

Procedure di gara o istanze telematiche alla P.A.: problemi informatici o di malfunzionamento delle piattaforme online. Che fare e chi risponde?

Author : Maurizio Lucca

Date : 27 Marzo 2019



L'utilizzo di una piattaforma informatica per la partecipazione ad un procedimento di gara pubblica o, più in generale, per la formulazione di una richiesta alla P.A. mediante una specifica procedura *on line*, deve garantire e assolvere, da una parte, la sicurezza della trasmissione/trattamento dei dati, delle procedure e l'individuazione certa dell'offerente/richiedente; dall'altra, le eventuali anomalie del sistema (ad es. blocchi di linea) o i suoi limiti strutturali (o di programma *software*) sono a carico del titolare/concessionario del servizio pubblico o dell'Autorità pubblica procedente.

La sez. IV del T.A.R. Lombardia, Milano, con la sentenza 9 gennaio 2019, n. 40, conferma che gli eventuali problemi di linea e/o di *upload*, che ritardano il processo e i tempi di partecipazione alla procedura di affidamento di un servizio non possono gravare sul concorrente, con l'inevitabile esigenza di riaprire i termini di presentazione delle offerte.

Si può sostenere, in linea generale, che in presenza di procedure informatiche *on line* mediante piattaforme per l'individuazione del contraente, il procedimento amministrativo non può incontrare limitazioni di sorta, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico (malfunzionamento del sistema), sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti fra operatore economico e Pubblica Amministrazione.

Il mondo digitale - e l'informatica applicata all'attività della P.A. - porta inevitabilmente un onere cogente per le stazioni appaltanti di doversi accollare il rischio dei malfunzionamenti e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui la stessa si avvale, essendo evidente che l'agevolazione che deriva alla P.A. stessa, sul fronte organizzativo interno, dalla gestione digitale dei flussi documentali, deve essere controbilanciata dalla capacità di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che possano verificarsi, con l'approntamento di misure tese ad assicurare *favor participationis*, garantendo i necessari provvedimenti al fine di assicurare la regolarità della procedura, *alias* la riapertura dei termini.

Del resto, ad avallare l'orientamento, non sembra potervi essere dubbio che la modalità elettronica non solo di formazione del documento di gara, ma anche di trasmissione, risponde alla necessità di una semplificazione generale delle procedure, interesse pubblico certamente rilevante, che richiede l'approntamento di un funzionale sistema informatico, in grado di assolvere efficacemente i meccanismi di presentazione delle offerte: prescrizioni cogenti di redazione e trasmissione elettronica ricavabile dal combinato disposto delle norme degli art. 85 «Documento di gara unico europeo» e 40 «Obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione» del D.Lgs. n. 50/216.

Giova, altresì, rammentare che il “documento informatico”, secondo il D.Lgs. n. 82/2015 (c.d. CAD), è il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti, osservando che il “duplicato informatico” risulta essere un documento informatico ottenuto mediante la memorizzazione, sullo stesso dispositivo o su dispositivi diversi, della medesima sequenza di valori binari del documento originario, con la conseguenza «i duplicati informatici hanno il medesimo valore giuridico, ad ogni effetto di legge, del documento informatico da cui sono tratti, se prodotti in conformità alle linee guida»: dal punto di vista tecnico il duplicato è, pertanto, identico ed indistinguibile dall'originale e si ottiene replicando il file originale stesso, evitando di applicare sulla copia l'imposta di bollo^[1].

La semplificazione (le finalità del DGUE)^[2] e l'accelerazione procedimentale (le comunicazioni elettroniche)^[3] riducono gli oneri amministrativi che gravano sulle Amministrazioni aggiudicatrici, sugli Enti aggiudicatori e sugli operatori economici, il tutto attraverso l'adozione di un modello gestionale (la piattaforma *on line*) capace di garantire la funzionalità del software e la connessa regolarità del procedimento, senza pretendere di addebitare al concorrente i rischi di malfunzionamento del sistema^[4].

Un operatore economico impugna la determinazione di aggiudicazione dell'affidamento in concessione della gestione di impianti sportivi comunali, e della relativa riapertura dei termini per la presentazione delle offerte.

Successivamente alla riapertura dei termini (a fronte di un'unica offerta presentata), un'Associazione sportiva partecipava e si aggiudicava la concessione.

La ricorrente lamentava che:

- la proroga dei termini di presentazione delle offerte è stata disposta dopo la scadenza del termine;
- non si è verificato alcun malfunzionamento della piattaforma sulla quale dovevano essere caricate le offerte;
- l'unico rallentamento è durato complessivamente non più di trenta minuti.

Il giudice di prime cure, nel ritenere in ricorso infondato, fornisce le motivazioni nel merito:

- è stato dimostrato un rallentamento della piattaforma telematica su cui dovevano essere caricate le offerte in prossimità della scadenza del termine di presentazione delle offerte stesse;

- il rallentamento risulta una circostanza idonea a giustificare la decisione della stazione appaltante di riaprire il termine di presentazione delle offerte, in applicazione del disposto dell'articolo 79, comma 5 *bis*, D.Lgs. n. 50/2016;
- il comma 5 *bis* dell'art. 79 cit., puntualmente prevede nel dato testuale «*Nel caso di presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante, ivi incluse le piattaforme telematiche di negoziazione, qualora si verifichi 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, 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*».

Il pronunciamento, allineandosi ai precedenti[5], stabilisce che in una procedura ad evidenza pubblica in cui vi è un'unica modalità di presentazione dell'offerta, predeterminata dalla stazione appaltante, o prescritta dalla legge, 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.

L'utilizzo di una piattaforma informatica per le procedure di gara impone che le sopraggiunte circostanze di malfunzionamento del sistema informatico, di interruzione del servizio o di un suo rallentamento (con obbligo comunicazione all'AgID), costituiscano un oggettivo impedimento alla funzionalità di ricezione delle offerte: è ragionevole aspettarsi dalla stazione appaltante, da una parte, di informare i potenziali concorrenti mediante appositi avvisi dei fatti accaduti, dall'altra parte, di prorogare (riaprire) i termini di presentazione delle offerte.

A rafforzare tale orientamento si richiamano i **principi di leale collaborazione** che informano i rapporti tra Amministrazione e amministrato:

- il concorrente deve farsi parte diligente nel presentare correttamente e tempestivamente la propria offerta, salvo una causa di forza maggiore che renderebbe scusabile il ritardo[6];
- la stazione appaltante deve mettere l'operatore economico in condizione di partecipare alla gara.

Ne consegue la massima che, accertato un malfunzionamento del sistema telematico di gestione della gara, tale da aver realmente interferito sull'intervallo di presentazione dell'offerta stabilito dalla disciplina di gara, la Stazione appaltante è tenuta, nelle forme più adeguate alla fattispecie, a ripristinare tale intervallo, compromesso dal malfunzionamento, in modo da dare la possibilità all'operatore economico di presentare la propria offerta, così da garantire la *par condicio competitorum*.

Peraltro, si annota che è del tutto irrilevante, e non può andare a discapito dell'operatore economico, il fatto che la stazione appaltante non si avveda tempestivamente del malfunzionamento del sistema, e operi la riapertura del termine originario dopo la scadenza, adottando un provvedimento con finalità sovrapponibili a quelle della proroga[7].

A margine dell'orientamento giurisprudenziale della stessa sez. IV[8], non può rientrare 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 malf funzionamento della piattaforma; ciò renderebbe privo di significato lo stesso termine finale, che fino alla sua scadenza, rende possibile l'attivarsi, consentendo al concorrente di presentare un'offerta ponderata[9].

È, infatti, palese come la valutazione di “*congruità*” del termine di presentazione delle offerte presenti, almeno di norma, un grado di insuperabile indeterminatezza, tale che si giungerebbe ad una dequotazione del termine perentorio, con una perdita di certezza delle regole della competizione: 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.

Inoltre, va detto che quando la procedura di gara (*rectius*, modalità di presentazione delle offerte) risulta pienamente nella sfera di disponibilità della Pubblica Amministrazione e, solo per una anomalia tecnica non altrimenti identificata, il concorrente non perfezioni l'invio telematico, il rischio inerente alle modalità di trasmissione non può far carico che alla Stazione appaltante che unilateralmente aveva scelto il relativo sistema e ne aveva imposto l'utilizzo ai partecipanti: 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[10].

Va aggiunto che in una procedura di gara telematica la sottoscrizione in calce alla domanda di partecipazione e ai relativi allegati in forma “*scansionata*” (quindi, non in “*originale*”), non determini la nullità - o a fortiori l'inesistenza - dei documenti (caso di specie di un contratto di avvalimento), con conseguenti effetti espulsivi, venendo in rilievo una scrittura privata per la cui validità è necessaria e sufficiente la forma scritta e non essendo rilevante la concreta attribuzione della paternità del documento contrattuale all'impresa ausiliaria, consentendo la partecipazione al procedimento selettivo[11].

A suffragare la tesi descritta, giunge in soccorso l'ulteriore orientamento[12], secondo il quale non è ammissibile l'esclusione di un candidato ad una procedura concorsuale per la mancanza di firma della domanda, quando il bando stabilisce che la partecipazione al concorso sia formulata in un apposito modulo da trasmettere *on line* e firmato in calce, nell'ipotesi che tutta la documentazione venga trasmessa in tale modalità e che la domanda - pur priva di sottoscrizione - presentava tutti i requisiti di identificazione, compresa l'allegazione del documento di riconoscimento (identità, poi, accertata in sede di prova concorsuale).

L'utilizzo di tale modalità informatica di partecipazione, con relativa ricevuta identificativa dell'istanza, rende comunque certa la provenienza e il suo autore (apparente), essendo proprio la modalità *on line* quella di semplificare e garantire l'*iter* amministrativo in relazione alle peculiari modalità procedurali afferenti alla fase di ammissibilità formale e sostanziale dell'aspirante candidato al concorso: l'esibizione della ricevuta della domanda completa del numero identificativo, copia della domanda corredata dal documento di riconoscimento devono

ritenere senz'altro elementi idonee a supplire in modo adeguato alla mancanza di sottoscrizione in calce alla domanda di partecipazione al concorso stesso.

Il quadro descrittivo risalta per le correlazioni del procedimento digitale rispetto a quello squisitamente analogico, giacché attraverso un apposito *software* (c.d. piattaforma informatica) si stabilisce *ex ante* le modalità di confronto partecipativo, e le regole di selezione, senza margini di discrezionalità visto che sono affidate al sistema tecnologico scelto, con l'evidente precipitato pratico che la stazione appaltante deve da una parte, predeterminare i criteri di partecipazione (da rendere trasparenti con il manuale applicativo, di necessaria osservanza, mettendosi altrimenti a repentaglio lo stesso funzionamento della procedura), dall'altra, assicurare che il sistema informatico funzioni assumendone tutta la responsabilità in caso di malfunzionamento.

Di converso, la violazione delle procedure informatiche di partecipazione ad una gara *on line* comporta l'esclusione dalla gara del concorrente, rilevando che l'inesatto o erroneo utilizzo rimane a rischio del partecipante che si deve attrezzare dal seguire le modalità di inserimento e compilazione dei documenti previsti nel portale (integrative della disciplina di gara e sono poste a garanzia di tutti i partecipanti): risulta, pertanto, legittima l'esclusione dell'offerta quando il concorrente presenta documenti o compila moduli in una modalità diversa rispetto a quella prevista dal sistema informatico[13].

Alla luce delle considerazioni che precedono, risulta evidente l'utilizzo sempre più pervasivo delle tecnologie informatiche, al punto da essere, in un prossimo futuro se non già ora, l'unico sistema per comunicare tra P.A. e cittadino, in funzione di un'esigenza di semplificazione, efficientamento e rapidità di risposta, impone e postula un serio apparato di sicurezza, finalizzato a garantire sicuramente lo scambio di relazioni, ma contestualmente i diritti alla riservatezza che sono intimamente connessi alla tutela del trattamento dei dati.

Si fronteggia nel nuovo mondo digitale **un'esigenza di connessione continua** ma, allo stesso tempo, questa continua trasmissione/profilazione di dati (personali) può essere posta in pericolo dalla indiscriminata/irresponsabile, in assenza di una soglia minima di misure di sicurezza, circolazione di informazioni/dati/documenti.

Rileva, pertanto, che la più ampia circolazione dei dati se può meglio consentire a ciascuno di informarsi e comunicare, di partecipare ai processi pubblici (di gara o di trasparenza), può minare la convivenza sociale, i processi democratici di rappresentanza, l'economica *ex se*, rilevando che **il possesso di dati personali** (anche quelli che non sono necessari, o a seguito di un malfunzionamento/dispersione dati immessi in rete) **può essere un valido ausilio per orientare il mercato, definire le scelte**, incidere sul processo decisionale, in definitiva sulle libertà: *«in un tempo rapidissimo si è costituito un nuovo equilibrio nei rapporti di forza a livello globale, con una concentrazione di poteri in capo a poche società che non ha precedenti nella storia dell'umanità. Poche aziende nel mondo hanno acquisito tutti i potenziali competitori creando un regime di oligopolio e fondando l'economia dei dati»*[14].

Note

[1] Per i duplicati informatici di documenti informatici, di cui all'articolo 23 *bis*, comma 1, del CAD, non essendo prevista alcuna dichiarazione di conformità all'originale, non realizza il presupposto dell'imposta di bollo previsto dal citato articolo 1 della tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. n. 642 del 1972, Agenzia delle Entrate, Risposta n. 45 del 2019, «*Imposta di bollo sul duplicato informatico di un documento amministrativo informatico prodotto in conformità alle disposizioni del Codice dell'Amministrazione Digitale*».

[2] È noto che il 18 ottobre 2018 è la data di entrata in vigore dell'obbligo delle comunicazioni elettroniche, ex art. 40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, osservando che i requisiti di integrità, autenticità e non ripudio del DGUE elettronico devono essere garantiti secondo quanto prescritto dal Codice dell'Amministrazione digitale, di cui al Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82, in conformità alle regole tecniche che saranno emanate da AgID, ai sensi dell'art. 58, comma 10 del D.Lgs. n. 50/2016.

[3] Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 8 gennaio 2019, n. 12.

[4] Sotto altro profilo e in funzione della convenienza dell'utilizzo dell'informatica, la considerazione che le notificazioni mediante l'invio di un *file*, al di là del formato, sono comunque valide, considerato che l'irritualità della notificazione di un atto a mezzo di posta elettronica certificata non ne comporta la nullità se la consegna telematica - nella specie, in "*estensione.doc*", anziché "*formato.pdf*" - ha comunque prodotto il risultato della conoscenza dell'atto e determinato così il raggiungimento dello scopo legale, Cass. Civ., sez. VI, ordinanza 14 febbraio 2019, n. 4505.

[5] T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 5 dicembre 2018, n. 2737.

[6] Vedi, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 2 dicembre 2014, n. 6296.

[7] Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 4135/2017.

[8] T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 19 settembre 2018, n. 2109.

[9] T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 13 novembre 2012, n. 1878.

[10] T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 28 luglio 2015, n. 1094, *idem* Cons. Stato, sez. III, 25 gennaio 2013, n. 481.

[11] T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 22 febbraio 2019, n. 388 e sez. II, 29 giugno 2018, n. 1291.

[12] T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *quater*, 6 marzo 2019, n. 2947.

[13] Cfr. LUCCA, *Gara telematica e modalità di upload*, segretari.comunalivighenzi.it, 2 gennaio 2019, dove si analizza l'esclusione di un concorrente o in quanto ha "*tentato*" di inserire nel

sistema MEPA il *file* contenente l'offerta tecnica ma in un formato non ricevibile dalla piattaforma non riuscendoci.

[14] C. COSSU, *Proteggiamo i dati, sono la nostra vita*, intervista ad A. SORO, Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, L'Unione Sarda, 6 giugno 2018.

Articolo a cura di **Maurizio Lucca**