

Procedure ad evidenza pubblica mediante piattaforma mepa: nessun addebito ai partecipanti se ci sono malfunzionamenti della piattaforma che direttamente incidono sulla par condicio competitorum

di Linda Giovanna Vacchiano, Claudio Maria Lamberti

Data di pubblicazione: 23-12-2020

1) Nelle procedure di acquisto tramite il metodo della R.d.O. (richiesta di offerta) pubblicata sul MePA, gli effetti delle disfunzioni della piattaforma non possono ricadere sui partecipanti alla procedura di affidamento indetta dalla pubblica amministrazione. Il rischio inerente alle modalità di trasmissione della domanda di partecipazione fa carico solo ed esclusivamente alla parte che, unilateralmente, ha scelto il reattivo sistema e ne ha imposto l'utilizzo ai partecipanti.

2) Integra il rispetto del disposto di cui all'art. 97, comma 5 bis, del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., la pubblicazione di avviso sul portale dedicato alla consultazione degli atti di gara, affinché tutti i potenziali concorrenti possano prenderne visione, essendo gli ulteriori strumenti di diffusione della informazione soggetti unicamente ad una valutazione discrezionale della pubblica amministrazione procedente.

3) Secondo orientamento costante della giurisprudenza, i provvedimenti di ritiro inerenti a procedure di gara per le quali non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva non radicano posizioni qualificate e differenziate in capo ai concorrenti e, per l'effetto, l'eventuale mancato inoltro individuale delle comunicazioni non inficia i provvedimenti adottati, che rimangono pienamente validi ed efficaci.

La procedura di scelta del contraente indetta sulla piattaforma MePA. Funzionamento e finalità.

A cura di Claudio Maria Lamberti

La procedura oggetto della presente controversia aveva ad oggetto l'affidamento del servizio di un sistema di panificazione in continuo delle acque destinate al consumo umano distribuite dalla rete idrica interna dell'Istituto, indetta dall'I.R.C.C.S. Pascale di Napoli. La richiesta di offerta veniva pubblicata in data 18.12.2019, individuando quale termine ultimo per la presentazione delle domande di partecipazione alla procedura il giorno 10.02.2020.

Il MePA è una piattaforma digitale per l'acquisto di beni e servizi online, offerti da professionisti e/o aziende, parte della pubblica amministrazione. E' gestita dal Ministero dell'Economia e delle Finanze ed ha la finalità ultima di ottimizzare gli acquisti delle pubbliche amministrazioni, razionalizzando la spesa pubblica e semplificando i processi di fornitura e di

acquisto in modo trasparente ed innovativo.

Gli strumenti messi a disposizione delle pubbliche amministrazioni per l'acquisto mediante MePA sono: 1) la richiesta di offerta; 2) l'ordine diretto di acquisto. Mediante quest'ultimo strumento (ODA), l'Amministrazione acquista il bene e/o il servizio direttamente dal Catalogo del fornitore abilitato, presente sulla piattaforma, attraverso la semplice compilazione del modulo d'ordine presente sul portale. Si configura come accettazione di una offerta al pubblico, contenuta nel catalogo del fornitore. Il contratto si intende, quindi, perfezionato nel momento in cui l'ordine di acquisto viene caricato e registrato nel sistema dall'Amministrazione acquirente.

Diverso è lo strumento della richiesta di offerta, che vede un ruolo maggiormente attivo della pubblica amministrazione procedente. Questa, infatti, deve individuare e descrivere i beni/servizi che intende acquistare, provvedendo al caricamento sul portale di un invito ai fornitori abilitati a presentare specifiche offerte, oggetto di confronto concorrenziale. In questo caso, la pubblica amministrazione, alla scadenza del termine prescritto per la presentazione delle offerte, valuterà tutte le offerte presentate e provvederà all'aggiudicazione della procedura. Il contratto di fornitura che segue una richiesta di offerta si intende validamente perfezionato al momento in cui il Documento di Accettazione dell'Offerta, firmato digitalmente, viene caricato a Sistema dall'Ente aggiudicatore. Trattasi, dunque, di una procedura di acquisto al pari di qualsiasi altra procedura tradizionale che l'amministrazione procedente può attivare anche fuori dal MePA.

