

Pubblicato il 29/07/2024

N. 00581/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00219/2024 REG.RIC.



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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 219 del 2024, proposto da Almaviva - The Italian Innovation Company s.p.a., Unidata s.p.a., Seccafieno Servizi s.r.l., Next s.r.l., Idroambiente s.r.l., Eagleprojects s.p.a., Finalca Ingegneria s.r.l., Bm Tecnologie Industriali s.p.a., Meritec s.r.l., Gemas s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B0B31104AF, rappresentati e difesi dagli avvocati Francesco Saverio Cantella, Francesco Cardarelli e Filippo Lattanzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Cardarelli in Roma, via G. P. Da Palestrina, 47;

contro

Valle Umbra Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Idea Information Development & Automation s.r.l., Datek22 S.r.l., Idrostudi s.r.l., Puglia Engineering s.r.l., Acea Engineering Laboratories Research Innovation – Acea Elabo-Ri s.p.a., Idragest s.r.l., Environmental Technological Solutions s.r.l., Pipecare s.r.l., Darf s.r.l., Beccaceci s.r.l., Cebat s.p.a., Eurisko s.r.l., Sologas s.r.l., A2a Smart City s.p.a., Xylem Water Solutions Italia s.r.l., Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero delle Imprese e del Made in Italy, Invitalia - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a., Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la Trasformazione Digitale, non costituiti in giudizio; Information Development And Automation s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enzo Giacometti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della nota del 30.4.2024 prot. n. 5097 con la quale VUS ha comunicato al costituendo RTI Almaviva la sua esclusione dalla procedura aperta per la realizzazione di una rete smart intelligente per la gestione sostenibile della infrastruttura acquedottistica nella Valle Umbra – PNRR M2C24-I4.2 (CUP E81D22000050003 – CIG B0B31104AF) in ragione dell'asserita incompletezza dell'offerta economica, nonché la proposta di aggiudicazione formulata dalla commissione giudicatrice a favore del RTI IDEA e Partners;
- del provvedimento del 29.4.2024 di non ammissione del RTI Almaviva alle fasi successive della gara, nonché del non conosciuto verbale della seduta della commissione giudicatrice del 23.4.2024, le cui motivazioni sono state trascritte nella nota del 30.4.2024;
- del provvedimento del 3.5.2024 prot. n. 6041 con il quale VUS, riscontrando negativamente l'istanza di riammissione in gara presentata dal RTI Almaviva con

pec del 30.4.2024, ha confermato il provvedimento di esclusione, rilevando l'assenza di malfunzionamenti nella Piattaforma telematica;

e in quanto occorrer possa:

- dei §§14, 17 e 21 del disciplinare qualora interpretati nel senso di determinare l'automatica esclusione delle offerte economiche nelle quali non siano contenute la dichiarazione sul CCNL applicato e quella di cui all'art. 91, comma 5, d.lgs. n. 36 del 2023, senza consentire il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 101 d.lgs. n. 36 del 2023, nonché, in via subordinata, nella parte in cui impongono l'inserimento della dichiarazione di cui all'art. 11, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023 nell'offerta economica e non nella domanda di partecipazione;

del §20 del disciplinare nella parte in cui dovesse essere interpretato nel senso di non consentire, nel caso di eventuali incompletezze dell'offerta tecnica e/o economica, al seggio di gara di valutare la presenza delle dichiarazioni omesse nella domanda di partecipazione del medesimo concorrente;

- del §13 del disciplinare qualora interpretato nel senso di addossare ai concorrenti anche il rischio di eventuali malfunzionamenti della piattaforma telematica impeditivi del corretto caricamento a sistema dell'offerta;

di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, anche se non conosciuto.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale depositato da Information development and automation s.r.l. in data 5 giugno 2024:

- della nota prot. n. 5097 del 30.4.2024 con la quale VUS ha comunicato al RTI ricorrente l'esclusione dalla procedura aperta per la "Realizzazione di una rete smart intelligente per la gestione sostenibile della infrastruttura acquedottistica nella Valle Umbra" (C.I.G. B0B31104AF) nonché del provvedimento del 29/04/2024 di non ammissione del RTI Almamiva alle fasi successive della gara, per ragioni differenti da quelle già invocate dalla stazione appaltante, così come si chiarirà nel prosieguo;

- dei verbali tutti della procedura di gara e, in particolare, quelli del 23 e 29 aprile 2024 per non aver disposto l'esclusione del RTI ricorrente anche per ragioni diverse da quelle invocate dalla stazione appaltante;
e per la conseguente declaratoria dell'illegittima partecipazione alla procedura *de qua* del RTI ricorrente principale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Valle Umbra Servizi s.p.a. e di Information Development And Automation s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 luglio 2024 la dott.ssa Daniela Carrarelli 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 bando pubblicato l'8 marzo 2024, Valle Umbra Servizi s.p.a. (VUS) indiceva una procedura aperta per la realizzazione di una rete *smart* intelligente per la gestione sostenibile della infrastruttura acquedottistica nella Valle Umbra, PNRR M2C24- I4.2 (CUP E81D22000050003 – CIG B0B31104AF).

L'importo a base d'asta era di 33.927.000 euro, al netto dell'iva, e la gara sarebbe stata aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di 80 punti alla parte tecnica e 20 punti a quella economica. Il termine per la presentazione delle offerte era fissato per il 12 aprile 2024 alle ore 12.

Alla gara partecipavano, oltre al RTI Almaviva, il RTI IDEA e quello con mandataria F.lli Fegatilli s.r.l.

1.1. Riferisce la parte ricorrente di aver iniziato le procedure di caricamento a sistema della propria offerta tramite il portale PRO-Q in data 10 aprile 2024 (con due giorni di anticipo rispetto alla scadenza), ma di aver da subito riscontrato problematiche nel caricamento della documentazione tecnica ed amministrativa relativa alle numerose imprese del costituendo RTI, superate solo a seguito di interlocuzione con l'*help desk* nel pomeriggio dell'11 aprile.

Caricata a sistema la domanda di partecipazione redatta compilando il modello 1 nonché le offerte tecnica ed economica predisposta utilizzando il modello 6 per i raggruppamenti (file *GARA_07_BS-2024_Modelli_5-6_offerta_economica_-_RTI_ALMAVIVA.pdf.p7m.p7m.p7m.p7m*, firmato digitalmente da tutte le imprese), il 12 aprile alle ore 10.10 circa Al maviva firmava digitalmente e procedeva al caricamento del file di offerta economica generato dalla piattaforma *8603b063-7b78-407e-83d6-16b1e31a0934.pdf.p7m.p7m.p7m* (anch'esso firmato digitalmente da tutte le imprese del RTI) nella sezione "Offerta Economica"; sul portale compariva, tuttavia, un segnale di *warning* consistente una icona rossa di pericolo accanto all'anzidetto file generato dal sistema senza ulteriori messaggi esplicativi. A fronte dell'imminente scadenza dei termini, e non potendo comprendere le ragioni alla base del *warning*, il RTI Al maviva procedeva a caricare il file di offerta economica generato dal sistema anche nella sezione "*GARA 07 BS-2024 Modelli 5-6 offerta economica*" insieme al file *GARA_07_BS-2024_Modelli_5-6_offerta_economica_-_RTI_ALMAVIVA.pdf.p7m.p7m.p7m.p7m* caricato in precedenza.

