

Mancata prova malfunzionamento piattaforma digitale: niente proroga/sospensione dei termini

Scritto da Interdata Cuzzola | 25/10/2024

Appare conforme all'art. 25, comma 2, terzo periodo, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), la condotta della stazione appaltante che, in assenza di un comprovato malfunzionamento della piattaforma digitale, non sospende né proroga i termini di presentazione delle offerte: è quanto affermato dall'ANAC nel parere di precontenzioso n. 451 del 9 ottobre 2024.

Nel caso specifico, uno dei concorrenti aveva lamentato l'impossibilità di utilizzo della piattaforma negli ultimi sette minuti a disposizione per l'inserimento dell'offerta; secondo i giudici, in assenza di prove, doveva escludersi un malfunzionamento della piattaforma mentre non poteva escludersi un erroneo utilizzo della piattaforma ovvero un erroneo inserimento dei dati da parte del partecipante nell'ultimo frangente temporale utile per le operazioni.

Pertanto, tenuto conto del lasso di tempo eccessivamente ristretto che l'interessato aveva riservato allo svolgimento dell'inserimento dei documenti dell'offerta, l'omesso invio dell'offerta appariva addebitabile proprio al partecipante ed ascrivibile alla sua scarsa diligenza.

L'Autorità ha richiamato i seguenti pareri resi in vigore del previgente Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), nei quali 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 luglio 2023);
- *“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 dicembre .12.2022);
- *“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 novembre 2022).

L'ANAC ha ritenuto di non discostarsi da tale orientamento, tenuto conto che la disciplina dettata dall'art. 25, comma 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici, oltre che dall'art. 92, comma 2, lett. c),

non ha modificato la previgente disciplina dettata dall'art. 76, comma 5, del previgente Codice.

In tal senso, anche la giurisprudenza amministrativa, secondo cui:

- *“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, sent. 24 giugno 2024, n. 2038);*
- *“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, sent. 27 febbraio 2024, n. 1924, richiamando la sent. 9 giugno 2023, n. 5665, che aveva già utilizzato le disposizioni del nuovo Codice, come supporto interpretativo idoneo a risolvere controversie inerenti al Codice previgente, sancendo la compatibilità della previgente normativa con i principi del risultato e della fiducia di cui agli artt. 1 e 2 del nuovo Codice.*