

La diligenza degli operatori economici nelle gare telematiche alla luce del nuovo bando digitale tipo n. 1 e della giurisprudenza

di *Lara Bonoldi*

SOMMARIO: 1. Il bando digitale tipo n. 1 ed i principi ivi stabiliti in materia di procedure telematiche. 2. L'analisi dell'art. 1 del bando digitale tipo alla luce degli orientamenti dei giudici amministrativi. 3. Conclusioni.

La tematica relativa al funzionamento o malfunzionamento delle piattaforme telematiche e della diligenza richiesta agli operatori nell'utilizzarle per partecipare alle gare pubbliche è stata oggetto di molteplici interventi dei giudici amministrativi i quali, a fronte di una norma piuttosto sintetica del codice dei contratti pubblici (l'art. 79, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 50/2016), hanno declinato i principi fondamentali in tema di ponderazione delle criticità derivanti dall'utilizzo dei sistemi telematici.

In particolare è stata più volte affrontata la questione relativa al bilanciamento tra la responsabilità dell'operatore economico e il (mal) funzionamento della piattaforma.

In tale quadro è stato di recente approvato da ANAC il "bando digitale tipo n. 1" che offre l'occasione per riesaminare i principi in materia.

1. Il bando digitale tipo n. 1 ed i principi ivi stabiliti in materia di procedure telematiche

Con la delibera n. 733 del 24 novembre 2021 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 305 del 24 dicembre 2021) ANAC ha adottato il "bando digitale tipo n. 1" per le procedure aperte sopra soglia comunitaria da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il bando è quindi vincolante per le stazioni appaltanti che operano nei settori ordinari a partire dall'8 gennaio 2022.

Il documento attesta lo sforzo di ANAC, da un lato, di compendiare in un testo organico i numerosi principi sanciti dai giudici amministrativi in relazione al perimetro degli oneri incombenti in capo ai concorrenti ed alle stazioni appaltanti nell'ambito delle procedure telematiche; dall'altro lato, di declinare una disciplina rispettosa del citato art. 79, comma 5-bis, del d.lgs. n. 50/2016⁽¹⁾ (che regola le ipotesi di mancato funzionamento delle piattaforme di comunicazione elettroniche tale da impedire la corretta presentazione delle offerte, imponendo alla stazione appaltante di porvi rimedio: o tramite una proroga del termine per la presentazione delle offerte per il tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi o prorogando il termine per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento).

In linea con l'obiettivo che precede, all'art. 1 del bando tipo è previsto che *"l'utilizzo della Piattaforma avviene nel rispetto dei principi di autoresponsabilità e di diligenza professionale, secondo quanto previsto dall'articolo 1176, comma 2, del codice civile"* ed è precisato che tale utilizzo è regolato, tra gli altri, dai seguenti principi:

- parità di trattamento tra gli operatori economici;
- trasparenza e tracciabilità delle operazioni;
- standardizzazione dei documenti;
- comportamento secondo buona fede, ai sensi dell'articolo 1375 del codice civile;
- segretezza delle offerte e loro immodificabilità una volta scaduto il termine di presentazione della domanda di partecipazione;
- gratuità.

.....

(1) Ai sensi dell'art. 79, comma 5-bis, del d.lgs. n. 50/2016, *"Nel caso di presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 52, ivi incluse le piattaforme telematiche di negoziazione, qualora si verifici un mancato funzionamento o un malfunzionamento di tali mezzi tale da impedire la corretta presentazione delle offerte, la stazione appaltante adotta i necessari provvedimenti al fine di assicurare la regolarità della procedura nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, anche disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento. Nei casi di sospensione e proroga di cui al primo periodo, la stazione appaltante assicura che, fino alla scadenza del termine prorogato, venga mantenuta la segretezza delle offerte inviate e sia consentito agli operatori economici che hanno già inviato l'offerta di ritirarla ed eventualmente sostituirla. La pubblicità di tale proroga avviene attraverso la tempestiva pubblicazione di apposito avviso presso l'indirizzo Internet dove sono accessibili i documenti di gara, ai sensi dell'articolo 74, comma 1, nonché attraverso ogni altro strumento che la stazione appaltante ritenga opportuno. In ogni caso, la stazione appaltante, qualora si verificano malfunzionamenti, ne dà comunicazione all'AGI ai fini dell'applicazione dell'articolo 32-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante codice dell'amministrazione digitale"*.

Del pari, il medesimo articolo prevede che la stazione appaltante che metta a disposizione la piattaforma telematica non assume alcuna responsabilità per *“la perdita di documenti e dati, danneggiamento di file e documenti, ritardi nell’inserimento di dati, documenti e/o nella presentazione della domanda, malfunzionamento, danni, pregiudizi”* derivanti all’operatore economico, a causa:

di difetti di funzionamento delle apparecchiature e dei sistemi di collegamento e programmi impiegati dal singolo operatore economico per il collegamento alla piattaforma;

dell’utilizzo della piattaforma da parte dell’operatore economico in maniera non conforme rispetto a quanto previsto nei documenti della stazione appaltante.

Viceversa, il bando digitale tipo n.1, sempre all’articolo 1, dispone che la stazione appaltante per le sole ipotesi *a)* di mancato funzionamento della piattaforma o di malfunzionamento della medesima, indipendente dall’operatore economico o dalle cause sopra segnalate e *b)* qualora non sia possibile comprendere quale sia stata la causa di detto malfunzionamento, possa, al fine di assicurare la massima partecipazione e, riprendendo, sul punto, il tenore dell’art. 79, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 50/2016 sopra menzionato: o disporre la sospensione del termine di presentazione delle offerte per un periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento della piattaforma, oppure prorogare tale termine per una durata proporzionale a quella del suo non corretto funzionamento, tenuto conto della gravità del medesimo, oppure ancora disporre che la gara prosegua in altre modalità.

Inoltre, l’art. 1 del bando tipo prevede espressamente che la piattaforma garantisce l’integrità dei dati, la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione e, nel contempo, dispone che le operazioni compiute sul sistema telematico, oltre che identificabili e attribuibili all’operatore economico, debbano essere registrate con tracciabilità di quanto ivi compiuto.

2. L’analisi dell’art. 1 del bando digitale tipo alla luce degli orientamenti dei giudici amministrativi

Come segnalato, l’intervento regolatorio in commento si colloca nel solco delle numerose pronunce giurisprudenziali che, in assenza di una compiuta disciplina, sono ripetutamente intervenute in materia.

Nello specifico, tutte le sentenze dei giudici amministrativi hanno sancito il principio dell’autoresponsabilità e della diligenza qualificata del concorrente (ora positivizzato all’interno del bando digitale tipo n. 1) con riferimento agli adempimenti necessari per la partecipazione

alle gare telematiche, il cui rispetto postula: la tempestività del caricamento dei documenti, l'ottemperanza alle regole contenute nel manuale della piattaforma informatica, l'osservanza delle modalità di caricamento dell'offerta in relazione alle forme digitali prescritte dalla *lex specialis*.

Al riguardo, è stato sancito che l'esperienza e l'abilità informatica dell'utente, la preliminare lettura delle istruzioni procedurali, il verificarsi di fisiologici rallentamenti conseguenti all'intensità del traffico dati che precede il termine di scadenza delle offerte, sono tutte variabili che il partecipante ad una gara telematica è tenuto diligentemente a prevenire. Parallelamente, i giudici hanno escluso che la stazione appaltante, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione, abbia altresì l'obbligo di adoperarsi per garantire il buon fine delle attività ivi compiute dagli operatori economici⁽²⁾.

In linea con tali posizioni ermeneutiche, è stato altresì statuito che la mancata osservanza del manuale d'uso della piattaforma informatica e delle relative regole, laddove impatti sulla valida presentazione della domanda di partecipazione, implica l'esclusione dalla procedura di gara⁽³⁾.

Quanto, poi, a fattispecie relative alle caratteristiche dei *file* da caricare sulla piattaforma, è stato ritenuto in più occasioni che qualora l'illeggibilità della offerta presentata dal concorrente dipenda da errori commessi nell'esecuzione degli adempimenti digitali necessari al suo perfezionamento, ciò comporta l'esclusione del concorrente stesso⁽⁴⁾, senza che possa trovare applicazione – ancor più quando l'illeggibilità colpisca un documento attinente all'offerta – l'istituto del soccorso istruttorio⁽⁵⁾.