Al termine della procedura di caricamento, e in assenza di ulteriori indicazioni di malfunzionamento, alle ore 11:55 del 12 aprile 2024 Al maviva procedeva alla trasmissione definitiva dell'offerta tramite l'apposita funzione dell'applicativo PRO-Q, ricevendo dal sistema una mail alle ore 11:56 con la quale veniva confermata l'avvenuta trasmissione con successo dell'offerta.

1.2. Con provvedimento del 29 aprile 2024, VUS comunicava l'esclusione del RTI Al maviva, senza specificarne le ragioni; il giorno successivo la Stazione appaltante inoltrava al citato RTI la nota prot. n. 5907 nella quale erano trascritte le motivazioni a sostegno dell'esclusione contenute nel verbale di gara n. 2 del 23 aprile 2024, di seguito riportate: «RTI *Al maviva – B.M. Tecnologie Industriali Spa Società Benefit e altri* presenta tre modelli di offerta economica generati dalla piattaforma firmati digitalmente che riportano ribasso offerto, costi della manodopera e oneri aziendali per la sicurezza ma non indicano gli altri elementi e dichiarazioni previsti dal disciplinare di gara al paragrafo 17 indicati anche nei modelli 5-6 messi a disposizione dalla stazione appaltante; in particolare non è stato dichiarato il CCNL applicato dai vari componenti l'RTI e non è presente la seguente dichiarazione “Ai sensi dell’art. 91, comma 5 del D.Lgs. 36/2023, dichiarano l’impegno ad eseguire la prestazione oggetto dell’appalto alle condizioni indicate dalla stazione appaltante e dalla disciplina applicabile, nonché secondo le caratteristiche prestazionali di cui alla propria Offerta Tecnica.”. Posto che i contenuti dei modelli 5-6 riservati all’offerta economica riguardano elementi e dichiarazioni indispensabili ai sensi del Codice dei Contratti D.Lgs. 36/2023, gli elementi mancanti, in particolare l’indicazione del CCNL applicato, si configurano come parte dell’offerta economica, la quale, in mancanza di tali elementi, si presenta incompleta. Né, come noto, a norma dell’art. 101 del D.Lgs. 36/2023 sono sanabili le carenze dell’offerta tecnica e di quella economica mediante l’istituto del soccorso istruttorio. Il principio di tassatività delle cause di esclusione non può dirsi violato a fronte di carenze dell’offerta economica. La mancanza dell’offerta economica, come pure la carenza o incertezza assoluta di un suo elemento essenziale ovvero del suo contenuto, comportano l’esclusione dalla gara, anche nel caso in cui la *lex specialis* sia silente sul punto; a maggior ragione nel caso in esame, in cui era chiara ed espressa la previsione della legge di gara sul punto, costituente autovincolo insuscettibile di essere modificato o disapplicato. Un diverso orientamento della Commissione, rappresenterebbe una palese violazione dei principi di par condicio, di immutabilità dell’offerta, di certezza e trasparenza delle regole di gara e del suo svolgimento. La commissione pertanto respinge l’offerta

economica del concorrente per i suddetti motivi dichiarando la documentazione non regolare e non ammette il concorrente alla ulteriore prosecuzione della procedura di gara». Nella nota era, altresì, indicata la proposta di aggiudicazione formulata dalla Commissione giudicatrice a favore del costituendo RTI IDEA e partners.

1.3. Con pec del 30 aprile 2024, inviata prima di ricevere la nota recante le motivazioni dell'esclusione, Al maviva trasmetteva a VUS una istanza di riammissione nella quale sintetizzava le risultanze tratte dal sistema con le relative ipotesi di malfunzionamento ed evidenziava come il file generato dalla piattaforma, risultato caricato tre volte, contenesse comunque tutte le informazioni considerate essenziali dall'art.17 del Disciplinare (ribasso percentuale, costi della sicurezza aziendale e costi della manodopera) e dalla legge (art. 108, comma 9, codice dei contratti pubblici), non essendo quindi configurabile alcuna delle cause di esclusione contenute nella *lex specialis* di gara.

L'istanza era rigettata da Valle Umbra Servizi con la nota del 3 maggio 2024 prot. 6041 nella quale – richiamata la motivazione contenuta nel verbale della Commissione del 29 aprile 2024 – si evidenziava che *«l'esclusione, a differenza di quanto sostenuto nella V.s. istanza, non ha nulla a che vedere con un non sussistente malfunzionamento della piattaforma telematica ma riguarda, come riferito nei suddetti atti, l'incompletezza dell'offerta economica. In relazione all'offerta caricata a sistema, si osserva comunque quanto segue. Le verifiche effettuate dal gestore della piattaforma hanno evidenziato che sono state eseguite 2 operazioni di caricamento e cancellazione (ultima di queste è avvenuta alle ore 11:15:13 del 12/04/2023) a conclusione delle quali sono risultate caricate a sistema tre offerte economiche. Il sistema non evidenzia sovrascritture ma, in ordine, inserimenti e cancellazioni logicamente sequenziali, dovute a intervento manuale dell'operatore ANTONIO AMATI. Tanto premesso, come detto, l'esclusione è dovuta all'incompletezza dell'offerta economica che non reca l'impegno ad eseguire la prestazione oggetto dell'appalto alle condizioni indicate dalla stazione appaltante e dalla disciplina applicabile, nonché secondo le caratteristiche*

prestazionali di cui alla propria Offerta Tecnica e non indica il CCNL applicato. Trattasi di elementi essenziali dell'offerta economica, come reso evidente dall'art. 17 del Disciplinare e dell'art. 11 del D.Lgs. 36/2023».

2. Le ricorrenti società del costituendo RTI Almaviva hanno agito per l'annullamento del citato provvedimento di esclusione e del successivo rigetto dell'istanza di riammissione alla procedura, articolando censure per:

i. violazione e falsa applicazione degli artt. 13, 14, 17 e 21 del disciplinare di gara, degli artt. 10, 11, 91, 101 e 108 d.lgs. n. 36 del 2023, nonché del principio di tassatività delle cause di esclusione e del *clare loqui*; eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneità del presupposto, travisamento dei fatti, irragionevolezza, ingiustizia e contraddittorietà manifesta. In disparte i malfunzionamenti della piattaforma telematica – su cui parte ricorrente si sofferma diffusamente nella ricostruzione in fatto – ad avviso di parte ricorrente l'offerta economica trasmessa dal RTI Almaviva avrebbe comunque dovuto essere ritenuta completa di tutti gli elementi essenziali, sussistendo, in ogni caso, i presupposti per l'attivazione del soccorso procedimentale di cui all'art. 101, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023.

