

Procedure competitive telematiche e malfunzionamento del sistema*

di Paolo Provenzano

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Procedure competitive telematiche e malfunzionamento del sistema: le soluzioni fin qui approntate in giurisprudenza. – 3. (Segue): le soluzioni fin qui approntate dal Legislatore. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Prima di entrare nel merito delle soluzioni fin qui approntate per risolvere il problema del malfunzionamento del sistema nelle procedure competitive informatizzate, che rappresenta lo specifico oggetto del presente scritto, appare opportuno sottolineare che, a venticinque anni di distanza dall'introduzione della prima (e pionieristica¹) normativa nazionale in materia di informatizzazione dell'azione amministrativa², non si è ancora giunti, nonostante i diversi tentativi effettuati, a una disciplina in materia che sia pienamente appagante.

Com'è stato, infatti, osservato in dottrina «*il fondamento dell'amministrazione digitale nel nostro ordinamento*» è dato da «*una stratificazione normativa confusa ed oggetto di continue manipolazioni successive*»³. Il che è dimostrato, con la forza dei numeri, dai vari rimaneggiamenti che ha subito, e verosimilmente continuerà a subire, il Codice dell'Amministrazione Digitale (D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, d'ora in poi CAD⁴). Il quale si presenta oggi come un tessuto più volte

* Il presente scritto rappresenta la versione ampliata della relazione presentata al convegno dal titolo «*e-democracy e trasformazione digitale: sfide, prospettive e competenze*» svoltosi in data 12 febbraio 2018 presso l'Università degli Studi di Milano.

¹ Sul punto cfr. F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella Pubblica Amministrazione*, in *L'azione amministrativa*, (a cura di) A. ROMANO, Torino, 2016, 246). Con riferimento a tale norma si veda E. ZAFFARONI, *L'informatizzazione della pubblica amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1996, 2516 ss.

² Ci si riferisce all'ancora vigente art. 3 del D.Lgs. n. 39/1993, a mente del quale, «*gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati*».

³ Così F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. dell'Inf. e dell'Inform.*, 2015, p. 227. In termini F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012, 37, ove si evidenzia che «*il Cod. amm. dig. è cambiato troppo in questi anni*».

⁴ Per un commento al Codice dell'Amministrazione digitale si vedano: B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo codice*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, 7 ss.; AA.VV., *L'e-Government*, (a cura di) G. VESPERINI, Milano, 2004; AA.VV., *Codice dell'amministrazione digitale, Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, (a cura di) E. CARLONI, Rimini, 2005; AA.VV., *Il codice dell'amministrazione digitale, commentario al D.Lgs. n. 82 del 7 marzo 2005*, (a cura di) G. CASSANO, G. GIURDANELLA, Milano, 2005; E. CARLONI, *La riforma del codice dell'amministrazione digitale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 469 ss.; IDEM, *Il decreto "del fare": il rilancio dell'economia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 1144

rammendato, date le quattrocentootto modifiche ed integrazioni⁵ ad esso via via apportate⁶.

Ebbene, i motivi per cui gli ambiziosi progetti riformatori non hanno ancora dato i frutti sperati sono da individuarsi, in parte, nel fatto che alle riforme e controriforme, succedutesi nel tempo, non siano seguiti i necessari (e imprescindibili⁷) investimenti per rendere concrete le stesse e, in parte (e forse soprattutto), in ragioni di carattere culturale⁸ e, più precisamente, di “resistenza”⁹ al nuovo che avanza¹⁰.

Del resto, come ha puntualmente osservato il Consiglio di Stato nei vari pareri resi sulle modifiche apportate al CAD, a tali innovazioni normative «*non sempre le pubbliche amministrazioni hanno reagito positivamente*»¹¹. Infatti, «*alla rapidità della produzione normativa non è seguita un altrettanto celere capacità delle strutture di assecondare il processo di ammodernamento*»¹² e ciò anche per via della «*incompetenza tecnologica dei dirigenti pubblici nell'attuare una transazione verso la modalità operativa digitale*»¹³.

ss.; IDEM, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, 148 ss.; G. DUNI, *L'amministrazione digitale*, Milano, 2008; M. ATELLI, S. ATERNO, A. CACCIARI, R. CAUTERUCCIO, *Codice dell'amministrazione digitale: commentario*, Roma, 2008. Relativamente al Codice dell'Amministrazione Digitale si vedano anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in *La Tecnificazione* (a cura di) S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, Firenze, 2016, 11 ss e V. CERULLI IRELLI, *La Tecnificazione*, in *op. ult. cit.*, 280, ove al riguardo si osserva che «*abbiamo dal 2005 una delle leggi più avanzate del mondo (...) si tratta però di una legge, in larga misura inattuata*».

⁵ Le ultime modifiche apportate al CAD risalgono al dicembre scorso e sono state effettuate con il D.Lgs. n. 217/2017.

⁶ Sul punto si veda, su tutti, G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017, 3, nota 6.

