



DELIBERA N. 451

9 ottobre 2024

Oggetto

Istanza presentata da Confraternita Misericordia di Vallo della Lucania O.D.V. – Procedura comparativa per l'affidamento biennale, con opzione di rinnovo per un altro anno, del servizio di trasporto sanitario di emergenza urgenza 118 dell'ASL Salerno per le postazioni: Vallo della Lucania 1, Vallo della Lucania 2, Gioi Cilento, Omignano, Vallo della Lucania - Ascea + potenziamento estivo: Acciaroli, **Casal Velino** – **CIG:** B165CF973F - Importo a base di gara: euro: 4.584.640,00 - S.A.: ASL Salerno

UPREC-PRE-0205-2024-S-PREC - FASC. 3447/2024

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 – malfunzionamento – omessa presentazione offerta - riapertura termini di presentazione offerte - onere diligenza

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Trasporto sanitario - Scelta del contraente – Procedura – Piattaforma telematica – Malfunzionamento - Mancato invio dell'offerta – Onere diligenza - Omessa sospensione e proroga termini presentazione offerte – Legittimità

Appare conforme all'art. 25, comma 2, terzo periodo, d.lgs. 36/2023, la condotta della SA che in assenza di un comprovato malfunzionamento della piattaforma digitale, non ha sospeso né prorogato i termini di presentazione delle offerte.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 ottobre 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 76331 del 03.07.2024 presentata da Confraternita Misericordia di Vallo della Lucania ODV (Organizzazione di volontariato), in qualità di capofila mandataria dell'ATS - Associazione temporanea di scopo, costituita con le mandanti Misericordia Casoria O.D.V. e Soccorso San Gennaro O.D.V., con cui contesta il malfunzionamento della piattaforma utilizzata dalla ASL Salerno per lo svolgimento della gara in esame, a causa del quale non ha potuto presentare offerta entro le h. 19:00 del 26.06.2024, termine di scadenza per la presentazione delle offerte, nonostante avesse iniziato le operazioni di caricamento alle h. 17:00. Ritiene, pertanto, la mancata partecipazione addebitabile al malfunzionamento della piattaforma e chiede la riapertura dei termini di partecipazione alla gara, alla luce dell'art. 25, co. 2, d.lgs. 36/2023, nonché delle richiamate pronunce della giurisprudenza, in tal senso;

CONSIDERATO che l'istante sottopone all'Autorità il quesito se, a fronte del comprovato malfunzionamento della piattaforma, l'ASL è obbligata a disporre la proroga del termine per la presentazione delle istanze di partecipazione ai sensi dell'art. 25, comma 2, d.lgs. n. 36/2023;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 07.08.2024, previa integrazione del contraddittorio;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

VISTA, in particolare, la memoria della SA, che preliminarmente ha eccepito l'improcedibilità dell'istanza ex art. 7, co., lett. a) del Regolamento di precontenzioso, per omessa integrazione del contraddittorio nei confronti di So.Re.Sa. S.p.A. - gestore della Piattaforma telematica di negoziazione SIASP utilizzata per lo svolgimento della procedura in esame - e dei due operatori economici che hanno presentato offerta, e nel merito ha ribadito quanto contenuto nell'allegata comunicazione di riscontro alla diffida dell'istante, rappresentando che «non risulta in alcun modo comprovato il malfunzionamento della piattaforma SIAPS, risultando del tutto inconferenti ed inappaganti le ricevute PEC allegate dall'istante», posto che il 26.06.2024, entro le h. 19:00, precisamente alle ore 10:39:32 e alle ore 18:53:40, sono pervenute n. 2 offerte ritualmente registrate tramite la Piattaforma SIASP e che nessun disservizio è stato segnalato dal gestore della piattaforma, evidenziando, altresì, che tutti gli operatori hanno avuto 45 giorni per la presentazione delle offerte;

RILEVATA preliminarmente la procedibilità dell'istanza posto che So.Re.Sa. S.p.A. è unicamente il gestore della Piattaforma telematica di negoziazione SIASP utilizzata nella procedura in esame e non la stazione appaltante o la centrale di committenza che opera per conto della ASL Salerno; è, dunque, un soggetto terzo rispetto all'ente che procede all'affidamento e non è pertanto parte della procedura in esame e del presente procedimento per il rilascio del parere. Per quanto attiene gli offerenti, la loro identità non era nota all'istante, motivo per cui l'istanza non poteva essere loro notificata; né la norma consente l'integrazione del contraddittorio tramite delega alla SA. Per tutto quanto sopra detto, l'istanza appare procedibile e il procedimento legittimamente avviato;



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, che dispone «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti utilizzano le piattaforme di approvvigionamento digitale per svolgere le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, secondo le regole tecniche di cui all'articolo 26. Le piattaforme di approvvigionamento digitale non possono alterare la parità di accesso degli operatori, né impedire o limitare la partecipazione alla procedura di gara degli stessi ovvero distorcere la concorrenza, né modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la partecipazione alla gara anche in caso di comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme, anche eventualmente disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del malfunzionamento»;

VISTO l'art. 92, comma 2, lett. c), d.lgs. 36/2023, che dispone «I termini di cui al comma 1 [per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte, *N.d.R.*] sono prorogati in misura adeguata e proporzionale: [...] c) nei casi di cui all'articolo 25, comma 2, terzo periodo»;

CONSIDERATO che, dai documenti in atti, emerge che l'istante non ha comprovato il malfunzionamento della Piattaforma telematica di negoziazione SIASP in data 26.06.2024, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, bensì solo di aver inviato il 26.06.2024 alle ore 18:57:13, tre minuti prima di tale scadenza, una PEC alla SA (all'indirizzo indicato nel bando di gara), avente a oggetto la procedura di gara in esame – il cui messaggio non è stato allegato - che è stata rifiutata dal sistema perché la casella di posta elettronica era piena. L'istante ha allegato anche due ricevute di altre PEC inviate dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, i cui messaggi non sono stati allegati, la prima avente a oggetto il malfunzionamento della piattaforma, inviata alle 19:00:53 a SO.RE.SA, gestore della piattaforma, consegnata; la seconda avente a oggetto la mancata consegna dell'offerta, inviata alle 20:17:58 alla SA e al gestore della piattaforma, consegnata;

RILEVATO che non risulta comprovato, come sostenuto dall'istate, che «sono state inoltrate all'ASL diverse segnalazioni, a mezzo PEC, tutte in orario antecedente alla scadenza, le quali, però, non sono state ricevute dall'ASL a fronte della *casella pec piena*» mentre risulta comprovato che l'istante ha inviato un solo messaggio alla SA tre minuti prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, il cui contenuto non è noto;

RILEVATO che in assenza di documentazione diversamente probante, dai documenti in atti emerge che l'istante avrebbe avviato le operazioni di trasmissione dell'offerta dopo le h. 18:53 del 26.06.2024, ossia negli ultimi 7 minuti a disposizione, che nessun disservizio è stato segnalato da SOREA gestore della piattaforma SIAPS, che la SA non ha accertato l'esistenza di un malfunzionamento della piattaforma impeditivo della partecipazione alla procedura, che trova conferma nell'avvenuta presentazione di due offerte ritualmente registrate tramite la Piattaforma SIASP in data 26.06.2024, alle ore 10:39:32 e alle ore 18:53:40. Si può, dunque, escludere un malfunzionamento della piattaforma mentre non si può escludere un erroneo utilizzo della piattaforma ovvero un erroneo inserimento dei dati da parte dell'istante negli ultimi 7 minuti a disposizione, che ne hanno impedito l'invio. Pertanto, tenuto conto del lasso di tempo eccessivamente ristretto che l'istante ha riservato allo svolgimento di tali operazioni, in assenza di un comprovato malfunzionamento della piattaforma e a fronte del funzionamento certo della piattaforma sino alle 18:53, l'omesso invio dell'offerta appare addebitabile all'istante che non ha



riservato un tempo congruo all'espletamento di tali operazioni. L'impossibilità di presentare l'offerta appare ascrivibile, dunque, alla scarsa diligenza del concorrente;

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 dell'Autorità, 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, altresì, la recente 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 vigore 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 assenza di un comprovato malfunzionamento della piattaforma digitale utilizzata per lo svolgimento della procedura di gara, 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, rispettivamente, «per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento» e «per una durata proporzionale alla gravità del malfunzionamento», le subordina al «comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme»;

Il Consiglio

sulla base della documentazione in atti e delle motivazioni tutte che precedono, ritiene, limitatamente alle questioni esaminate, che l'operato della stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 15 ottobre 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmata digitalmente