



DELIBERA N. 235

30 maggio 2023

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Società Scarnata Costruzioni S.r.l. – Impianto pluvirriguo medoaco-trasformazione irrigua su 1.200 ettari nei comuni di Bassano del Grappa, Rosà e Cartigliano in Provincia di Vicenza – I Lotto funzionale – rete di distribuzione - Importo a base di gara: euro 5.860.927,32 – S.A. Consorzio di Bonifica del Brenta - **istanza presentata singolarmente**

PREC 543/2023/L

Riferimenti normativi

Articoli 58 e 79, co. 5-bis d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Gara telematica - offerta tecnica – file danneggiato – autoresponsabilità

Massima

Gara telematica - offerta tecnica – file danneggiato - autoresponsabilità

In una gara telematica, nel caso in cui il file contenente l'offerta tecnica risulti danneggiato e non siano stati riscontrati malfunzionamenti del sistema, la responsabilità della mancata trasmissione del file originario ricade sull'operatore economico. La necessità di rispettare i termini per l'invio delle offerte, a garanzia della par condicio di tutti i concorrenti, non consente di poter ammettere l'invio di un nuovo file oltre tali termini.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 maggio 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 269453 del 4 aprile 2023 presentata dalla Società Scarnata Costruzioni S.r.l., concorrente nella gara in oggetto in ATI (costituenda) con Nucciarone Vittorino S.r.l., che rappresenta che in fase di valutazione delle offerte la stazione appaltante non riusciva ad aprire il file contenente la propria relazione tecnica A in quanto esso risultava danneggiato. A seguito dell'invio di un nuovo file della medesima relazione, non essendo stato possibile per il gestore della piattaforma constatare l'esatta corrispondenza fra il file originario e il file inviato successivamente, l'o.e. veniva



comunque ammesso alla valutazione dell'offerta tecnica, ma con la precisazione che sarebbero stati valutati solamente i documenti leggibili pervenuti entro i termini. Con l'istanza di parere l'istante chiede all'Autorità di pronunciarsi sulla possibilità che l'intera propria documentazione venga ammessa in gara, in considerazione della certezza della provenienza dell'offerta e del fatto che, non essendo ancora note le offerte degli altri concorrenti, egli non avrebbe avuto alcuna possibilità di avvantaggiarsi nei loro confronti. A supporto della propria richiesta egli produce apposita perizia tecnica, per dimostrare che il file originariamente caricato sulla piattaforma e il file trasmesso successivamente sono identici, e che l'offerta trasmessa successivamente ha il medesimo contenuto di quello prodotto prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

VISTO l'avvio del procedimento con nota prot. n. 30905 in data 20 aprile 2023;

VISTE le memorie della stazione appaltante Consorzio di Bonifica del Brenta, acquisite al prot. n. 31598 del 24 aprile 2023, con cui essa riferisce che, in fase di apertura delle offerte tecniche, il sistema rilevava un errore nell'apertura del file contenente la fondamentale relazione tecnica A prodotto dalla costituenda ATI Scarnata Costruzioni Srl/Nucciarone Vittorino Srl, che risultava danneggiato e non poteva essere riparato. Dopo aver eseguito, senza successo, diversi tentativi di aprire il file, anche mediante apposito software per la riparazione di file danneggiati, la S.A. consultava il gestore della piattaforma informatica al fine di verificare se il file fosse stato danneggiato al momento del download oppure fosse stato caricato un file corrotto. Ai fini di tale verifica, che prevedeva l'analisi del codice identificativo univoco del file, occorreva che il concorrente inviasse nuovamente il file originario ma l'o.e. comunicava di essere impossibilitato tecnicamente ad inviare il medesimo file originariamente caricato sulla piattaforma ed inviava un file nuovo con firma digitale apposta in data successiva a quella di scadenza per la presentazione delle offerte. La società fornitrice della piattaforma constatava quindi che il file inviato non corrispondeva al file originariamente caricato sulla piattaforma, e che la data di apposizione della firma digitale non corrispondeva a quella originaria. Ciò premesso, la S.A. ammetteva la costituenda ATI al prosieguo della procedura a condizione di utilizzare, ai fini della valutazione dell'offerta tecnica, esclusivamente le relazioni leggibili giunte entro i termini. La S.A. ritiene di aver agito correttamente, anche in considerazione dell'impossibilità di utilizzare il rimedio del soccorso istruttorio in relazione all'offerta tecnica;

VISTA la perizia tecnica prodotta dall'istante, che evidenzia come «Dall'analisi del file appare evidente che il file ha subito una variazione nel passaggio da client a server: i codici di hash generati sono differenti e la stessa dimensione del file prima e dopo l'invio passa da 7.299 kbyte a 896 Kbyte», e quindi si è in presenza di un evidente errore di trasferimento del file. La perizia procede poi a dimostrare come, tramite un'operazione di riparazione e recupero, sia possibile ottenere un nuovo file pdf corrispondente al file originario;

VISTI gli artt. 58 e 79, co. 5-bis del d.lgs. 50/2016;

CONSIDERATO che la questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità riguarda l'applicazione del principio, spesso ribadito dalla giurisprudenza in tema di procedure telematiche, dell'equa ripartizione tra la stazione appaltante e il concorrente del rischio tecnologico, che connota il funzionamento dei sistemi operativi utilizzati per il caricamento e la trasmissione dei dati sulla piattaforma informatica. Tale principio comporta che ricadono sulla stazione appaltante i rischi collegati al malfunzionamento o all'inadeguatezza del sistema informatico utilizzato, mentre ricadono sul concorrente tutti gli altri rischi che attengono alla tempestività ed alla completezza della trasmissione, inclusi quelli dovuti a temporanei sovraccarichi della rete, i quali possono essere neutralizzati o abbattuti con il rispetto delle regole di ordinaria diligenza e perizia (TAR Lombardia, Sez. I, 20 marzo 2023, n. 704). Ulteriore principio tipico delle



gare telematiche sta in ciò che l'offerta deve essere tempestivamente ed integralmente caricata sulla piattaforma informatica, a prescindere dalla natura - essenziale od accessoria - della documentazione non caricata (v. Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2023, n. 574). Infatti, «nelle gare pubbliche gestite in forma telematica è necessario adempiere con scrupolo e diligenza alle previsioni del bando e alle norme tecniche - in sede di utilizzazione delle forme digitali -, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura, sì che l'inesatto o erroneo utilizzo, a contrario, rimane a rischio del partecipante nell'ambito della propria autoresponsabilità» (TAR Lazio, 17 febbraio 2022, n. 1932). È stato quindi rilevato che «A fronte della possibilità per le imprese di avvalersi di sistemi informatici, sussiste «l'esigibilità, per dette imprese, d'una peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara» (Cons. Stato, Sez. III, n. 3329/2014, richiamata nel Parere Anac n. 322 del 21 aprile 2021);

CONSIDERATO che nel caso di specie, da quanto esposto dalle parti, non risultano essersi verificati malfunzionamenti della piattaforma informatica in uso. La S.A. si preoccupava di accertare se il file avesse subito il danneggiamento al momento del download, caso in cui nessuna responsabilità avrebbe potuto imputarsi all'o.e., oppure se fosse stato caricato un documento già danneggiato. La perizia tecnica di parte evidenziava che il danneggiamento del file si era verificato al momento del trasferimento del file verso il server, e l'o.e. riscontrava l'impossibilità tecnica di procedere a un nuovo invio del medesimo file;

RITENUTO, alla luce di tutto quanto sopra considerato, che, non essendosi riscontrati malfunzionamenti del sistema, la responsabilità della mancata trasmissione del file originario ricade sull'operatore economico. La necessità di rispettare i termini per l'invio delle offerte, a garanzia della par condicio di tutti i concorrenti, non consente infatti di poter ammettere l'invio di un nuovo file oltre tali termini.

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- non essendosi riscontrati malfunzionamenti del sistema, la responsabilità della mancata trasmissione del file originario ricade sull'operatore economico. La necessità di rispettare i termini per l'invio delle offerte, a garanzia della par condicio di tutti i concorrenti, non consente infatti di poter ammettere l'invio di un nuovo file oltre tali termini.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 giugno 2023

Il Segretario Laura Mascali

Originale firmato digitalmente