



DELIBERA N. 616

20 dicembre 2022.

Oggetto

Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dalla Associazione "Compagni di Coda" – Procedura aperta per l'appalto del servizio di gestione del canile sanitario ed annesso rifugio comunale per cani randagi, sito in agro di Acquaviva delle Fonti, contrada <>, per il periodo di anni due - Importo a base di gara euro: 327.040,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Acquaviva delle Fonti (BA)

PREC 165/2022/S

Riferimenti normativi

Artt. 79 d. lgs. 50/2016

Parole chiave

Malfunzionamento piattaforma telematica – Riapertura termini partecipazione

Massima

Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Procedura – Malfunzionamento piattaforma telematica – Provvedimenti adottabili – Riapertura dei termini per la presentazione delle offerte - Ammissibilità

L'ampia formulazione dell'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. 50/2016 rende doverosa per la Stazione appaltante, che abbia accertato l'esistenza di un malfunzionamento della piattaforma telematica impeditivo della partecipazione, l'adozione ogni provvedimento idoneo a consentire la regolarità della procedura, ivi compresa la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 20 dicembre 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 93423 dell'11 novembre 2022, con cui l'Associazione "Compagni di Coda", organizzazione di volontariato, ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere sulla correttezza del rigetto opposto dall'Amministrazione alla richiesta di riapertura dei termini per la presentazione delle



offerte, avanzata dall'istante in ragione di un malfunzionamento della piattaforma telematica per la trasmissione delle offerte che le avrebbe impedito di poter partecipare alla procedura di gara in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante ha rappresentato di aver predisposto la documentazione necessaria per la partecipazione nel rispetto dei termini previsti dal bando – che fissava la scadenza dei termini per la presentazione delle offerte al 13.10.2022, ore 12:00 - e, tuttavia, all'atto del caricamento della documentazione, nel corso della mattinata del 13.10.2022, non riusciva a perfezionare l'invio dell'offerta a causa di un malfunzionamento del portale MEPA. Malfunzionamento attestato anche sul sito istituzionale del portale "acquistinretepa.it". Pertanto, l'istante si attivava prontamente contattando – prima ancora della scadenza - telefonicamente il Comune di Acquaviva delle Fonti (che rassicurava sulla pronta concessione di una proroga dei termini) e, successivamente, trasmettendo sempre in data 13.10.2022 all'Amministrazione Comunale una comunicazione urgente con la quale dava atto delle problematiche e richiedeva una proroga del termine di scadenza, allegando apposita schermata – con orario 10,48 - estratta dal portale acquistinretepa.it, attestante il malfunzionamento della piattaforma telematica. In data 14.10.2022 e 15.10.2022, l'istante trasmetteva nuova istanza di rimessione in termini per impedimento tecnico. Con nota del 19.10.2022, il Comune di Acquaviva delle Fonti esprimeva diniego alle istanze formulate, in ragione del fatto che, per un verso, la richiesta di proroga era pervenuta all'Ente oltre il termine ultimo di ricezione delle offerte e, pertanto, non era possibile prorogare un termine già scaduto e, dall'altro, che il malfunzionamento si era verificato solo per alcune ore della giornata, come dimostrato dal fatto che un operatore economico partecipante alla procedura era riuscito, nella stessa giornata, a caricare la propria offerta nel sistema. La Stazione appaltante aveva infine rappresentato che dalla data di pubblicazione del bando alla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte erano decorsi 35 giorni, conformemente a quanto previsto dalla vigente normativa, periodo di tempo ampiamente sufficiente per l'inserimento telematico delle offerte da parte dei partecipanti;