⁷ Com'è stato recentemente osservato in dottrina, «*onde conseguire la piena ed effettiva attuazione dei diritti di cittadinanza digitale è necessario che sul versante dell'organizzazione siano puntualmente adempiuti obblighi che discendono dal nuovo atteggiarsi del rapporto amministrativo, anche attraverso investimenti cospicui che riguardino sia le dotazioni infrastrutturali e tecniche degli uffici, sia la formazione dei dipendenti pubblici, al fine di superare il divario digitale materiale e cognitivo*» (così P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi*, n. 2/2018, 13). Del resto, come evidenziato da attenta dottrina, «*l'implementazione dei servizi digitali costa caro, e cara è anche la manutenzione e la garanzia della continuità del servizio, senza contare i costi della formazione dei funzionari (e magari anche dei cittadini)*» (G. VILELLA, *Introduzione alla E-Democracy*, Bologna, 2018, 86). In termini si veda anche F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012, 48 ss.

⁸ Del resto, come si è osservato in dottrina, allo stato, internet, in particolare, e le nuove tecnologie, in generale, non rappresentano degli strumenti «*culturalmente e socialmente a disposizione di tutti*» (così M. MIANI, *Comunicazione pubblica e nuove tecnologie: la pubblica amministrazione dall'e-democracy all'e-governament*, Bologna, 2005, 32).

⁹ In dottrina si è recentemente parlato anche di «*“sindrome da isolamento” del dipendente pubblico*» (così B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo codice*, cit., 15).

¹⁰ Indubbiamente ad aver influito sulla necessità di mettere continuamente mano alla disciplina in parola è anche «*la velocità con cui l'innovazione tecnologica avanza e la conseguente difficoltà per il legislatore di stare al passo con i mutamenti che le nuove tecnologie impongono*» (così G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, cit., 3).

¹¹ Così Cons. Stato, sez. cons., parere 30 gennaio 2006, n. 31, in *Il Foro Italiano*, Vol. 129, No. 5, 2006, 237 ss.

¹² *Ibidem*.

¹³ Così Cons. Stato, sez. cons., parere 23 marzo 2016, n. 78, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Tutto ciò, come si è già in altra sede evidenziato¹⁴, è, sia pur in altro contesto, emblematicamente dimostrato da una singolare ordinanza con la quale il mancato deposito dei documenti in forma cartacea da parte del ricorrente è stato ritenuto dirimente ai fini del rigetto della domanda da questi azionata, solo perché «non può il Giudice sottolineare lo schermo del computer ovvero porre orecchiette allo schermo del computer per segnalare le pagine rilevanti dei documenti e non ritiene di sottoporre come costo allo Stato [quello necessario per la stampa] dei medesimi»¹⁵.

Si registra, dunque, e ovviamente non solo all'interno delle Amministrazioni, un allarmante fenomeno di divario digitale (c.d. *digital divide*)¹⁶. Fenomeno di cui il nostro Legislatore non solo pare non volersi seriamente fare carico¹⁷, ma che addirittura sembra voler nascondere a se stesso.

¹⁴ Cfr. P. PROVENZANO, *Decreti Madia e nuova disciplina del c.d. "domicilio digitale": quali prospettive?*, in *Federalismi*, n. 11/2016, 8.

¹⁵ Così Trib. Busto Arsizio, ord. 8 aprile 2016, il testo di tale pronuncia è consultabile sul sito internet: www.laleggepertutti.it

¹⁶ Il tema del divario digitale è stato *ex professo* trattato in letteratura, si vedano in particolare: P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari, 2015, 71 ss.; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. dell'Inf. e dell'Inform.*, 2015, 275 ss.; A. PAPA, *Il principio di uguaglianza (sostanziale) nell'accesso alle tecnologie digitali*, in *Federalismi*; V. M. SBRESCIA, *Infrastrutture, reti a banda ultra larga e governo democratico dell'economia europea*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2013, 455 ss.; F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Il digital divide e le telecomunicazioni: potenziali soluzioni tecnico regolamentari*, in *Aspetti giuridici di Internet. Quaderni dell'Internet italiano*, (a cura di) A.A. MARTINO, 2007, 67 ss.; V. ZENO-ZENOVICH, *Il "diritto ad essere informati" quale elemento del rapporto di cittadinanza*, in *Dir. informatica*, 2006, 1 ss.; D. DONATI, *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in *Introduzione all'e-government. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005, 209 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia a M. CAPORALE, *Il diritto dell'informazione: scritti recenti*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2015, 717 ss.

Sotto tale profilo appare utile richiamare quanto osservato dal Consiglio di Stato nel primissimo parere reso sul CAD, ove già si mettevano in luce «i rischi di una completa "digitalizzazione" dell'amministrazione pubblica in assenza di misure volte a bilanciare tale radicale innovazione», evidenziando in particolare che «uno dei pericoli principali (che fa parte del fenomeno del digital divide) è quello che un rilevante numero di cittadini (anziani, disabili, soggetti con bassa scolarità, emarginati, abitanti in aree remote o rurali, in ritardo con "l'alfabetizzazione informatica" o semplicemente diffidenti) possa risultare discriminato o addirittura socialmente emarginato da un passaggio radicale e non bilanciato ad un'amministrazione esclusivamente digitale».

Per un'attenta analisi dei diversi fattori che contribuiscono a rendere ancora attuale nel nostro paese il fenomeno del divario digitale cfr. M. L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro Amm.* 2016, 2535 ss. e in particolare § 1.6.

