

L'amministrazione digitale

di Gianluca Sgueo

L'esercizio dell'attività amministrativa con l'ausilio di tecnologie digitali - comunemente definito *e-government* - è oggetto di crescente attenzione da parte della giurisprudenza amministrativa. La progressiva "digitalizzazione" del procedimento amministrativo e l'utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni di strumenti digitali finalizzati a ridurre i tempi procedurali, abbattere i costi di gestione degli apparati burocratici, nonché informare e comunicare con i cittadini, hanno posto nuovi problemi ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato. Tra questi, ad esempio, il tema dell'accesso da parte dei portatori di interessi alle informazioni contenute su supporto digitale, quello relativo alla tipicità dell'atto amministrativo in formato elettronico, nonché i profili inerenti la concorrenza, la tutela della riservatezza e (soprattutto in tema di appalti pubblici) la validità della firma elettronica. Il quadro di riferimento è al tempo complesso e in rapida evoluzione. L'affermarsi delle tecnologie digitali nell'esercizio delle funzioni pubbliche pone in discussione vecchi orientamenti giurisprudenziali, imponendo al giudice amministrativo la ricerca di soluzioni flessibili, che si adattino alle innovazioni nell'attività della pubblica amministrazione.

Adempimento degli obblighi di digitalizzazione

Con il progressivo aggiornamento e perfezionamento del quadro normativo in tema di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, e il conseguente carico di adempimenti in capo a queste ultime, la giurisprudenza amministrativa è intervenuta sanzionando le amministrazioni inadempienti e precisando le conseguenze per i responsabili degli inadempimenti. Anzitutto, il giudice amministrativo (**T.A.R. Trentino 15 aprile 2015, n. 149**) ha stabilito che una pubblica amministrazione è responsabile del funzionamento di una piattaforma digitale - nel caso in oggetto: una piattaforma per acquisire le candidature all'assegnazione delle farmacie regionali - e che le risposte informatiche fornite attraverso dette piattaforme costituiscono a tutti gli effetti atti amministrativi, anche se impliciti. A fronte di questo principio, il giudice amministrativo ha anche ribadito che la responsabilità per inadempimento in queste circostanze ricade tanto sull'ideatore della piattaforma digitale, nella misura in cui non ne abbia diligentemente corretto le anomalie, quanto sul funzionario pubblico che, tempestivamente informato dell'anomalia, abbia negligenza omesso di svolgere tutte le attività necessarie per accogliere la domanda dell'istante. Anche la magistratura contabile (**Corte dei Conti Lazio, 2 febbraio 2015**) ha riconosciuto responsabili di danno erariale i dirigenti di un ente locale che avevano percepito interamente l'indennità di risultato, pur se in mancanza del raggiungimento degli obiettivi previsti per l'assolvimento degli obblighi di pubblicazione e di incremento del livello di trasparenza.

Un altro aspetto legato al processo di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni e alla progressiva eliminazione di ogni modalità cartacea, è quello dell'accesso ai documenti. In una recente sentenza (**T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 24 novembre 2015, n. 523**) il giudice amministrativo ha stabilito la legittimità dell'accesso, consentito tramite apposite password, da parte dei collaboratori volontari di un patronato ad alcune banche dati pubbliche. Il giudice, nel condividere la distinzione tra operatore dipendente dall'Istituto di patronato e le attività di collaboratore esterno al patronato stesso, ha chiarito che l'accesso alle banche dati deve essere garantito anche ai collaboratori esterni al fine di consentire la loro collaborazione nell'istruzione della pratica che verrà poi validata dall'operatore dipendente.

