

17 Gen 2020

La piattaforma telematica non funziona? Il concorrente non può essere escluso

Jacopo Recla

Dalla recente sentenza n. 86/2020 della Terza Sezione del Consiglio di Stato si possono trarre interessanti considerazioni in ordine alla ripartizione degli oneri della stazione appaltante e di quelli del concorrente in caso di malfunzionamenti del sistema informatico che non consentano la presentazione dell'offerta entro il termine previsto.

In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che il mancato invio della documentazione di gara entro il termine prefissato di presentazione delle offerte non può costituire causa di esclusione dalla gara anche nel caso in cui non sia possibile stabilire con certezza la ragione dell'impossibilità di caricare l'offerta in tempo e non solo nel – più evidente – caso in cui il malfunzionamento sia chiaramente imputabile alla piattaforma telematica.

La fattispecie

Il caso deciso riguardava la procedura aperta telematica di gara indetta da un'Azienda Sanitaria Locale per l'affidamento della fornitura necessaria per l'esecuzione di esami diagnostici, da destinare ai laboratori di analisi aziendali di alcuni presidi ospedalieri.

Il relativo disciplinare di gara prevedeva che i concorrenti dovessero caricare le proprie offerte sul portale di e-procurement entro un determinato orario e istituiva un servizio di help desk, il quale tuttavia poteva essere attivato solo entro 48 ore prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

A causa di un malfunzionamento nel sistema telematico, la ricorrente non riusciva ad inviare l'offerta tecnica e quella economica entro il termine di gara e, pertanto, richiedeva alla stazione appaltante di essere rimessa in termini. Tuttavia, la stazione appaltante respingeva l'istanza di rimessione in termini della ricorrente, senza attendere gli esiti dell'indagine tecnica volta a stabilire l'eventuale malfunzionamento.

Vedendosi rigettare la propria istanza, la ricorrente impugnava dinanzi al Tar Puglia – Lecce sia il provvedimento di diniego della rimessione in termini sia il disciplinare di gara, ritenendo che lo stesso non avesse, tra l'altro, previsto delle garanzie adeguate da seguire in caso di emergenza.

La sentenza di primo grado

Il Tar Puglia – Lecce, con sentenza 9 maggio 2018, n. 793 ha accolto il ricorso proposto contro l'esclusione e il diniego di rimessione in termini sul presupposto che la tardiva presentazione dell'offerta dovuta al malfunzionamento imputabile al gestore del sistema "non può risolversi in danno del partecipante", in applicazione dei principi di par condicio e di favor participationis.

Innanzitutto, il Tar ha statuito che la stazione appaltante, avrebbe dovuto verificare se effettivamente il disservizio fosse o meno riconducibile alla sua sfera di responsabilità, prima di respingere l'istanza di rimessione in termini e non dopo aver adottato il diniego di riammissione.

E infatti, dalle relazioni tecniche depositate successivamente in giudizio era emerso che il tempestivo perfezionamento della procedura è stato impedito da una serie di "blocchi di

connessione", i quali "costituivano comunque delle anomalie riferibili al gestore che impedivano la tempestiva presentazione dell'offerta" e avevano inciso in modo determinante sulla possibilità di presentare tempestivamente l'offerta.

A tale proposito era stata rilevata anche l'illegittimità del disciplinare di gara, in quanto la presenza di un help desk accessibile solo con un preavviso di 48 ore rispetto alla scadenza risulta essere del tutto priva di utilità in caso di emergenza.

D'altro canto, il Tar ha sottolineato che la condotta tenuta dalla ricorrente è del tutto conforme con il principio di partecipazione responsabile dell'interessato, corollario del più generale principio di auto-responsabilità, in quanto la stessa aveva proceduto all'immissione di tutta la documentazione richiesta ben tre giorni prima della scadenza, attivandosi "nell'ultima ora dell'ultimo giorno per il solo espletamento delle poche operazioni che le residuavano da compiere" (v. Cons. St., sez. III, 3 luglio 2017, n. 3245; Id., 2 luglio 2014, n. 3329; Cons. St., sez. V, 29 dicembre 2014, n. 6416)

La decisione del Consiglio di Stato

A seguito dell'appello della sentenza di primo grado, il Consiglio di Stato ha disposto una serie di adempimenti istruttori, volti ad accertare, tra gli altri: se fosse effettivamente riscontrabile un malfunzionamento nella piattaforma di e-procurement e se l'inoperatività della suddetta piattaforma fosse dovuta alla presenza dei "blocchi di connessione".