VISTE le specifiche censure sollevate dall'istante avverso il diniego opposto dall'Amministrazione, fondate sulla violazione dell'art. 79, comma 5 bis del d.lgs. 50/2016 e del principio di leale collaborazione tra pubblico e privato che informa le procedure di evidenza pubblica, in forza del quale, in tale specifica materia, è onere dell'Amministrazione verificare l'esistenza del malfunzionamento lamentato dall'istante e, in caso affermativo, concedere una proroga dei termini ovvero una loro riapertura; nell'istanza, l'Associazione Compagni di Coda contesta altresì l'aggiudicazione del servizio in favore dell'operatore economico MAPIA S.r.l. in ragione della violazione dell'art. 77 del d.lgs. 50/2016, per aver presieduto la Commissione di gara il Dirigente del Settore tecnico che avrebbe anche materialmente redatto e firmato tutti gli atti di gara;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 95028 del 16 novembre 2022;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 97288 del 23 novembre 2022 con cui il Comune di Acquaviva delle Fonti ha confermato la correttezza delle decisioni assunte, reiterando, sostanzialmente, le motivazioni già segnalate all'istante ed incentrate sul deficit di diligenza nella partecipazione ed ha rappresentato che il servizio è stato affidato d'urgenza alla MAPIA S.r.l.;

CONSIDERATO, alla luce dei fatti sinteticamente descritti, che la questione su cui l'Autorità è chiamata a pronunciarsi concerne gli effetti che spiegano sulla partecipazione alla gara e sui concorrenti eventuali malfunzionamenti della piattaforma telematica per la trasmissione delle offerte;

VISTO l'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. 50/2016, a mente del quale *"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";

CONSIDERATO che sia l'Autorità sia la giurisprudenza più recente, in tema di malfunzionamenti della piattaforma telematica, hanno precisato che: a fronte dell'allegazione, da parte dell'operatore economico, di elementi idonei a fornire un principio di prova dell'esistenza del malfunzionamento informatico impeditivo della partecipazione, ricade sull'Amministrazione l'onere della prova dell'inesistenza del malfunzionamento lamentato e che, 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 (Consiglio di Stato, Sez. III, 24 novembre 2020, n.7352; TAR Bari, 3 aprile 2020 n. 461; Consiglio di Stato, sentenza n. 86 del 7 gennaio 2020; Delibera ANAC n. 11 del 7 gennaio 2021); la giurisprudenza ha, altresì, precisato che anche malfunzionamenti di pochi minuti - se collocati a ridosso alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta - impongono di riaprire il termine qualora uno dei concorrenti si sia trovato nell'impossibilità di caricare la documentazione richiesta (TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 19.9.18, n. 2109; TAR Latina, 21 ottobre 2022, n. 802). Tale impostazione, coerente con il disposto dell'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. 50/2016 (che non opera alcun distinguo in base al minore o maggiore grado di diligenza dell'operatore economico), risulta la più coerente con il principio della certezza giuridica, risultando altrimenti variabile, caso per caso, la valutazione tecnica sul rispetto del canone della diligenza professionale e non predeterminabile a priori dal concorrente la condotta in concreto da esso esigibile e quando debba concretamente iniziare le operazioni di caricamento per non incorrere in negligenza;

RILEVATO che, nel caso di specie, l'Associazione Compagni di Coda ha allegato uno screenshot della piattaforma telematica MEPA del giorno 13 ottobre 2022, ore 10:48, attestante il malfunzionamento lamentato; che lo stesso operatore ha dichiarato di aver contattato la S.A. per le vie brevi prima della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, denunciando il malfunzionamento, - dichiarazione non sconfessata dalla Stazione appaltante nelle memorie trasmesse - e di aver inviato una PEC nella stessa giornata per informare dell'accaduto;

RILEVATO che, dalla documentazione in atti, non risulta che la Stazione appaltante abbia contattato il Gestore del sistema al fine di verificare - anche attraverso l'esame del cd. file log - l'effettiva esistenza del malfunzionamento della piattaforma telematica lamentato dall'istante e se lo stesso fosse riconducibile a vizi dell'infrastruttura o piuttosto ad un errore da parte del trasmittente, essendosi, invero, limitata a riconoscere il possibile malfunzionamento e a negarne, tuttavia, la portata impeditiva della partecipazione alla gara alla luce del fatto che altri operatori erano riusciti ad inviare la propria offerta;

CONSIDERATO che gli elementi fattuali sopra descritti denotano un difetto di istruttoria da parte dell'Ente circa la natura e rilevanza del malfunzionamento lamentato dall'istante e non consentono, pertanto, di ritenere giustificato il diniego alla riapertura dei termini; la circostanza che altri operatori siano riusciti ad inviare la propria offerta non esclude che si sia verificato un malfunzionamento e che questo possa aver avuto efficacia impeditiva della partecipazione per l'istante;

CONSIDERATO che anche le altre motivazioni poste dall'Ente a fondamento del rigetto dell'istanza di riapertura dei termini per la presentazione delle offerte appaiono contrastare con il dettato dell'art. 79, comma 5 bis, del Codice e con i sopra richiamati principi elaborati dalla giurisprudenza e dall'Autorità in tema di malfunzionamento delle piattaforme telematiche; in particolare, quanto alla invocata mancanza di diligenza dell'operatore economico, va rappresentato che, in disparte le considerazioni circa l'irrelevanza dell'orario in cui il concorrente si è accinto ad effettuare le operazioni di caricamento delle offerte nel caso di accertata esistenza del malfunzionamento della piattaforma, in ogni caso, dallo screenshot allegato, risulta che l'Associazione istante ha avviato le operazioni di caricamento della



propria offerta con un congruo anticipo (almeno un'ora e 10 minuti prima) rispetto al termine di scadenza per la presentazione delle offerte; del pari inconferente risulta il richiamo al termine di 35 giorni decorso tra la pubblicazione del bando di gara e la scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, in quanto trattasi di lasso temporale necessario agli operatori economici per confezionare la propria offerta, ben potendo questi ultimi procedere al caricamento sulla piattaforma telematica anche l'ultimo giorno utile. Anche la giurisprudenza ha precisato in argomento come la circostanza che l'offerta fosse stata presentata "all'ultimo minuto" sia irrilevante, posto che l'operatore economico ben può utilizzare tutto il tempo concesso per l'elaborazione e la presentazione dell'offerta, senza correre il rischio, per l'incerta indicazione delle relative modalità – o, aggiunge il Collegio per un riscontrato malfunzionamento a lui non imputabile – di incontrare difficoltà imprevedibili (Cons. Stato, Sez. V, 2.8.21, n. 5641); infine, neppure il lamentato ritardo con cui l'istante avrebbe comunicato l'esistenza del malfunzionamento appare circostanza idonea a giustificare il diniego opposto dall'Amministrazione: invero, la formulazione ampia dell'art. 79, comma 5 bis, del Codice in merito ai rimedi esperibili in caso di malfunzionamento, conduce a ritenere ammissibile non solo la proroga dei termini per la presentazione delle offerte ma anche la loro riapertura, a scadenza già avvenuta;

CONSIDERATO che l'accoglimento della censura sollevata in merito al diniego opposto dall'Amministrazione alla riapertura dei termini per la presentazione delle offerte consente di ritenere assorbita la questione relativa alla presunta violazione dell'art. 77 del d.lgs. 50/2016;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che il diniego opposto dall'Amministrazione alla richiesta di riapertura dei termini per la presentazione delle offerte non è conforme alla normativa di settore e ai principi elaborati dalla giurisprudenza e dall'Autorità in tema di malfunzionamento delle piattaforme telematiche. Resta fermo il potere dell'Amministrazione di confermare il diniego qualora, all'esito degli opportuni accertamenti istruttori, dovesse emergere che nessun malfunzionamento si è mai verificato o che lo stesso non è dovuto a vizi dell'infrastruttura.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 dicembre 2022
Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente