

Sulla responsabilità in caso di malfunzionamento del sistema telematico nelle procedure ad evidenza pubblica

(T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, sent. 10 giugno 2019, n. 977)

I giudici amministrativi salentini hanno statuito che, in caso di gara in forma telematica, il rischio inerente alle modalità di inoltro della domanda di partecipazione alla stessa ricade sulla parte che unilateralmente sceglie il relativo sistema e ne impone 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 è a carico dell'ente che bandisce, organizza e gestisce la gara.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 c.p.a;
sul ricorso numero di registro generale 590 del 2019, proposto da Associazione Radio C.B. Help 27 S.E.R., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avvocati Giacomo Sgobba e Felix Garzelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Federico Massa in Lecce, via Montello, 13;

contro

Azienda Sanitaria Locale Taranto, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mariangela Carulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Associazione Mottola Soccorso A.M.P.A.S, Confraternita di Misericordia di Palagiano, Associazione Volontari del Soccorso Arcobaleno, Associazione di Volontariato P.A. Avetrana Soccorso, Confraternita di Misericordia di Crispiano, Associazione Manduria Soccorso, non costituiti in giudizio;

Innovapuglia s.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa

dall'avvocato Annabella Paola De Felice, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della nota prot. n° 0070038 del 15/04/2019, inviata a mezzo pec, con la quale il Direttore dell'Area Gestione Patrimonio della ASL TA ha comunicato che, a seguito di quanto dichiarato dal gestore del portale EmPULIA, "questa Amministrazione ritiene che non si ravvisano le condizioni per la riapertura dei termini di presentazione dell'offerta";

nei limiti di interesse dell'Associazione ricorrente, di tutti i verbali di gara e nello specifico quelli relativi alla presentazione delle offerte, medio tempore intervenuti;

in parte qua e nei limiti di interesse dell'Associazione ricorrente, del bando di selezione pubblica per l'affidamento triennale delle postazioni con ambulanza del S.E.T. "118" e delle postazioni con "automedica" del 118 per la necessità dell'Azienda Sanitaria Locale Taranto;

di ogni altro atto precedente, conseguente e/o comunque connesso a quelli impugnati, con espressa riserva di proporre motivi aggiunti all'esito della sua conoscenza;

nonché per l'accertamento

del diritto dell'Associazione ricorrente a partecipare al bando di selezione pubblica per l'affidamento triennale delle postazioni con ambulanza del S.E.T. "118" e delle postazioni con "automedica" del 118 per la necessità dell'Azienda Sanitaria Locale Taranto;

e per la condanna

della parte resistente al risarcimento dei danni subiti e subendi in favore dell'Associazione ricorrente per l'eventuale mancata partecipazione alla selezione pubblica;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di: Azienda Sanitaria Locale Taranto, Innovapuglia s.p.a;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2019 il dott. Roberto Michele Palmieri e uditi per le parti i difensori avv. G. Sgobba per la ricorrente, avv. M. Carulli per la ASL TA e avv. A.P. De Felice per la controinteressata;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con avviso pubblicato nel BURP n. 12 del 31.1.2019 (di seguito: l'Avviso), la ASL TA ha indetto un bando di selezione pubblica per l'affidamento triennale delle postazioni con ambulanza del S.E.T. 118, e delle postazioni con automedica del 118.

La possibilità di partecipare alla gara è stata stabilita in Avviso esclusivamente mediante modalità telematica.

A tal fine, l'Avviso ha indicato una articolata sequenza di operazioni tecnico-informatiche finalizzate alla presentazione della domanda.

Il termine di scadenza per la presentazione delle offerte è stato fissato per il giorno 20.3.2019, h. 12, termine entro il quale le offerenti avrebbero dovuto inviare la propria istanza, in formato telematico, tramite il Portale EmPULIA.

La ricorrente, intendendo partecipare alla gara, in data 19.3.2019 ha proceduto al caricamento, sul portale EmPULIA, di tutta la documentazione richiesta dall'Avviso.

Il giorno seguente, termine ultimo per la consegna delle buste, la ricorrente riferisce che alle ore 9.50 circa, al momento di effettuare la creazione del file in formato pdf – come richiesto dall'Avviso – la piattaforma telematica ha generato un pop-up con la seguente dicitura: *“si stanno per cancellare tutti i file”*.

Non riuscendo a completare l'operazione, la ricorrente a partire dalle ore 9.50 in poi ha contattato più volte il *call-center* per richiedere assistenza, non riuscendo tuttavia ad ottenere le informazioni utili a superare la situazione di “stallo telematico”.

Essendo spirato il termine per la presentazione delle offerte, la ricorrente con nota pec inviata alla ASL TA in data 21.3.2019 ha denunciato il malfunzionamento del sistema informatico, chiedendo il ripristino del portale, al fine di perfezionare l'invio della domanda.

