

Malfunzionamento della piattaforma telematica: il concorrente deve essere riammesso anche se non ha iniziato a caricare l'offerta con "congruo anticipo".

di Jacopo Recla

Data di pubblicazione: 17-10-2018

In presenza di un malfunzionamento della piattaforma telematica ed in assenza di modalità alternative di presentazione delle offerte, la Stazione Appaltante non può disporre l'esclusione del concorrente dalla procedura di gara, dovendo, di contro, procedere alla riapertura dei termini di presentazione delle offerte, così da garantire la par condicio competitorum.

Al concorrente non può essere richiesto di avviare le procedure di caricamento dell'offerta con "congruo anticipo", pena la vanificazione del termine perentorio di presentazione dell'offerta.

In termini: T.A.R. Puglia Lecce, Sez. II, 9 maggio 2018, n. 793; Sez. III, 13 aprile 2018, n. 643.

In termini: Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2017, n. 4135.

Guida alla lettura

Con la sentenza in commento, il T.A.R. Lombardia - Milano ha affermato che, in caso di (acclarato) malfunzionamento di una piattaforma telematica e di assenza di modalità alternative di presentazione delle offerte, deve essere rimesso in termini il concorrente che non ha potuto caricare la propria offerta entro il termine prescritto, non potendosi nemmeno richiedere al concorrente di avviare le procedure di caricamento dell'offerta con "congruo anticipo".

Nel caso di specie, il concorrente era stato escluso dalla procedura di gara indetta dalla ASST Ovest Milanese per la stipula di un Accordo Quadro relativo al servizio di ristorazione ospedaliera per non aver presentato l'offerta entro il termine fissato dalla *lex specialis*.

La ricorrente chiedeva di essere rimessa in termini sostenendo che la mancata presentazione dell'offerta fosse dipesa dal malfunzionamento della piattaforma telematica, ma la Stazione Appaltante respingeva la richiesta di riapertura dei termini, confermando così l'esclusione ed escutendo la cauzione.

La ricorrente impugnava, quindi, il provvedimento di esclusione, evidenziando che il

malfunzionamento del sistema telematico non poteva essere posto a suo carico, atteso che l'utilizzo della piattaforma telematica era obbligatorio per scelta della Stazione Appaltante e che quest'ultima non aveva contemplato la possibilità di ricorrere a "strumenti alternativi" per la presentazione delle offerte in caso di malfunzionamento del sistema.

Il T.A.R. ha innanzitutto ordinato al gestore della piattaforma telematica di depositare in giudizio copia dei file log delle operazioni effettuate dalla ricorrente, dai quali è emerso l'effettivo malfunzionamento della piattaforma stessa proprio durante il caricamento dell'offerta della ricorrente.

Sulla base di tale accertamento, il TAR ha quindi accolto il ricorso affermando che è onere della Stazione Appaltante *"mettere l'operatore economico in condizione di partecipare alla gara"* e che il malfunzionamento del sistema non può andare a danno del concorrente soprattutto ove vi sia *"un'unica modalità di presentazione dell'offerta, predeterminata dalla stazione appaltante, senza margine di scelta per il concorrente e il cui controllo è sottratto al concorrente stesso"*.

Sul punto, la sentenza si conforma al principio di partecipazione responsabile dell'interessato, enucleato dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento al settore delle procedure di gara gestite con modalità telematiche. Se è, vero, infatti che è onere di colui che intendere prendere parte ad una procedura di gara attivarsi in tempo utile per prevenire eventuali inconvenienti dell'ultimo momento, è, altresì, vero che nei casi di malfunzionamento del sistema imputabile al gestore (es. fermi del sistema, mancato rispetto dei livelli di servizio, etc.) non può che affermarsi la responsabilità di quest'ultimo (cfr. T.A.R. Puglia Lecce, Sez. II, 9 maggio 2018, n. 793; Sez. III, 13 aprile 2018, n. 643), con conseguente obbligo, per la Stazione Appaltante, di procedere alla sospensione e/o al rinvio della procedura di gara ovvero alla riapertura dei termini di presentazione delle offerte, a seconda che il malfunzionamento del sistema intervenga nel corso della gara o al termine della stessa.

A tale proposito, è opportuno ricordare anche l'art. 79, comma 5-*bis* del D.Lgs. n. 50/2016 – non richiamato dalla sentenza in commento, in quanto presumibilmente non applicabile *ratione temporis* – il quale disciplina espressamente le ipotesi di malfunzionamento dei mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla Stazione Appaltante, prevedendo espressamente la necessità di sospendere il termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei medesimi mezzi.

Il TAR ha, inoltre, respinto la tesi della Stazione Appaltante secondo la quale il concorrente avrebbe dovuto avviare *"con congruo anticipo"* le procedure di caricamento a sistema dell'offerta rispetto al termine di scadenza, in modo da minimizzare i rischi connessi ad un eventuale malfunzionamento del sistema.

A tale proposito la sentenza afferma, infatti, che se da un lato in effetti *"il concorrente deve farsi parte diligente nel presentare correttamente e tempestivamente la propria offerta"*, dall'altro lato non può essere imposto a quest'ultimo di iniziare le relative procedure di caricamento con *"congruo"* anticipo rispetto alla scadenza.

Ed, infatti, secondo il TAR la valutazione della “*congruità*” di tale anticipo varierebbe di caso in caso e sarebbe dunque eccessivamente indeterminata, finendo per far perdere valore al termine di presentazione delle offerte e dunque alla certezza della normativa che disciplina la gara, visto e considerato che l’operatore “*non saprebbe quale sia la condotta in concreto da esso esigibile e quando incorra in negligenza*”.

In relazione a tale principio la sentenza richiama Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2017, n. 4135, il quale ha ritenuto di “*non poter qualificare negligente un ultimo invio (tra l’altro costituito dal file più “leggero”) effettuato circa otto minuti prima*” della scadenza, affermando che “*anche aderendo ad un canone di diligenza professionale ex art. 1176, comma 2 c.c., (...) la diligenza rafforzata dell’operatore economico non può tradursi in una de-quotazione del termine perentorio di presentazione delle offerte*”.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 451 del 2018, proposto da Sarca Catering S.r.l., rappresentata e difesa dall’avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, piazzetta U. Giordano n. 4;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale - ASST Ovest Milanese, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giacomo Rossi e Daniela Bianchi, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Massimo Meraviglia, in Milano, via Marostica n. 8;
Azienda Regionale Centrale Acquisti – ARCA S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudia Sala e Stefano Marras, con domicilio eletto presso l’ufficio legale interno, in Milano, via F. Filzi n. 22;

nei confronti

A.S.S.T. Grande Ospedale Metropolitano Niguarda, non costituita in giudizio;
A.S.S.T. Santi Paolo e Carlo, non costituita in giudizio;

per l’annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari

- delle note del 17 gennaio 2018, del 26 gennaio 2018 e del 5 febbraio 2018, con cui la ASST Ovest Milanese ha negato la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, non consentendo la presentazione della propria al RTI Fabbro – Sarca;
- della nota del 12 febbraio 2018, con cui la ASST Ovest Milanese non ha accolto la richiesta del RTI Fabbro – Sarca di non procedere all'escussione della cauzione prestata per la sottoscrizione dell'Accordo Quadro;
- in parte qua, del capitolato d'onori dell'Accordo Quadro, ove si prescrive l'escussione della cauzione prestata per la stipula dell'Accordo Quadro in caso di mancata presentazione dell'offerta nell'Appalto Specifico e, ove occorra, della corrispondente previsione inserita nell'Accordo Quadro sottoscritto tra il RTI Fabbro – Sarca ed ARCA;
- in parte qua, del capitolato d'onori dell'Appalto Specifico, ove stabilisce che la presentazione dell'offerta mediante la piattaforma Sintel sia a totale rischio del concorrente, anche in caso di malfunzionamenti/incompatibilità della piattaforma, esonerando la stazione appaltante da qualsiasi responsabilità;
- in parte qua, del capitolato d'onori dell'Appalto Specifico, ove prevede che, in caso di violazione dell'obbligatorietà di partecipazione agli Appalti Specifici, ARCA si riserva di escutere la cauzione prestata per la stipula dell'Accordo Quadro;
- in parte qua, e per quanto occorrente, dell'articolo 12 del capitolato d'onori dell'Appalto Specifico, che consente alla ASST Ovest Milanese “di adottare i provvedimenti che riterrà necessari nel caso di malfunzionamento del Sistema”, qualora interpretata come previsione di una facoltà e non di un obbligo a procedere alla rimessione in termini;
- per quanto occorra, del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e/o definitiva medio tempore intervenuti e sconosciuti negli estremi;
- del contratto stipulato o stipulando;
- di ogni atto connesso, correlato, presupposto e consequenziale;