¹⁷ Com'è stato persuasivamente osservato in dottrina, un effettivo superamento della problematica in parola «non appare possibile se non attraverso l'incentivazione alla formazione ed alla alfabetizzazione informatica (pure programmaticamente prevista dall'art. 8 del Codice), e soprattutto mediante la realizzazione e lo sviluppo di efficienti infrastrutture di rete a larga banda che siano in grado di coprire tutto il territorio nazionale» (F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, cit., 235). In altri termini, «l'alfabetizzazione tecnologica è un elemento essenziale, sia con riguardo ai cittadini, sia con riguardo all'amministrazione e alla politica. Questo, ovviamente, non deve frenare i processi di digitalizzazione ma deve indurre a considerare l'alfabetizzazione tecnologica in parallelo e della stessa importanza della digitalizzazione, perché in caso di squilibrio il sistema non funziona e comunque non funziona correttamente» (G. VILELLA, *Introduzione alla E-Democracy*, cit., 19).

A fronte di tali problematiche, non può infatti altrimenti spiegarsi la tendenza in atto a rendere gli strumenti digitali gli unici strumenti di interazione tra Amministrazioni e privati.

Tale radicale tendenza è dimostrata, ad esempio, dalla nuova disciplina sul domicilio digitale che a regime dovrebbe condurre all'attribuzione a tutti i cittadini di una casella di posta elettronica certificata che diverrà il mezzo esclusivo per la ricezione di comunicazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni¹⁸ ed è altresì dimostrata, per quanto qui maggiormente rileva, dall'imposizione del ricorso alle nuove tecnologie per la presentazione delle domande di partecipazione in tutte le procedure competitive a vario titolo indette dall'Amministrazione¹⁹.

Sembra dunque che si voglia, passando da un «*antico eccesso (l'arretratezza tecnologica)*» ad «*un nuovo eccesso (l'eccessivo slancio verso le nuove tecnologie)*»²⁰, dismettere a tutti i costi gli strumenti tradizionali di interazione, imponendo unicamente il ricorso agli strumenti digitali²¹.

Ora, non vorrei essere frainteso, sono il primo a essere convinto che l'implementazione dell'utilizzo delle nuove tecnologie sia oggi irrinunciabile²²

¹⁸ Sul tema del Domicilio digitale mi sia consentito di rinviare a P. PROVENZANO, *Decreti Madia e nuova disciplina del c.d. "domicilio digitale": quali prospettive?*, cit. e alla dottrina ivi richiamata. Più in generale, sulle comunicazioni operate dalla Pubblica amministrazione in via digitale cfr. I. MACRÌ, *La comunicazione dell'amministrazione digitale*, in *Azienditalia*, 2013, 326 ss.

¹⁹ Si pensi ad esempio all'art. 44 del nuovo Codice dei contratti pubblici, rubricato «*Digitalizzazione delle procedure*» e che stabilisce che «*entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) nonché dell'Autorità garante della privacy per i profili di competenza, sono definite le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Sono, altresì, definite le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto*». Per un commento a tale disposizione si rinvia a M. D'ORSOGNA, *Art. 44 (Digitalizzazione delle procedure)*, in *Codice dei contratti pubblici*, (a cura di) G. M. ESPOSITO, Padova, 2017, 481 ss.).

²⁰ Così A. CARAPELLETTI, *L'imbroglione della semplificazione*, Roma, 2016, 57-58

²¹ Tale impostazione sembra, sia pur con qualche differenza, presente anche nell'ordinamento spagnolo. Come è stato, infatti, recentemente osservato «*nella letteratura amministrativa spagnola è diffusa l'opinione che la novità più rilevante introdotta dalla nuova legge sul procedimento sia da ricollegare alla generalizzazione degli obblighi di informatizzazione dell'attività, della gestione dei dati, della relazione con i cittadini*» (così G. CREPALDI, M. RICCIARDO CALDERARO, *La riforma del procedimento amministrativo in Spagna e Francia*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2017, 712).

²² Infatti, com'è stato sottolineato in dottrina, il ritardo nella digitalizzazione non può essere ammesso, rappresentando «*una delle maggiori "zavorre" che rallentano lo sviluppo del Paese*» (E. CARLONI, *Il decreto "del fare": il rilancio dell'economia*, cit., 1148).

E anche da un punto di vista squisitamente amministrativistico è innegabile che il ricorso alle nuove tecnologie sia non solo auspicabile, ma addirittura necessario. Si pensi, ad esempio, alla necessità, nell'attuazione del diritto U.E., di interconnessione tra le diverse amministrazioni nazionali (e tra queste ultime e quelle "comunitarie") (sul punto si rinvia a D. U. GALETTA, *Attività e procedi-*

e sono il primo a essere convinto che l'accesso alla rete rappresenti ormai un diritto che deve essere a tutti riconosciuto²³. Ciò di cui non sono affatto convinto è, viceversa, che si possa, *iure imperii*, imporre ai cittadini di interagire con l'Amministrazione o di formulare istanze alla stessa *solo* ricorrendo agli strumenti digitali²⁴, così trasformando quello che in teoria dovrebbe essere un diritto²⁵ in un obbligo²⁶.

Ritengo, infatti, che un'impostazione così tanto drastica, oltre a non essere compatibile con il principio «*innanzitutto digitale*»²⁷ (che, come noto, non significa affatto esclusività digitale²⁸) e oltre ad essere concettualmente non condivisibile

mento nel diritto amministrativo europeo, anche alla luce della risoluzione del Parlamento europeo sulla disciplina del procedimento per istituzioni, organi e organismi dell'Unione (il contributo in materia della Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, nei suoi primi 25 anni di attività), in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2017, 341 ss.).

²³ A tal riguardo cfr. P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 13 e dottrina ivi richiamata. A tal riguardo si veda anche P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, cit., 72 ss.

²⁴ Com'è stato rilevato in dottrina, «*una pubblica amministrazione al servizio del cittadino, in cui vige il principio di eguaglianza sostanziale, che intende avvantaggiare i soggetti più deboli economicamente e socialmente, non dovrebbe costringere il cittadino ad utilizzare un solo canale di comunicazione con la pubblica amministrazione, ma lasciare libera la scelta dei canali che consentano di garantire, pur nella necessità di adeguare la pubblica amministrazione alle continue evoluzioni della tecnologia, il pieno accesso ai servizi a tutti i cittadini*» (così G. DE MAIO, *Semplificazione e digitalizzazione: un nuovo modello burocratico*, cit., 136).

²⁵ Com'è noto, Part. 3 del CAD, rubricato «*diritto all'uso delle nuove tecnologie*», stabilisce che «*chiunque ha il diritto di usare (...) le soluzioni e gli strumenti di cui al presente Codice nei rapporti con i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2,*» e cioè nei rapporti con le Pubbliche amministrazioni.

²⁶ Sul punto cfr. P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, cit., 12, ove si osserva con acume che lo «*statuto del cittadino digitale*», costruito inizialmente intorno ad una serie di facoltà, [è stato da] subito arricchito da precisi obblighi posti a carico dapprima di imprese e professionisti, successivamente di «*chiunque*». Basterà ricordare che in numerosi ambiti l'interlocuzione telematica tra amministrazione e cittadino non è più una facoltà, ma un vero e proprio obbligo». In particolare, l'A. richiama, a mero titolo esemplificativo, «*(b) obbligo di fatturazione elettronica nei confronti di qualsiasi amministrazione (art. 1, commi 209 e ss., l. n. 244/2007); (l') obbligo di iscrizione on line alle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado (art. 7, comma 28, d.l. n. 95/2012 s.m.i.); (l') introduzione del processo civile ed amministrativo telematico con l'obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali; (l') obbligo di iscrizione all'università per via esclusivamente telematica e di verbalizzazione on line degli esiti degli esami (art. 48, d. l. n. 5/2012 s.m.i.)*».

²⁷ Com'è risaputo, il principio «*innanzitutto digitale*» (o *digital first*) rappresentava uno dei criteri direttivi contenuti nella Legge Madia nella parte relativa alla riforma del Codice dell'Amministrazione Digitale.

²⁸ Com'è stato, infatti, osservato da attenta dottrina non può essere condivisa l'opinione di chi qualifica il principio *digital first* «*nei termini di un passaggio all'esclusività digitale attraverso lo switch-off della tipologia tradizionale di fruizione dei servizi al cittadino*». Infatti, «*il digital first pare doversi intendere come proiezione verso la piena e prioritaria digitalizzazione dei servizi, con una loro erogazione digitale prima ancora che secondo modalità tradizionali, senza che resti esclusa questa possibilità*» (E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, cit. 155). In tal senso si esprime anche G. DE MAIO, *Semplificazione e digitalizzazione: un nuovo modello burocratico*, cit., 131, ove si legge che «*il principio digital first è principio generale di sviluppo e riorganizzazione dei servizi, mentre quello di esclusività*

(è come se con l'avvento delle prime lampadine si fossero *d'emblée* vietate le candele!), sia anche foriera di problematiche che si potrebbero di contro evitare se ci si accostasse alle nuove tecnologie in modo più cauto. Ed è proprio di una di queste problematiche, venendo all'oggetto del presente scritto, che si passa più diffusamente a trattare.

2. Procedure competitive telematiche e malfunzionamento del sistema: le soluzioni fin qui approntate in giurisprudenza

È indubbio che dall'espletamento delle procedure competitive in via telematica conseguano molteplici e innegabili vantaggi. Infatti, rispetto alle procedure tradizionali, quelle telematiche consentono, non solo di eliminare (o quantomeno di ridurre) taluni costi e disagi per l'utente, ma anche di abbattere drasticamente gli oneri di sistemazione, archiviazione ed elaborazione della documentazione presentata dai concorrenti²⁹.

Ma è parimenti indubbio che le procedure telematiche siano esposte a taluni rischi cui le procedure cartacee sono immuni. Ci si riferisce al c.d. "rischio di rete", dovuto alla presenza di sovraccarichi o di cali di *performance* della rete, e al c.d. "rischio tecnologico", causato, a sua volta, dalle caratteristiche dei sistemi operativi utilizzati, i quali, per quanto sviluppati, non sono di certo infallibili.

Ebbene, che succede se in una procedura competitiva di "nuova generazione" un'aspirante concorrente non riesce a presentare la propria domanda di partecipazione entro il termine perentorio proprio per via del malfunzionamento del sistema?

