



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



GARE D'APPALTO TELEMATICHE: IL RISCHIO DEL MALFUNZIONAMENTO DELLA PIATTAFORMA RICADE SULL'ENTE

"Il rischio inerente alle modalità di trasmissione non può far carico che alla parte che unilateralmente aveva scelto il relativo sistema e ne aveva imposto l'utilizzo ai partecipanti; e 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." Nota T.A.R. Puglia – Bari, Sez. III, sentenza 03.04.2020, n. 4

di **Domenico Chirumbolo**
IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Giovedì 4 Giugno 2020

Sommario: 1. La normativa generale; 2. Il fatto; 3. Le argomentazioni sostenute dalle parti; 4. Valutazioni giuridiche del T.A.R. Puglia; 5. Conclusioni

1. La normativa generale

Preliminarmente alla disamina delle valutazioni giuridiche effettuate dal T.A.R. pugliese, occorre trattare, seppur brevemente, la disciplina delle gare d'appalto telematiche. Come si evince dalla stessa denominazione, tale procedimento consiste nella conduzione di bandi o gare d'appalto per mezzo di strumenti informatici. Per la partecipazione, dunque, viene utilizzata una specifica piattaforma online, accompagnata dall'uso di altri mezzi di ugual natura, quale posta elettronica certificata e/o firma digitale.

Ovviamente il senso di tale normativa è di facile comprensione, i benefici dell'utilizzo di siffatti metodi sono molteplici, innanzitutto dovrebbe servire a ridurre la burocrazia velocizzando la procedura, in secundis, dovrebbe garantire maggiori sicurezze in merito alla trasparenza ed alla liceità della gara d'appalto, e questo grazie al corposo iter predisposto per la presentazione dell'offerta.

Naturalmente, quanto appena detto è disciplinato dalla legge, giacché la gestione degli appalti pubblici è regolata dal Codice dei Contratti^[1], che prevede espressamente l'obbligo dell'uso di mezzi telematici per comunicazioni ed offerte di gara^[2], circoscrivendo l'utilizzo della modalità "tradizionale" a specifici casi, accompagnati da adeguata motivazione.

2. Il fatto

La società resistente, con bando regolarmente pubblicato, indiceva una gara d'appalto, tramite piattaforma telematica, per l'affidamento del servizio di adeguamento alle normative GDPR e Cybersecurity infrastruttura ICT Aeroporti di Puglia.

Il bando prevedeva espressamente, quale unica modalità di partecipazione alla gara, quella telematica, ed all'interno del disciplinare venivano indicate una serie di operazioni informatiche atte alla finalizzazione ed alla trasmissione della domanda, la cui scadenza era fissata alla data del 16.05.2019 alle ore 12:00.

Poco prima di tale termine perentorio, la società, in qualità di mandataria di altra costituenda unione societaria, intendeva prendere parte alla procedura d'appalto, sicché procedeva all'upload della documentazione necessaria, mediante il sistema telematico

prescelto, richiedendo a quest'ultimo di generare la busta con l'offerta di gara.

La società de quo, però, nonostante avesse portato a termine in modo esatto tutti gli atti informatici preliminari, e avesse caricato correttamente i documenti sul server del sistema telematico, non riusciva a concludere l'operazione di trasmissione definitiva della domanda, giacché un'anomalia del citato sistema, insistendo nella richiesta di inserire determinate informazioni, non dava, al contempo, l'effettiva possibilità di immetterle, rendendo impossibile l'inoltro della proposta.

Per tal ragione, la società partecipante contattava più volte il centro assistenza, ma senza ottenere risultati, e dopo il tredicesimo tentativo di inoltro dell'offerta, riusciva a completare la trasmissione, generando invero quattro buste, ma solo 10 minuti oltre il limite previsto per la partecipazione alla gara.

Nella medesima data, la società ricorrente segnalava, per mezzo di pec, il malfunzionamento alla stazione appaltante, che inoltrava in risposta (solo alcuni giorni dopo), nella persona del responsabile unico del procedimento, la ricevuta rilasciata dal gestore della piattaforma informatica che attestava il corretto funzionamento della stessa.

Orunque, sempre a mezzo pec, in data 30.05.2019, la società ricorrente, contestando quanto affermato dal gestore della piattaforma telematica, in merito al funzionamento della stessa, chiedeva la remissione in termini, con ammissione alla gara, giacché il caricamento della documentazione necessaria alla partecipazione era avvenuto nel limite dell'orario previsto, ma a causa di quell'errore di sistema questa era stata trasmessa in ritardo, ed oltre il termine fissato.

La società resistente, in seguito, decideva di rigettare la predetta richiesta, in quanto l'azienda che gestisce il sistema informatico, aveva nuovamente confermato l'insussistenza del malfunzionamento contestato dall'odierno ricorrente.

3. Le argomentazioni sostenute dalle parti

La società ricorrente, nonché le società mandanti, con ricorso, impugnavano sia l'atto per mezzo del quale l'appaltante rigettava l'istanza di ammissione alla gara, ovvero la remissione in termini, e le relative note successive, sia la nota attestante l'insussistenza del malfunzionamento informatico, emessa dalla società che gestisce tale sistema.

In ultimo, e in via subordinata, si impugnava anche la disciplina che impone l'uso del servizio informatico quale unico mezzo per la partecipazione alla gara d'appalto. Il citato

ricorso, con motivo unico, contestava l'eccesso di potere per difetto dei presupposti e di istruttoria, irragionevolezza, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, alla violazione del principio di efficacia ed efficienza di cui all'art. 97 Cost., alla violazione e falsa applicazione degli artt. 4, 30, 52, 58, 79 e 83 del d.lgs. n. 50 del 2016; alla violazione del principio di massima partecipazione alle gare d'appalto e di affidamento; alla violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990.

Le parti resistenti, una volta costituite in giudizio, chiedevano il rigetto del ricorso de quo.

4. Le valutazioni giuridiche del T.A.R. Puglia

La prima valutazione del Tribunale adito comporta la disposizione in sede cautelare, dell'ammissione con riserva delle società ricorrenti alla procedura de qua.

Per ciò che attiene la decisione di merito, il T.A.R. Puglia dichiara fondato il ricorso.

La sentenza in esame afferma le sue ragioni sul presupposto dell'impossibilità di dimostrare che il malfunzionamento telematico sia addebitabile alla società ricorrente, giacché i molteplici e comprovati tentativi non riusciti, e il postumo successo nell'invio di ben quattro buste, generate ed acquisite dal sistema con ritardo, lasciano forti perplessità in merito all'effettivo funzionamento del sistema informatico.

E anzi, proprio siffatte modalità appaiono indicative, secondo il T.A.R., dell'insussistenza della responsabilità dell'odierno ricorrente. Colpevolezza, viceversa, attribuibile "al malfunzionamento del sistema della ricevente o, comunque, al cattivo funzionamento dell'invio telematico".

La giurisprudenza amministrativa del caso, più volte si è espressa affermando che "il rischio inerente alle modalità di trasmissione non può far carico che alla parte che unilateralmente aveva scelto il relativo sistema e ne aveva imposto l'utilizzo ai partecipanti; e 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"^[3].

Da tali giudicati scaturisce un principio di diritto secondo il quale, le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi, sono strumentali rispetto al procedimento stesso, sicché risulta irragionevole sostenere che problemi tecnici, possano ostacolare il corretto sviluppo dei rapporti fra i privati e le pubbliche amministrazioni, nonché i rapporti reciproci fra queste ultime^[4].

Orbene, da tale principio appena esposto si deduce che è onere della stessa Amministrazione assumersi il rischio dei malfunzionamenti e delle anomalie dei sistemi informatici di cui si avvale. Effettivamente, l'utilità derivante dalla digitalizzazione di siffatte procedure, deve essere bilanciata dalla capacità della P.A. di porre occasionalmente rimedio agli eventuali malfunzionamenti, segnatamente per mezzo del cd. soccorso istruttorio^[5], ovvero di qualsivoglia mezzo predisposto per consentire modalità alternative di inoltro delle domande.

Rebus sic stantibus, il T.A.R. Puglia, con la sentenza de qua, afferma perentoriamente, che nel caso di situazioni dubbie, gli effetti devono ricadere in capo al gestore del sistema informatico, sia in applicazione dei principi di par condicio e di favor participationis nelle procedure di gara, sia come conseguenza dell'utilità che la P.A. ottiene utilizzando siffatte modalità. Talché si configura in capo all'Amministrazione l'onere di predisporre "procedure amministrative parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza, in caso di non corretto funzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro della domanda"^[6].

In tal senso si è espresso anche il Consiglio di Stato, Sez. III, con sentenza n. 86 del 07.01.2020, che ha ribadito quanto fin qui esposto.

Invero, è necessario evidenziare la sussistenza di orientamenti giurisprudenziali che attuano valutazioni contrarie a quanto sinora espresso. In tempi relativamente recenti, proprio la medesima terza sezione del Consiglio di Stato, chiamata a giudicare una vicenda analoga, si è espressa in modo dissimile. Sebbene lo sviluppo di tale vicenda sia pressoché identica a quella del caso de quo, vi è una differenza sostanziale rappresentata dalla presenza di una specifica clausola nel disciplinare di gara, che nel caso oggi in analisi è totalmente assente.

Orbene, nel bando era presente un apposito articolo, il n. 12, che espressamente prevedeva che "La presentazione dell'offerta mediante il Sistema è a totale ed esclusivo rischio del concorrente, il quale si assume qualsiasi rischio in caso di mancata o tardiva ricezione dell'offerta medesima, dovuta, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, a mal-funzionamenti degli strumenti telematici utilizzati, a difficoltà di connessione e trasmissione, a lentezza dei collegamenti, o a qualsiasi altro motivo, restando esclusa qualsivoglia responsabilità dell'Azienda Usl ove per ritardo o disguidi tecnici o di altra natura, ovvero per qualsiasi motivo, l'offerta non pervenga entro il previsto termine perentorio di scadenza....", trattandosi di norma chiara e perentoria, non può essere disattesa dal giudice in tal sede, in quanto avrebbe necessitato di specifica impugnazione e contestazione.

Sicché la mancata tempestiva impugnazione di tale articolo, ha comportato un “legittimo autovincolo”, che non può essere disatteso^[7], comportando la decisione del Consiglio di Stato di respingere il ricorso, derogando al principio granitico sopra evidenziato, in relazione alla casistica trattata dalla sentenza in analisi, caso nel quale, si ribadisce, non vi è presente alcuna clausola simile al citato art. 12 oggetto della diversa sentenza del Consiglio di Stato^[8].

Fatta tale doverosa digressione sull’orientamento giuridico contrario alla sentenza in esame, è necessario porre, nuovamente, la concentrazione sulla decisione del T.A.R. Puglia in merito al caso di specie. Evidenziati, preliminarmente, i principi giuridici che hanno spinto il Giudice adito a sostenere la fondatezza del motivo di gravame, è lapalissiano come nella fattispecie concreta le amministrazioni resistenti non siano state capaci di dimostrare che il malfunzionamento informatico sia stato causato dalla parte ricorrente.

Invero, le teorie difensive della P.A. tese a sostenere che il problema de quo, sia stato generato dal browser utilizzato dalla società ricorrente, non sono idonee a dirimere la quaestio, giacché la causa di tale blocco può in egual modo essere afferibile ad un’anomalia del gestore, dal momento che non è stata fornita prova antitetica di quanto detto. Invero, la sussistenza di un nesso causale fra, l’ipotetico, problema del browser e il malfunzionamento del sistema telematico, non è stato dimostrato neppure dalle considerazioni tecniche fornite dalla società che gestisce il sistema informatico, in quanto queste (e le relative simulazioni) sono risultate prive di reale riscontro.

Al contrario risulta incontestabile che i documenti per partecipare alla gara, sebbene tardivamente, sono pervenuti, ed in assenza di prova certa dell’imputabilità dell’error alla parte trasmittente, la P.A. avrebbe dovuto consentire la partecipazione della società ricorrente alla gara.

Sicché, la decisione invece intrapresa dall’amministrazione, atta ad escludere la società de qua, risulta illegittima.

5. Conclusioni

In conclusione, alla stregua delle considerazioni che precedono, il T.A.R. Puglia-Bari, con la sentenza in esame, stabilisce che nelle gare d’appalto telematiche il rischio relativo alle modalità di trasmissione ricade sulla parte che, in modo unilaterale, ha optato per un determinato sistema, obbligandone l’utilizzo per la partecipazione; talché, nell’impossibilità di dimostrare l’eventuale errore della parte trasmittente, ovvero la

mancata trasmissione per un problema di sistema, il pregiudizio rimane posto in capo all'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara.

Per questi motivi accoglie il ricorso avanzato dal raggruppamento ricorrente, e per l'effetto, annulla gli atti impugnati in via principale.

Note e riferimenti bibliografici

[1] {https/URL} n. 50 del 2016;

[2] {https/URL}. 50/16, artt. 40 e 50;

[3] Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza del {https/URL}, n. 481; in tal senso Tar Lombardia - Milano, Sez. I, sentenza del {https/URL} n. 455; e Tar Puglia, Sez. I, sentenza del {https/URL}, n. 1094;

[4] Tar Puglia, Sez. I, sentenza del {https/URL}, n. 1094; in termini, Tar Lecce, sentenza del {https/URL}, n. 977;

[5] {https/URL}. n. 50/2016, art. 83; Legge n. 241/1990, art. 6;

[6] {https/URL}. Roma, Sez. III, sentenza del {https/URL} n. 299;

[7] Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza del {https/URL}, n. 8760;

[8] Ibidem;

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=5343>