Evidenza, in particolare, la parte ricorrente, che le dichiarazioni mancanti non erano da ritenersi essenziali alla luce della formulazione della *lex specialis* e dello stesso art. 17 del Disciplinare; il loro asserito omesso inserimento nella offerta economica caricata a sistema (imputabile, ad avviso di parte ricorrente, ad un malfunzionamento della piattaforma) sarebbe sanato dalle dichiarazioni identiche o equivalenti presenti in altre parti della medesima offerta ovvero, in ultima istanza, avrebbe dovuto comunque indurre la Stazione appaltante ad attivare il soccorso procedimentale. In particolare, con la sottoscrizione della dichiarazione contenuta nella domanda di partecipazione (art. 15.1 e modello 1 del Disciplinare) e la trasmissione dell'offerta (art. 13 del Disciplinare) il RTI Almaviva si è impegnato ad eseguire le prestazioni accettando tutte le condizioni poste dalla stazione

appaltante e dalla disciplina, legislativa e regolamentare, richiamata negli atti di gara; quanto all'impegno a rispettare le caratteristiche prestazionali di cui alla propria offerta tecnica, oltre a non essere previsto dalla suddetta disposizione di legge (la clausola de qua dovendo quindi considerarsi nulla sotto tale profilo per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione), esso è ovviamente implicito nella proposta di quelle specifiche modalità di esecuzione delle prestazioni descritte nella offerta tecnica. Inoltre, l'impegno risultante dall'accettazione esplicita delle due prescrizioni di cui agli artt. 9 del Disciplinare e 1.6 del Capitolato tecnico assolverebbe alle finalità, ricavabili dall'art. 11 d.lgs. n. 36 del 2023, della dichiarazione relativa al CCNL applicato, equivalendo sul piano teleologico alla dichiarazione mancante.

L'indicazione del CCNL applicato ben avrebbe potuto essere acquisita in sede di soccorso procedimentale, senza che fosse integrato il contenuto dell'offerta economica, atteso che il CCNL applicato non è elemento costitutivo dell'offerta tecnica o economica, costituendo solo il limite esterno dei contratti individuali di lavoro che saranno applicati al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto; il CCNL, inoltre, preesiste all'offerta stessa, riferendosi ai contratti collettivi applicati dall'offerente al momento della partecipazione alla gara e operando quindi come dato storico tutt'al più verificabile documentalmente dalla stazione appaltante, e, in quanto parametro di riferimento per l'individuazione dei livelli retributivi minimi dei dipendenti, costituisce un presupposto indiretto alla base della determinazione dei costi della manodopera indicati in offerta senza tuttavia incidervi direttamente.

ii. in via subordinata, illegittimità della legge di gara, artt. 17 e 21 del Disciplinare, ove interpretata nel senso di condurre all'esclusione del RTI ricorrente, per violazione della tassatività delle clausole di esclusione art. 10, comma 2, d.lgs. n. 36 del 2023; illegittimità dell'art. 14 del Disciplinare di gara qualora interpretato nel senso di impedire l'attivazione del soccorso procedimentale nel caso che occupa.

In via ulteriormente subordinata, illegittimità dell'art. 17 del Disciplinare anche nella parte in cui ha previsto che la dichiarazione di cui all'art. 11, comma 2, Codice dei contratti pubblici fosse contenuta nell'offerta economica piuttosto che nella domanda di partecipazione, sebbene la norma in questione non specifichi in quale parte dell'offerta debba essere inserita la dichiarazione relativa al CCNL applicato, quest'ultima non può considerarsi elemento costitutivo dell'offerta tecnica o dell'offerta economica, non influenzando in alcun modo le modalità tecniche di esecuzione della prestazione ovvero gli impegni economici assunti; l'informazione in questione avrebbe quindi dovuto essere resa con la domanda di partecipazione, come del resto previsto dall'ANAC nel suo bando-tipo 1/2023 e dalla stessa VUS nelle precedenti gare. Risulterebbe illegittimo anche l'art. 20 del Disciplinare se interpretato nel senso di impedire alla Stazione appaltante, nel caso di eventuali incompletezze dell'offerta tecnica e/o economica, di valutare la presenza delle dichiarazioni omesse nella domanda di partecipazione del medesimo concorrente, in ragione della c.d. inversione procedimentale.

iii. in via subordinata: violazione e falsa applicazione degli artt. 19 e 25 d.lgs. n. 36 del 2023, nonché degli artt. 1 e 13 del disciplinare di gara, eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti; parte ricorrente lamenta che un malfunzionamento del sistema avrebbe impedito il corretto caricamento/acquisizione del modello 5/6 dell'offerta economica. Il riscontro dell'istanza di riammissione formulata dal RTI ricorrente, di cui alla nota di VUS del 3 maggio 2024 prot. n. 6041, sarebbe del tutto inadeguato, essendosi limitata la Stazione appaltante ad ipotizzare due presunte operazioni, di caricamento e cancellazione, eseguite dal rappresentante di Almagiva, a conclusione delle quali risulterebbero caricate tre offerte economiche tra loro identiche e generate tutte dal sistema, senza considerare gli elementi sintomatici di un malfunzionamento del sistema fornite dall'odierna ricorrente e non trasmettendo i *file log* alla base delle

suddette evidenze, i quali costituiscono l'unica prova delle effettive modalità di funzionamento della piattaforma.

3. Si è costituita per resistere in giudizio Valle Umbra Servizi s.p.a., evidenziando in punto di fatto il supplemento istruttorio effettuato dalla Stazione appaltante a seguito della pec della ricorrente del 23 aprile 2024 presso il gestore della piattaforma informatica, cui sono state richieste tutte le informazioni utili a verificare la situazione dell'offerta economica caricata da Almagiva e, in particolare: *«elenco dei log dell'utente in questione per le ultime due giornate o meglio per le attività di caricamento di tutta la documentazione presentata (dovrebbero aver inserito i documenti nelle giornate del 11 e 12 aprile); precisazione sulla comunicazione che loro evidenziano circa il caricamento del file denominato GARA_07_BS-2024_Modelli_5-6_offerta_economica_-_RTI ALMAGIVA.pdf.p7m.p7m.p7m.p7m di 102,74 KB ed in particolare: se questo file esiste nell'archivio di PRO-Q; 1. quale sia stato il problema del messaggio di warning che la piattaforma, secondo loro dichiarazione, ha evidenziato rispetto a tale file; 2. il motivo per il quale si sono creati file, disponibili nella piattaforma che, secondo loro, non sono stati caricati; 3. se esiste un punto dove chiunque poteva comprendere quale era azione da effettuare con un messaggio di WARNING; 4. quale possono essere le motivazioni per le quali, se è vero quanto dichiarato da O.E., sia stato possibile sovrascrivere un file a quello già inserito»*. In riscontro il gestore della piattaforma, fornendo anche i log di sistema e operativi relativi ad Almagiva, ha evidenziato che: *«...L'operatore comunque inserisce ed elimina documenti in autonomia nei due giorni ... Si lasciano al termine della procedura le sole tre offerte economiche allegate che sono presenti anche nella busta dell'operatore. Non ci sono sovrascritture ma in ordine inserimenti e cancellazioni logicamente sequenziali. Lato piattaforma non si evidenzia quindi alcun problema nella gestione della documentazione»*. Parte resistente ha evidenziato come da log operativi di sistema emerge che il file relativo al modello 5-6 offerta economica è stato volutamente eliminato da Almagiva, non essendo pertanto contestabile che il RTI ricorrente non ha caricato l'offerta economica con il file

“Modelli 5-6” recante le necessarie dichiarazioni sul CCNL applicato dai vari componenti l’RTI e sull’impegno all’esecuzione dell’appalto come da norme di gara e da offerta tecnica; pertanto nessun malfunzionamento risulta invocabile, con conseguente infondatezza del terzo motivo.