Com'è dimostrato dalla cospicua giurisprudenza formatasi in materia³⁰, si

digitale, almeno nell'ottica del CAD, è ipotesi eccezionale che richiede un'esplicita previsione normativa dal momento che incide in modo importante sui cittadini e sugli utenti, specie in un contesto, quale quello attuale, nel quale non possono di norma escludersi problemi di divario digitale». Cionondimeno, come continua ad osservare l'A. «il principio di esclusività digitale viene scelto con forza dal legislatore negli ultimi anni in cui si è avuta un'accelerazione della transizione al digitale e quindi la scelta di ricorrere esclusivamente a modalità di comunicazione digitale relativamente a specifici rapporti con l'amministrazione». In termini cfr. anche C. LEONE, Il principio "digital first": obblighi e diritti in capo all'amministrazione e a tutela del cittadino. Note a margine dell'art. 1 della legge 124 del 2015, in www.giustamm.it, 2016.

²⁹ Sul punto cfr. P. PIRAS, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 129 ss., ove si osserva che «l'innovazione tecnologica (...) consente di migliorare l'attuazione concreta di alcuni principi cardine dell'agire amministrativo, quali la trasparenza, l'efficienza e l'economicità attraverso la dematerializzazione e la semplificazione delle procedure, e allo stesso tempo favorisce un'effettiva concorrenza nel mercato interno». L'A. sottolinea, inoltre, che «il ricorso alle procedure di acquisto on line consente alle amministrazioni di ottenere condizioni economiche più favorevoli grazie alla presenza di un elevato numero di partecipanti alla gara». Più in generale si veda S. CRESTA, *Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 981 ss.

³⁰ A tal riguardo si vedano, da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, ordinanze 28 febbraio 2018 nn. 462, 463 e 460, in www.giustizia-amministrativa.it.

tratta di problematica tutt'altro che ipotetica. Più volte, infatti, il Giudice amministrativo è stato chiamato a dare risposta a tale quesito e le risposte che ne sono scaturite non sono, come di consueto accade, univoche. Al riguardo si sono, infatti, formati due contrapposti ed antitetici orientamenti.

Un primo orientamento, che definirei rigorista, tende a ritenere che i rischi sopra menzionati rappresentino un'alea che il concorrente deve prevedere agendo con la dovuta diligenza che s'impone a quest'ultimo *ex art.* 1176, co. 2, del codice civile.

Esasperando il principio di autoresponsabilità del concorrente, si ritiene dunque che il privato debba necessariamente mettere in conto il rischio in parola e, al verificarsi dello stesso, adoperarsi fattivamente per far altrimenti pervenire la domanda di partecipazione entro il termine perentorio. E ciò, si badi bene, anche nelle ipotesi in cui la *lex specialis* della procedura espressamente vieti la possibilità di presentare la domanda senza ricorrere alla piattaforma telematica di cui si avvale l'Amministrazione.

Si ritiene, infatti, che «*il divieto di invio della domanda con modalità diverse da quelle indicate non giustifi(hi) la mancata adozione di tali cautele*»³¹, con la conseguenza che il concorrente che non abbia altrimenti provveduto non possa pretendere, una volta spirato il termine per la presentazione delle domande, di essere benevolmente rimesso in termini.

Pertanto, in base a tale impostazione, il verificarsi di un malfunzionamento del sistema, «*lungi dall'implicare una indiscriminata rimessione in termini di tutte le istanze tardivamente prodotte rispetto alla data di scadenza dei relativi termini, val(e) soltanto a consentire il ricorso a modalità alternative di inoltro, purché comunque entro la scadenza del termine*»³².

Secondo tale ricostruzione non può dunque che rassegnarsi l'aspirante concorrente che non abbia avuto la diligenza di prevedere la possibilità di imbattersi in un malfunzionamento del sistema e che non abbia, di conseguenza, approntato un "piano b" per depositare comunque la propria domanda di partecipazione in termini.

A tale, invero ampiamente minoritario, orientamento se ne contrappone, come si è detto, un altro per il quale, viceversa, «*il rischio inerente alle modalità di trasmissione non [può] far carico che alla parte che unilateralmente aveva scelto il relativo sistema*

³¹ Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, 13 marzo 2017, n. 3420, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In tal senso si vendano T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 2 maggio 2017, n. 441 e 440; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 10 novembre 2016, n. 1272 tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³² Così T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 18 gennaio 2013, n. 565, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In tale medesima sentenza, si legge altresì che «*[il] malfunzionamento del portale non costituisce circostanza idonea, in mancanza di specifica previsione normativa in tal senso, a determinare una generale riapertura dei termini o rimessione in termini di domande tardivamente proposte*» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, 18-01-2013, n. 565).

e ne aveva imposto l'utilizzo ai partecipanti (...), con la conseguenza che il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la procedura»³³. Si ritiene, infatti, che «la diligenza rafforzata dell'operatore economico non può tradursi in una dequotazione del termine perentorio di presentazione delle domande offerte, che altrimenti non avrebbe senso enucleare»³⁴.