La tipicità dell'atto amministrativo informatico

Un tema centrale dibattuto nella giurisprudenza amministrativa relativa all'esercizio dell'azione amministrativa attraverso le tecnologie digitali riguarda l'applicazione del principio di tipicità agli atti amministrativi in formato digitale. In linea di principio, l'esistenza di un provvedimento amministrativo non è subordinata a particolari forme. In tempi non recenti la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che ai fini della validità di un provvedimento amministrativo è sufficiente l'esternazione di volontà relativa all'esercizio concreto di un potere dell'amministrazione e, contestualmente a essa, l'esistenza degli elementi essenziali dell'atto (**T.A.R. Puglia 26 ottobre 1989, n. 829**). Principio che - hanno aggiunto le pronunce giurisprudenziali dei tribunali amministrativi intervenute sul tema negli ultimi anni - incontra due eccezioni. In primo luogo, si deroga alla tipicità dell'atto nell'ipo-

L'utilizzo di Social Network da parte delle pubbliche amministrazioni

L'esercizio del diritto di accesso

tesi in cui la legge richieda (in modo esplicito o implicito) una forma specifica. Inoltre, nel caso del provvedimento conclusivo del procedimento la forma scritta è obbligatoria. In mancanza di formale dichiarazione di volontà da parte dell'amministrazione, infatti, non è possibile attribuire al comportamento della stessa il valore e l'efficacia dell'atto scritto (**Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 1990, n. 1054**). Vincolo che, precisa la giurisprudenza contabile (**Corte dei Conti, 28 luglio 1995, n. 104**) trova applicazione anche nel caso di atti di indirizzo o direttive emanate dagli organi politici.

I principi enunciati dalla giurisprudenza risalente all'avvento delle nuove tecnologie digitali hanno trovato conferma nelle decisioni dei giudici chiamati a valutare l'applicazione del principio di tipicità agli atti amministrativi. Il principio dell'irrilevanza della forma, ai fini della determinazione della validità dell'atto amministrativo, trova pertanto applicazione anche nel caso in cui si tratti di atto amministrativo digitale. Il secondo comma dell'articolo 15 della L. 15 marzo 1997, n. 59, contenente "*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*", dispone espressamente che gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge.

È il caso, tra gli altri, di comunicazioni diffuse attraverso i Social Network - come hanno avuto modo di chiarire due sentenze recenti, rispettivamente del T.A.R. Liguria (**T.A.R. Liguria, Sez. I, 19 maggio 2014, n. 787**) e, in sede di appello, del Consiglio di Stato (**Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 769**). In linea di principio, hanno chiarito i giudici, anche una comunicazione diffusa attraverso un Social Network può integrare gli estremi dell'atto amministrativo.

Il tema dei media sociali e dell'utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni ha acquisito importanza crescente negli ultimi anni, a seguito dell'intensificarsi delle attività di comunicazione delle pubbliche amministrazioni attraverso *Facebook*, *Youtube* e, più recentemente, *Twitter*. Fino a pochi anni fa la rilevanza dei *Social Network* era venuta in rilievo prevalentemente nelle cause di diritto del lavoro, ad esempio per chiarire se l'uso perpetrato di *Social Network* da parte di dipendenti pubblici durante l'orario lavorativo potesse compromettere il buon andamento della pubblica amministrazione (**Cass. pen., Sez. VI, 15 aprile 2008, n. 20236**).

La giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni ha progressivamente esteso l'interpretazione dei profili problematici relativi all'uso dei media sociali, precisando i confini tra l'esercizio di attività amministrativa per via ordinaria a quella esercitata attraverso i *Social Network*, ed evidenziando i rischi di quest'ultima. In realtà sono ancora molto poche le sentenze che si sono occupate direttamente di profili connessi all'utilizzo di media sociali da parte delle amministrazioni pubbliche. Non è possibile parlare, quindi, di veri e propri orientamenti giurisprudenziali. Esistono semmai alcune pronunce "guida" che hanno affrontato - seppure incidentalmente - aspetti connessi all'attività delle amministrazioni pubbliche sui *social network*. Particolarmente interessante al riguardo è il tema del legittimo affidamento del cittadino nei confronti della comunicazione istituzionale effettuata attraverso i media sociali. Sul punto, tanto la giurisprudenza amministrativa (**Cons. Stato 12 febbraio 2015, n. 769**) quanto quella civile (**Cass. n. 70 del 2002**) sono concordi nell'identificare il legittimo affidamento quando un atto amministrativo determina nel destinatario un grado di stabilità dovuto, appunto, al ragionevole affidamento verso un risultato atteso. È dunque cruciale, ai fini dell'affidamento, che l'amministrazione dichiari con chiarezza la propria volontà di obbligarsi.