Per tale ragione, dunque, le procedure di affidamento mediante RDO sono considerate, anche dalla costante giurisprudenza, alla stregua di una procedura ordinaria di affidamento di beni e servizi sotto soglia comunitaria.

Le disfunzioni della piattaforma non possono penalizzare i partecipanti alla procedura di gara.

A cura di Linda Giovanna Vacchiano

Nel caso di specie, il sistema di gestione della piattaforma aveva rilevato un errore nel caricamento della stessa da parte dell'amministrazione procedente, con la nota che espressamente richiedeva una riformulazione in modo corretto. La RDO, dunque, veniva revocata e conseguentemente sostituita con un'altra RDO, senza darne alcun riscontro né sul portale della pubblica amministrazione né sulla piattaforma ANAC.

La società ricorrente, che aveva partecipato alla prima richiesta di offerta, poi revocata in quanto erronea, ha, dunque, proposto ricorso. Rilevava, innanzitutto, la violazione da parte dell'amministrazione procedente, dei principi di trasparenza e pubblicità e ciò in quanto la stessa, intenzionata sempre ad acquistare i medesimi beni e/o servizi, avrebbe dovuto dare adeguata pubblicità della indizione di nuova procedura sul proprio profilo, oltre che sul portale ANAC, essendosi dunque comportata in violazione del combinato disposto degli artt. 29, 30 e

74 del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii.

Inoltre, lamentava la mancata adozione da parte dell'amministrazione precedente di un espresso provvedimento di revoca della procedura di acquisto originariamente lanciata sul MePA, sia di un provvedimento di nuova indizione della medesima gara, in violazione del principio di autotutela della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 3 della L. n. 241/1990 e ss.mm.ii.

Alla luce di tali censure, tuttavia, il TAR ha ritenuto di rigettare il ricorso, ritenendo lo stesso infondato per i seguenti motivi. I giudici di primo grado partono dalla disamina del principio consolidato in giurisprudenza secondo cui, nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica caratterizzata da una sola modalità di presentazione dell'offerta, predeterminata dalla stazione appaltante, o prescritta dalla legge, senza margine di scelta per il concorrente, ed il cui controllo è sottratto di fatto al concorrente stesso, il malfunzionamento del sistema di presentazione dell'offerta non può ripercuotersi a danno dell'offerente. Tuttavia, nella logica della leale collaborazione, il concorrente deve comunque farsi parte diligente nel presentare correttamente e tempestivamente la propria offerta, così come la stazione appaltante deve mettere l'operatore economico nelle condizioni di partecipare alla gara. Alla luce di quanto sopra, il TAR conferma il principio consolidato secondo cui, se il malfunzionamento del sistema telematico di gestione della gara ha determinato una interferenza reale sull'intervallo di presentazione dell'offerta prescritto dalla disciplina di gara, la Stazione appaltante è tenuta, nelle forme più adeguate alla fattispecie, a ripristinare tale intervallo interessato dal malfunzionamento, al fine di offrire la possibilità all'operatore economico di fatto escluso di presentare la propria offerta, in attuazione del principio di par condicio competitori. E non rileva la circostanza che la stazione appaltante non si sia avveduta tempestivamente del malfunzionamento del sistema. Se tale problema, infatti, emerge successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, l'Amministrazione precedente è tenuta a disporre la riapertura del termine, adottando un provvedimento espresso con finalità sovrapponibili a quelle di una vera e propria proroga (cfr., CdS, sez. V, 4135/2017; TAR Puglia, Sez. I, 1094/2015).

Il rischio inerente alle modalità di trasmissione della domanda di partecipazione fa carico solo ed esclusivamente alla parte che, unilateralmente, ha scelto il reattivo sistema e ne ha imposto l'utilizzo ai partecipanti. Anche quando risulti impossibile stabilire se l'errore derivi dal trasmittente, ovvero da un vizio di sistema, il pregiudizio ricade comunque su chi ha bandito, organizzato e gestito la gara (cfr., C.d.S., sez. III, 481/2013), e ciò in virtù della considerazione che le procedure informatiche si collocano in una posizione servente rispetto ai procedimenti amministrativi e non potendo essere ostacolato, per problematiche di tipo tecnico, l'ordinato svolgimento dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione e tra pubbliche amministrazioni, attesa la natura meramente strumentale dell'informatica applicata all'attività della PA. L'agevolazione che la PA sul piano organizzativo interno dalla gestione digitale dei flussi documentali deve, necessariamente, essere controbilanciata all'onere di accollarsi il rischio di eventuali malfunzionamenti ed esiti anomali dei sistemi di cui la PA si avvale. Ciò trova una giustificazione normativa nel disposto di cui all'art. 79, comma 5 bis, del D.lgs. n. 50/2016, secondo cui *“la stazione appaltante adotta i necessari provvedimenti al fine di assicurare la regolarità della procedura nel rispetto dei principi di cui all'art. 30, anche disponendo la*

sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento [...] la pubblicità di tale proroga avviene attraverso la tempestiva pubblicazione di apposito avviso presso l'indirizzo internet dove sono accessibili i documenti di gara [...] nonchè attraverso ogni altro strumento che la Stazione appaltante ritenga opportuno”.

La pubblica amministrazione è vincolata nell'an dell'informazione a favore dei potenziali concorrenti, essendo il *quomodo* della stessa informazione soggetto unicamente ad una valutazione discrezionale dell'amministrazione precedente.

A cura di Claudio Maria Lamberti

Posto il principio sopra evidenziato, i giudici di prime cure si dedicano alla fattispecie concreta, affermando quanto segue. Posto che il malfunzionamento della piattaforma telematica è intervenuto nella fase di presentazione delle offerte, per ragioni ascrivibili ad un errore commesso dalla stazione appaltante nella predisposizione dei moduli di offerta, la Stazione appaltante aveva avvertito i potenziali partecipanti - mediante un comunicato pubblicato sulla piattaforma - che, a causa dell'erroneo caricamento della RDO, avrebbe provveduto a riformulare la stessa in maniera corretta la settimana successiva. Il comportamento della PA nella specie, secondo il TAR, appare evidentemente rispettoso del disposto di cui all'art. 79, comma 5 bis, del Codice dei contratti pubblici, avendo la stessa provveduto alla comunicazione ai potenziali partecipanti della indizione di una nuova gara riformulata in termini corretti, poi pubblicata sulla piattaforma MePA, con conseguente posticipazione del termine di presentazione delle offerte, rispetto a quello originariamente previsto nella prima RDO, revocata. In sostanza, la PA ha provveduto unicamente a prorogare la RDO erroneamente caricata sul sito, dandone tempestivo e pubblico avviso ai potenziali partecipanti, nel pieno rispetto del principio sopra menzionato, ovvero assumendosi il rischio del malfunzionamento della piattaforma dalla stessa scelta quale strumento di indizione della procedura ad evidenza pubblica. Posta tale pubblicazione, iniziative aggiuntive di pubblicità mediante altri strumenti, rispetto a quelli previsti dalla legge, sono soggette unicamente ad una valutazione discrezionale della PA, ed in quanto tali non integrano una violazione del principio di cui all'art. 97, comma 5 bis, del Codice dei contratti pubblici. L'utilizzo degli ulteriori strumenti, quindi, è soggetto alla valutazione di opportunità della pubblica amministrazione precedente, dunque, sindacabile soltanto sotto il profilo della adeguatezza ed opportunità, alla luce dei generali principi di leale collaborazione e proporzionalità e, quindi, secondo i paradigmi della buona fede e della correttezza, enucleabili dal più ampio concetto di buon andamento della funzione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. E ciò alla luce anche della peculiarità dello strumento telematico di gestione della gara, con tempi ristretti, che determinerebbe un onere eccessivo e sproporzionato di diligenza in capo ai potenziali concorrenti, compromettendo di fatto il principio di massima partecipazione. Si deve, in sostanza, realizzare il corretto bilanciamento dei rispettivi oneri di diligenza da parte della pubblica amministrazione e dei privati concorrenti, in un'ottica di accentuato favore per l'instaurazione di conegni di reciproco e collaborativo soccorso, volti alla salvaguardia dell'altrui utilità ove commisurata ad un sacrificio di analoga

portata.

I provvedimenti adottati dalla PA prima dell'aggiudicazione definitiva, senza il preventivo coinvolgimento dei partecipanti, sono pienamente validi ed efficaci.