Nell’argomentare nel merito circa l’infondatezza delle censure attoree di cui al primo e secondo mezzo, la difesa resistente ha sottolineato, in particolare, l’essenzialità delle dichiarazioni mancanti. In primo luogo, alla luce dell’art. 11 d.lgs. n. 36 del 2023 la scelta del CCNL non è meramente facoltativa e deve essere effettuata nell’offerta, per poi essere confermata prima dell’aggiudicazione e verificata; la stessa è un elemento essenziale dell’offerta e, in quanto tale, la sua mancanza, non può essere sanata con il soccorso istruttorio, che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. L’indicazione del CCNL da applicare ai dipendenti occupati nell’appalto non è una facoltà ma un obbligo, mentre la facoltà sta nella possibilità del concorrente di indicare un contratto differente da quello individuato dalla Stazione appaltante; Almaviva non ha né aderito all’indicazione del contratto collettivo effettuata dalla VUS né ne ha indicato un altro. Con la conseguenza che la stazione appaltante non conosce, a tutt’oggi, il contratto collettivo che la ricorrente intende applicare in un appalto composto per un terzo di manodopera (per un importo di tale componente di oltre 11 milioni di euro). Né può ritenersi altrimenti surrogabile la richiesta dichiarazione prevista dall’art. 91, quinto comma, del d.lgs. n. 36 del 2023, riguardante l’impegno sulla esecuzione della prestazione e non l’accettazione delle norme di gara, risultando inconferente il richiamo alla dichiarazione di cui all’art. 15.1 del Disciplinare. Nessuna illegittimità sarebbe postulabile con riferimento alla legge di gara, che si limita a ribadire prescrizioni inderogabili di legge relative a elementi essenziali dell’offerta. Nessun soccorso poteva essere invocato, essendo il soccorso istruttorio impedito dal fatto che gli elementi mancanti sono elementi

essenziali dell'offerta, e impedito in radice in quanto esso sarebbe volto non a risolvere ambiguità presenti nell'offerta della ricorrente, quanto piuttosto a determinarne ex post la volontà negoziale, consistente nella scelta di utilizzare il CCNL scelto dalla stazione appaltante o altro CCNL.

4. Si è costituita per resistere in giudizio Information development and automation s.r.l. (IDEA s.r.l.), in proprio ed in qualità di capogruppo-mandataria di costituendo RTI con Datek 22 s.r.l., Idrostudi s.r.l., Puglia Engineering s.r.l. unipersonale, Acea Engineering Laboratories Research Innovation – Acea Elabori s.p.a., Idragest s.r.l., Enviromental Technological Solution s.r.l., Pipecare s.r.l., DARF s.r.l., Beccaceci s.r.l., Cebat s.p.a., Eurisko s.r.l., Sologas s.r.l., A2A Smart City s.p.a., Xylem Water Solutions Italia s.r.l.

5. La parte ricorrente non ha controdedotto.

6. Alla camera di consiglio del 21 maggio 2024, con riferimento al rito applicabile, le parti hanno concordato sulla circostanza che allo stato l'intervento è solo ammesso ma non finanziato con fondi PNRR. Il difensore della parte controinteressata si è riservato di proporre ricorso incidentale, indi la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Con ordinanza n. 30 del 2024, preso atto dei motivi ostativi alla definizione in forma semplificata, è stata accolta l'istanza cautelare, rilevato che *«dagli atti di causa emerge che per una parte dell'appalto in oggetto è stata presentata domanda di accesso al finanziamento relativo alla linea d'investimento del PNRR M2C4-I4.2 "Riduzione delle perdite nelle reti di distribuzione dell'acqua, compresa la digitalizzazione e il monitoraggio delle reti", e tale domanda è rientrata tra le proposte "ammesse ma non finanziate per carenza di fondi" (cfr. premessa del Disciplinare di gara doc. 4 deposito di parte ricorrente); - come confermato dalle parti in sede di discussione camerale, non risulta allo stato che la proposta sia stata finanziata, anche in parte, con risorse previste dal PNRR; conseguentemente al presente giudizio non è applicabile la disciplina di cui all'art. 12 bis del d.l. n. 68 del 2022 (conv. l. n. 108 del 2022)»*

e ritenuto che *«sotto il profilo della sussistenza del periculum e nella prospettiva del bilanciamento tra gli interessi coinvolti, non essendo allo stato intervenuta l'aggiudicazione, che il pregiudizio lamentato da parte appellante può essere adeguatamente tutelato conservando la res adhuc integra sino all'udienza per la definizione del merito, in assenza per converso di pregiudizi aventi carattere esiziale per l'interesse dell'Amministrazione (essendo indicato al § 3.1. del Disciplinare di gara quale termine per il completamento delle attività il 31 marzo 2026 e non essendo stata indicata dalle parti un più stringente cronoprogramma)»*. Gli atti della procedura per cui è causa sono stati, quindi, sospesi con fissazione per la trattazione del merito l'udienza pubblica del 23 luglio 2024.

8. In dal 5 giugno 2024 la parte controinteressata ha depositato ricorso incidentale per l'annullamento del provvedimento di esclusione gravato con il ricorso principale e di tutti i verbali della procedura di gara – in particolare, quelli del 23 e 29 aprile 2024 – per non aver disposto l'esclusione del RTI ricorrente principale anche per ragioni diverse da quelle invocate dalla Stazione appaltante e per la conseguente declaratoria dell'illegittima partecipazione alla procedura de qua del RTI Almaviva.

