

# L'ultrattività delle offerte telematiche "fuori termine" e l'obbligo di soccorso istruttorio della stazione appaltante

Commento alla sentenza TAR Lombardia, Milano, sez. IV, n.1629 del 13 luglio 2015

di Giancarlo Sorrentino

“ Il TAR Puglia con sentenza n. 1094 del 28 luglio 2015 affronta la questione degli obblighi di soccorso ricadenti sulla stazione appaltante nell'ipotesi di offerta telematica caricata su piattaforma elettronica ma, per motivi di natura tecnica, non presentata nei termini di scadenza previsti dalla *lex specialis*.

La crescente diffusione delle gare telematiche sta portando all'attenzione dei *buyer* pubblici numerose questioni la cui soluzione, "superando" a volte lo stesso Codice dei contratti, richiede un'elevata capacità professionale in grado di integrare, nel rispetto della disciplina dettata dal codice dell'amministrazione digitale (CAD), i principi giuridici codicistici con le specifiche peculiarità tecniche dei sistemi telematici di acquisto, una capacità che va "rafforzata" sia in fase di predisposizione della *lex specialis* sia in fase di progettazione delle piattaforme elettroniche al fine di trovare una giusta sintesi tra "vincoli legali" da un lato ed esigenza di efficacia e snellimento delle procedure dall'altro (1). Interessante occasione è fornita dalla recente sentenza

TAR Puglia, sez. I, n. 1094 del 28 luglio 2015 (All. 1) nella quale viene affrontata la questione relativa agli obblighi di soccorso ricadenti in capo alla stazione appaltante nell'ipotesi di offerta telematica caricata su piattaforma elettronica ma, per motivi di natura tecnica, non presentata nei termini di scadenza previsti dalla *lex specialis*.

Nello specifico, la gara - relativa all'affidamento del servizio di assistenza scolastica specialistica mediante procedura aperta - prevedeva in via esclusiva la partecipazione in modalità telematica attraverso l'utilizzo della Piattaforma regionale "Empulia" secondo una ben precisa sequenza di attività poste a carico di ciascun concorrente come di seguito sintetizzate:

(1) L'art. 295 del Regolamento, rubricato "Procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici", prevede, infatti, che le stazioni appaltanti - ai sensi dell'articolo 85, comma 13, del codice e della normativa vigente in materia di documento informatico e di firma digitale - possono ricorrere per l'acquisto di beni e servizi alle condizioni di cui al comma 3 del medesimo articolo, a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici, nel rispetto dell'articolo 77 del codice e dei principi di *trasparenza, semplificazione ed efficacia* delle procedure. Relativamente al processo di innovazione all'interno della pubblica amministrazione, si veda G. IACONO, F. MARZANO, *Le competenze digitali del manager pubblico. Una guida operativa per la nuova p.a.*, p. 218, Maggioli Editore, 2014.

- registrazione sulla piattaforma di negoziazione quale adempimento preliminare per ottenere i codici di accesso al sistema telematico;
- predisposizione della propria offerta e relativa sottoscrizione con firma digitale;
- caricamento (*upload*) dei file nelle rispettive buste virtuali presenti sul Portale Gare;
- invio dell'offerta telematica.

Tuttavia, malgrado l'avvenuta corretta registrazione sulla piattaforma Empulia e il caricamento dei file sui server (effettuato in vero solo pochi minuti prima della scadenza), un concorrente non è riuscito ad inviare nei termini di gara la propria offerta per un'anomalia tecnica del sistema telematico "non altrimenti identificata" che di fatto non consentiva la visualizzazione a video del comando necessario per l'inoltro definitivo dell'offerta, una circostanza che ha determinato l'inammissibilità dell'operatore, pur potendo (o *recitius* dovendo) la stazione appaltante concedere – secondo il ricorrente – una proroga dei termini di scadenza o procedere al soccorso istruttorio nel rispetto del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46 comma 1-*bis* del codice dei contratti.