A cura di Linda Giovanna Vacchiano

I giudici di primo grado, poi, hanno ulteriormente evidenziato la legittimità del comportamento tenuto dalla pubblica amministrazione procedente nel caso di specie, anche sotto altro profilo.

In aderenza all'orientamento consolidato in giurisprudenza sul punto, il TAR ha provveduto ad affermare che nel caso di specie la stazione appaltante ha inteso procedere ad una proroga di una gara precedentemente indetta, in virtù del vizio procedimentale in cui la stessa era incorsa dovuto ad un malfunzionamento della piattaforma telematica prescelta. Tuttavia, ove la stessa invece avesse voluto effettivamente procedere alla revoca della procedura indetta, sarebbe stata libera di farlo, senza pregiudizio alcuno per i concorrenti effettivi. Infatti, nel caso in cui non sia intervenuta ancora l'aggiudicazione definitiva, non si configura la costituzione di posizioni qualificate e differenziate in capo ai concorrenti e, per l'effetto, l'eventuale mancata comunicazione individuale di tale circostanza non inficia i provvedimenti adottati (Consiglio di Stato, 11.3.2020, n. 1744; Tar Lazio, Roma, 11.3.2020, n. 3142). Lo stesso dicasi anche con riferimento alla proposta di aggiudicazione che, prevista dall'art. 33, comma 1, del D.lgs. n. 50/2016, costituisce mero atto endoprocedimentale non assente valenza esterna (cfr., C.d.S., sez. V, 10.10.2019; C.d.S., sez. III, 4447/2019; C.d.S., sez. V, 6323/2018; C.d.S., sez. V, 5689/2017; C.d.S., sez. III, 3359/2017; C.d.S., sez. III, 13748/2015; C.d.S., 4809/2013).

LEGGI LA SENTENZA

N. 05026/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01670/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1670 del 2020, proposto da

Ecotecmed S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Miani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

I.R.C.C.S. di Diritto Pubblico Fondazione G. Pascale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paola Cosmai, Carlo Di Marsilio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Paola Cosmai in Napoli, via M. Semmola;

per l'annullamento:

a) della procedura d'acquisto tramite richiesta d'offerta (R.d.O.) aperta del "servizio di un sistema di sanificazione in continuo delle acque destinate al consumo umano distribuite dalla rete idrica interna dell'Istituto", pubblicata, per conto dell'I.R.C.C.S. Pascale di Napoli, sul Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione ("MePA") in data 12/02/2020 con il numero identificativo 2512539;

b) della nota, a firma congiunta del Direttore S.C. "Progettazione e Manutenzione Edile – Impianti – Tecnologie" dell'Istituto e del RUP, comunicata a mezzo pec in data 19/05/2020, con la quale è stata respinta la richiesta della società ricorrente di annullamento in autotutela della predetta procedura d'acquisto;

c) di ogni altro atto preordinato, connesso e consequenziale - ivi compresi bando e/o disciplinare e/o capitolato d'appalto e/o riepilogo RdO nonché eventuali verbali di gara - comunque lesivo del diritto della società ricorrente a concorrere per l'affidamento del servizio per cui è causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'I.R.C.C.S. di Diritto Pubblico Fondazione G. Pascale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2020 il dott. Fabio Maffei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con il presente gravame l'odierna ricorrente ha impugnato la procedura selettiva, sotto-soglia, svolta mediante Richiesta di Offerta sul MEPA, avente ad oggetto

l'esecuzione del servizio di un sistema di sanificazione in continuo delle acque destinate al

consumo umano distribuite dalla rete idrica interna all'Istituto resistente. In particolare, ha dedotto in fatto che con la Deliberazione n. 817 del 18/10/2019 l'Istituto resistente aveva indetto la predetta procedura e, successivamente, pubblicato sul portale MEPA la corrispondente R.d.O. aperta (identificata con il n. 2424295), indicando le date del 18/12/2019 e del 10/02/2020 quali rispettivamente termini iniziale e finale per la presentazione delle offerte.

Tuttavia, a causa delle problematiche emerse con riguardo al caricamento delle offerte sul portale MePA, alla RdO n. 2424295 era stata, in data 7.2.2020, associata la nota con cui l'istituto ne preannunciava la riformulazione in modo corretto, avendo successivamente disposto la sua revoca e conseguente sostituzione con un'altra RDO, senza tuttavia darne alcun riscontro né sul portale dell'Istituto né sulla piattaforma ANAC.