8.1. Con due motivi in diritto la ricorrente incidentale ha denunciato:

i. violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 5, 10, 33, commi 7 e 8, 91 comma 5, 107, 108, 148 e 167 del d.lgs. n. 36 del 2023 e dell'art. 72 del r.d. n. 827 del 1924, violazione e falsa applicazione della *lex specialis* e dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica sub specie par condicio; eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento della causa tipica, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, irragionevolezza, illogicità ed ingiustizia manifesta. Il mancato caricamento a sistema del modello 5/6 di offerta economica debitamente compilato avrebbe dovuto in sé comportare l'esclusione del RTI Almaviva, in applicazione dell'art. 17 del Disciplinare, non potendo essere sanato dalla sottoscrizione e upload del “riepilogo” dell'offerta economica generato

automaticamente dalla piattaforma telematica di negoziazione, in quanto carente di taluni elementi espressamente e tassativamente richiesti dalla *lex specialis*, senza possibilità di soccorso o del recupero *aliunde* di elementi fondamentali della proposta negoziale;

ii. sotto diverso profilo, violazione e falsa applicazione di legge e dei principi richiamati al precedente motivo, nonché eccesso di potere sotto i medesimi profili sintomatici atteso che il “*Riepilogo di offerta economica*” generato dal sistema si rivelerebbe inidoneo ad identificare un’offerta economica certa, determinata e coerente con le modalità di redazione dell’offerta previste, a pena di esclusione, dall’art. 17 del Disciplinare di gara, non essendo possibile comprendere se il ribasso formulato sia stato applicato anche agli oneri di sicurezza interferenziali, e mancando l’indicazione del ribasso in lettere – risultando espresso solamente in formula numerica – con conseguente inapplicabilità del criterio di risoluzione delle eventuali discordanze tra prezzo in cifre e prezzo in lettere.

9. Le parti hanno depositato documenti, memorie e repliche.

9.1. In particolare, con riferimento al ricorso incidentale, la parte ricorrente principale ne ha eccepito in via preliminare l’inammissibilità per difetto di legittimazione, in quanto IDEA non rivestirebbe la qualità di controinteressata ex art. 42 cod. proc. amm., non essendo stata ancora approvata l’aggiudicazione. La difesa attorea ha, poi, argomentato nel merito circa l’infondatezza delle censure proposte, insistendo sulla necessità di una valutazione contenutistica della documentazione tempestivamente trasmessa e sull’insussistenza di alcun dubbio sulla percentuale di ribasso offerta e sulla inapplicabilità del ribasso offerto agli oneri interferenziali.

9.2. Dopo aver puntualizzato le argomentazioni già spese nel ricorso introduttivo, la ricorrente principale, con riferimento al terzo motivo di ricorso formulato in via subordinata, ha evidenziato, in merito ai *log* forniti dal gestore del sistema e

trascritti nel *file excel* depositato in giudizio da VUS, che la circostanza che gli stessi non segnalino errori non potrebbe considerarsi decisiva ai fini di escludere un malfunzionamento della piattaforma. Ciò in quanto un errore dell'applicazione – che avrebbe sovrascritto e/o sostituito e/o alterato in qualche modo i file tempestivamente caricati dalle ricorrenti nel campo “... *modelli 5-6 offerta economica* ...” – difficilmente potrebbe risultare dai predetti log di sistema; questo perché un evento non previsto dai programmatori dell'applicazione non può essere gestito nei *log*, progettati per registrare le operazioni degli algoritmi ma non gli errori di programmazione. Sebbene, poi, dai *file log* non risulti che i *file* caricati siano stati in qualche modo elaborati dal sistema, nulla escluderebbe che ciò sia in realtà accaduto; anche tale rielaborazione sarebbe da ricondursi verosimilmente a un errore nella programmazione della piattaforma mai rintracciato dagli sviluppatori e non riportabile quindi nei *log* di sistema.

9.3 VUS ha ribadito le proprie difese rispetto al ricorso introduttivo, senza prendere posizione con riferimento al ricorso incidentale; la resistente ha, in particolare, evidenziato – eccependo l'inammissibilità di tale profilo di censura – che solo nelle memorie per la discussione la difesa attorea paventi un “*errore nella progettazione della piattaforma*”.

9.4. IDEA ha replicato in merito all'ammissibilità del ricorso incidentale e puntualizzato le proprie difese relativamente al ricorso principale, sottolineando, in particolare, che il RTI Almaviva non ha in alcun modo contestato la circostanza, già fatta valere dalla difesa controinteressata nella memoria illustrativa, che talune delle aziende facenti parti del medesimo consesso – Gemas s.r.l., UNIDATA s.p.a. e Eagleprojects s.p.a. – intendano applicare per l'esecuzione dell'opus contratti collettivi diversi da quelli indicati dalla stazione appaltante e segnatamente il CCNL Commercio ed il CCNL Telecomunicazioni.

10. All'udienza pubblica del 23 luglio 2024 sono stati uditi i difensori delle parti costituiti, come specificato a verbale. In particolare, il difensore di parte ricorrente ha dichiarato la volontà della Meritec s.r.l. di rinunciare al ricorso. La difesa di parte resistente ha dichiarato che l'interventi oggetto della procedura per cui è causa è stato ammesso al finanziamento con fondi PNRR e che il contratto dovrà essere stipulato entro il mese di settembre 2024, pena perdita del finanziamento stesso. Le parti hanno concordemente richiesto la pubblicazione del dispositivo; indi la causa è stata trattenuta in decisione.

11. Il Collegio ritiene di poter soprassedere alla separata pubblicazione del dispositivo, essendo la presente sentenza pubblicabile nei termini di cui all'art. 119, comma 5, cod. proc. amm.

12. Preliminarmente deve darsi atto della dichiarazione di rinuncia al ricorso da parte della ricorrente Meritec s.r.l. formulata dalla difesa attorea in sede di udienza pubblica. La rinuncia non notificata si presenta irrituale, in quanto non rispettosa del termine di cui al terzo comma dell'art. 84 cod. proc. amm., ma costituisce comunque circostanza idonea a determinare la parziale improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse alla decisione da parte della richiamata società (art. 84, comma 4, cod. proc. amm.).

13. Esigenze di ordine logico impongono di esaminare prima il ricorso principale, giacché solo dal suo eventuale accoglimento sorgerebbe per la parte controinteressata l'interesse alla decisione del ricorso incidentale.

14. Il primo ed il secondo motivo, pur nel rispetto della gradazione proposta dalla parte ricorrente, possono essere trattati congiuntamente e si presentano infondati per le considerazioni di seguito esposte.

14.1. L'art. 17 del Disciplinare di gara nel normare l'"Offerta economica", prevedeva, per quanto qui di interesse, che «*La "Busta C – Offerta economica", dovrà*

contenere, a pena di esclusione, l'offerta economica predisposta utilizzando il "Modello 5" oppure il "Modello 6" allegati al presente Disciplinare (messo a disposizione nella piattaforma Pro-Q).

L'offerta economica dovrà riportare: ... c) l'importo complessivo dei propri costi della manodopera...

In riferimento ai suddetti costi della manodopera, ai sensi dell'art. 11, comma 3 del D.Lgs. 36/2023, nell'offerta il concorrente dichiara di applicare il CCNL indicato dalla stazione appaltante, ovvero di applicare altro CCNL equivalente a quello indicato dalla stazione appaltante purché garantisca ai propri dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante.

Ai sensi dell'art. 91, comma 5 del D.Lgs. 36/2023, nell'offerta il concorrente dichiara l'impegno ad eseguire la prestazione oggetto dell'appalto alle condizioni indicate dalla stazione appaltante e dalla disciplina applicabile, nonché secondo le caratteristiche prestazionali di cui alla propria Offerta Tecnica. ...