In relazione, invece, alla stima dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni di caricamento della documentazione sulla piattaforma, accanto a pronunce molto rigorose che hanno allocato sul concorrente che ha intrapreso con scarso anticipo le operazioni di caricamento il rischio di malfunzionamento della piattaforma verificatosi a ridosso del termine ultimo di scadenza⁽⁶⁾, se ne sono registrate talune più favorevoli ai concorrenti – seppure minoritarie – secondo cui *“la diligenza rafforzata dell'operatore economico nelle gare pubbliche non può tradursi in una dequotazione del termine perentorio di*

.....

(2) Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 448; Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 2020, n. 7352.
 (3) Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2021, n. 5792.
 (4) Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2021, n. 3833; TAR Toscana, 21 aprile 2021, n. 557.
 (5) Cons. Stato, sez. III, 11 novembre 2021, n. 7507.
 (6) Cons. Stato, sez. III, n. 7352/2020, cit.

presentazione delle offerte, che altrimenti non avrebbe senso enucleare, ma impone piuttosto una valutazione del contesto d'assieme"⁽⁷⁾.

In base a tali approdi giurisprudenziali, in simili ipotesi, è comune che l'amministrazione ad essere tenuta a rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che possano verificarsi, anche attraverso lo strumento procedimentale del soccorso istruttorio⁽⁸⁾.

È stato infine sancito, e sul punto le pronunce dei giudici amministrativi paiono unanimi, che se rimane impossibile stabilire se vi sia stato un errore da parte del trasmittente, o piuttosto la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara e che, in simili fattispecie, ai sensi dell'art. 79, comma 5-bis, d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante "*adotta i necessari provvedimenti al fine di assicurare la regolarità della procedura*"⁽⁹⁾.

3. Conclusioni

Da quanto precede, appare dunque evidente come ANAC abbia cristallizzato all'interno del bando digitale tipo n. 1 i principi sanciti dai giudici amministrativi, contemplando tra l'altro espressamente – tra i canoni di diligenza a cui deve informarsi l'operato dei concorrenti – la tempestività dell'operatore economico nel caricamento della documentazione di gara.

Nel contempo, si è visto che il bando digitale tipo n. 1 – per le ipotesi di malfunzionamento del sistema telematico e/o di malfunzionamenti non imputabili al concorrente o, comunque, non decifrabili – attribuisce alla stazione appaltante la possibilità di sospendere il termine di presentazione delle offerte per rimuovere il malfunzionamento o per disporre che la gara prosegua secondo altre modalità.

Sul punto, la previsione della mera facoltà delle stazioni appaltanti della scelta se rimediare (o meno) al malfunzionamento della piattaforma – sia pure da interpretare in ossequio ai principi giuridici sopra descritti ed al tenore letterale dell'art. 79, comma 5-bis del d.lgs. n. 50/2016 – ove applicata non perspicuamente da talune stazioni appaltanti potrebbe pregiudicare la posizione di quegli operatori economici i quali, per quanto diligenti, non siano riusciti a presentare le proprie

.....
 (7) Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2017, n. 4135; T.A.R. Veneto, sez. I, 26 febbraio 2020, n. 192; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 19 settembre 2018, n. 2109.

(8) T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 9 gennaio 2019, n. 40; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 1° giugno 2016, n. 345; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 28 luglio 2015, n. 1094.

(9) Cons. Stato, sez. III, 8 luglio 2020, n. 4388; Cons. Stato, sez. III, 25 gennaio 2013, n. 481; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 17 giugno 2021, n. 4174; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 3 aprile 2020, n. 461; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 10 giugno 2019, n. 977.

offerte. Il che, all'atto pratico, potrebbe costituire un eventuale ostacolo al raggiungimento degli effetti deflattivi del contenzioso sottesi all'intervento regolatorio dell'Autorità.

In ogni caso, anche alla luce della solida impalcatura giurisprudenziale sopra delineata, si confida che le stazioni appaltanti accederanno ad una applicazione del documento in linea con i canoni di diligenza a cui deve sempre ispirarsi la condotta dei concorrenti.