Ma in che termini è possibile ammettere un'offerta "fuori termine", ovvero salvata ma non pervenuta nei termini alla stazione appaltante per un presunto malfunzionamento della piattaforma telematica utilizzata? Il principio previsto nel **bando tipo** per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture pubblicato in consultazione dall'Anac secondo cui "Saranno escluse le offerte plurime, condizionate, **tardive**, alternative o espresse in aumento rispetto all'importo a base di gara"

“ In che termini è possibile ammettere un'offerta "fuori termine", ovvero salvata ma non pervenuta nei termini alla stazione appaltante per un presunto malfunzionamento della piattaforma telematica utilizzata? ”

può ammettere eccezioni per le procedure telematiche? (2) Si tratta di una questione alquanto complessa che va analizzata allargando il campo di indagine a diversi aspetti che, pur se non considerati dal giudice pugliese, risultano, comunque, strettamente collegati anche al fine di poter individuare una soluzione che sia coerente con il sistema degli appalti pubblici:

A. Il semplice caricamento di file equivale a rendere manifesta la volontà di partecipare alla gara e, quindi, fa scattare l'obbligo del soccorso istruttorio se l'operatore non riesce ad inviare la propria offerta nei termini di scadenza? Può trovare applicazione il nuovo soccorso istruttorio "rafforzato" a pagamento introdotto di recente dal d.l. n. 90/2014 che consente di poter "superare" ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara?

- B. In una gara gestita in modalità telematica ex art. 85, comma 13 del d.lgs. n. 163/2006, la stazione appaltante è a conoscenza delle offerte che man mano vengono trasmesse, di quelle salvate e di quelle "invalidate/rifutate" perché fuori termine? (3)
- C. È possibile affidare ad un sistema telematico il "potere" di escludere allo scadere dei termini di presentazione – in modalità automatica – le offerte "fuori termine / salvate" evitando completamente la visibilità delle stesse alla Commissione di gara?
- D. La previsione – contenuta nell'art.11 comma 6 del Codice – secondo cui "Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. L'offerta è vincolante per

(2) Nell'ambito della "Nota illustrativa" predisposta dall'ANAC in allegato al Bando tipo per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture pubblicato in consultazione, viene precisato quanto segue: "Il modello elaborato contiene gli elementi fondamentali della procedura di affidamento che le stazioni appaltanti sono tenute ad inserire nella documentazione di gara e non può essere ritenuto esaustivo di tutte le possibili fattispecie che in concreto possono verificarsi. Si evidenzia, pertanto, come per gli aspetti procedurali, quali, ad esempio, quelli connessi alle gare gestite con sistemi telematici, si deve integrare il disciplinare di gara con le norme sulla procedura e le altre indicazioni dettate dal Codice e dal Regolamento in materia. In particolare, per le gare telematiche si suggerisce l'adozione da parte delle stazioni appaltanti di appositi regolamenti interni di disciplina che possono essere richiamati nel bando".

(3) Sulla distinzione tra offerte invalidate e offerte rifiutate si rinvia *infra* alla sezione "Indirizzi operativi".