Verranno escluse dalla gara le offerte qualora si riscontrino quanto segue: ... risultino in contrasto con disposizioni legislative o regolamentari imperative o inderogabili e con le indicazioni che la documentazione di gara individua come prescrittive oppure ne eccedano i limiti inderogabili;...».

Nei modelli 5-6 predisposti per la presentazione dell'offerta economica era conseguentemente riportato: «... In riferimento ai suddetti costi della manodopera, ai sensi dell'art. 11, comma 3 del D.Lgs. 36/2023, dichiarano (barrare il caso che ricorre e compilare): - di applicare il CCNL indicato dalla stazione appaltante; specificare anche le imprese: ...; - di applicare altro CCNL equivalente a quello indicato dalla stazione appaltante e precisamente il CCNL ... specificare anche le imprese: Ai sensi dell'art. 91, comma 5 del D.Lgs. 36/2023, dichiarano l'impegno ad eseguire la prestazione oggetto dell'appalto alle condizioni indicate dalla stazione appaltante e dalla disciplina applicabile, nonché secondo le caratteristiche prestazionali di cui alla propria Offerta Tecnica».

Contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa attorea, la lettera della legge di gara si presenta chiara ed univoca nell'individuazione degli elementi essenziali dell'offerta economica e nella comminatoria della sanzione espulsiva.

14.2. Come già rammentato, l'esclusione delle odierne ricorrenti si fonda sul caricamento sulla piattaforma telematica da parte del RTI Al maviva per tre volte del solo modello riepilogativo dell'offerta economica generato dalla piattaforma sistema, il quale non contiene due delle dichiarazioni inserite nei modelli 5-6 di offerta economica allegati al Disciplinare – i cui contenuti come visto sono espressamente indicati a pena di esclusione dall'art. 17 del Disciplinare – ossia: a) la dichiarazione relativa al CCNL applicato dalle imprese del costituendo RTI; b) la dichiarazione di cui all'art. 91, comma 5, d.lgs. n. 36 del 2023 relativa all'impegno ad eseguire la prestazione secondo le condizioni indicate dalla stazione appaltante e dalla disciplina applicabile, nonché sulla base delle caratteristiche prestazionali indicate nell'offerta tecnica.

Accogliendo una lettura non formalistica delle *lex specialis*, la Stazione appaltante ha escluso il RTI ricorrente non per il mancato utilizzo della modulistica messa a disposizione bensì per incompletezza dell'offerta economica, avendo ritenuto le dichiarazioni mancanti quali elementi essenziali dell'offerta stessa, in quanto tali non integrabili mediante soccorso istruttorio, se non in violazione dell'art. 101 d.lgs. n. 36 del 2023 e della par condicio tra i concorrenti.

14.2.1. Va preliminarmente osservato che il provvedimento di esclusione si presenta come atto a motivazione plurima (o “plurimotivato”).

Per costante giurisprudenza del giudice amministrativo, quando un provvedimento amministrativo è fondato su una pluralità di autonomi motivi, la legittimità di uno solo di essi è sufficiente a sorreggerlo mentre l'eventuale illegittimità di uno solo o più degli altri motivi non basta a determinarne l'illegittimità (C.d.S., sez. IV, 26 aprile 2022, n. 3167; Id., sez. III, 8 giugno 2021, n. 4373). La sussistenza di una

sola valida ragione ivi trasfusa può adeguatamente sostenerne la legittimità, «con conseguente carenza di interesse della parte ricorrente all'esame delle censure ulteriori volte a contestare le altre ragioni giustificatrici dell'atto medesimo» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 16 marzo 2022, n. 3044; cfr., *ex multis*, C.d.S., sez. VI, 31 luglio 2020, n. 4866; Id., 17 febbraio 2022, n. 1200).

14.3. Quanto all'assenza nella documentazione prodotta dal RTI ricorrente principale della dichiarazione concernente il CCNL applicato, va prioritariamente evidenziato che tale dichiarazione non risulta surrogabile da nessuna delle differenti dichiarazioni invocate dalla difesa attorea.

A differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente, non supplisce all'assenza di indicazione del CCNL applicato l'accettazione contenuta nel modello 1 correttamente depositato di «accettare senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di gara, nel disciplinare di gara, nello schema di contratto, nel capitolato speciale d'appalto, nei piani di sicurezza, negli elaborati tecnici». Parte ricorrente invoca, oltre al § 1.6. del Capitolato (che risulta inconferente essendo riferito ai termini per il collaudo) la prescrizione di cui al primo periodo dell'art. 9 del Disciplinare, ove si prevede che «L'aggiudicatario è tenuto a garantire l'applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale (o dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore) di cui al punto 3 [in cui si indica, ai sensi dell'art. 11, comma 2 del Codice dei contratti pubblici che «I contratti collettivi applicati sono CCNL Metalmeccanico per i servizi e il CCNL Edili»], oppure di un altro contratto che garantisca le stesse tutele economiche e normative per i propri lavoratori e per quelli in subappalto»; tale richiamo, tuttavia, non scioglie il nodo della scelta del/dei CCNL concretamente applicato/i, che resta rimessa all'operatore economico e non è evincibile dagli atti tempestivamente trasmessi alla Stazione appaltante.

Né può ritenersi in alcun modo implicita nella mancata dichiarazione l'accettazione del CCNL proposto dalla Stazione appaltante. Circostanza che, peraltro nel caso in

esame è espressamente smentita dalla stessa documentazione prodotta dalla ricorrente. Difatti, dal modello 6 relativo all'offerta economica del RTI ricorrente, depositato unitamente al ricorso principale e di cui si lamenta l'errato caricamento (doc. 10), emerge che solo alcune delle imprese del costituendo RTI applicano il CCNL indicato dalla stazione appaltante, mentre Gemas s.r.l., UNIDATA s.p.a. e Eagleprojects s.p.a. applicano i contratti equivalenti CCNL Commercio e CCNL Telecomunicazioni.

Pertanto, non può che convenirsi con la difesa resistente laddove evidenzia che la Stazione appaltante si trova allo stato dinnanzi all'assoluta incertezza circa il/i CCNL che la concorrente intende applicare, con le conseguenze in termini di valutabilità dell'offerta e della sua eventuale anomalia, su cui si tornerà.

14.4. Giova richiamare il disposto dell'art. 11 Codice dei contratti pubblici, che introduce già in rubrica il "Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore", specificando al secondo comma che «Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1». Il successivo terzo comma prevede che *«Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente»; infine al quarto comma si dispone che «Nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110».*

Risulta condivisibile la lettura di dette disposizioni proposta dalla difesa resistente; in particolare il comma 3 dell'art. 11 citato introduce per l'operatore economico la

facoltà di indicare nella propria offerta un CCNL differente da quello proposto dalla Stazione appaltante, ma a questa facoltà fa da contraltare l'obbligo di indicazione del CCNL da applicare ai dipendenti occupati nell'appalto, anche laddove si aderisca alla proposta dell'Amministrazione. Tale adempimento si configura come distinto e logicamente antecedente rispetto a quello di cui al comma 4, finalizzato all'eventuale verifica dell'equivalenza delle tutele previste di cui all'ultimo periodo.