per la condanna dell'ASST Ovest Milanese a riaprire i termini per la presentazione delle offerte, anche consentendo modalità alternative di presentazione delle stesse;

in via subordinata, per l'accertamento dell'insussistenza dei presupposti per l'escussione della cauzione definitiva prestata dal RTI Fabbro – Sarca per il Lotto n. 3 dell'Accordo Quadro;

in ulteriore subordine, per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ASST Ovest Milanese e di Azienda Regionale Centrale Acquisti – ARCA S.p.A.;

Visti tutti gli atti e i documenti della causa;

Viste le acquisizioni istruttorie disposte in corso di causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2018 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Espone la società Sarca Catering S.r.l.:

- di aver partecipato in costituendo RTI con la società Fabbro S.p.A. alla procedura aperta, suddivisa in più lotti, bandita da ARCA S.p.A. per la stipula di un accordo quadro relativo al servizio di ristorazione ospedaliera, risultando tra gli aggiudicatari quanto ai lotti 1, 2, 3, 4 e 5;
- di essere stata conseguentemente invitata, sempre in RTI con la società Fabbro S.p.A., alla procedura telematica bandita dall'ASST Ovest Milanese per la stipula dell'appalto specifico;
- di essere stata esclusa dalla gara per l'appalto specifico per mancata presentazione dell'offerta nel termine fissato dalla lex specialis;
- di non aver presentato offerta nei termini esclusivamente per il malfunzionamento della piattaforma Sintel, gestita da ARCA S.p.A. e utilizzata dalla ASST Ovest Milanese per lo svolgimento della gara medesima;
- di aver inutilmente richiesto alla stazione appaltante di essere riammessa alla gara, facendo immediatamente presente i problemi di malfunzionamento del sistema riscontrati in fase di caricamento dell'offerta;
- di non aver nemmeno ottenuto che non venisse escussione la cauzione, come richiesto in via di estremo subordine.

Conseguentemente, la società Sarca Catering S.r.l. ha adito questo Tribunale amministrativo per ottenere l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, degli atti in epigrafe compiutamente indicati, siccome lesivi del proprio interesse a partecipare alla procedura ad evidenza pubblica de qua.

Quali motivi di illegittimità la ricorrente deduce:

I. *“Violazione degli artt. 8 e 12 del disciplinare. Violazione dell’art. 295 del d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010. Eccesso di potere per violazione del favor participationis e ingiustizia manifesta. Violazione del principio di massima partecipazione e di concorrenza. Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione dell’art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere. Illogicità manifesta. Difetto di motivazione. Illegittimità derivata”*, perché il malfunzionamento del sistema telematico non dovrebbe essere posto a carico del concorrente, dal momento che il suo utilizzo è obbligatorio e non sono ammesse alternative, in virtù di una scelta riconducibile interamente alla stazione appaltante e non all’offerente (che la subisce);

II. *“Violazione art. 113 d.lgs. 163/2006 e art. 123 del d.P.R. 207/2010. Violazione del principio di logicità, ragionevolezza e proporzionalità dell’azione amministrativa. Violazione dell’art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per difetto di presupposti e ingiustizia manifesta. Abnormità”*, stante l’insussistenza dei presupposti per l’escussione della cauzione definitiva per l’Accordo quadro, pari al 2% del lotto aggiudicato.

In subordine, parte ricorrente chiede il risarcimento dei danni per equivalente.

Si è costituita in giudizio la ASST Ovest Milanese, negando che vi siano stati malfunzionamenti della piattaforma telematica, opponendo, di contro, la negligenza della ricorrente che avrebbe iniziato le operazioni di caricamento a ridosso della scadenza del termine di presentazione, e concludendo per la reiezione del ricorso.

La stazione appaltante ha, inoltre, precisato che nessuna cauzione è stata escussa in danno della società ricorrente.

Questo Tribunale ha rigettato la domanda cautelare avanzata dalla ricorrente, ritenendo, ad un primo sommario esame, proprio di quella fase del giudizio, che il ricorso non fosse assistito da apprezzabili profili di fondatezza.

Alla pubblica udienza del 24 maggio 2018, tuttavia, il Tribunale, ha ritenuto di disporre un approfondimento istruttorio, ordinando ad ARCA S.p.A., quale gestore della piattaforma Sintel, di depositare copia dei file log delle operazioni effettuate dal RTI Fabbro S.p.A. – Sarca Catering S.r.l. su Sintel in data 17 gennaio 2018 relativamente all’appalto CIG 72775410D2 - Procedura ID 91296517, accompagnata da una relazione esplicativa.

Espletato l’incombente istruttorio, Sarca Catering S.r.l e ASST Ovest Milanese hanno depositato ulteriori memorie difensive a sostegno della rispettive tesi.

Alla pubblica udienza del 12 luglio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

Alla luce degli elementi istruttori acquisiti in esecuzione dell’ordinanza collegiale n. 1368/2018, il ricorso è fondato.

ARCA S.p.A. ha, infatti, testualmente dichiarato che «Dalle verifiche tecniche effettuate risultano essersi verificati malfunzionamenti della piattaforma Sintel nella giornata del 17/01/2018 dalle ore 11:30 alle ore 11:55, durante le attività svolte in piattaforma

dall'operatore economico RTI FABBRO S.p.A. - SARCA CATERING S.r.l.».

Nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica in cui vi è un'unica modalità di presentazione dell'offerta, predeterminata dalla stazione appaltante, senza margine di scelta per il concorrente, e il cui controllo è sottratto al concorrente stesso, il malfunzionamento del sistema di presentazione dell'offerta non può andare a danno dell'offerente. Nella logica di leale collaborazione che informa i rapporti tra Amministrazione e amministrato, il concorrente deve farsi parte diligente nel presentare correttamente e tempestivamente la propria offerta, e la stazione appaltante deve mettere l'operatore economico in condizione di partecipare alla gara.

Pertanto, a fronte di un malfunzionamento del sistema telematico di gestione della gara, deve essere data la possibilità all'operatore economico di presentare la propria offerta di modo da garantire la par condicio competitorum.

Né vale sostenere – secondo la tesi propugnata dalla ASST Ovest Milanese – che rientra nella diligenza del concorrente avviare le procedure di caricamento a sistema dell'offerta con congruo anticipo rispetto alla scadenza, al fine di minimizzare i rischi di un malfunzionamento della piattaforma.

È infatti palese come la valutazione di "congruità" presenti, almeno di norma, un grado di insuperabile indeterminatezza, tale che si giungerebbe ad una dequotazione del termine perentorio di presentazione delle offerte (cfr., C.d.S., Sez. V^a, sentenza n. 4135/2017), con una perdita di certezza delle regole della competizione.

Aderendo a tale impostazione, il rispetto del canone della diligenza professionale finirebbe, infatti, per variare caso per caso, in relazione a valutazioni non predeterminabili a priori dall'operatore economico, che non saprebbe quale sia la condotta in concreto da esso esigibile e quando incorra in negligenza.

In conclusione, il ricorso è fondato e viene accolto.

Per l'effetto gli atti, in epigrafe indicati, di diniego di riapertura del termine di presentazione delle offerte sono annullati.

Le spese seguono la soccombenza e sono poste a carico, nella misura liquidata in dispositivo, della sola ASST Ovest Milanese, tenuto conto che quest'ultima è la stazione appaltante, e che ARCA S.p.A. si è costituita in giudizio esclusivamente per adempiere all'ordinanza istruttoria e senza svolgere alcuna attività difensiva.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti di diniego di riapertura del termine di presentazione delle offerte impugnati.

Condanna la ASST Ovest Milanese a rifondere a Sarca Catering S.r.l. le spese di giudizio, che liquida in complessivi Euro 4.000,00, oltre agli accessori di legge.

Compensa le spese di giudizio con ARCA S.p.A..

Al verificarsi delle condizioni fissate dall'articolo 13, comma 6 bis 1, D.P.R. n. 115/2002, ASST Ovest Milanese rimborserà a Sarca Catering S.r.l. il contributo unificato effettivamente versato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario, Estensore