È consolidato l'orientamento giurisprudenziale in base al quale l'esercizio del diritto di accesso non discende dal supporto sul quale sono contenute le informazioni rilevanti. Sia dunque l'atto amministrativo in formato cartaceo o digitale, l'esercizio del diritto di accesso non ne risulta pregiudicato o limitato.

Non solo: il giudice amministrativo ha precisato che l'interessato all'accesso non è soggetto all'obbligo a indicare in modo puntuale i documenti oggetto della domanda di accesso. Infatti, pur in permanenza dell'obbligo di indicare con la massima precisione possibile i documenti che s'intende conoscere (**T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 7 giugno 2007, n. 6021**; **T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 20 marzo 2007, n. 81**; **T.A.R. Lazio, Sez. III, 16 novembre 2007, n. 11258 e n. 11261**) i giudici (**T.A.R. Emilia Romagna, Sez. I, 20 gennaio 2011, n. 42**) hanno precisato che il privato non può essere sempre a conoscenza della tipologia di documenti in cui sono contenute le informazioni che richiede. Spetta pertanto all'amministrazione, nel caso in cui sussistano i presupposti per consentire l'accesso, individuare in quali documenti siano presenti le informazioni richieste. Il che vale tanto per le informazioni contenute su documenti cartacei che quelle contenute su documenti in formato digitale.

La giurisprudenza in tema di firma digitale

Ancora sulla natura dell'atto cui ricollegare l'esercizio del diritto di accesso, il Consiglio di Stato (**Cons. Stato, Sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1113**), bilanciando le esigenze di tutela della riservatezza dell'autore della comunicazione e la garanzia del diritto alla difesa degli interessi giuridici dell'istante, si è pronunciato sancendo il diritto di accesso anche alle e-mail inviate da/a indirizzi privati. I giudici hanno conferito valenza di "atto amministrativo" suscettibile di richiesta di accesso agli atti secondo gli artt. 22 ss. della L. n. 241/1990 ai contenuti inviati a mezzo mail indirizzati ad un funzionario pubblico qualora di essa se ne faccia menzione in atti pubblici in relazione alla natura del documento. Il Consiglio di Stato ha osservato che il contenuto dell'email non poteva ritenersi corrispondenza privata in quanto il mittente aveva provveduto a rendere edotti gli uffici dell'amministrazione dell'ente circa l'esistenza di tale informativa, di fatto rendendo di rilevanza pubblica il documento.

