singole voci di costo (pag. 4 e segg. del modello Allegato 6) atteneva alla eventuale verifica di congruità (16.2 lett. e) ultimo punto: "la compilazione di detta parte inerisce la fase di valutazione della congruità") ed era suscettibile di integrazione;

RITENUTO quindi che, nel caso di specie, l'offerta era da ritenere incompleta, ai sensi del disciplinare di gara, e non suscettibile di soccorso istruttorio, essendo tale istituto non ammesso in relazione all'offerta economica. Inoltre, in mancanza della dimostrazione di un malfunzionamento del sistema imputabile al gestore dell'infrastruttura, la responsabilità per l'errore nel caricamento dell'offerta economica sulla piattaforma ricade sul concorrente;



Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- nel caso di specie, l'offerta era da ritenere incompleta ai sensi del disciplinare di gara, in quanto mancante degli elementi essenziali richiesti e non suscettibile di soccorso istruttorio, essendo tale istituto non ammesso in relazione all'offerta economica. In mancanza della dimostrazione di un malfunzionamento del sistema imputabile al gestore dell'infrastruttura, la responsabilità per l'errore nel caricamento dell'offerta economica sulla piattaforma ricade sul concorrente.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 ottobre 2021

Per Il Segretario Valentina Angelucci

Rosetta Greco

(*atto firmato digitalmente*)