



# DELIBERA N. 460

16 ottobre 2024

## Oggetto

Istanza di parere singola ex art. 220, comma 1, d.lgs. 36/2023, presentata da costituendo RTP Astra Engineering s.r.l./Arch. E. Miceli - Procedura aperta per l'affidamento dell'incarico per la redazione del Progetto di Fattibilità Tecnica- Economica ed Esecutiva comprensiva di PSC per i lavori di "Risanamento conservativo Torre poligonale N-E, mura di cinta adiacenti ed ex ascensori siluri del Castello Svevo" Comprensorio Difesa Brindisi.ID 7036 - CIG: B21F11DD50 - Importo a base di gara: € 181.741,61 – S.A.: Ministero della Difesa - Direzione Genio per la Marina Militare di Taranto

**UPREC-PRE-0237-2024 - FASC. 3775/2024**

## Riferimenti normativi

*art. 25, comma 2, d.lgs. n. 36/2023*

*art. 92, comma 2, lett. c), d.lgs. 36/2023*

## Parole chiave

Appalto - servizi - piattaforma telematica – omessa presentazione offerta - modalità di presentazione telematica - regole chiare e precise lex specialis - opportunità attivazione con congruo anticipo - riapertura termini di presentazione offerte - onere diligenza

## Massima

**Appalto pubblico – Servizi – Progettazione - Scelta del contraente – Procedura – Piattaforma telematica – Presentazione offerte - Mancato invio – Modalità presentazione telematica offerta - Regole chiare e precise lex specialis – Opportunità congruo anticipo - Onere diligenza - Omessa sospensione e proroga termini presentazione offerte – Legittimità**



È conforme all'art. 25, comma 2, terzo periodo, d.lgs. 36/2023, la condotta della SA che non ha sospeso né prorogato i termini di presentazione delle offerte, in assenza di un comprovato malfunzionamento della piattaforma digitale e in presenza di regole chiare e precise sulle modalità di presentazione telematica delle offerte nonché dell'indicazione di presentare l'offerta con congruo anticipo contenuti nella *lex specialis*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 16 ottobre 2024

## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 90340 del 30.07.2024, presentata dalla società Astra Engineering s.r.l., capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di professionisti con Arch. Enrico Miceli (mandante), che contesta l'impossibilità di presentare l'offerta in modalità telematica sulla piattaforma telematica "MEPA-Acquisti in rete" - [www.acquistinretepa.it](http://www.acquistinretepa.it) - utilizzata dalla Stazione appaltante per lo svolgimento della procedura in oggetto - che gli avrebbe impedito di concludere la procedura di invio dell'intera e completa documentazione di gara, già previamente caricata sulla stessa, e di partecipare alla procedura di gara, di cui ha avuto conoscenza il 26.07.2024;

CONSIDERATO, in particolare, che l'istante ritiene leso il proprio interesse a partecipare alla procedura in esame perché non ha potuto partecipare a causa della poca chiarezza, incompletezza ed inesattezza delle linee guida e dei manuali d'uso per la partecipazione alla gara degli operatori economici in raggruppamento temporaneo di professionisti, disponibili sulla piattaforma, a causa dei tempi occorsi per ottenere dal call center i chiarimenti sul messaggio di blocco apparso sulla piattaforma, necessari proprio a causa dell'assenza di tali indicazioni e chiarimenti e a causa della piattaforma stessa, che gli ha impedito di concludere la procedura di invio. Il RTP, di cui l'istante è mandataria, non ha potuto ultimare in tempo utile l'invio dell'offerta, previamente caricata in piattaforma, da cui è derivata la decadenza dalla partecipazione alla procedura di gara per scadenza del termine. L'istante chiede, quindi, la riapertura dei termini per la partecipazione alla gara, sottolineando che l'esclusione dalla gara non è stata determinata da propria negligenza bensì dalla poca chiarezza delle linee guida rinvenibili sulla piattaforma. L'istante ha già segnalato quanto sopra alla SA;