In altri termini, secondo tale giurisprudenza, «il rischio del malfunzionamento e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui la P.A. si avval(e) (...) non può, anche con riguardo al principio di leale collaborazione tra P.A. e privati, che farsi ricadere sulla stessa P.A., essendo evidente che l'agevolazione che deriva (proprio alla P.A.) dall'uso delle piattaforme informatiche sul fronte organizzativo interno debba recare, quale contrappeso, l'onere di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che possano verificarsi»³⁵.

In consimili evenienze l'Amministrazione, dunque, deve senza indugio rimettere in termini il concorrente che non sia riuscito incolpevolmente a presentare la domanda entro il termine perentorio per la presentazione delle stesse.

Entrambi gli orientamenti testé passati in rassegna non sono a mio modo di vedere pienamente convincenti.

Non lo è ovviamente il primo, quello rigorista, perché esso, nel sancire che l'Amministrazione possa accollare sul concorrente un inadempimento a lei riconducibile, finisce per violare frontalmente il principio dell'*espottel*. Principio, quest'ultimo, enucleato dalla Corte di giustizia nella celebre sentenza Ratti del 1979³⁶ e oggi espressamente positivizzato nell'art. 10-*bis* della legge n.

³³ Così T.A.R. Lombardia, sez. I, 16 novembre 2017, n. 2177, in www.giustizia-amministrativa.it. In tal senso si veda, più di recente, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-*bis*, ordinanza 12 febbraio 2018, n. 756, con la quale si è statuito che «il malfunzionamento del sistema informatico – nella specie, dedotto e provato mediante l'allegazione delle relative schermate informatiche, nonché della risposta fornita dal personale che l'amministrazione aveva preposto per la risoluzione di simili problemi tecnici – ed il conseguente impedimento per il completamento della procedura di inoltro della domanda di partecipazione costituiscono comportamenti antigiuridici che non possono imputarsi alla parte ricorrente (cfr., per analoghe fattispecie, TAR Lazio, Roma, questa sez. III-*bis*, sentt. n. 299 del 2018 e n. 4195 del 2017)».

³⁴ Così Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2017, n. 4135, in www.giustizia-amministrativa.it. In termini si vedano: T.A.R. Campania, sez. III, 16 novembre 2017, n. 5418; Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2017, n. 5136; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 4 aprile 2017, n. 4195; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-*bis*, ordinanza 18 luglio 2017, n. 3702; Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2017, n. 3245; T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 22 dicembre 2017, n. 979; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 10 giugno 2017, n. 769; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 13 novembre 2017, n. 2558; T.A.R. Brescia, sez. II, 10 febbraio 2017, n. 88; Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2010, n. 3486; T.A.R. Bari, sez. I, 28 luglio 2015, n. 1094, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵ Così T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 1° giugno 2016, n. 2016, n. 345, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶ Cfr. Corte giust., 5 aprile 1979, in causa 148/79, in *Raccolta*, 1979, 1642 ss., con la quale si è statuito che «lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti di attuazione imposti dalla direttiva, non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa». Con riferimento a tale principio autorevole dottrina ha osservato, prima che lo stesso venisse positivizzato nell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, che lo stesso «[pur] non [essendo stato] espressamente applicato al diritto amministrativo nazionale, (...) si rileva particolarmente idoneo ad apprestare tutela tutte le volte in cui

241/1990³⁷, secondo il quale, come noto, «non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione».

Ma a ben vedere neppure il secondo orientamento analizzato va esente da critiche. Esso, pur muovendo dalla condivisibile limitazione dei confini del principio di autoresponsabilità del concorrente, finisce paradossalmente per attribuire agli aspiranti concorrenti che siano incappati nel malfunzionamento del sistema un potenziale vantaggio competitivo rispetto a tutti gli altri concorrenti.

Infatti, i soggetti che vengono rimessi in termini hanno inevitabilmente più tempo a disposizione per formulare la propria domanda rispetto a quelli che hanno, di contro, presentato la stessa entro il termine originariamente fissato.

Del resto, per tale saliente ragione, secondo unanime giurisprudenza la riapertura di un termine già decorso «costitui(sce) violazione del principio della par condicio»³⁸.

3. (Segue): le soluzioni fin qui approntate dal Legislatore

Della problematica in oggetto -che ripeto rileva in tutte le procedure competitive- non si è incredibilmente curato il legislatore del CAD. Non si rinviene,

*un'Amministrazione rifiuta di emettere un provvedimento richiesto, trincerandosi sulla mancanza di atti presupposti (di tipo pianificatorio o programmatico), che essa stessa avrebbe dovuto adottare» (così G. GRECO, Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA, Modena, 2005, 270).*

Con riferimento a tale principio cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 16 aprile 2013, n. 155, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si chiarisce che in base al «principio di estoppel, (...)nessuno può avvantaggiarsi del proprio atto illecito».

³⁷ Per un commento all'art. 10-bis della legge n. 241/1990 si rinvia a: D. VAIANO, *Il preavviso di rigetto*, in *Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) M. A. SANDULLI, Milano, 2017, 640 ss.; P. LAZZARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in *L'azione amministrativa* (a cura di) A. ROMANO, Torino, 2016, 382 ss.; G. BOTTINO, *La comunicazione dei motivi ostativi dell'accoglimento dell'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10-bis, l. n. 241 del 1990*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2005, 1554 ss.; P. AMOVILLI, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 10-bis L. 241/90) tra partecipazione, deflazione del contenzioso e nuovi modelli di contraddittorio ad "armi pari"*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; S. TARULLO, *L'art.10-bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *www.giustamm.it*; F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2011, 353 ss.; M. RAMAJOLI, R.VILLATA, *Procedimento. Art. 10-bis L. n. 241/1990, Il Libro dell'anno del Diritto 2012*, in *www.treccani.it*; A. FABRI, *Alcune questioni sul c.d. preavviso di rigetto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 661 ss.

³⁸ Così T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 2 maggio 2017, n. 440, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In termini si vedano, tra le tante, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 17 settembre 2015, n. 2816; T.A.R. Liguria, Genova, ord. 30 giugno 2006, n. 310 e T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 20 luglio 2017, n. 8806, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

infatti, nell'ordito del Codice alcuna disposizione di carattere generale che si presti ad essere applicata in tali evenienze.

A tale grave lacuna legislativa si è recentemente in parte rimediato introducendo una disciplina *ad hoc* nel nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016).

Il D.Lgs. n. 56/2017, ovvero il sedicente “correttivo”³⁹, ha infatti novellato l'art. 79 del Codice dei contratti pubblici, rubricato «*fissazione dei termini*», introducendovi un nuovo comma la cui finalità è proprio quella di disciplinare la problematica di cui discorre.

In particolare, il neointrodotta comma 5-*bis* stabilisce che, «*nel caso di presentazione delle offerte attraverso mezzi di comunicazione elettronici messi a disposizione dalla stazione appaltante*», «*qualora si verifichi un mancato funzionamento o un malfunzionamento di tali mezzi tale da impedire la corretta presentazione delle offerte, la stazione appaltante (...) dispon(e) 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*». Tale norma precisa, altresì, che «*nei casi di sospensione e proroga (...) la stazione appaltante assicura che (...) sia consentito agli operatori economici che hanno già inviato l'offerta di ritirarla ed eventualmente sostituirla*» e che «*la pubblicità di tale proroga avviene attraverso la tempestiva pubblicazione di apposito avviso presso l'indirizzo Internet dove sono accessibili i documenti di gara (...) nonché attraverso ogni altro strumento che la stazione appaltante ritenga opportuno*».

Detta disposizione, che verosimilmente verrà applicata in via analogica anche a procedure diverse da quelle disciplinate dal Codice dei contratti pubblici⁴⁰, non può che essere accolta con favore. E ciò, da un lato, perché rappresenta un tentativo di rimediare ad una grave lacuna normativa e, dall'altro, perché essa, nel consentire agli operatori economici che abbiano già presentato la propria domanda «*di ritirarla ed eventualmente sostituirla*», risolve in radice il problema di compatibilità con il principio della *par condicio* che scaturisce dal secondo orientamento giurisprudenziale che si è analizzato nel paragrafo precedente.

Cionondimeno, alla soluzione individuata dal Legislatore mi pare che si possano, già a prima lettura, muovere tre critiche.

Anzitutto occorre sottolineare che non è affatto scontato che tale disposizione

³⁹ Per un'analisi delle varie novità introdotte da tale Decreto Legislativo si rinvia ad AA.VV., *Il correttivo al codice dei contratti pubblici: guida alle modifiche introdotte dal D.Lgs 19 aprile 2017 n. 56*, (a cura di) F. CARDARELLI, M. LIPARI, M.A. SANDULLI, Milano, 2017.

⁴⁰ Del resto, sovente accade che la disciplina contenuta nella legislazione in materia di affidamento di contratti pubblici finisca per assumere rilevanza anche al di fuori di tale specifico contesto. Rappresenta un esempio paradigmatico di tale tendenza la disciplina sul soccorso istruttorio che, dopo le modifiche apportate alla stessa nel 2014, ha in via analogica trovato applicazione anche in altri rami del diritto amministrativo (sul punto si vedano in giurisprudenza T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 27 maggio 2016, n. 6209 e T.A.R. Campania, sez. III, 28 settembre 2015, n. 4648, entrambe in *www.leggiditalia.it*. A tal riguardo mi sia consentito anche di rinviare a P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56 del 2017*, in *Il dir. dell'economia*, 2017, 818 ss.)

sia applicabile anche nei casi, che dall'analisi giurisprudenziale effettuata sembrano essere quelli più ricorrenti nella prassi, in cui il malfunzionamento venga accertato solo una volta che il termine perentorio sia già decorso. Da un punto di vista tecnico infatti (e lo si comprende anche senza scomodare l'art. 153, co. 2, c.p.c.) altro è la proroga del termine, che per sua natura presuppone che il termine da prorogare non sia ancora spirato⁴¹; altro è la rimessione in termini, istituto non contemplato dalla norma in parola, a cui si fa ricorso qualora il termine perentorio sia già decorso.

Sotto tale profilo non pare, dunque, avventato preconizzare che la norma in questione sarà foriera di contenzioso.

La seconda critica che sembra potersi muovere alla soluzione individuata dal Legislatore è che la stessa inevitabilmente comporta, ogniqualvolta venga accertato il malfunzionamento del sistema, un prolungamento (e quindi un rallentamento) delle procedure. Prolungamento che all'evidenza mal si concilia con la circostanza che il ricorso alle nuove tecnologie dovrebbe, com'è logico che sia e com'è espressamente stabilito dall'art. 12 del CAD, consentire di «*realizza(re) [gli] obiettivi di efficienza, efficacia, economicità*».

