



DELIBERA N. 131

28 marzo 2023.

Oggetto

Istanza presentata dalla Nuova Tesei Bus S.r.l. - Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per il trasporto alunni per mete deliberate di volta in volta dai Consigli di classe o d'Istituto (noleggio autobus con conducente). Importo a base di gara euro: n.d.. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Istituto Comprensivo Gianni Orzini - Aprilia

UPREC-PRE 416/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 36 del d.lgs. n. 50/2016

Art. 52 del d.lgs. 50/2016

Artt. 58 del d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – procedura – indagine di mercato – termine presentazione offerta – condizioni

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – procedura – piattaforma telematica – uso PEC - illegittimità

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – procedura – negoziata senza previa pubblicazione del bando – termine presentazione offerta – condizioni

Nella procedura negoziata si dovrebbe fare riferimento al termine previsto (per la procedura ristretta) dall'art.61, co.6, lett. b), che consente, in caso di urgenza, la riduzione dei termini di ricezione delle offerte fino a dieci giorni. Con riguardo agli affidamenti sotto soglia, poi occorre ulteriormente considerare la facoltà di dimidiazione prevista dall'art.36, co.9 D.Lgs.n.50/2016, confermata e generalizzata, nel regime transitorio che opera fino al 30.6.23, dall'art.8, co.1, lett. c) L.n.120/2020; ne discende che, nella negoziata senza bando sotto soglia, il termine di cinque giorni costituisce, indicativamente, il termine minimo assegnabile agli operatori economici interpellati per la presentazione dell'offerta.



Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – procedura – piattaforma telematica – uso PEC – illegittimità

La previsione della trasmissione in via esclusiva delle offerte attraverso la posta elettronica certificata, senza nemmeno sistemi di cifratura atti a garantirne la segretezza, viola palesemente il principio di segretezza delle offerte

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 marzo 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 7895 del 30.1.2023 con la quale l'impresa Nuova Tesei Bus s.r.l. ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso relativamente ad alcuni profili inerenti la legittimità della procedura indetta dall'Istituto Comprensivo Gianni Orzini di Aprilia relativamente alla "*Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per il trasporto alunni per mete deliberate di volta in volta dai Consigli di classe o d'Istituto (noleggio autobus con conducente)*";

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 9999 del 6.2.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità verte in particolare sui seguenti profili 1) legittimità del termine per la presentazione offerte, 2) mancata indicazione delle quantità dei servizi e della determinazione dell'oggetto del contratto, 3) legittimità dell'utilizzo della PEC per la presentazione delle offerte, 4) congruità e logicità dei criteri tecnici di valutazione dell'offerta;

RILEVATO che con riferimento al primo profilo di censura, inerente in particolare la dedotta esiguità del termine di 7 giorni per la presentazione delle offerte, in violazione dei principi di trasparenza, pubblicità, proporzionalità e adeguatezza;

PRESO ATTO che l'invito era stato trasmesso in data 25.1.2023 e ai sensi dell'art. 3 della lex specialis le offerte sarebbero dovute pervenire entro le ore 14.00 del successivo 1.2.2023;

CONSIDERATO che secondo condivisibile giurisprudenza "*... nella procedura negoziata si dovrebbe fare riferimento al termine previsto (per la procedura ristretta) dall'art.61, co.6, lett. b), che consente, in caso di urgenza, la riduzione dei termini di ricezione delle offerte fino a dieci giorni. Con riguardo agli affidamenti sotto soglia, poi occorre ulteriormente considerare la facoltà di dimidiazione prevista dall'art.36, co.9 D.Lgs.n.50/2016, confermata e generalizzata, nel regime transitorio che opera fino al 30.6.23, dall'art.8, co. 1, lett. c) L.n. 120/2020; ne discende che, nella negoziata senza bando sotto soglia,*



il termine di cinque giorni costituisce, indicativamente, il termine minimo assegnabile agli operatori economici interpellati per la presentazione dell'offerta " (TAR Campania – Salerno n. 2725 del 13.12.2021);

CONSIDERATO quanto sopra, nonché la circostanza che la procedura in oggetto era stata bandita dopo l'annullamento in autotutela di una precedente indagine annullata per un mero errore tecnico ma di contenuto sostanzialmente analogo, ne discende che la prima doglianza appare priva di pregio;

PRESO ATTO che con la seconda questione l'istante contesta la mancata indicazione delle quantità complessive dei servizi richiesti, con particolare riferimento alla determinabilità del costo del servizio di trasporto per le uscite didattiche superiori ai 100 km;

RILEVATO che ai sensi delle linee guida n. 4, la scrivente Autorità ha osservato che *"L'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica almeno il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante"*;

CONSIDERATO inoltre che, né il primo avviso di indagine (poi revocato in autotutela), né quello oggetto del presente parere hanno provveduto a indicare il valore dell'affidamento e che in assenza di tale valore, nonché del numero di tali uscite didattiche e di un tetto massimo della distanza, con peculiare riferimento alle uscite didattiche superiori ai 100 km, risulta indeterminabile uno dei criteri per la quantificazione della migliore offerta di cui all'art. 1 della lex specialis;

CONSIDERATO che con la terza doglianza l'istante censura la scelta della stazione appaltante di utilizzare la PEC come modalità di presentazione delle offerte, ai sensi dell'art. 3 dell'avviso, in luogo dell'utilizzo di una piattaforma telematica;

RILEVATO che, nel caso di specie la procedura è stata condotta senza l'ausilio di una piattaforma telematica di negoziazione, avendo l'amministrazione ritenuto adeguato l'invio della documentazione amministrativa e delle offerte tecniche ed economiche tramite pec, viceversa, come osservato da autorevole giurisprudenza *"il ricorso a piattaforme telematiche consente, di regola, la piena tracciabilità delle operazioni di gara, nonché la certezza dei passaggi procedurali e del momento in cui gli stessi sono effettuati, inclusa l'apertura delle "buste" contenenti i documenti caricati a sistema. Il meccanismo di funzionamento della piattaforma telematica di negoziazione, che prevede un sistema "bloccato" di progressione nelle fasi della procedura, cioè tale da non consentire l'apertura della busta telematica successiva se non si è prima chiusa la valutazione della precedente, la reportistica interna automatica, l'organizzazione di apposite sezioni per il caricamento della diversa documentazione e finanche l'inserimento direttamente a sistema della percentuale di ribasso o del valore dell'offerta economica, garantiscono la regolarità delle operazioni e la segretezza dell'offerta economica fino alla completa valutazione di quella tecnica, senza possibilità di conoscere il ribasso offerto dai concorrenti prima di aver valutato la qualità di ciascuna proposta progettuale. Nel caso di specie, al contrario, l'invio in un'unica pec dei due files dell'offerta tecnica ed economica rende possibile l'anticipata conoscenza dello sconto praticato dal concorrente, poiché non vi sono impedimenti all'apertura dei files medesimi, né strumenti che consentano di tenerne traccia o di ricostruire il momento in cui gli stessi vengono visionati (tali non essendo la firma digitale e la marcatura temporale). Peraltro, la trasmissione delle offerte neppure è stata prevista presso una casella di posta elettronica certificata appositamente dedicata allo svolgimento della*



procedura di gara, con accesso limitato, ma all'indirizzo istituzionale dell'ente a cui possono accedere potenzialmente più soggetti' (TAR Piemonte n. 1218 del 30.12.022);

RILEVATO altresì che come osservato da ulteriore autorevole giurisprudenza secondo cui risulta *"palesamente violato il principio di segretezza delle offerte economiche (cfr.: Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; idem, Sez. V, 20 luglio 2016, n. 3287; idem, 12 novembre 2015, n. 5181; idem, 19 aprile 2013, n. 2214; idem, 11 maggio 2012, n. 2734; idem, 21 marzo 2011, n. 1734), essendo prescritto che esse fossero inviate esclusivamente con posta elettronica certificata, senza nemmeno sistemi di cifratura atti a garantirne la segretezza (come eventualmente previsto dall'art. 52 del codice degli appalti, d.lgs. 50/2016)"* (cfr. TAR Friuli V.G. n. 229 del 27.5.2019), con riferimento a tale profilo di censura, la disciplina di gara non appare conforme alla vigente normativa;

RILEVATO infine che con l'ultima doglianza l'istante censura i criteri tecnici di valutazione dell'offerta, segnatamente la previsione che valorizza l'anno di immatricolazione dei mezzi utilizzati che tuttavia si riferisce solo ai mezzi immatricolati fino al 2016;

PRESO ATTO che la lex specialis prevede all'art. 6 – offerta tecnica l'attribuzione di un punteggio di 4 punti per i mezzi immatricolati nel biennio 2013 – 2014 e di 10 punti per i mezzi immatricolati nel biennio 2015 – 2016 (su un massimo di 40 punti totali per l'intera offerta tecnica);

CONSIDERATO che l'art. 95, comma 6, del d.lgs. 50/2016, a mente del quale *"I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto"* e l'elenco, meramente esemplificativo, dei criteri di selezione delle offerte ivi contenuto;

VISTE le Linee Guida n. 2 approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 e con delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018 che – nel precisare che quanto prescritto dal citato articolo 95 comma 6 del Codice in merito alla pertinenza dei criteri di selezione all'oggetto dell'appalto è espressione dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento – individua come connessi all'oggetto dell'appalto quei criteri che *"riguardano lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito dell'affidamento sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del ciclo di vita (compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio o in un processo specifico per una fase successiva del ciclo di vita, anche se non sono parte del loro contenuto sostanziale) ovvero attengono alle caratteristiche dei lavori, dei beni o dei servizi ritenute più rilevanti dalla stazione appaltante ai fini della soddisfazione delle proprie esigenze e della valorizzazione degli ulteriori profili indicati dal Codice"*;

VISTO che, nelle citate Linee Guida, l'Autorità ha altresì sottolineato come *"In generale, le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo"*; e, inoltre, che *"Tali criteri devono essere almeno non discriminatori (ad es. non possono essere introdotte specifiche tecniche che favoriscono un determinato operatore), conosciuti da tutti i concorrenti e basati su elementi accessibili alle imprese"*;



CONSIDERATO che la definizione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche è espressione della cd. discrezionalità tecnica, sindacabile solo se le valutazioni compiute appaiano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (sul sindacato della discrezionalità tecnica cfr., ex multis, parere di precontenzioso n. 687 del 18 luglio 2018; parere di precontenzioso n. 193 del 1° marzo 2018; parere di precontenzioso n. 797 del 19 luglio 2017; parere di precontenzioso n. 210 del 1° marzo 2017; parere di precontenzioso n. 528 del 4 maggio 2016; parere di precontenzioso n. 198 del 25 novembre 2015; parere di precontenzioso n. 37 del 1 aprile 2015; parere di precontenzioso n. 31 del 2 settembre 2014; Consiglio di Stato, sez. V, 26 marzo 2020 n. 2094; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2018, n. 2602; Consiglio di Stato, Sez. III, 2 maggio 2016, n. 1661; Consiglio di Stato, Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 882; Tar Venezia, sez. I, 7 giugno 2018, n. 613);

RILEVATO tuttavia che la scelta di circoscrivere l'attribuzione di punteggi premiali ai mezzi di trasporto immatricolati fino ad una certa data, comunque risalente nel tempo, non è stata in alcun modo giustificata dalla stazione appaltante, né le ragioni di tale scelta appaiono diversamente documentate, né deriva che tale scelta risulta illogica giacché non contempla nella valutazione concorrenziale anche la disponibilità di mezzi di trasporto più recenti (rispetto a quelli immatricolati nel 2016) e quindi non solo potenzialmente di migliore qualità e affidabilità, rilevandosi pertanto che la previsione della lex specialis non appare conforme alla disciplina di riferimento;

Il Consiglio

ritiene, con riferimento alle questioni dedotte e nei limiti di cui in motivazione, che la condotta della stazione appaltante non appare conforme all'ordinamento ed alla disciplina di settore, evidenziando allo stesso tempo che laddove un'Amministrazione, anche non tenuta, adotti una procedura negoziata, è comunque sempre vincolata ai criteri alla base della procedura medesima.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 aprile 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente