



DELIBERA N. 11

7 gennaio 2021.

Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata _____OMISSIS_____ nella qualità di mandatario del costituendo Raggruppamento tra Professionisti denominato: _____OMISSIS_____ – Procedura aperta per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria (ai sensi dell'art. 95, comma 3, lett. b, D.Lgs. 50/2016). Lavori di manutenzione ordinaria e/o straordinaria presso i siti del Parco archeologico di Kamarina e Cava d'Ispica - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: euro € 166.635,73 – S.A.: Regione Siciliana - Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità - Dipartimento Regionale Tecnico – Servizio 6 "Espletamento di servizi di ingegneria di competenza regionale e/o per conto di enti locali" (Sicilia Orientale).

PREC 249/2020/S-PB

Riferimenti normativi

Articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Soccorso istruttorio – termine di riscontro dell'integrazione documentale – perentorietà

Procedura svolta su piattaforma informatica – incertezza sulla trasmissione della documentazione di soccorso istruttorio – eventuale malfunzionamento – onere della prova ricade sulla stazione appaltante

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 7 gennaio 2021



DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 89241 del 24 novembre 2020, presentata _____OMISSIS_____nella qualità di mandatario del costituendo Raggruppamento tra Professionisti denominato _____OMISSIS_____relativa alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante rappresentava che la stazione appaltante aveva fatto ricorso al soccorso istruttorio per l'integrazione documentale, con nota del 17 settembre 2020, assegnando dieci giorni per il relativo adempimento e che lo stesso aveva provveduto all'invio della documentazione richiesta «attraverso il portale dedicato, "rispondendo" alla comunicazione ricevuta con reindirizzamento ad altra pagina del portale, in cui era presente il format utile alla trasmissione dell'integrazione documentale e, in particolare, risultava precompilato il campo "oggetto" con la seguente dicitura: "Trasmissione soccorso istruttorio Parco Archeologico di Kamarina e C"». Dopo aver provveduto all'invio della risposta, l'istante aveva ricevuto notifica di avvenuto invio. In data 13 ottobre 2020, l'operatore economico «riceveva una comunicazione PEC ad opera dell'Ing. Antonio Leone (RUP di altra gara indetta dalla stessa stazione appaltante) il quale gli rappresentava di non potere accogliere i documenti ricevuti con soccorso istruttorio non attinente alla gara dei servizi di architettura e ingegneria: "Lavori di manutenzione ordinaria e/o straordinaria presso i siti del parco archeologico delle Isole Eolie" e ciò in quanto nell'area comunicazioni della piattaforma sitas e-procurement pervenivano dall'operatore economico risposte al soccorso istruttorio relative ad "altre gare"»; al fine di verificare ciò, l'operatore accertava che sul portale «le risposte date ai soccorsi istruttori relativi a diverse procedure di gare cui aveva partecipato erano tutte transitate nell'area comunicazioni" dedicata alla gara del parco archeologico delle isole Eolie» e, conseguentemente, aveva chiesto alla stazione appaltante di considerare «validi i soccorsi istruttori inviati, perché l'avvenuta ricezione in area relativa ad una diversa procedura di gare avrebbe dovuto attribuirsi ad un mal funzionamento del portale non a sé addebitabile», ritenendo che l'esclusione era stata disposta in violazione dell'articolo 83, comma 9 del d.lgs. 50/2016;

VISTA la documentazione di gara e, nello specifico, il disciplinare di gara che, con riferimento al soccorso istruttorio, prevedeva che «Ai fini della sanatoria la stazione appaltante assegna al concorrente un congruo termine - non superiore a dieci giorni - perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicando il contenuto e i soggetti che le devono rendere. [...] In caso di inutile decorso del termine, la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla procedura»;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto con nota prot. 87557 del 18 novembre 2020;

VISTA la memoria depositata dall'amministrazione nella quale viene ribadita la legittimità del provvedimento di esclusione in ragione del fatto che l'attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante avveniva in data 17 settembre 2020, dandone comunicazione all'operatore economico tramite l'area riservata della piattaforma informatica, inviando altresì avviso di comunicazione PEC e che dal sistema stesso si rilevava l'avvenuta lettura da parte del costituendo RTP RP2C, lo stesso 17 settembre 2020, alle ore 10.54. Il riscontro tuttavia avveniva solo in data 13 ottobre 2020, oltre il termine dei dieci giorni prescritto, scaduto il 26 settembre 2020;

RITENUTO che il parere possa essere reso ai sensi dell'articolo 11, comma 5, del Regolamento di precontenzioso;



CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità concerne la legittimità del provvedimento di esclusione disposto per mancato riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio entro i termini previsti dalla disciplina di gara;

VISTO che l'articolo 83, comma 9 del Codice stabilisce che «Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa»;

RILEVATO che relativamente al termine entro cui adempiere il soccorso istruttorio, il consolidato orientamento è nel senso di ritenere tale termine come perentorio, ai fini di un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda (cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 29 maggio 2019 n. 3592; 22 agosto 2016 n. 3667; 22 ottobre 2015 n. 4849; 18 maggio 2015, n. 2504; III, 21 gennaio 2015, n. 189; incidentalmente anche Adunanza Plenaria, 30 luglio 2014, n. 16). Una lettura interpretativa che ha altresì ritenuto legittima la sanzione espulsiva «quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale», in coerenza con la *ratio* e la lettera dell'articolo 83, comma 9, volte a garantire certezza e rapidità del sub-procedimento di soccorso istruttorio;

CONSIDERATO altresì che tale termine, fin dalla previgente normativa, è stato riconosciuto come perentorio (cfr. ANAC, Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015) in quanto ogni dilazione ulteriore rispetto a quella consentita dalla legge contrasterebbe con la necessità di un celere svolgimento della procedura di affidamento, che sarebbe irrimediabilmente soggetta all'inerzia dei concorrenti. Una diversa conclusione determinerebbe la violazione della *par condicio* dei concorrenti, andando a premiare il comportamento di chi negligenzemente abbia ommesso di allegare la documentazione richiesta, anche a seguito di soccorso istruttorio, a scapito di quegli operatori che, invece, hanno presentato una documentazione completa e regolare o che si sono immediatamente conformati alle richieste della stazione appaltante (cfr. ANAC, delibera n. 751 del 5 settembre 2018);

CONSIDERATO che per le procedure di gara condotte mediante piattaforme informatiche, la più recente giurisprudenza (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. III, 24 novembre 2020, n.7352) in merito a ipotesi di malfunzionamento dei sistemi informatici ha chiarito che, nei casi di trasmissione della documentazione mediante piattaforma informatica, qualora sussista l'impossibilità di stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, si siano verificati vizi del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che gestisce la gara, sul quale grava la verifica mediante i file log, ossia i report tecnici ricostruenti le interazioni tra utente e sistema informatico, al fine di verificare l'eventualità del verificarsi di malfunzionamenti del sistema;

CONSIDERATO, quindi, che tale orientamento si fonda sul presupposto che «il rischio inerente alle modalità di trasmissione non può far carico che alla parte che unilateralmente aveva scelto il relativo sistema e ne aveva imposto l'utilizzo ai partecipanti; e se rimane impossibile stabilire che vi sia stato un errore da parte del trasmittente, o piuttosto la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del



sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara» (cfr. TAR Bari, 3 aprile 2020 n. 461; Consiglio di Stato, Sez. III, 25 gennaio 2013, n. 481). Stante, dunque la natura meramente strumentale dei sistemi informatici rispetto all'attività amministrativa, è sull'amministrazione che grava l'onere di accollarsi il rischio di eventuali malfunzionamenti e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui si avvale e per l'effetto, in ipotesi dubbie, ad essa spetti l'onere probatorio, anche a tutela dei principi di *par condicio* e di *favor participationis* nelle procedure di gara (cfr. anche Consiglio di Stato, sentenza n. 86 del 7 gennaio 2020);

RILEVATO che, nel caso di specie, sulla base delle informazioni fornite dall'amministrazione, la motivazione dell'esclusione risiederebbe proprio nella mancata allegazione della documentazione richiesta entro i termini perentori fissati dalla comunicazione del 17 settembre 2020. Circostanza che in applicazione dell'articolo 83, comma 9, costituisce di per sé legittima causa di esclusione in ossequio ai sopra richiamati indirizzi interpretativi;

RILEVATO altresì che l'operatore economico, dal suo canto, sosteneva di aver proceduto al riscontro utilizzando la piattaforma informatica a disposizione, che tuttavia avrebbe erroneamente attribuito la risposta ad altra gara, determinando lo spirare del termine di soccorso istruttorio;

RITENUTO che quanto asserito dall'operatore economico possa essere oggetto di specifica verifica esclusivamente da parte dell'amministrazione, al fine di scongiurare l'eventuale verificarsi di malfunzionamenti nei sistemi informativi, in linea con l'orientamento giurisprudenziale sopra evidenziato;

RITENUTO, pertanto, che il provvedimento di esclusione possa ritenersi conforme all'articolo 83, comma 9 e ai principi di *par condicio* e *favor participationis*, esclusivamente qualora l'amministrazione, dalla valutazione delle informazioni derivanti da tali interrogazioni del sistema, accerti la non esistenza di un malfunzionamento dello stesso, idoneo a generare l'errore dichiarato dal concorrente;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che costituisce onere dell'amministrazione l'accertamento di eventuali malfunzionamenti del sistema, con conseguente conformità del provvedimento di esclusione ai principi generali dell'ordinamento e al contenuto dispositivo dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, in caso di esito negativo di una tale verifica.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 gennaio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente