

Malfunzionamento della procedura informatica imputabile alla stazione appaltante: scatta la proroga

Scritto da Interdata Cuzzola | 01/07/2024

Come è noto, l'art. 25, comma 2, terzo periodo, del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 36/2023) dispone che *"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"*.

Il TAR Sicilia, Palermo, sez. II, nella sent. 24 giugno 2024, n. 2038, richiamando tale disposizione, ha ribadito che:

- non è revocabile in dubbio che se l'operatore economico - il quale si avvale dei mezzi di comunicazione elettronica messi a disposizione dalla stazione appaltante - non riesce a tramettere la propria offerta entro il termine prestabilito a causa di un malfunzionamento informatico imputabile alla stazione appaltante, lo stesso ha diritto ad essere rimesso in termini per la presentazione dell'offerta;
- le conseguenze degli esiti anormali del sistema non possono andare a detrimento dei partecipanti, stante la natura meramente strumentale del mezzo informatico, con conseguente attribuzione alla stazione appaltante del rischio della "causa ignota" del malfunzionamento informatico;
- resta fermo che alcuna rimessione in termini può essere invece riconosciuta in caso di comprovata negligenza del singolo operatore economico, in ossequio al principio di autoresponsabilità.

In sintesi, come affermato in precedenza dalla medesima sezione del TAR Sicilia nella sent. 1° febbraio 2024, n. 383, *"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"*.

Nel caso specifico valutato dai giudici palermitani, il caricamento dell'offerta era possibile fino alle 23.59 dell'ultimo giorno utile, mentre l'*help desk* a cui rivolgersi in caso di problemi tecnici era disponibile solo fino alle ore 18, dal lunedì al venerdì. Il concorrente, intorno alle ore 20 dell'ultimo

giorno disponibile per il caricamento dell'offerta, non riuscendo a completare l'iter di invio della domanda e non potendo contattare l'help desk perché fuori orario, aveva inviato, intorno alle 21, una comunicazione via pec alla stazione appaltante, rappresentando la peculiare situazione venutasi a creare.

Secondo i giudici, il concorrente si era attivato oltre tre ore prima rispetto al termine ultimo di presentazione delle offerte e, dunque, senza tenere un contegno di per sé rimproverabile a titolo di negligenza.

Inoltre, come appurato dai giudici, il problema tecnico era rappresentato dal fatto che la piattaforma richiedeva, quale documento obbligatorio, l'inserimento della procura rilasciata dal partecipante a terzi, laddove era evidente che tale rilascio non poteva considerarsi obbligatorio, visto che il partecipante, secondo comune esperienza, poteva anche presenziare personalmente, senza necessità di alcun procuratore.

Di conseguenza, secondo i giudici, la stazione appaltante avrebbe dovuto concedere al partecipante la proroga dei termini, come invocata dall'interessato, anziché disporre illegittimamente la mancata ammissione alla procedura.