- il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione.*" è applicabile *tout court* alle gare telematiche o può essere estesa anche all'ipotesi di semplice **caricamento** di file senza invio (**presentazione**) degli stessi?
- E. La validità delle offerte salvate può essere "esclusa" richiamando la disciplina contenuta nella nuova Direttiva europea 2014/24/UE Allegato IV "Requisiti relativi agli strumenti e ai dispositivi di ricezione elettronica delle offerte e delle domande di partecipazione, nonché dei piani e progetti nei concorsi di progettazione" secondo cui: *"Gli strumenti e i dispositivi di ricezione elettronica delle offerte e delle domande di partecipazione (...) devono garantire, mediante procedure e mezzi tecnici appropriati, almeno che:*
- a) l'ora e la data esatte della ricezione delle offerte, delle domande di partecipazione e dei piani e progetti possano essere stabilite con precisione;*
  - b) si possa ragionevolmente garantire che nessuno possa avere accesso ai dati trasmessi in base ai presenti requisiti prima della scadenza dei termini specificati;*
  - c) (...)*
  - d) solo le persone autorizzate possano avere accesso alla totalità o a una parte dei dati trasmessi nelle diverse fasi della procedura di aggiudicazione dell'appalto o del concorso di progettazione?"*
- F. Un'eventuale rilevanza giuridica dei file "solo caricati" è compatibile con la previsione contenuta nell'art. 295, comma 6 del regolamento secondo cui *"Al momento della ricezione delle offerte, la stazione appaltante trasmette in via elettronica a ciascun concorrente la notifica del corretto recepimento dell'offerta stessa"?*
- G. È possibile utilizzare nelle procedure telematiche il principio – tipico delle gare tradizionali – secondo cui nell'ambito del servizio di recapito di posta ordinaria i casi di difetto di consegna del plico sono posti a carico del mittente che ne assume il rischio?
- H. Un'offerta (solo) salvata può essere considerata "immodificabile" e, quindi, vincolante per l'operatore economico?
- I. La clausola di gara – inserita nei disciplinari delle gare *on line* – secondo cui "qualora un operatore invii nei termini di scadenza più offerte telematiche sarà presa in considerazione solo l'ultima offerta telematica pervenuta che verrà considerata sostitutiva di ogni altra offerta telematica precedente" può essere applicata anche nell'ipotesi di offerta successiva solo caricata a sistema?
- J. L'ammissione di un'offerta fuori termine, consentendo semmai all'operatore di poter (*ex post*) incidere sulla graduatoria eventualmente già individuata, è legittima? <sup>(4)</sup>
- K. Qualora l'operatore non riesca a presentare la propria offerta ma soltanto a salvarla, entro quali termini va evidenziata l'anomalia del sistema di negoziazione ovvero entro quali termini va presentato ricorso? In quest'ultimo caso da quando decorre il *dies a quo* considerata la mancanza di un provvedimento di esclusione dell'operatore "non visibile" al seggio di gara: dalla data di pubblicazione del bando che contiene l'obbligo della procedura telematica o dalla data di scadenza per la presentazione delle offerte ovvero dalla data in cui la stazione appaltante respinge la richiesta di ammissione presentata dall'operatore "fuori termine" eventualmente da riammettere? <sup>(5)</sup>

(4) Sul principio di immodificabilità delle medie – sancito dall'art. 38 comma 2-*bis* del codice – si veda Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2609 del 26 maggio 2015: "La nuova norma (...) non ha, invero, natura processuale, ma ha articolato l'andamento del procedimento di evidenza pubblica, stabilendo che una volta effettuato il calcolo della media, ed individuata la soglia di anomalia, qualsiasi successiva variazione, anche ove discendente da una pronuncia giurisdizionale, non giustifica il suo rifacimento. Tanto il calcolo della media delle offerte quanto la determinazione della soglia di anomalia attengono, d'altra parte, a dati convenzionali, sicché il legislatore, nell'esercizio della proprie scelte discrezionali, ben può circoscrivere gli elementi rilevanti per la definizione di entrambe le grandezze, nello specifico negando rilevanza alle sopravvenienze cui la norma in questione ha avuto riguardo.

In altri termini, la nuova norma disconosce in radice qualunque forma di protezione giuridica per l'interesse sostanziale dell'impresa che prospetti la necessità della rinnovazione di una fase del procedimento, in quanto il legislatore ha posto la regola della irrilevanza di alcune sopravvenienze, per rendere più stabili gli esiti finali del procedimento ed evitare che – anche ipoteticamente – possano esservi iniziative distorsive della leale concorrenza tra le imprese."