Nel caso che occupa, come visto, Almaviva non ha né aderito all'indicazione del contratto collettivo effettuata da VUS né ne ha indicato uno differente. Va evidenziato che nel caso in esame tale indicazione assume particolare rilievo alla luce dell'incidenza del costo della manodopera – circa il 33%, per oltre 11 milioni di euro – sull'importo particolarmente rilevante posto a base d'asta. Dette grandezze comportano che la scelta del CCNL applicato possa incidere significativamente sui costi della manodopera con riflessi sulla verifica dell'anomalia dell'offerta; nel caso in esame la Stazione appaltante non avrebbe avuto a disposizione gli elementi per una verifica dell'anomalia, se non consentendo al concorrente di integrare ex post tale elemento, aprendo all'inammissibile possibilità di una variazione (o integrazione) sostanziale degli elementi dell'offerta economica.

Non può convenirsi con le argomentazioni di parte ricorrente laddove contesta la *lex specialis* per aver previsto la scelta del CCNL come componente dell'offerta economica anziché l'inserimento della stessa nella documentazione amministrativa, con gli ovvi riflessi in termini di soccorribilità.

In primo luogo, è la stessa lettera dell'art. 11 d.lgs. n. 36 del 2023 a fare riferimento all'"offerta" come sede di tale scelta, lasciando evidentemente libera la *lex specialis* di ulteriori specificazioni. Proprio la rilevanza dell'incidenza del costo della manodopera nell'ambito dell'appalto per cui è causa rende del tutto ragionevole la

scelta operata nel caso in esame di ritenere elemento essenziale dell'offerta economica l'indicazione del CCNL applicato.

Anche il bando tipo ANAC 1/2023, invocato dalla parte ricorrente, inserisce comunque tale dichiarazione nell'ambito dell'offerta, anche se nella parte tecnica piuttosto che economica (cfr. pag. 35 doc. 17 di parte ricorrente), con analoghe conseguenze in termini di preclusione del soccorso istruttorio ex art. 101, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023.

14.4.1. Non possono trovare accoglimento le censure mosse dalla parte ricorrente all'operato della Stazione appaltante in termini di mancata attivazione del soccorso. Chiaramente non poteva trovare applicazione alla fattispecie che occupa il soccorso istruttorio, stante la chiara formulazione dell'art. 101, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023 e la pacifica giurisprudenza in materia di non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica) (cfr., ex multis, C.d.S., sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870).

Nel caso che occupa, tuttavia, contrariamente a quanto prospettato dalla parte ricorrente, non è prospettabile neanche il ricorso al soccorso procedimentale, ammesso dalla giurisprudenza solo ove non volto ad integrare l'offerta ma a chiarire la reale portata della stessa.

Difatti, *«Il rimedio – diverso dal “soccorso istruttorio” di cui all'art. 83 comma 9 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, che non potrebbe riguardare né il profilo economico né quello tecnico dell'offerta (tra altre, Cons. Stato, III, 2 febbraio 2021, n. 1225; V, 27 gennaio 2020, n. 680, che rammenta che, nei pareri nn. 855 del 21 marzo 2016 e 782 del 22 marzo 2017 relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici e del “correttivo” di cui al d.lgs. 56/2017 resi dalla Commissione speciale, questo Consiglio di Stato ha espressamente sottolineato, in relazione all'art. 83, l'opportunità di conservare il “soccorso procedimentale” in caso di dubbi riguardanti “gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica”) – consiste nella possibilità di richiedere al*

concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente, superando le eventuali ambiguità dell'offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell'offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta (Cons. Stato, III, 13 dicembre 2018, n. 7039; 3 agosto 2018, n. 4809; V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487). ... Si tratta, in particolare, di quei chiarimenti che, per la giurisprudenza, sono ammessi, in quanto finalizzati a consentire l'interpretazione delle offerte e ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte (Cons. Stato, V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487). Detta interpretazione, relativa all'ammissibilità del soccorso procedimentale, volto a ricercare, alla luce dei chiarimenti richiesti, la volontà negoziale dalla stessa offerta e non ab externo o tramite la produzione di nuovi documenti, si pone del resto in linea con quanto previsto dalla Corte di Giustizia UE che, in tema di soccorso istruttorio in caso di carenze dell'offerta tecnica, ha ritenuto (nella sentenza della Sez. VIII, 10 maggio 2017, nella causa C-131/16 Archus), che una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, se non nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta» (C.d.S., sez. V, 6 maggio 2023, n. 5205).

In definitiva, nella fattispecie in esame, il soccorso procedimentale è impedito dal fatto che lo stesso sarebbe volto non a risolvere una ambiguità presente nell'offerta della ricorrente, quanto piuttosto a determinare ex post la volontà negoziale consistente nella scelta di applicare il CCNL indicato dalla stazione appaltante o altro CCNL.

14.5. Parimenti non meritevoli di accoglimento si presentano, anche alla luce delle considerazioni già svolte, le censure mosse in via subordinata avverso la *lex specialis*,

segnatamente artt. 14, 17 e 21 del Disciplinare di gara, né le censure di violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

La fattispecie deve essere correttamente inquadrata come un caso di incompletezza dell'offerta rispetto ad un elemento espressamente ritenuto essenziale dalla *lex specialis* (segnatamente dall'art. 17 del Disciplinare). Secondo i condivisibili principi affermati dalla giurisprudenza «*la carenza di uno degli elementi dell'offerta ritenuti essenziali dalla lex specialis ben legittima l'esclusione dell'offerta difettosa, senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di tassatività delle cause d'esclusione di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016*» (C.d.S., sez. V, 4 giugno 2024, n. 4984; cfr. Id., 28 giugno 2022, n. 5347; Id., 7 febbraio 2020, n. 960; Id., 25 febbraio 2019, n. 1247).

Alla luce del richiamato art. 11 d.lgs. n. 36 del 2023, non può lamentarsi l'imposizione da parte della legge di gara di adempimenti non previsti dalla legge, risultando l'indicazione del CCNL un elemento essenziale dell'offerta, di cui, per le peculiarità dello specifico appalto, è stato richiesto l'inserimento dell'offerta economica e la cui carenza genera incertezza sul contenuto dell'offerta stessa ed impossibilità per la Stazione appaltante di procedere alla verifica dell'anomalia.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente principale, le disposizioni della *lex specialis* inerenti l'obbligo di indicazione del CCNL applicato si limitano a ribadire prescrizioni inderogabili di legge relative a elementi essenziali dell'offerta, non costituendo prescrizioni irragionevoli o contrarie al principio di proporzionalità.

Conseguentemente prive di fondamento si presentano le censure all'art. 21 del Disciplinare laddove commina l'esclusione di offerte «*parziali, plurime, condizionate, alternative oppure irregolari in quanto non rispettano i documenti di gara, ivi comprese le specifiche tecniche, o anormalmente basse*».