In generale sulla firma c.d. "digitale", la giurisprudenza amministrativa più recente (**T.A.R. Lazio, Sez. II ter, 11 maggio 2015, n. 6771**) ha precisato che nel caso di emanazione di atti amministrativi mediante sistemi informatici e telematici, la firma autografa è sostituita dall'indicazione a stampa - appunto: firma digitale - sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile che ne attesta con certezza l'integrità e l'autenticità della firma. Esistono tuttavia delle eccezioni. Ad esempio, il giudice amministrativo (**T.A.R. Lazio, Sez. III quater, 12 febbraio 2008, n. 1229**) ha precisato che nelle procedure concorsuali l'invio della domanda di partecipazione a mezzo *e-mail* è giuridicamente irrilevante, essendo richiesta la firma digitale di primo livello per far assurgere l'*e-mail* a dignità di autodichiarazione con provenienza certa ed inequivoca. In altra occasione i giudici (**T.A.R. Campania, Sez. III, 10 marzo 2015, n. 1450**) hanno affermato che il quadro normativo vigente distingue lo strumento di comunicazione costituito dalla posta certificata dall'impiego della firma digitale, che è uno strumento che permette di attribuire la paternità giuridica di un documento al suo autore. In materia, tuttavia, l'ordinamento contempla, a determinate condizioni, la coincidenza e la sovrapposizione di ambedue gli strumenti al fine di collegare un documento al soggetto che lo ha inviato mediante posta elettronica certificata, la quale presuppone e postula che il titolare della relativa casella sia stato previamente identificato e gli siano state rilasciate le credenziali identificatrici, personali ed incedibili. In tali casi, se il gestore del sistema di posta certificata, una volta che il titolare della casella invia mediante essa un documento informatico, attesta che la trasmissione del documento è correttamente avvenuta, ciò sostituisce a tutti gli effetti la firma elettronica del documento inviato.

Successivamente, ancora in tema di firma digitale (**T.A.R. Marche, Sez. I, 13 marzo 2013, n. 210**) il giudice ha precisato che a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 80/1991 (con riguardo agli atti degli enti locali), e del D.Lgs. n. 39/1993 (con riguardo agli atti di qualsiasi pubblica amministrazione), l'autografia della sottoscrizione non è configurabile come requisito di esistenza o di validità degli atti amministrativi quando i dati esplicitati nel contesto documentativo dell'atto consentano di accertarne con sicurezza l'attribuzione a chi deve esserne l'autore. Chiarisce il giudice che, nel caso di emanazione di atti amministrativi attraverso sistemi informatici e telematici, la firma autografa è sostituita dall'indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile.

La giurisprudenza sulla firma digitale nella disciplina degli appalti

Particolarmente proficuo è il dibattito giurisprudenziale in tema di appalti, soprattutto per quanto riguarda gli aspetti relativi alla firma digitale dei soggetti coinvolti nelle procedure di aggiudicazione. Il giudice amministrativo (**Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676**) ha chiarito anzitutto che l'apposizione della firma digitale, a cagione del particolare grado di sicurezza e di certezza nell'imputabilità soggettiva che la caratterizza, è di per sé idonea a soddisfare i requisiti dichiarativi di cui al comma 3 dell'art. 38 del d.P.R. n. 445 del 2000. Ciò anche in assenza dell'allegazione in atti di copia del documento di identità del dichiarante, come aveva disposto il giudice amministrativo di primo grado (**T.A.R. Lombardia, Sez. III, n. 842/2013**).

Recentemente i giudici amministrativi (**T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. I, 19 giugno 2014, n. 634**) hanno precisato che nelle gare pubbliche le offerte per via telematica possono essere effettuate dalle imprese partecipanti solo utilizzando la firma elettronica digitale, come definita e disciplinata dal D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82. La mancata apposizione della firma digitale, al pari della firma cartacea, è causa di esclusione dalle procedure di appalto. In base all'interpretazione del giudice (**T.A.R. Campania, Sez. I, 8 febbraio 2008, n. 664**) la mancanza di firma rende l'offerta viziata per la carenza di un elemento essenziale non suscettibile di essere integrato a posteriori.

Posta elettronica certificata

La giurisprudenza riguardante la trasmissione di documenti in formato digitale (prevalentemente attraverso e-mail) è prolifica. Nel 2012 la Cassazione (**Cass., Sez. V pen., 26 ottobre 2012, n. 42021**) ha sancito il principio di inviolabilità del domicilio informatico, ossia dello spazio virtuale in cui siano conservate informazioni personali o di lavoro. È pacifica in dottrina l'estensione del principio alle pubbliche amministrazioni, che sono tenute ad adottare i dovuti accorgimenti tecnici e organizzativi per tutelare i propri server di posta elettronica da intrusioni non autorizzate.

Per quanto riguarda i criteri di trasmissione di documenti amministrativi per via elettronica, il giudice amministrativo (**T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 28 maggio 2015, n. 2945**) ha precisato che la comunicazione del documento informatico per via telematica risulta assistita, sul piano tecnico, dall'utilizzo di protocolli di trasmissione che ne assicurano l'assoluta affidabilità in ordine all'indirizzo del mittente, a quello del destinatario, al contenuto della comunicazione ed all'avvenuto recapito del messaggio. In precedenza, il giudice amministrativo (**T.A.R. Campania, Sez. I, 7 marzo 2012, n. 1147**) aveva stabilito che i documenti trasmessi tramite fax, o un altro mezzo telematico o informatico idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale. Ne consegue - secondo l'interpretazione giurisprudenziale - che gli accorgimenti tecnici che caratterizzano il sistema garantiscono, in via generale, una sufficiente certezza circa la ricezione del messaggio.

Il tema della Posta Elettronica Certificata (PEC) è molto importante per comprendere, da una parte, le oggettive difficoltà incontrate dalle pubbliche amministrazioni nell'adeguare la propria azione alle novità introdotte dal Legislatore, soprattutto in tema di digitalizzazione; e dall'altra parte per cogliere la portata innovativa di molte sentenze. È stato grazie alle pronunce dei tribunali amministrativi che le amministrazioni hanno recepito le disposizioni legislative, e la PEC è sicuramente uno dei casi più evidenti. Appunto in tema di PEC, la prima *class action* in materia di amministrazione digitale ha consentito al giudice amministrativo (**T.A.R. Basilicata 23 settembre 2011, n. 478**) di stabilire il principio secondo cui le pubbliche amministrazioni hanno l'obbligo di pubblicare un indirizzo ufficiale di posta elettronica certificata, necessario per consentire le comunicazioni con il cittadino-utente. Sempre in tema di PEC, è chiarito in giurisprudenza (**T.A.R. Campania, Sez. I, 4 aprile 2014, n. 673**) che le condizioni necessarie per verificare che, nel giudizio amministrativo, la notifica dell'atto attraverso PEC sia andata a buon fine e che l'atto notificato sia conforme a quello depositato in formato cartaceo. Secondo il giudice è necessario che l'avvocato notificante produca la c.d. "ricevuta completa di avvenuta consegna della PEC", in modo da poter produrre tale ricevuta con l'intero atto notificato, e non soltanto un suo estratto. Secondo il giudice è inoltre necessario che l'avvocato produca la stampa dell'atto notificato con la relata; il certificato di firma digitale del notificante; il certificato di firma del gestore di PEC; le informazioni richieste per il corpo del messaggio; le ricevute della PEC; nonché gli ulteriori dati di certificazione.

La giurisprudenza ha anche chiarito che l'utilizzo della PEC quale strumento collegato all'esercizio dei diritti digitali dei cittadini e funzionale all'invio di istanze e dichiarazioni alla Pubblica Amministrazione per via telematica, deve essere poi bilanciato con la tutela di altri diritti. Sulla tutela del diritto alla riservatezza, soprattutto nello svolgimento procedure negoziate tramite piattaforma telematica il giudice amministrativo (**T.A.R. Molise, Sez. I, 12 giugno 2015, n. 240**) ha dichiarato l'illegittimità di una procedura negoziata nella quale gli inviti erano stati mandati via PEC con l'indicazione degli indirizzi di posta certificata di tutti gli operatori economici invitati alla gara stessa, violando in tal modo il principio di segretezza delle offerte, atteso che tale principio impone di garantire l'anonimato delle imprese concorrenti sino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte per evitare forme di coordinamento e di collegamento tra imprese che possono, in vario modo, condizionare l'esito della gara.