(5) Relativamente ai tempi procedurali e agli obblighi di diligenza da parte degli operatori economici si segnala la recente sentenza TAR Sicilia, Palermo, sez. I, n. 626 del 6 marzo 2015 nella quale viene dichiarata illegittima l'esclusione di un'offerta che, spedita mediante servizio di Poste italiane *in un momento (astrattamente) utile per assicurarsi la tempestiva consegna*, sia pervenuta in ritardo a causa di un evento (sciopero del personale addetto al servizio postale) esterno

- L. Con quali modalità va verificata un'eventuale lamentata impossibilità a trasmettere l'offerta? È onere del concorrente provare il malfunzionamento – anche se temporaneo – del sistema telematico di negoziazione o esiste una responsabilità *lato sensu* oggettiva della stazione appaltante?
- M. La partecipazione alla stessa gara da parte di altri operatori economici fa venire meno il carattere oggettivo e generalizzato del fatto impeditivo idoneo a giustificare la mancata presentazione dell'offerta nei termini stabiliti dal bando? (6)
- N. È ammissibile la richiesta di una verifica di ufficio? Nell'ipotesi di mancata individuazione delle cause che hanno impedito la trasmissione dei file, è possibile accollare all'operatore economico tale situazione senza svilire il principio di *favor participationis*? Diversamente, è possibile accollare la responsabilità alla stazione appaltante ogni qualvolta non sia prefigurabile palesemente la colpa dell'operatore economico? Come trovare il giusto equilibrio tra *favor participationis* da un lato e *par condicio* e canone dell'autoresponsabilità del concorrente dall'altro?
- O. Nell'ipotesi in cui la stazione appaltante gestisca la procedura di gara in modalità SaaS (*Software as a Service*) ovvero attraverso un collegamento ad una piattaforma telematica di altro Ente (ad esempio Soggetto Aggregatore, Portale regionale), è da riconoscere la legittimazione in giudizio anche in capo al Gestore della Piattaforma considerato che lo stesso – ai sensi

dell'art. 290, comma 1, d.P.R. n. 207/2010 – assume la responsabilità dei servizi di conduzione tecnica e delle applicazioni informatiche necessarie al funzionamento del sistema di intermediazione? (7)

Dalla lettura della citata pronuncia emerge, invero, un contesto tecnico-giuridico alquanto "semplificato" che – partendo dal principio secondo cui, in linea generale, 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 – delinea *de plano* una responsabilità in capo alla stazione appaltante ogni qualvolta ci sia un malfunzionamento della piattaforma telematica utilizzata. Una ricostruzione, di seguito riportata, che – pur se arricchita con richiami giurisprudenziali riferiti tra l'altro ad altra piatta-

forma telematica (Sintel – Regione Lombardia) – affronta solo parzialmente le questioni sopra evidenziate :

- 1) il salvataggio dell'offerta sui server della piattaforma telematica determina che la stessa sia entrata pienamente nella sfera di disponibilità della pubblica amministrazione;
- 2) la qualità strettamente tecnico-informatica del problema di invio della domanda di partecipazione "non altrimenti identificato" verificatosi in concreto appare non suscettibile di una compiuta e definitiva indagine

“ Emerge un contesto tecnico-giuridico alquanto “semplificato” che delinea *de plano* una responsabilità in capo alla stazione appaltante ogni qualvolta ci sia un malfunzionamento della piattaforma telematica utilizzata ”

ed estraneo al concorrente, ad esso soggettivamente non imputabile e dallo stesso oggettivamente non prevedibile né concretamente prevenibile. Nel caso specifico il concorrente, appresa la notizia dello sciopero, aveva debitamente informato del disguido la stazione appaltante con comunicazione elettronica, ma la commissione di gara, nonostante il plico fosse giunto presso la stazione appaltante prima della data fissata nella *lex specialis* per la seduta pubblica di gara, aveva escluso il concorrente dalla procedura.

(6) In tal senso si veda TAR Campania, Napoli, sez. V, n. 6296 del 2 dicembre 2014: “non ogni elemento che non sia ascrivibile alla diretta responsabilità della ditta partecipante alla gara è idoneo a giustificare la mancata presentazione della offerta entro i termini stabiliti dal bando di gara e, quindi, a fondare una richiesta di riapertura dei termini di gara, occorrendo a tale riguardo che il fatto impeditivo incolpevole assuma una valenza oggettiva e generalizzata”.

(7) L'individuazione dei soggetti aggregatori di cui all'art. 9, comma 2 del d.l. 66/2014 è avvenuta con deliberazione del Consiglio dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) n. 58 del 23 luglio 2015.

- tecnica, da svolgersi ad es. mediante verificaione o c.t.u., in quanto le possibili cause della stessa (imperizia del mittente, anomalie degli apparati informatici, anomalie del software, anomalie della rete, altre anomalie di tipo tecnico) appaiono difficilmente assoggettabili ad un'indagine oggettiva ed affidabile, che possa risultare dirimente ai fini del decidere;
- 3) su una fattispecie del tutto assimilabile (a parere del TAR Bari), il Consiglio di Stato ha di recente evidenziato 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.”* (Consiglio di Stato, sez. III, n. 481 del 25 gennaio 2013);
- 4) dalla natura meramente strumentale dell'informatica applicata all'attività della pubblica amministrazione discende, altresì, il corollario dell'onere per la stazione appaltante 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);<sup>(8)</sup>
- 5) l'essere entrata, comunque, in possesso della documentazione relativa all'offerta di gara caricata dalla ricorrente sui server di EmPulia imponeva alla pubblica amministrazione un onere di attivazione, volto a sanare, se del caso, le mere anomalie di invio che avevano reso impossibile la spedizione della domanda con le modalità previste dal bando;
- 6) è dato giuridico pacifico quello secondo cui debba prevalere *“la necessità di garantire, nelle gare pubbliche, la più ampia partecipazione possibile di concorrenti; tale principio generale è applicabile, in particolare, alle domande che, pur se con profili di difformità formale, rispetto alle prescrizioni del bando, risultino comunque oggettivamente idonee ad essere valutate dalla Commissione giudicatrice, stante l'obbligo di una leale cooperazione fra Amministrazione e concorrenti”* (Consiglio di Stato, sez. V, n. 3486 del 3 giugno 2010).

(8) Si riportano di seguito, per facilità di consultazione, le disposizioni sopra richiamate:

d.lgs. n. 163/2006, art. 46. Documenti e informazioni complementari – Tassatività delle cause di esclusione:

1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.

1-ter. Le disposizioni di cui art. 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.

Legge n. 241/1990, art. 6 *Compiti del responsabile del procedimento:*

1. Il responsabile del procedimento:

a) valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento;

b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali;

c) propone l'indizione o, avendone la competenza, indice le conferenze di servizi di cui all'articolo 14;

d) cura le comunicazioni, le pubblicazioni e le notificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti;

e) adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.

Per il Giudice pugliese, in definitiva, l'ampliamento della platea dei soggetti partecipanti alla gara rappresenta un interesse pubblico primario nelle procedure di evidenza pubblica e deve essere garantito a prescindere dalle problematiche tecnico informatiche in cui possa eventualmente cadere la singola domanda di partecipazione, in virtù di un onere di **leale cooperazione rafforzata** fra privato e p.a. che deve essere ravvisato ogni qualvolta quest'ultima si avvalga di mezzi informatici per la gestione, nel proprio interesse organizzativo, di dette procedure.

Si tratta di una ricostruzione che, tuttavia, pur partendo da premesse condivisibili, giunge a conclusioni che sembrano non del tutto "coerenti" con il sistema del *public procurement* così come risulta da un'analisi più estesa (ed aggiornata) dei numerosi interventi del GA (vedi *infra*) chiamato a pronunciarsi proprio sulla piattaforma telematica SINTEL ovvero sulle specifiche attività realizzate in questi ultimi anni dal gestore del sistema informatico lombardo e che garantiscono oramai un elevato grado di affidabilità dei processi di acquisto.<sup>(9)</sup>

Preliminarmente risulta opportuno precisare che la pronuncia del Consiglio di Stato n.481/13 richiamata da parte del TAR Puglia sembra essere fuori fuoco; nel caso

specifico, infatti, la questione sottoposta al Supremo Collegio – **risalente tra l'altro ad una gara indetta agli inizi del 2011 e disciplinata dal d.P.R. n. 101/2002 (abrogato dal d.P.R. n. 207/2010 a far data dal 9 giugno 2011)** – è legata sì al non corretto funzionamento della piattaforma di intermediazione telematica della Regione Lombardia, ma non riguarda il mancato invio dei file entro i termini di scadenza.

A fondamento dell'illegittimità della propria esclusione dovuta alla "presenza" di un'offerta con file di dimensione pari a 0 (zero) kb, il ricorrente, infatti, ha contestato l'"autenticità" della stessa considerata l'impossibilità di poter verificare – tramite il portale gare – che il proprio file-offerta fosse proprio quello caricato a sistema e trasmesso alla stazione appaltante. In altri termini, oggetto del giudizio non era la trasmissione dell'offerta bensì il contenuto della stessa risultata poi "vuota" non potendo stabilire con esattezza (anche a seguito di verifica d'ufficio) se la corruzione informatica della stessa potesse essere addebitata al malfunzionamento della piattaforma in fase di elaborazione della ricezione (cioè in capo alla stazione appaltante) o alla non corretta elaborazione e trasmissione del file da parte dell'operatore economico.<sup>(10)</sup>

(9) Con riferimento alle competenze/responsabilità del gestore del sistema telematico si riporta, per facilità di consultazione, la disciplina contenuta nell'art.290 del Regolamento di attuazione d.P.R. n.207/10: "1. Il gestore del sistema informatico è incaricato dalla stazione appaltante dei servizi di conduzione tecnica e delle applicazioni informatiche necessarie al funzionamento delle procedure telematiche, assumendone la relativa responsabilità e, nel caso di soggetto esterno alla stazione appaltante, fornendo idonea garanzia ai sensi dell'articolo 113 del codice anche per il rispetto dei principi in tema di sicurezza di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196. 2. Il gestore del sistema informatico assume il ruolo di responsabile del trattamento dei dati e, su richiesta della stazione appaltante, cura gli adempimenti, di competenza della stessa, in ordine alla operatività dei processi di accesso e utilizzo dei sistemi informatici".

(10) Analoga situazione è riscontrabile anche nella sentenza TAR Lombardia, Milano, sez. I, n. 2101 del 28 luglio 2014 in cui viene contestata l'esclusione dalla gara legata alla mancata *leggibilità* del file "lista categorie" all'interno della busta virtuale "offerta economica" in presenza, tuttavia, di un documento di riepilogo elaborato dalla piattaforma stessa senza alcuna indicazione di errore: "non importa che la cartella e i file non fossero stati danneggiati per cause imputabili alla piattaforma SINTEL, quanto il fatto che all'ATI esclusa non potesse imputarsi di avere ommesso imprudentemente le operazioni di controllo pure consentite dal sistema. Il documento di ricevuta conferma (...), pur attestando l'avvenuta trasmissione, caricamento e ricezione dei files inviati, non consentiva di appurare la leggibilità o la non leggibilità del loro effettivo contenuto, cosicché ragionevolmente l'ATI era potuta restare persuasa della correttezza di quanto inserito. Questo è il dato rilevante, non quello di appurare se il vizio in questione fosse o meno presente all'origine della trasmissione. In definitiva, come già osservato in sede cautelare, la stazione appaltante non avrebbe potuto escludere la ricorrente dalla gara se non dopo aver verificato la disponibilità di quest'ultima a integrare la documentazione, ciò in ragione dei seguenti elementi di valutazione: a) la piattaforma informatica aveva generato un documento di dettaglio dell'offerta che, apparentemente, ne attestava la regolarità, senza in alcun modo allertare l'istante circa la sussistenza di un problema relativo al caricamento degli allegati; b) un indizio dell'effettiva intenzione di caricamento della lista delle categorie era rappresentato dalle diverse proprietà e dimensione dei file allegati. In definitiva, l'indisponibilità di uno strumento che consentisse dopo l'invio della domanda di partecipazione la verifica della completezza del contenuto, l'affidamento ingenerato della dicitura della piattaforma, (unitamente tra l'altro all'ambiguità degli atti di gara sulla sanzione espulsiva in mancanza di tale documento), sono tutte circostanze che avrebbero dovuto indurre la stazione appaltante a "soccorrere" le ricorrenti (ai sensi dell'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163/2006), appalesandosi l'esclusione dalla gara una soluzione del tutto sproporzionata".