Si deve infine evidenziare che il potere attribuito alle Stazioni appaltanti di disporre del termine perentorio in base al verificarsi di un evento quale il malfunzionamento del sistema rischi di essere utilizzato in modo strumentale: si pensi ad esempio al caso in cui il malfunzionamento del sistema venga ad arte pilotato -o in radice inventato- per consentire la presentazione della domanda a Società "amiche" che non erano pronte a presentare la propria domanda entro il termine originariamente fissato. Dunque, anche in chiave di prevenzione della corruzione, la soluzione prescelta non pare francamente essere pienamente appagante.

Sotto tale ultimo profilo è necessario, ad onor del vero, segnalare che tale rischio dovrebbe essere in parte attenuato dal fatto che la norma in parola imponga alle Stazioni appaltanti di denunciare i malfunzionamenti riscontrati all'AGID⁴². La quale, di conseguenza, valuterà se sussistono gli estremi per irrogare al gestore del sistema una sanzione pecuniaria ai sensi art. 32-*bis* del CAD.

⁴¹ Com'è stato a più riprese evidenziato in giurisprudenza è «*ovvio che un termine scaduto non può essere prorogato*» (così Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2002, n. 161. In termini si vedano: T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 21 giugno 2005, n. 8397; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 14 giugno 2013, n. 1559; Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2011, n. 1420; Cons. Stato, sez. VI, 21 giugno 2001, n. 3349; Cons. Stato, sez. VI, 26 febbraio 1983, n. 1464; Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 1993, n. 954; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 14 maggio 2010, n. 1460, tutte in www.dejure.it).

⁴² Tale previsione è stata inserita su impulso del Consiglio di Stato che, in occasione del parere reso sulla bozza del Decreto Correttivo, aveva evidenziato che «*la norma dovrebbe forse prevedere che, in caso di caso di malfunzionamenti, comunque la stazione appaltante comunichi tale circostanza all'AGID ai fini dell'applicazione dell'art. 32-bis del CAD (d.lgs. n. 82/2005) (...). L'attivazione obbligatoria di tale comunicazione potrebbe forse introdurre un elemento di generale deterrenza da comportamenti infedeli, data la rilevanza della materia e ed in relazione agli interessi economici in gioco*» (così Cons. Stato, Comm. Spec., 30 marzo 2017, n. 782, in www.giustizia-amministrativa.it)

4. *Conclusioni*

Alla luce di quanto sin qui detto, mi pare che le soluzioni alla problematica in esame sin qui passate in rassegna siano tutte accomunate dal non essere pienamente soddisfacenti. E il vero problema è che tali soluzioni paiono essere le uniche possibili in un sistema, quale quello che si sta sempre più saldamente radicando, in cui vi è l'obbligo per i concorrenti di presentare le proprie domande di partecipazione in via esclusivamente digitale.

Per tali ragioni a me pare che l'unico modo per evitare che il verificarsi di un malfunzionamento del sistema finisca per andare a elidere principi fondamentali ed irrinunciabili quali quelli della *par condicio*, del *favor participatiois* e della certezza delle tempistiche di una procedura sia quello di stabilire che la presentazione delle domande di partecipazione in via telematica non rappresenti un obbligo, bensì una facoltà, della quale il concorrente può avvalersi accettando il rischio del fisiologico malfunzionamento del sistema. Sarebbe, dunque, necessario riconoscere nelle procedure competitive la possibilità che i concorrenti possano liberamente optare, in luogo della presentazione della domanda di partecipazione in via telematica, per la presentazione in forma cartacea della stessa⁴³.

Tale ricostruzione, tornata alle premesse del presente scritto, pare peraltro essere più coerente con l'impostazione generale secondo cui le nuove tecnologie non devono integralmente sostituire, ma sommarsi, agli strumenti tradizionali⁴⁴. I quali, di conseguenza, non possono e non devono essere del tutto accantonati.

⁴³ Siffatta impostazione è stata considerata con favore da talune sentenze, con le quali, dopo aver accertato le problematiche insite nelle procedure esclusivamente telematiche nel caso in cui si verificano episodi di malfunzionamento del sistema, si è stabilito che «pro futuro ed in un'ottica conformativa del potere, l'Amministrazione debba predisporre, unitamente a strumenti telematici di semplificazione dei flussi documentali in caso di procedure concorsuali di massa, altresì procedure parallele di tipo tradizionale ed attivabili in via di emergenza, in caso di malfunzionamento dei sistemi informatici predisposti per il fisiologico inoltro della domanda» (Così T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 giugno 2016, n. 806, in termini si veda anche T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 9 marzo 2017, n. 340, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it).

⁴⁴ Sul punto cfr. G. DE MAIO, *Semplificazione e digitalizzazione: un nuovo modello burocratico*, cit., 131 ss.

Abstract

Competitive telematic procedures and system malfunction

by Paolo Provenzano

Abstract: In the broader context of the digitization process for the administrative action, this essay critically examines the problems encountered in competitive telematic procedures in case of system malfunction.

Key words: Public procurement; telematic procedures; system malfunction