Per quanto esposto nei precedenti paragrafi, alcuna censura può muoversi all'art. 14 del Disciplinare, che sostanzialmente riproduce il disposto legislativo in materia

di soccorso istruttorio, escludendo dal perimetro dello stesso la documentazione componente l'offerta tecnica e l'offerta economica, salva la possibilità per la stazione appaltante di chiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato (ipotesi, come visto, non attivabile nel caso in esame).

Da quanto sopra consegue, inoltre, che alcun rilievo assume l'inversione procedimentale di cui all'art. 20 del Disciplinare, non essendo possibile integrare *aliunde* il contenuto essenziale dell'offerta tecnica ed economica.

14.6. Concludendo sul punto, poiché il provvedimento di esclusione del RTI Almaviva si presenta come atto plurimotivato, il rilievo della omessa indicazione del CCNL applicato è idoneo a sostenerne autonomamente la motivazione. Non è pertanto necessario approfondire le censure concernenti l'ulteriore motivo di esclusione, per stabilire se davvero l'assenza della dichiarazione di cui all'art. 91, comma 5, del Codice dei contratti, non potesse costituire autonomo motivo di esclusione, essendo l'impegno all'esecuzione della prestazione in conformità alla propria offerta implicito nella presentazione dell'offerta stessa (civilisticamente equiparabile alla proposta negoziale).

15. Infondato si presenta altresì il terzo mezzo, formulato in via subordinata, con il quale si lamenta che un malfunzionamento del sistema avrebbe impedito l'acquisizione del modello 5/6 dell'offerta economica che sarebbe stato, invece, correttamente e tempestivamente caricato da Almaviva.

Dalle risultanze dell'approfondimento chiesto dalla Stazione appaltante al gestore del sistema emerge che il mancato caricamento del modello 5/6 contenente l'offerta economica sia da imputarsi non ad un malfunzionamento della piattaforma, bensì ad una cancellazione volontaria eseguita dall'operatore economico incaricato da Almaviva.

La parte resistente ha, difatti, versato in atti, unitamente ai file log richiesti nel ricorso da Al MAVIVA, il resoconto fornito dal gestore della piattaforma all'esito delle verifiche del supporto tecnico, ove si legge che: «L'utente si logga alle 9:40:23 dell'11/04/2024 e termina inviando la busta e sloggandosi alle ore 12:03:55 del 12/04/2025. L'utente riceve errori di caricamento di file firmati digitalmente non conformi in questi momenti ... Tutti questi errori vengono evidenziati all'operatore con un messaggio di errore durante il salvataggio del file, errore non gestibile da parte dell'operatore che invita a contattare l'assistenza. L'operatore comunque inserisce ed elimina documenti in autonomia nei due giorni. In particolare per il documento con dicitura indicata l'inserimento e cancellazione viene fatto nei seguenti momenti. ... Si lasciano al termine della procedura le sole tre offerte economiche allegate che sono presenti anche nella busta dell'operatore. Non ci sono sovrascritture ma in ordine inserimenti e cancellazioni logicamente sequenziali. Lato piattaforma non si evidenzia quindi alcun problema nella gestione della documentazione. Si allegano log di sistema e operativi fatti dal soggetto per un'analisi in autonomia della SA».

In materia di procedure amministrative telematiche, la giurisprudenza ha affermato il «principio dell'equa ripartizione, tra soggetto partecipante e amministrazione procedente, del "rischio tecnico" di inidoneo caricamento e trasmissione di dati su piattaforma informatica ("rischio di rete" dovuto alla presenza di sovraccarichi o cali di performance della rete e "rischio tecnologico" dovuto alle caratteristiche di sistemi operativi software utilizzati dagli operatori), secondo criteri di autoreponsabilità dell'utente, su cui grava l'onere di pronta e tempestiva attivazione delle procedure, sì da capitalizzare il tempo residuo, con la sola esclusione dei malfunzionamenti del sistema imputabili al gestore (quali fermi del sistema ovvero mancato rispetto dei livelli di servizio), per i quali non può che affermarsi la responsabilità del gestore/amministrazione (C.d.S. sez. III 2 luglio 2014 n. 3329; sez. V 29 dicembre 2014 n. 6416; sez. I n. 1673/2019, nonché TAR Lazio sez. III n. 1710/2020)» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 16 giugno 2022, n. 8038).

Nel caso che occupa, esclusa alla luce degli atti di causa l'eventualità di un malfunzionamento del sistema – il cui onere della prova gravava, peraltro, sulla parte ricorrente (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 12 giugno 2023, n. 9984) – sussisteva la normale esigibilità, da parte dei concorrenti, di una particolare diligenza nella trasmissione degli atti di gara, con la correlata impossibilità di predicare l'accollo in capo alla stazione appaltante dei rischi derivanti dall'uso del modello informatico. Ciò anche alla luce del principio di autoresponsabilità fatto proprio dallo stesso Disciplinare di gara, che all'art. 13, "Modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara", espressamente prevede che «... *Le operazioni di inserimento sulla Piattaforma di tutta la documentazione richiesta rimangono ad esclusivo rischio del concorrente. Si invitano pertanto i concorrenti ad avviare tali attività con congruo anticipo rispetto alla scadenza prevista onde evitare la non completa e quindi mancata trasmissione dell'offerta entro il termine previsto*».

Deve essere, altresì, disattesa l'istanza di incumbenti istruttori avanzata dalla parte ricorrente in sede di memorie per la discussione; le argomentazioni spese in questa sede dalla difesa attorea per contestare la documentazione prodotta dalla parte resistente si rivelano meramente ipotetiche – prive di allegazioni che consentano di revocare in dubbio la correttezza dell'operato del gestore della piattaforma – nonché inammissibili laddove tentano di ampliare l'oggetto delle censure introdotte con il ricorso ad un presunto errore di programmazione della piattaforma.

16. L'integrale rigetto del ricorso principale determina l'improcedibilità per carenza di interesse del ricorso incidentale, datane la natura comunque accessoria e condizionata che priva la controinteressata di ogni utilità alla decisione.

Difatti, l'art. 42, comma 1, cod. proc. amm. lega l'interesse all'impugnativa incidentale alla proposizione della domanda principale, con l'effetto che il rigetto di quest'ultima in linea di principio elide quell'interesse sul piano processuale (cfr., da

ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2024, n. 6825; T.A.R. Toscana, sez. II, 23 aprile 2024, n. 493; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 4 dicembre 2020, n. 1840).

17. Per quanto esposto il ricorso principale deve essere dichiarato in parte improcedibile e per la restante parte respinto, come da motivazione; il ricorso incidentale deve essere dichiarato improcedibile.

La complessità e peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti:

- a) in parte dichiara improcedibile e per la restante parte rigetta il ricorso principale, come da motivazione;
- b) dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 23 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Pierfrancesco Ungari, Presidente

Daniela Carrarelli, Primo Referendario, Estensore

Davide De Grazia, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Daniela Carrarelli

IL PRESIDENTE
Pierfrancesco Ungari

IL SEGRETARIO