Infine, sulla tutela del diritto allo svolgimento di un giusto processo si è pronunciato il Consiglio di Stato (**Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4863**) con una pronuncia particolarmente innovativa. I giudici di Palazzo Spada hanno escluso la nullità della notifica del ricorso a mezzo PEC effettuata in assenza dell'autorizzazione presidenziale di cui all'art. 52, comma 2, c.p.a. Di fatto - motiva la sentenza - la mancata autorizzazione presidenziale non può considerarsi ostativa alla validità ed efficacia della notificazione del ricorso a mezzo PEC, atteso che nel processo amministrativo telematico è ammessa la notifica del ricorso a mezzo PEC anche in mancanza dell'autorizzazione presidenziale ex art. 52, comma 2, c.p.a., (riferita ormai solo a "forme speciali" di notifica).

Concorrenzialità e concorrenza

Interessante è l'orientamento secondo il quale il processo di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni non deve in alcun caso incidere sulla concorrenzialità delle imprese. Non deve cioè determinare forme di discriminazione indebita tra categorie soggettive di-

verse. È il caso in particolare di una recente pronuncia del T.A.R. Lazio (**T.A.R. Lazio, Sez. I, 21 luglio 2015, n. 9951**) che ha annullato il DPCS 24 ottobre 2014 con cui è stato istituito il sistema pubblico per la gestione dell'identità digitale di cittadini e imprese, atteso che quest'ultimo realizzava un'indebita discriminazione in favore della pubblica amministrazione, nella parte in cui stabiliva per l'accreditamento dei gestori, e solo nei confronti dei soggetti privati, il possesso di un capitale sociale di cinque milioni di euro. Particolarmente interessanti, sul punto, sono le argomentazioni fornite dai giudici in merito al capitale minimo. Nelle motivazioni della sentenza si legge, infatti, che l'inclusione tra i requisiti per l'accreditamento dei gestori dell'identità digitale del possesso di capitale sociale di 5 milioni di euro, è priva di qualsiasi utilità, oltre che di fondamento normativo. Ne consegue - concludono i giudici - un'indebita esclusione delle imprese che già esercitano un'attività di identificazione nello specifico settore di operatività, generando peraltro una perdita per lo Stato.

Da ultimo, ancora in tema di tutela della concorrenza nelle gare pubbliche la giurisprudenza amministrativa (**T.A.R. Puglia, 28 luglio 2015, n. 1094**) ha stabilito che è onere della pubblica amministrazione assumersi il rischio dei malfunzionamenti e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui la stessa si avvale.

LIBRI

Disponibile anche in E-BOOK

COLLANA: ITINERA-Guide giuridiche

APPALTI PUBBLICI

a cura di *Domenico Galli, Domenico Gentile, Valentina Paoletti Gualandri*

LEGAL RESEARCH - Galli & Partners



Il volume tratta del complesso delle disposizioni che regolano l'**attività negoziale di Pubbliche amministrazioni**. Contiene la regolamentazione della **fase di scelta del contraente** e dell'**esecuzione del contratto**. Prende in esame una pluralità di fattispecie negoziali e supera i confini della nozione di Pubblica amministrazione considerando anche **soggetti di natura privatistica**.

Arricchiscono e completano l'opera: **"Case history"**, **citazioni giurisprudenziali** e un dettagliato **indice analitico**.

Aggiornato con la legge n. 114/2014, di conversione del D.L. n. 90/2014 (**Misure urgenti per l'efficienza della p.a. e degli uffici giudiziari**), con il decreto correttivo al **T.U. Antimafia** (D.Lgs. n. 153/2014), con la legge di conversione del D.L. n.

133/2014, c.d. **"sblocca Italia"**, con le novità dalla legge di **Stabilità 2015** e con nuove **direttive comunitarie** in materia di appalti che entreranno in vigore da **aprile 2016**.

Ipsoa 2015, pagg. 1408

€ 85,00

Codice: 148838

ISBN: 978-88-217-4608-6

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agenzie Ipsoa di zona**
(www.ipsoa.it/agenzie)
- **www.shopwki.it**