

Disponibilità elettronica dei documenti di gara - Articolo 74 del nuovo codice dei contratti pubblici

di Francesco Caringella, Mariano Protto

Data di pubblicazione: 12-11-2018

Evoluzione normativa e novità di disciplina - I casi in cui non è possibile fornire l'accesso per via elettronica ai documenti di gara - L'accesso alle ulteriori informazioni sul capitolato d'oneri e sui documenti complementari

dottrina in pillole

Evoluzione normativa e novità di disciplina

L'articolo 74 recepisce, in maniera pressoché integrale, le previsioni contenute nell'articolo 53 della direttiva 2014/24/UE, in attuazione altresì del criterio di delega contenuto alla lettera i) della L. n. 11/2016. Tale ultima previsione ha, infatti, richiesto al legislatore di operare una semplificazione, un'armonizzazione e una progressiva digitalizzazione delle procedure in materia di appalti, da porre in essere attraverso la promozione di reti e di sistemi informatici, anche al fine di facilitare l'accesso delle micro, piccole e medie imprese mediante una maggiore diffusione di informazioni e un'adeguata tempistica, con particolare riguardo proprio all'innovazione tecnologica. Pertanto l'art. 74, a differenza della normativa precedentemente contenuta agli artt. 70, 71 e 72 del D.Lgs. n. 163/2006, considera l'accesso con modalità elettronica ai documenti di gara come l'unico che deve essere garantito in via ordinaria, mentre nel testo previgente veniva considerato come meramente facoltativo dal comma 9 dell'art. 70, il quale lo prevedeva al solo fine della riduzione del termine minimo di ricezione delle offerte. Inoltre, a differenza degli artt. 71 e 72 del D.Lgs. n. 163/2006, dal tenore dell'art. 74 è dato rilevare che le stazioni appaltanti debbano mettere de plano a disposizione degli operatori il capitolato d'oneri e la documentazione complementare, residuando esclusivamente la possibilità che gli offerenti ne richiedano di ulteriori in tempo utile, ai sensi del comma 4. La normativa precedente, invece, come detto consentiva alla stazione appaltante di omettere del tutto la pubblicazione sul web del capitolato e delle informazioni e documentazione complementari, i quali dovevano essere in tal caso richiesti in tempo utile dall'operatore. A ben vedere, la norma, oltre a stabilire in via prioritaria la messa a disposizione della documentazione via internet da parte della stazione appaltante, prevede quale via alternativa l'invio della stessa a mezzo posta elettronica certificata, e solo in via ulteriormente subordinata e in casi limite la possibilità di accedere ai documenti per vie diverse

da quella elettronica. Peraltro, in tali casi limite, la norma concede in ogni caso una proroga del termine per la presentazione delle offerte, proprio per garantire alle imprese quella tempistica adeguata citata dalla Legge Delega che consenta loro di partecipare con adeguata preparazione alla procedura di gara, in un'ottica altresì orientata al favor participationis, che permea tutto l'apparato codicistico.

I casi in cui non è possibile fornire l'accesso per via elettronica ai documenti di gara.

Il secondo e il terzo comma dell'art. 74 regolano i casi in cui non sia possibile, per la stazione appaltante, offrire l'accesso per le vie elettroniche ai documenti di gara e le conseguenti diverse modalità di accesso da applicare in tali ipotesi. In particolare, il secondo comma prevede una eccezione alla regola della disponibilità elettronica dei documenti di gara per le medesime ipotesi in cui le stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 52, comma 1 del Codice, non sono neppure obbligate a richiedere mezzi di comunicazione elettronici nella procedura di presentazione dell'offerta. Si tratta principalmente di casi in cui la natura dell'appalto richiede mezzi di comunicazione elettronici troppo sofisticati, di difficile reperimento da parte sia della stazione appaltante che degli operatori del settore, ovvero richieda la trasmissione di file protetti da licenza di proprietà esclusiva. La trasmissione per via elettronica non è possibile neppure quando i documenti di gara richiedono la presentazione di un modello fisico o in scala ridotta che non può essere trasmesso per mezzo di strumenti elettronici.

Inoltre, l'uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici è necessario quando vi sia già stata una violazione della sicurezza dei mezzi di comunicazione elettronici ovvero sia necessaria la protezione di informazioni di natura particolarmente sensibile che richiedono un livello talmente elevato di protezione da non poter essere adeguatamente garantito mediante l'uso degli strumenti e dispositivi elettronici che sono generalmente a disposizione degli operatori economici o che possono essere messi loro a disposizione mediante l'imposizione agli operatori stessi di condizioni intese a proteggere il carattere di riservatezza delle informazioni sensibili di cui vengano a disporre con l'accesso alla documentazione. In tali casi, la norma prevede la possibilità della trasmissione via PEC dei documenti di gara, ovvero la ulteriore possibilità, da considerarsi residuale ma verosimilmente più adatta ai casi appena descritti, di trasmissione della documentazione per vie diverse da quella elettronica, con conseguente protrazione del termine della presentazione delle offerte. A ben vedere, infatti, molte delle problematiche sopra descritte che impediscono la pubblicazione via internet dei documenti di gara, in particolare quelle legate all'uso di software sofisticati non fruibili da parte delle stazioni appaltanti, non potrebbero essere risolte con l'invio della documentazione a mezzo di posta elettronica certificata, ma richiedono altri tipi di accesso, da predisporre in base alle necessità del caso. Tali ulteriori modalità di trasmissione sono previste dal successivo terzo comma dell'art. 74, il quale richiede che nei casi in cui le stazioni appaltanti decidano di non utilizzare mezzi di comunicazione elettronici, la comunicazione avvenga per posta o altro idoneo supporto ovvero mediante una loro combinazione. La modalità di comunicazione scelta deve essere indicata dalla stazione appaltante nell'avviso o nell'invito a confermare interesse, nel quale deve specificare quali sono le misure richieste al fine di proteggere la natura riservata delle informazioni e in che modo è possibile ottenere l'accesso ai documenti in questione. Ovviamente, in tali casi, il termine per la presentazione delle offerte sarà prorogato di cinque giorni, tranne nei casi di urgenza debitamente dimostrati di cui agli artt. 60,

comma 3, 61, comma 6 e 62, comma 5 del codice.

L'accesso alle ulteriori informazioni sul capitolato d'oneri e sui documenti complementari

Al quarto comma, l'art. 74 disciplina l'ipotesi in cui la stazione appaltante non abbia consentito l'accesso a tutte le informazioni sul capitolato d'oneri e sui documenti complementari per il tramite del proprio sito web; in tal caso si fa onere alla stazione appaltante di inviare tali informazioni agli operatori economici almeno sei giorni prima della scadenza del termine dell'offerta. Quanto alla generica espressione "informazioni sul capitolato d'oneri e sui documenti complementari" utilizzata dalla norma, deve ritenersi equivalente a quella relativa alle "informazioni complementari" contenuta nella normativa previgente, interpretata dalla dottrina come comprensiva di ogni informazione necessaria o comunque utile ai fini della formulazione dell'offerta, sempre che la stazione appaltante sia in grado di fornirla (DAMIANI, (1), 664). Le informazioni sul capitolato d'oneri e sui documenti complementari devono quindi essere comunicate, agli operatori che le abbiano richieste in tempo utile, almeno sei giorni prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte; in caso di procedura accelerata ai sensi degli artt. 60, comma 3 e 61, comma 6, il termine è di quattro giorni. In tale ottica, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittima una disposizione del bando di gara che nel fissare il sopralluogo tecnico obbligatorio dei locali messi a disposizione della stazione appaltante, non dispone nulla in ordine all'accesso alle planimetrie dei locali (analogamente a quanto previsto per i documenti di gara), omettendo la precisazione che le stesse, facendo parte della documentazione complementare al capitolato d'oneri, dovessero essere messe a disposizione degli aspiranti al concorso in concomitanza del sopralluogo ed almeno sei giorni prima del termine fissato per la presentazione delle offerte (Cons. St., sez. V, Sent. 30 agosto 2005, n. 4414).