In merito al primo profilo, il verificatore ha precisato che il malfunzionamento non sembra essere riconducibile alla piattaforma informatica, bensì al portale web (Empulia.it), sul quale i concorrenti dovevano identificarsi per poter accedere alla piattaforma; tuttavia, atteso che il ricorrente aveva già effettuato il login, non era possibile affermare con certezza se il ritardo nel perfezionamento della presentazione della domanda fosse dovuto a tali chiusure di connessione.

In ogni caso, risulta incontestato dagli accertamenti svolti dal verificatore che, al momento del termine indicato nel disciplinare di gara, "l'offerta tecnica ed economica erano state caricate dalla piattaforma informatica, ma non definitivamente, perché era ancora possibile apportare cambiamenti o rinunciare all'offerta".

In base a quanto emerso dalle risultanze probatorie il Consiglio di Stato ha quindi ritenuto di non poter escludere che l'interrelazione tra la connessione al portale web e la piattaforma di caricamento abbia determinato il malfunzionamento che ha impedito alla concorrente di effettuare l'invio entro il termine previsto.

Ebbene, non essendo stato quindi possibile ricostruire il rapporto causale, la Terza Sezione ha affermato che il malfunzionamento debba essere comunque imputato in capo alla stazione appaltante, così confermando che laddove sia impossibile stabilire con certezza la causa dell'inadempimento, il pregiudizio ricade sull'Amministrazione che ha scelto di ricorrere alle modalità telematiche.

A tale proposito, come è noto, la giurisprudenza ha affermato in modo pressoché unanime che la stazione appaltante è responsabile in caso di malfunzionamento della piattaforma (v. Cons. St., sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922; Cons. St., sez. III, 25 gennaio 2013, n. 481; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 8 novembre 2019 n. 1727), verificando di volta in volta se la problematica deriva in concreto dal sistema informatico della stazione appaltante o dai dispositivi del concorrente. E le conseguenze dell'accertamento del malfunzionamento sono ora anche codificate dall'art. 79, comma 5-bis D.Lgs. 50/2016 (non menzionato tuttavia dalla sentenza), il quale prevede che in tale la stazione appaltante dispone "la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento".

Il profilo più interessante della sentenza è quindi la risoluzione del problema nel caso in cui rimanga dubbia l'effettiva imputabilità del mancato caricamento entro il termine, ponendo in tale caso la responsabilità in capo alla stazione appaltante.

Inoltre, è stato ribadito che la stazione appaltante ha l'onere di garantire assistenza ai concorrenti anche (e soprattutto) a ridosso della scadenza, stigmatizzando che nel caso di specie tale assistenza fosse invece garantita solo fino a 48 ore prima della scadenza, senza alcuna procedura di emergenza "con un vistoso limite, e rischio, per i concorrenti".

Sempre nell'ambito dei doveri che spettano alla stazione appaltante, la sentenza ha confermato che l'Amministrazione, prima di addivenire all'esclusione della concorrente, avrebbe dovuto attendere gli esiti dell'indagine in ordine ai disservizi.

Conclusioni

La sentenza del Consiglio di Stato in esame - così come quella di primo grado - fissa dunque i principi che informano la disciplina delle procedure di evidenza pubblica, ogni qual volta la stazione appaltante scelga di svolgere la gara in forma telematica.

Da un lato, in relazione al concorrente, viene valutato positivamente il comportamento "diligente" consistito nell'aver avviato il caricamento dell'offerta in tempi congrui, senza tuttavia che questo possa costituire un obbligo vincolante (v. Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 19 settembre 2018, n. 2109; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 9 maggio 2018, n. 793; Id., sez. III, 13 aprile 2018, n. 643; Cons. St., sez. V, 31 agosto 2017, n. 4135).

Dall'altro lato è invece ben più gravosa e complessa la posizione della stazione appaltante, la quale deve innanzitutto garantire l'assistenza anche a ridosso della scadenza ed, inoltre, deve adoperarsi per accertare l'effettiva sussistenza di eventuali malfunzionamenti prima di adottare il provvedimento di esclusione.

E, come detto, in caso di "causa ignota", le criticità riscontrate nel sistema informatico saranno imputate alla stazione appaltante, con la conseguenza che il concorrente dovrà essere rimesso in termini per presentare l'offerta. Si configura, pertanto, in capo alla stazione appaltante una presunzione di responsabilità, salvo che la stessa riesca a provare che la causa del pregiudizio sia da ricondurre all'operato del concorrente.

Rimane da valutare - e sul punto la sentenza non si pronuncia, date le peculiarità del caso pratico - se il rischio della "causa ignota" possa continuare a gravare tout court in capo alla stazione appaltante anche laddove il concorrente non abbia tenuto una condotta conforme al principio di auto-responsabilità.