In data 10 maggio 2020, la soc. ricorrente, avendo appreso che, per l'acquisizione del servizio in questione, era stata pubblicata sul portale MePA una nuova RdO e che era scaduto il termine per la presentazione delle offerte, ha inteso impugnare gli atti della procedura articolando le seguenti censure.

I. Violazione artt. 29, co. 1 e 2, art. 30, co. 1, e art. 73, co. 4, del d.lgs. 50/2016 – violazione art. 37 d.lgs. 33/2013 e dei principi di pubblicità e trasparenza. Sosteneva, in particolare, che una volta intervenuta la revoca e/o annullamento della Richiesta d'Offerta (RdO), l'Ente, preservando l'intenzione di acquisire i medesimi beni, sarebbe stato tenuto ad indire una nuova procedura, dandone adeguata pubblicità sul proprio profilo, oltre che sul portale ANAC. Omettendo tale pubblicità, il resistente istituto aveva violato il combinato disposto degli artt. 29, 30 e 74 D.Lgs. 50/2016.

II. Violazione l. 241/90 – violazione art. 32, co. 2, d.lgs. 50/2016 – violazione del giusto procedimento.

Inoltre, il resistente istituto aveva bandito la successiva procedura di acquisto omettendo previamente l'adozione sia di un apposito atto di revoca della procedura d'acquisto originariamente lanciata sul MePa (ovverosia quella associata alla Rdo n. 2424295), sia dell'atto di indizione della nuova gara (poi associata alla RdO n. 2512539).

In tal modo aveva violato il principio secondo cui la revoca di un provvedimento amministrativo costituisce esercizio del potere di autotutela della p.a. implicante la necessità di esplicitare le ragioni giustificanti la nuova determinazione, non potendo tale provvedimento assumere forma implicita, pena la violazione dell'art. 3 L. 7 agosto 1990 n. 241. Nella fattispecie, poi, non si sarebbero potuti rinvenire i presupposti per ritenere integrata una revoca implicita della procedura d'acquisto, in assenza del requisito della medesima competenza nell'autorità amministrativa emanante l'atto implicito e l'atto presupponente, poiché la revoca della originaria procedura d'acquisto non era desumibile da alcun atto adottato dal Direttore Generale dell'Istituto, ovverosia dall'organo che, con la delibera n. 817 del 18/10/2019, aveva indetto la gara in contestazione.

Si è costituita l'Amministrazione resistente, instando per il rigetto del gravame, siccome infondato.

Con ordinanza collegiale n. 1151/2020 del 9 giugno 2020 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare, con rinvio, per la trattazione nel merito del ricorso, all'udienza del 6 ottobre 2020. Alla predetta udienza, la causa è stata riservata in decisione.

2.- Il ricorso è infondato non condividendo il Collegio l'impostazione censoria articolata dalla ricorrente, stante l'infondatezza di entrambi i proposti motivi di gravame la cui congiunta disamina s'impone in ragione della evidente connessione logica.

2.1.- Per dirimere l'odierna controversia, occorre muovere dal costante orientamento giurisprudenziale secondo cui, nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica caratterizzata da un'unica modalità di presentazione dell'offerta, predeterminata dalla stazione appaltante, o prescritta dalla legge, senza margine di scelta per il concorrente, e il cui controllo è sottratto al concorrente stesso, il malfunzionamento del sistema di presentazione dell'offerta non può ripercuotersi a danno dell'offerente.

Nella logica di leale collaborazione che informa i rapporti tra l'Amministrazione e l'amministrato, il concorrente deve farsi parte diligente nel presentare correttamente e tempestivamente la propria offerta, così come la stazione appaltante deve mettere l'operatore economico in condizione di partecipare alla gara. Pertanto, a fronte di un malfunzionamento del sistema telematico di gestione della gara, tale da aver realmente interferito sull'intervallo di presentazione dell'offerta stabilito dalla disciplina di gara, la Stazione appaltante è tenuta, nelle forme più adeguate alla fattispecie, a ripristinare tale intervallo, compromesso dal malfunzionamento, in modo da offrire la possibilità all'operatore economico di presentare la propria offerta, garantendo la par condicio competitorum.

Per le ragioni sopra indicate, non può pregiudicare l'operatore economico la circostanza che la stazione appaltante non si sia avveduta tempestivamente del malfunzionamento del sistema: se il problema, ancorché antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, emerge successivamente alla scadenza dello stesso, l'Amministrazione dispone la riapertura del termine adottando un provvedimento con finalità sovrapponibili a quelle della proroga (cfr.: C.d.S., Sez. V, sentenza n. 4135/2017; TAR Puglia, Bari, I, 28.7.2015, n. 1094).

In altri termini, "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; qualora sia 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).

Va invero rimarcato che le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi devono 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, atteso che 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.

Gli enunciati principi si fondano sulla portata precettiva dell'art. 79, comma 5 bis, del D.Lgs n. 50/2016, come modificato dal D.Lgs. n. 56/2017, recante la seguente specifica: "... la stazione appaltante adotta i necessari provvedimenti al fine di assicurare la regolarità della procedura nel rispetto dei principi di cui all'art. 30, anche disponendo la sospensione del termine per la ricezione dell'offerte per il periodo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del mancato funzionamento [.....] 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".

2.1.- Nell'odierna fattispecie, incontestato il malfunzionamento della piattaforma telematica intervenuto nella fase di caricamento della domanda (quando il relativo termine non era ancora scaduto), le circostanze fattuali controverse attengono alle modalità di pubblicazione dell'avviso di posticipazione del termine di presentazione delle offerte.

Orbene, dalla documentazione in atti emerge che il resistente istituto, indetta la procedura selettiva in contestazione con la Deliberazione n. 817 del 18/10/2019, aveva inserito sul portale telematico la richiesta di offerta (R.d.O.) contrassegnata con il n. 2424295 indicando nelle date del 18/12/2019 e del 10/02/2020 rispettivamente il termine iniziale e finale per la presentazione delle offerte.

Tuttavia, a causa di problematiche sorte relativamente al caricamento delle offerte per ragioni ascrivibili ad un errore commesso dalla stazione appaltante nella predisposizione dei moduli di offerta, quest'ultima, con nota del 07/02/2020, pubblicata sul prescelto portale aveva avvertito i potenziali offerenti che avrebbe provveduto a "riformulare la Rdo in maniera corretta la prossima settimana".

Pertanto, annullata la RdO n. 2424295, aveva pubblicato sul portale MePA una nuova RdO, identificata con il n. 2512539, riferita alla medesima gara, emendando esclusivamente l'errore precedentemente riscontrato e, in ragione di ciò, disponendo al contempo la proroga sia del termine per la presentazione delle offerte al 10.3.2020, sia dello svolgimento del servizio in precedenza affidato all'odierna ricorrente.

2.3.- Dalla ripercorsa disamina documentale, a parere del Collegio, emerge come la stazione appaltante abbia rispettato l'art. 79, comma 5 bis, del Codice dei contratti pubblici, avendo sia comunicato ai potenziali offerenti l'intenzione di riformulare in termini corretti la precedente RDO, sia dato avviso sul Portale MEPA, indicato dalla legge di gara, della posticipazione del termine di presentazione delle offerte.

La resistente amministrazione, pertanto, avvalendosi di modalità idonee ad assicurare l'accesso agli atti di gara e, più puntualmente, all'avviso di proroga, tramite diretta consultazione del portale, si è limitata esclusivamente a correggere il vizio del sistema da essa stessa ingenerato, onde evitare di subirne il corrispondente pregiudizio, in piena applicazione della giurisprudenza sopra citata.

Operando in tal modo, senza dunque aver affatto inteso revocare la gara già indetta e bandire una nuova procedura selettiva, la resistente ha assolto l'obbligo pubblicitario imposto dall'art. 79, comma 5 bis, cit.

La norma, infatti, impone che della riapertura/proroga del termine di presentazione delle offerte la stazione appaltante fornisca adeguata pubblicità "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".

Nell'interpretare la riportata formulazione, deve ritenersi che l'attivazione di iniziative aggiuntive alla sola pubblicazione sul sito internet ricada nell'alveo di una valutazione discrezionale della stazione appaltante. A non diverse conclusioni induce la presenza della congiunzione "nonché", che contempla una clausola generale tale da suggellare il carattere "elastico" della soluzione di volta in volta rimessa, sul punto, al giudizio di "opportunità" dell'amministrazione. Peraltro, se è pur vero che la modulazione degli strumenti aggiuntivi alla pubblicazione sul sito è rimessa allo scrutinio discrezionale dell'amministrazione, ciò non toglie che la scelta in concreto operata possa essere vagliata - sia pure nei limiti del sindacato sull'eccesso di potere - nel suo stesso fondamento di "adeguatezza ed opportunità", alla luce dei generali principi di

leale cooperazione e proporzionalità e, quindi, secondo i paradigmi di "buona fede" e "correttezza", enucleabili dal più ampio concetto di "buon andamento" della funzione amministrativa.

Tanto vale, a maggior ragione, all'interno di procedure telematiche caratterizzate da termini particolarmente ristretti e nelle quali risulta fondamentale l'utilizzo di modalità idonee e coerenti per comunicare lo svolgimento delle operazioni di gara, onde evitare di imporre ai concorrenti degli oneri di diligenza sostanzialmente sproporzionati, che possono condurre alla loro estromissione per omissioni facilmente evitabili e, quindi, all'ingiustificata compromissione del principio della massima partecipazione.

Nel caso di specie, la stazione appaltante non solo ha provveduto alla pubblicazione sul portale MEPA sia dell'annullamento della precedente Rdo, sia della nuova richiesta di offerte, ma ha anche preavvertito gli operatori economici dell'errore riscontrato e dell'intenzione di emendarlo, a tal fine prorogando il termine per l'inserimento delle offerte.

Il puntuale inserimento degli avvisi telematici sopra descritti sul portale prescelto dalla lex specialis per l'espletamento della gara, la libera accessibilità allo stesso da parte degli operatori economici, nonché l'impiego di modalità comunicative in linea con i precedenti contatti con cui gli stessi concorrenti avevano, poco tempo prima, segnalato il guasto e sollecitato la controparte pubblica a fornire indicazioni sulla riattivazione del sistema, confermano come l'azione dell'amministrazione abbia realizzato il corretto bilanciamento dei rispettivi oneri di diligenza della parte pubblica e privata, proporzionati alla specificità del caso e alla misura della proroga concessa, rispettando sia la logica semplificatoria dell'introduzione delle procedure telematiche, sia i principi di correttezza, leale cooperazione e buona fede.

Questi ultimi, d'altra parte, impongono una considerazione solidaristica, ponderata e dinamica degli obblighi ricadenti sulle parti della relazione giuridica, in un'ottica di accentuato favore per l'instaurazione di contegni di reciproco e collaborativo soccorso, volti alla salvaguardia dell'altrui utilità ove commisurata ad un sacrificio di analoga portata.

A riprova ed integrazione del quadro di principi sin qui tracciato, assume quindi decisiva rilevanza l'ulteriore circostanza che taluni operatori economici siano riusciti a rispettare il termine fissato dalla lex specialis per la presentazione dell'offerta, superando le criticità inizialmente incontrate in ragione delle idonee modalità comunicative prescelte dalla stazione appaltante.

Infine, tutte le argomentazioni esposte dimostrano che il resistente istituto non abbia affatto inteso revocare la gara indetta, ma esclusivamente garantirne il corretto svolgimento, scongiurando il c.d. "rischio informatico", dovendosi comunque rammentare che, in ogni caso, per consolidata giurisprudenza (v. Consiglio di Stato, 11.3.2020, n. 1744; Tar Lazio, Roma, 11.3.2020, n. 3142), i provvedimenti di ritiro inerenti a procedure di gara per le quali non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva non radicano posizioni qualificate e differenziate in capo ai concorrenti e, per l'effetto, l'eventuale mancato inoltrare individuale delle comunicazioni non inficia i provvedimenti adottati.

Per quanto sin qui esposto, il ricorso è infondato con la conseguente sua integrale reiezione.

3.- Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Napoli (Sezione Quinta),

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge;

condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite in favore dell'Amministrazione resistente liquidandole nella somma di € 1.500,00 (millecinquecento/00) a titolo di compensi e spese, oltre ad i.v.a e c.p.a..

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario

Fabio Maffei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE Fabio Maffei

IL PRESIDENTE Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO