



## DELIBERA N. 212

27 aprile 2022.

### Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Electra Sannio S.r.l. – Procedura telematica aperta per l'affidamento in concessione del servizio di gestione delle lampade votive cimiteriali per il periodo 01/03/2022 e fino al 31/12/2024 nel cimitero comunale di Castellammare di Stabia - Importo a base di gara euro: 447.000,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Comune di Castellammare di Stabia (NA)

**PREC 53/2022/S**

### Riferimenti normativi

Art. 83 d.lgs. 50/2016;

Art. 1, comma 67, L. 266/2005

### Parole chiave

Contributo di gara – soccorso istruttorio– perfezionamento CIG – ritardo

### Massima

**Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Procedura– Offerta - Condizioni di ammissione – Acquisizione - Ritardi Stazione appaltante - Conseguenze**

**Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Procedura – Gara – Soccorso istruttorio – Contributo di gara – Ammissibilità – Condizioni**

*Non possono ricadere sull'operatore economico le conseguenze di errori ed omissioni della Stazione appaltante, che abbiano compresso, a poche ore dalla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, la possibilità di acquisire tutti gli elementi necessari alla trasmissione di un'offerta ammissibile.*



*E' sanabile la mancata allegazione alla domanda di partecipazione alla gara della ricevuta di pagamento del contributo di gara purché il versamento sia stato disposto in data anteriore alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.*

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 27 aprile 2022

## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 18586 del 14 marzo 2022, con cui la Soc. Electra Sannio S.r.l. ha chiesto all'Autorità un parere in merito i) all'omessa valutazione della propria offerta, giacché la stessa è stata caricata e salvata sulla piattaforma telematica entro il termine di scadenza fissato dalla *lex specialis*, con la conseguenza che la mancata trasmissione, nei termini, del plico finale - riconducibile ad un malfunzionamento del sistema - non avrebbe comunque impedito alla Commissione di conoscerne il contenuto e, in definitiva, di ammettere la stessa alle operazioni di gara; ii) alla mancata proroga del termine per la presentazione dell'offerta, richiesta avanzata dall'istante in ragione di omissioni della Stazione appaltante che hanno comportato ritardi nell'acquisizione della documentazione da allegare all'offerta e nella trasmissione della domanda di partecipazione;

CONSIDERATO che l'istante ha rappresentato che il Comune di Castellammare di Stabia, in data 25 febbraio 2022, pubblicava sulla G.U.U.E. il bando di gara per l'affidamento in regime di concessione del servizio di gestione delle lampade votive; il termine per la presentazione delle offerte era fissato alle ore 12:00 del 24 febbraio 2022; sino al 23.02.2022 risultava impossibile effettuare il pagamento del contributo di gara ed acquisire il pass; inserendo, infatti, il CIG sul portale dell'Autorità, compariva il seguente messaggio di errore "*Il CIG non esiste o non è stato ancora definito*"; allo stesso modo risultava impossibile effettuare il pagamento del contributo di gara in quanto compariva la dicitura: "*Gae07 - // codice inserito è valido ma non è attualmente disponibile per il pagamento. E' opportuno contattare la stazione appaltante*"; l'istante segnalava l'errore alla Stazione appaltante e, solo in data 24 febbraio, ovvero l'ultimo giorno utile per la trasmissione delle offerte, riusciva ad effettuare il pagamento del contributo e a prendere il pass; collegatosi alla piattaforma telematica TUTTOGARE, provvedeva a: a) a caricare i files compressi delle tre buste virtuali, firmati digitalmente, contenenti rispettivamente la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e l'offerta economica, b) a generare la chiave personalizzata dell'offerta economica e c) ad effettuare il salvataggio (con successo) della procedura di caricamento dell'offerta. Tuttavia, il sistema prevedeva anche l'invio della documentazione, obbligando l'istante a ritornare nel pannello di controllo della gara, cosicché, al cambio della pagina web, non tenendo conto del salvataggio avvenuto con successo (ovvero del caricamento sulla piattaforma di tutta la documentazione entro il termine), il sistema disconnetteva l'operatore per decorrenza dei termini. In data 25 febbraio, l'istante comunicava alla Stazione appaltante l'accaduto, chiedendo la proroga dei termini per la presentazione delle offerte ma non riceveva alcuna risposta;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 22472 del 25 marzo 2022;



VISTA la memoria acquisita al prot. n. 23259 del 29 marzo 2022, con cui il Comune di Castellammare di Stabia ha comunicato, preliminarmente, che sulla piattaforma TUTTOGARE non risulta presente l'offerta della Soc. Electra Sannio S.r.l. In merito alla proroga del termine per la presentazione delle offerte, la Stazione appaltante ha rappresentato che la richiesta dell'istante in data 25 febbraio alle ore 09:34 alla PEC del Settore Lavori Pubblici, non interessato alla procedura di cui trattasi e solo alle ore 18:16 al protocollo generale, quando era stato già pubblicato il verbale della prima seduta di gara e svolte le operazioni di apertura delle offerte tecniche e di assegnazione dei relativi punteggi. Quanto alle problematiche relative al PASSOE e al pagamento del contributo di gara, le stesse non potrebbero ritenersi giustificazioni sufficienti della mancata presentazione dell'offerta nei termini previsti dal bando di gara. Ben due società, infatti, hanno proceduto al caricamento dell'istanza nei tempi e, comunque, la mancata trasmissione dei suddetti documenti non sarebbe motivo di esclusione bensì di attivazione del soccorso istruttorio (Consiglio di Stato, Sez. V, 20/01/2022 n. 365). In ultima analisi, la Stazione appaltante ha precisato che la società Electra Sannio è l'attuale concessionaria dei servizi cimiteriali e, avendo contatto diretto e quotidiano con gli uffici comunali, avrebbe potuto rappresentare le problematiche incontrate, ovvero richiedere, in via informale, la possibilità di prorogare il termine per la presentazione delle offerte;

VISTA la documentazione in atti;

CONSIDERATO, in merito alla richiesta, avanzata in via principale dall'istante, di ammissione alla gara, che le norme tecniche di utilizzo della Piattaforma TUTTOGARE, prevedono che *"una volta caricate tutte le "buste", il Sistema renderà disponibile il pulsante INVIA LA PARTECIPAZIONE che consentirà all'operatore economico l'inoltro della richiesta di partecipazione alla gara. Cliccando sul comando, il Sistema verificherà la presenza di tutte le "Buste" e rilascerà il seguente messaggio: La partecipazione è stata ricevuta con successo. Un messaggio di posta elettronica certificata è stato inviato per confermare l'operazione. Dopo aver verificato la presenza di tutte le "Buste", il Sistema invierà all'operatore economico, tramite PEC, conferma di avvenuta partecipazione. Solo quando visualizzerà tale messaggio e avrà ricevuto tramite Pec la ricevuta di avvenuta consegna, da parte dell'Ente, della richiesta di partecipazione, l'operatore economico potrà considerare inviata la propria istanza."* Se ne desume che, in mancanza della trasmissione finale del plico, l'offerta non può considerarsi presentata e che la Stazione appaltante non ha alcuna possibilità di visionare le singole buste caricate e salvate sul sistema;

CONSIDERATO che la descrizione fattuale porta ad escludere l'esistenza di un malfunzionamento del sistema tale da impedire la trasmissione nei termini del plico; piuttosto, appare evidente che vi è stato un ritardo nell'avvio del processo di caricamento dell'offerta. È l'istante ad affermare, infatti, che l'invio della partecipazione si è resa impossibile in quanto *"il sistema disconnetteva l'operatore per decorrenza dei termini"*;

RITENUTO, pertanto, che si tratta di stabilire se il ritardo con cui è stato avviato il processo di invio dell'offerta sia imputabile all'operatore economico ovvero se vi sia stato un comportamento colposo, una negligenza della Stazione appaltante e, in tale ipotesi, se fosse corretto accordare una proroga del termine per la presentazione delle offerte;

CONSIDERATO, a tal fine, che appare necessario premettere che l'obbligo di versamento del contributo ANAC è legislativamente qualificato come *"condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche"* (art. 1, comma 67 della legge 266/2005): una disposizione che, sul piano interpretativo, l'Autorità ha inteso nel senso che i concorrenti "sono tenuti a dimostrare, al momento della presentazione dell'offerta, di avere versato la somma dovuta a titolo di



contribuzione. La mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento di tale somma è causa di esclusione dalla procedura di scelta del contraente ai sensi dell'art. 1, comma 67 della legge n. 266/2005" (art. 3, comma 2 della deliberazione ANAC del 21 dicembre 2016, n. 1337). Coerentemente con tale impostazione ermeneutica, la giurisprudenza ha statuito che in caso di omesso pagamento debba trovare applicazione il principio secondo cui tale omissione non possa essere "sanata dopo la scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte poiché, come è noto, il mancato pagamento del contributo previsto per tutti gli appalti pubblici costituisce una "condizione di ammissibilità dell'offerta" e la sanzione dell'esclusione dalla gara deriva direttamente ed obbligatoriamente dalla legge" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1572; in tal senso anche Cons. Stato sez. V, 30 gennaio 2020 n. 746). Anche nel Bando tipo n. 1 del 2017, recante lo *Schema di disciplinare di gara per procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*, al paragrafo 12, è precisato che le condizioni di partecipazione che incidono sulla validità dell'offerta (tra le quali viene richiamato il pagamento del contributo in favore dell'Autorità) devono accompagnare l'offerta sin dalla presentazione; e la mancata allegazione dei relativi documenti è sanabile solo se l'operatore economico dimostri che l'adempimento ha data certa anteriore alla scadenza dell'offerta ovvero che le condizioni formalizzate poi in un documento sussistevano al momento della presentazione dell'offerta (cfr. anche Determinazione n. 1/2015, Pareri di Precontenzioso n. 326 del 29/03/2017 e n. 838 del 27/07/2017);

CONSIDERATO che lo stesso disciplinare di gara prevedeva che i concorrenti assolvessero all'obbligo di pagamento del contributo in favore dell'Autorità e che inserissero nella busta contenente la documentazione amministrativa la ricevuta di avvenuto pagamento;

RILEVATO che dalla descrizione dei fatti emerge che: fino al giorno antecedente la scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, il RUP della Stazione appaltante non aveva perfezionato il CIG; il perfezionamento è avvenuto nella giornata del 23 febbraio 2022, probabilmente dopo la segnalazione effettuata dall'impresa istante (n.b. che aveva inviato una PEC al Settore Lavori pubblici); solo il 24 febbraio è stato possibile effettuare il pagamento del contributo ed acquisire il PASS (in ragione del fatto che l'allineamento del portale dell'Autorità avviene nella sera del giorno in cui è stato perfezionato il CIG, con la conseguenza che questo è visibile e disponibile agli operatori economici solo dal giorno successivo);

RITENUTO, pertanto, che il ritardo con cui l'operatore economico ha avviato il processo di caricamento della propria offerta, tale da impedirgli di procedere entro le ore 12:00 all'invio del plico, risulta con ogni certezza riconducibile all'omissione di un atto dovuto da parte della stazione appaltante; il perfezionamento del CIG nella giornata del 23 febbraio 2022, infatti, ha compresso nella sola mattinata del 24 febbraio 2022 la tempistica per ottemperare alle previsioni della legge di gara ai fini della presentazione di un'offerta completa e regolare. Appare, infatti, verosimile che, se il CIG fosse stato tempestivamente perfezionato, la Soc. Electra Sannio S.r.l., nella giornata del 23 febbraio 2022, dopo aver effettuato il pagamento del contributo di gara, si sarebbe collegata alla piattaforma TUTTOGARE per caricare e trasmettere la propria offerta;

RITENUTO che, in tale contesto, l'Amministrazione, accortasi dell'errore, avrebbe dovuto disporre, di sua iniziativa, una proroga dei termini per la presentazione delle offerte. Ricorreva, infatti, un'ipotesi del tutto eccezionale che, seppur non rientrante nella casistica contemplata dall'art. 79, commi 3 e 5-bis del d.lgs. 50/2016, consentiva (*rectius* imponeva) di disporre la proroga dei termini per la ricezione delle offerte (sulla non tassatività delle ipotesi di cui all'art. 79 del Codice cfr. Delibera n. 674 del 6 ottobre 2021);



RILEVATO che non colgono nel segno le deduzioni di segno contrario formulate dalla Stazione appaltante; per le ragioni anzidette, risulta del tutto ininfluyente che la richiesta di proroga dei termini sia stata trasmessa dall'istante alla PEC del Settore Lavori pubblici e, solo nella serata del 25 febbraio 2022, al protocollo dell'Ente. In merito all'esperibilità del soccorso istruttorio, ferme restando le superiori considerazioni sui limiti in cui è sanabile il versamento del contributo di gara, è inconferente il richiamo alla sentenza del Consiglio di Stato n. 352/2022, in quanto la pronuncia ha ad oggetto la sanabilità del passOE;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che la mancata trasmissione nei termini dell'offerta della Soc. Electra Sannio S.r.l. sia riconducibile al tardivo perfezionamento del CIG da parte della Stazione appaltante.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 maggio 2022

Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Firmato digitalmente