La ASL TA, contattato il gestore del portale EmPULIA per informazioni in ordine al lamentato malfunzionamento del sistema, e avendo ricevuto da quest'ultimo assicurazioni in ordine al regolare funzionamento dello stesso, ha rigettato l'istanza della ricorrente.

Avverso tale rigetto la ricorrente è insorta, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi, appresso sintetizzati: 1) violazione degli artt. 4, 30, 52, 58 e 79 d. lgs. n. 50/16; violazione della *lex specialis*; eccesso di potere sotto vari profili; 2) violazione degli artt. 97 Cost; 4, 30 e 58 d. lgs. n. 50/16; eccesso di potere.

Ha chiesto pertanto l'annullamento dell'atto impugnato.

Costituitesi in giudizio, ASL TA e Innovapuglia s.p.a. hanno chiesto il rigetto del ricorso, con vittoria delle spese di lite.

Nella camera di consiglio del 29.5.2019, fissata per la discussione della domanda cautelare, il Collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, ha definito il giudizio in camera di consiglio con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

2. Il ricorso, in relazione ai proposti motivi di gravame, è fondato, e va dunque accolto.

2.2. Reputa il Collegio di aderire al precedente di cui al TAR Bari, I, 28.7.2015, n. 1094, che su questione analoga – nel richiamare l'orientamento del Consiglio di Stato, il quale ha evidenziato che *“il rischio inerente alle modalità di trasmissione (della domanda di partecipazione a gara ndr.) 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”* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 25.1.2013, n. 481) – ha affermato che: *“... le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi debbano collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti fra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni, nei reciproci rapporti”*.

“Dalla natura meramente strumentale dell’informatica applicata all’attività della Pubblica Amministrazione discende altresì il corollario dell’onere per la P.A. 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, in particolare attraverso lo strumento procedimentale del soccorso istruttorio (art. 46 D. Lgs. n. 163/2006 e art. 6 L. n. 241/1990)”.

Tale orientamento è stato di recente ribadito da TAR Milano, I, 9.1.2019, n. 40.

2.3. Tanto premesso, e venendo ora al caso di specie, emerge dalla documentazione prodotta dalla ricorrente (cfr. gli *screenshot* in atti) che quest’ultima ha iniziato e portato regolarmente avanti, in tempo utile (19.3.2019) la procedura di caricamento in rete della documentazione relativa alla gara in esame, non riuscendo tuttavia, il successivo 20.3.2019, ore 9.50 circa, a concludere l’operazione mediante apposizione della firma digitale, in quanto la piattaforma telematica ha generato un *pop-up* con la dicitura: *“si stanno per cancellare tutti i file”*.

Emerge altresì dalla stampa della schermata dei collegamenti al portale (c.d. *log*), prodotta dalle parti resistente e controinteressata, che la ricorrente, dalle ore 9.50 in poi del 20 marzo 2019, ha tentato più volte di completare la procedura telematica, senza tuttavia riuscirvi.

Tale situazione si è ripetuta, da ultimo, alle ore 11.12’.04” (cfr. schermata dei collegamenti, c.d. *log*), allorché il sistema ha generato la seguente dicitura: *“Si stanno per eliminare tutti i file firmati”*.

Quale sia stata la causa di tale situazione di “stallo telematico” non è dato sapere.

Senonché, la tesi dell’Amministrazione, secondo cui la ricorrente avrebbe commesso un errore nel caricamento dei vari *files*, non trova rispondenza in alcun elemento oggettivo, ma è frutto di mere congetture, fondate per lo più sulle Linee Guida di utilizzo del portale EmPULIA, le quali delineano tuttavia situazioni astratte, che richiedono pertanto di essere accertate – e provate – in concreto.

E nel concreto, la tesi di parte resistente e controinteressata, secondo cui la ricorrente avrebbe effettuato una operazione di modifica dei dati originariamente immessi, non ha trovato alcun riscontro oggettivo, restando relegata al rango di mera petizione di principio.

Pertanto, non essendo stata accertata la causa del malfunzionamento del sistema telematico, tale situazione, per le ragioni sopra esposte, non può che essere accollata alla ASL TA, *“... che ha bandito, organizzato e gestito la gara”* (cfr. C.d.S, III, 25.1.2013, n. 481, cit.).

Ne consegue che il diniego della resistente, di apertura dei termini per la presentazione delle offerte, deve ritenersi illegittimo.

2.4. Per tali ragioni, in accoglimento del ricorso, va disposto annullamento dell’atto impugnato.

3. Sussistono giusti motivi, rappresentati dalla novità delle questioni trattate, per la compensazione delle spese di lite. La ASL Taranto va tuttavia condannata al rimborso delle spese del contributo unificato sostenute dalla ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce – Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e annulla per l’effetto l’atto impugnato.

Compensa le spese di lite.

Condanna la ASL Taranto alla rifusione del contributo unificato in favore della parte ricorrente.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Roberto Michele Palmieri, Primo Referendario, Estensore

Katiuscia Papi, Referendario