CONSIDERATO che l'istante sottopone all'Autorità il quesito con cui chiede di chiarire se nel caso in esame vi sia stata violazione dell'art. 3 d.lgs. 36/2023, in quanto ritiene di aver subito un trattamento differente rispetto agli altri partecipanti alla procedura di gara a causa delle indicazioni mancanti nei manuali d'uso e all'eccessiva gravosità della piattaforma "MEPA- Acquisti in rete", e di essere ammessa alla gara;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 5 settembre 2024;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

VISTA la memoria integrativa dell'istante, secondo cui la non riammissione in gara pregiudica la parità di trattamento ed appare in contrasto con il principio di libera iniziativa economica ex art. 42 Costituzione, evidenziando che la necessità della presenza contemporanea dei legali rappresentanti di tutti i componenti del raggruppamento per l'invio dell'offerta non era segnalata in nessun manuale d'uso della



piattaforma o documento di gara, con effetti discriminatori tra chi ha partecipato in forma singola e raggruppata;

VISTA la memoria di Consip S.p.A. che ha illustrato tutte le informazioni necessarie per la partecipazione in forma aggregata erano rinvenibili nel sistema, al link «[https://wiki.acquistinretepa.it/index.php/Partecipazione\\_ad\\_una\\_Gara#Partecipazione\\_aggregata\\_e\\_aggregata\\_complessa](https://wiki.acquistinretepa.it/index.php/Partecipazione_ad_una_Gara#Partecipazione_aggregata_e_aggregata_complessa)», ed erano precise e puntuali, tanto che 13 operatori su 14 hanno partecipato in forma aggregata alla procedura, uno in forma singola. Ha poi illustrato gli esiti dell'analisi svolta sui Log di Sistema e sulla base dati della procedura in esame, dal Gestore del Sistema (RTI Al maviva S.p.A./Accenture S.p.A./Accenture Financial Advanced Solution & Technology S.r.l./Deas S.p.A.), dai quali si evince che le istruzioni fornite tramite WIKI e attraverso gli alert presenti a Sistema, per la partecipazione in forma aggregata alle procedure indette sulla Piattaforma MEF/Consip, sono di agevole accesso, comprensibili e pienamente coerenti con l'art. 3 del Codice e con i principi in esso richiamati, forniscono indicazioni puntuali a tutti gli operatori interessati a partecipare con tale modalità e non c'è stato alcun trattamento discriminatorio tra l'Istante e gli altri partecipanti, né si è verificato alcun malfunzionamento del Sistema;

CONSIDERATO che l'istante a) ha iniziato la procedura di partecipazione alla gara il 12.07.2024, h: 16:14, e la partecipazione risulta nello stato di "Bozza"; b) il 26.07.2024, h: 11:43, l'istante ha generato e caricato a Sistema il documento obbligatorio di tipo economico; c) il legale rappresentante del costituendo RTP ha configurato a Sistema sé stesso e Chiara Stanca come utenti compilatori dell'impresa Astra Engineering s.r.l. e ha inserito l'utente Enrico Miceli quale Legale rappresentante compilatore dell'impresa Architetto Enrico Miceli S.r.l. e generato il PIN con cui questi avrebbe dovuto accedere alla negoziazione; tuttavia, questi non vi ha mai provveduto e a tutt'oggi si trova nello stato "Non Attivo", come il costituendo RTP; tale stato è visibile dalla mandataria Astra Engineering s.r.l. (nella sezione "Compilatori" all'interno della negoziazione) mentre risulta che il costituendo RTP non ha effettuato attività sulla negoziazione dal 22.07.2024 (h: 16:31) al 26.07.2024 (h: 00:02);

RILEVATO che né la SA, né Consip, hanno ricevuto segnalazioni di malfunzionamenti del Sistema o di difficoltà nell'utilizzo dello strumento nella partecipazione in forma multipla e che dall'analisi effettuata non sono emersi malfunzionamenti del Sistema che possano aver impedito al RTP e agli operatori economici la partecipazione alla negoziazione mentre è emersa una condotta non corretta dell'arch. Enrico Miceli, che non ha proceduto a effettuare l'accesso alla negoziazione tramite il PIN generato da Astra Engineering;

RILEVATO, inoltre, che l'istante ha presentato solo ed esclusivamente richieste di informazioni sulla procedura ma non segnalazioni di anomalie di funzionamento della Piattaforma, una il 22.07.2024 alle ore **10.40.32** sulla procedura di compilazione per la partecipazione in forma aggregata; altre due il 26.07.2024, dopo la scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, con cui è stata comunicata l'impossibilità di partecipare alla gara per un problema del Portale, con il codice fiscale/partita IVA dei compilatori e sono state richieste informazioni sulla partecipazione in raggruppamento;

RILEVATO, infine, che il funzionamento del modulo ASP del Sistema appare confermato dal fatto che negli ultimi otto mesi sono state avviate 1.061 partecipazioni in forma multipla, di cui 612 inviate, che gli operatori economici possono iniziare più partecipazioni alla stessa gara ASP ma poi inviarne una sola, e che lo stesso istante ha già partecipato a tre procedure di gara in forma multipla tra il 2019 e il 2024, presentando offerta;



RILEVATO che la SA, Direzione del Genio per la Marina Militare di Taranto, non ha presentato nessuna memoria mentre il Ministero della Difesa ha restituito la documentazione ricevuta dall'Autorità;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 10, commi 1 e 2, del "Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36", approvato con delibera del Consiglio n. 267 del 20 giugno 2023;

VISTO l'art. 25, comma 2, d.lgs. 36/2023;

VISTO l'art. 92, comma 2, lett. c), d.lgs. 36/2023;

RILEVATO che dai documenti in atti emerge che tutti gli operatori hanno ricevuto le stesse informazioni contenute nel disciplinare di gara e nelle istruzioni di CONSIP, che si sono rivelate adeguate allo scopo, posto, altresì, che 13 operatori hanno presentato offerta in forma associata e uno in forma singola mentre l'unico operatore che non ha presentato offerta è l'istante. Ciò prova che il sistema ha funzionato regolarmente, sia per le offerte in forma singola, che aggregata, e che non c'è stato nessun trattamento discriminatorio dell'istante rispetto agli altri partecipanti in forma singola o associata;

VISTO il disciplinare di gara, in particolare le premesse, i paragrafi 1 (Piattaforma telematica), 1.1 (Sistema telematico di negoziazione), 1.3 (identificazione), 1.4 (gestore del sistema), 13 (modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara);

VISTE le istruzioni fornite da Consip tramite WIKI, rinvenibili al link «[https://wiki.acquistinretepa.it/index.php/Partecipazione\\_ad\\_una\\_Gara#Partecipazione\\_aggregata\\_e\\_aggregata\\_complessa](https://wiki.acquistinretepa.it/index.php/Partecipazione_ad_una_Gara#Partecipazione_aggregata_e_aggregata_complessa)», contenenti la descrizione delle operazioni da svolgere passo per passo, con contestuale visualizzazione delle schermate della piattaforma;

RILEVATO che dall'analisi effettuata dal Gestore della piattaforma "MEPA- Acquisti online" e dalle verifiche eseguite sul sistema di gestione delle segnalazioni illustrate da CONSIP, emerge che il legale rappresentante del costituendo RTP, ha configurato Enrico Miceli come utente compilatore della società Arch. E. Miceli s.r.l., generando un PIN necessario per rendere "attivo" lo stato, compilare l'offerta e inviare la partecipazione, che questi non ha mai usato per accedere alla negoziazione, e non ha attivato né il proprio stato di compilatore, né il costituendo RTP. Pertanto, Astra Engineering non ha potuto presentare l'offerta per il costituendo RTP a causa dell'omessa attivazione da parte dell'arch. E. Miceli del proprio stato e di quello del RTP, come da istruzioni fornite dalla SA e da CONSIP e messaggi di alert e di blocco generati dal sistema, che indicavano, appunto, la necessità di attivare tutti gli utenti compilatori per ogni partecipante, per inviare l'offerta;

RILEVATO che nel disciplinare la SA ha espressamente avvisato gli operatori che «le operazioni di inserimento sul Sistema di tutta la documentazione richiesta rimangono ad esclusivo rischio del concorrente. Si invitano pertanto i concorrenti ad avviare tali attività con congruo anticipo rispetto alla scadenza prevista onde evitare la non completa e quindi mancata trasmissione dell'offerta entro il termine previsto. Qualora si verifichi un mancato funzionamento o un malfunzionamento della Piattaforma si applica quanto previsto al paragrafo 1.1» e ha evidenziato che «La presentazione dell'offerta e il relativo invio avvengono esclusivamente attraverso la procedura guidata prevista dal Sistema [...] I passi devono essere completati nella sequenza stabilita dal Sistema [...] La presentazione dell'offerta mediante il Sistema è a totale ed esclusivo rischio del precedente, il quale si assume qualsiasi rischio in caso di mancata o tardiva ricezione dell'offerta medesima, dovuta, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, a malfunzionamenti degli strumenti telematici utilizzati, a difficoltà di connessione e trasmissione, a lentezza dei collegamenti, o a qualsiasi altro motivo, restando esclusa qualsivoglia



responsabilità della Consip S.p.A. ove per ritardo o disguidi tecnici o di altra natura, ovvero per qualsiasi motivo, l'offerta non pervenga entro il previsto termine perentorio di scadenza [...]»;

RILEVATO che dagli atti di gara non è emersa la necessità – come affermato dall'istante - della compresenza dei legali rappresentanti di tutti i componenti del raggruppamento per presentare l'offerta bensì quella - evidenziata in maniera dettagliata nei manuali d'uso della piattaforma e nei documenti di gara - di indicare gli operatori economici riuniti o consorziati e di utilizzare per la compilazione dell'offerta il PIN generato automaticamente dal Sistema, ad essi esclusivamente dedicato;

RILEVATO, alla luce di quanto sopra, che l'istante non ha comprovato alcun mancato funzionamento o malfunzionamento della piattaforma, di cui ha dedotto l'eccessiva gravosità di utilizzo mentre la SA ha comprovato il corretto funzionamento della piattaforma e la completezza e chiarezza delle informazioni fornite nei manuali d'uso e nel disciplinare di gara; appare evidente che l'omessa presentazione dell'offerta sia ascrivibile unicamente alla condotta negligente dell'istante e, principalmente, dell'Arch. Miceli, che non ha provveduto al necessario accesso alla negoziazione, mantenendo se stesso e conseguentemente anche il costituendo RTP nello stato "Non Attivo", che non gli ha consentito d'inviare la partecipazione/offerta, come segnalato dai messaggi di alert e di blocco prodotti dal sistema; mentre la mandataria Astra Engineering s.r.l. non risulta aver sollecitato l'arch. Miceli a procedere come richiesto dagli atti di gara; né di aver considerato i messaggi di alert e di blocco generati dal sistema;

VISTI i pareri di precontenzioso dell'Autorità, resi in vigore del d.lgs. 50/2016, in cui è stato rappresentato che «La gestione di una procedura di gara in forma telematica, richiedendo l'osservanza con diligenza delle prescrizioni di bando e delle norme tecniche rilevanti, pone a carico del concorrente i rischi dell'eventuale erroneo utilizzo della piattaforma nonché dell'erroneo inserimento dei dati. Pertanto, l'esclusione dalla procedura è legittima in caso di mancato invio dell'offerta imputabile alla scarsa diligenza di un mandante di un RTI costituendo nell'inserimento dei dati utili all'identificazione dell'operatore, e non all'illegittima predisposizione della piattaforma telematica, né ad una anomalia o malfunzionamento della stessa» (delibera n. 367 del 26.07.2023), che «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» (delibera n. 616 del 20.12.2022) e che «Non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non sia riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore. In tali circostanze, è doverosa la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte» (delibera n. 538 del 16.11.2022);

RILEVATO che non sussistono motivi per discostarsi dall'illustrato orientamento, tenuto conto che la disciplina dettata dall'art. 25, co. 2, d.lgs. 36/2023, oltre che dall'art. 92, comma 2, lett. c), d.lgs. 36/2023, non ha modificato la previgente disciplina dettata dall'art. 76, co. 5, d.lgs. 50/2016. In tal senso, anche la giurisprudenza amministrativa che ha stabilito che «"il meccanismo di sospensione e proroga del termine di presentazione telematica dell'offerta, già previsto dall'articolo 79, comma 5-bis, D.lgs. n. 50 del 2016 ed ora dall'art. 25, comma 2, terzo periodo, del D.lgs. 31.03.2023 n. 36 opera soltanto se (e nella misura in cui) ricorra almeno una delle due seguenti situazioni: a) malfunzionamento della piattaforma digitale imputabile alla stazione appaltante; b) incertezza assoluta circa la causa del tardivo invio dell'offerta (e cioè se per un malfunzionamento del sistema oppure per negligenza dell'operatore economico). Viceversa, il ridetto meccanismo di sospensione e proroga non può mai operare in caso di comprovata negligenza dell'operatore economico, il quale – benché reso edotto ex ante (grazie a regole chiare e



precise contenute nella *lex specialis*) delle modalità tecniche di presentazione telematica dell'offerta e dell'opportunità di attivarsi con congruo anticipo – non si è invece attivato per tempo” (TAR Sicilia, sez. II, 1° febbraio 2024, n. 383)» (TAR Sicilia, Palermo, 24.06.2024, n. 2038);

VISTA, la pronuncia del GA che ha rappresentato che «Nell'ambito delle gare pubbliche, è necessario adempiere, con scrupolo e diligenza, a quanto previsto dal bando e dalle norme tecniche. La disciplina di gara è posta a garanzia di tutti i partecipanti e il suo erroneo utilizzo rimane a rischio del partecipante nell'ambito della propria autoresponsabilità. La gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta. Questo non significa che i partecipanti possano violare la procedura e addurre a giustificazione cause che non coinvolgono in alcun modo la stazione appaltante», precisando che «nonostante la procedura sia stata indetta nella vigenza del D.Lgs. n. 50 del 2016 [...] l'operato della stazione appaltante è perfettamente in linea col principio del risultato previsto dall'art. 1 del D.Lgs. n. 36 del 2023» (Consiglio di Stato, sez. V, 27.02.2024, n. 1924), richiamando il precedente conforme del Consiglio di Stato (Sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665) che aveva già utilizzato le disposizioni del d.lgs. 36/2023, come supporto interpretativo idoneo a risolvere controversie inerenti al d.lgs. 50/2016, sancendo la compatibilità della previgente normativa con i principi del risultato e della fiducia di cui agli artt. 1 e 2, d.lgs. 36/2023;

RILEVATO, conseguentemente che la condotta della SA di non concedere la sospensione e la proroga del termine di presentazione delle offerte, in presenza di regole chiare e precise sulle modalità di presentazione telematica delle offerte e dell'invito a presentare l'offerta con congruo anticipo, appare conforme all'art. 25, comma 2, terzo periodo, d.lgs.36/2023, che nel prevedere la sospensione e la proroga dei termini di presentazione delle domande/offerte, le subordina al «comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme»;

Il Consiglio

sulla base della documentazione in atti e alla luce delle motivazioni tutte che precedono, limitatamente alle questioni esaminate, ritiene che la condotta della SA sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 ottobre 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente

