

# Sulla gara telematica: tra rigidità della piattaforma e principio del risultato

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 11-7-2024

*Va osservato che il ricorso alle modalità telematiche di gara risponde alla ratio di snellire e velocizzare le procedure, riducendo gli adempimenti formali, promuovendo l'interazione tra stazione appaltante e concorrenti, in un'ottica di semplificazione e leale collaborazione. È del tutto contrario alla suddetta finalità, viceversa, utilizzare piattaforme telematiche strutturate in modo tale da rendere la presentazione dell'offerta una sorta di gara ad ostacoli.*

*Non è superfluo osservare che, sebbene la procedura per cui è causa sia stata indetta nella vigenza del decreto legislativo n. 50/2016, l'operato della stazione appaltante non appare in linea col principio del risultato, ora codificato nell'art. 1 del decreto legislativo 1° aprile 2023, n. 36 "Nuovo codice dei contratti pubblici". Tale articolo, collocato in apertura della disciplina del nuovo codice, dispone che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.*

Pubblicato il 01/07/2024

N. 05789/2024REG.PROV.COLL.

N. 02227/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2227 del 2024, proposto da:

Costruzioni Procopio s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Rogu Costruzioni s.r.l. e Co.E.S. di Francesco Guzzo s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio digitale pec in registri di giustizia

contro

Università degli studi "Magna Graecia" di Catanzaro e Ministero dell'università e della ricerca, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui sono domiciliati ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12

nei confronti

Sa.Mi. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Mollica e Francesco Zaccone, con domicilio digitale pec in registri di giustizia

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, sezione prima, n. 164/2024.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli studi "Magna Graecia" di Catanzaro con il Ministero dell'università e della ricerca e di Sa.Mi. s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore il Cons. Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2024, gli avvocati Francesco Zaccone e Giovanni Spataro;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'appellante, nella spiegata qualità, ha impugnato la sentenza n. 164 del 31 gennaio 2024, con cui il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, sezione I, ha respinto il ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro, in data 25 luglio 2023, recante l'esclusione dalla gara per l'affidamento dell'appalto integrato relativo ai lavori di realizzazione di un edificio aule presso il campus universitario Salvatore Venuta.

L'Università e la controinteressata SA.MI. s.r.l. si sono costituite nel presente grado di giudizio chiedendo la reiezione dell'appello.

Con ordinanza n. 1416 del 17 aprile 2024 la sezione ha ritenuto che le esigenze cautelari della parte appellante potessero essere adeguatamente tutelate mediante la sollecita decisione di merito, essendo a tal fine, peraltro, già fissata l'udienza pubblica per il 18 giugno 2024.

In vista di tale scadenza l'appellante e la controinteressata hanno depositato memorie conclusive.

La controinteressata ha replicato con memoria depositata in data 6 giugno 2024.

Con nota depositata in data 17 giugno 2024 l'Università ha chiesto la decisione della causa sugli scritti.

All'udienza pubblica del 18 giugno 2024, sentiti i difensori presenti, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Devono essere tratteggiati i fatti di causa.

Con bando pubblicato in data 21 ottobre 2022, l'Università degli studi "Magna Graecia" di Catanzaro, in forza di determinazione di del direttore generale n. 1300 del 17 ottobre 2022, ha dato avvio alla "procedura aperta per l'affidamento dell'appalto integrato relativo ai lavori di realizzazione di un edificio aule presso il campus universitario salvatore venuta, comprensivo di progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione - CIG 9448831DFF – CUP F62E20000020006", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo pari ad € 6.314.411,76 oltre IVA (di cui € 5.788.752,25 per lavori, € 333.659,51 per oneri della sicurezza ed € 192.000,00 per servizi di progettazione).

Alla procedura hanno partecipato due concorrenti: la società SA.MI. s.r.l. e il raggruppamento Costruzioni Procopio s.r.l., Rogu Costruzioni s.r.l. e Co.E.S. di Francesco Guzzo s.r.l..

La procedura è stata gestita in modalità telematica mediante la piattaforma di e-procurement "Appalti & Contratti".

Il disciplinare di gara, nel delineare e circoscrivere la prestazione principale oggetto dell'appalto, inizialmente escludeva espressamente "dalla documentazione che deve essere allegata al Progetto esecutivo in sede di gara i seguenti elaborati: elenco prezzi; computo

metrico; estimativo, analisi nuovi prezzi” precisando che “il progetto esecutivo presentato in sede di offerta è finalizzato alla valutazione, in sede di gara, dell’offerta tecnica presentata dai concorrenti ma non esaurisce né sostituisce o anticipa l’attività di progettazione posta a carico dell’aggiudicatario, dovendo essere sviluppato a seguito dell’aggiudicazione e della stipula del contratto un completo progetto esecutivo da sottoporre all’approvazione degli organi della Stazione appaltante”.

La legge di gara, dunque, nella sua prima stesura, non richiedeva agli offerenti la redazione di un vero e proprio progetto definitivo, bensì la predisposizione di una versione sintetica dello stesso, non comprensiva di tutti gli elaborati necessari per renderlo conforme ai requisiti minimi di legge previsti dall’art. 33 e seguenti del DPR n. 207/2010.

Inoltre veniva individuata la modalità telematica (in conformità a quanto disposto dall’art. 58 del codice dei contratti, n. 50 del 2016) mediante la piattaforma di e-procurement “Appalti & Contratti”, all’interno della quale ogni singolo operatore aveva a disposizione, per la presentazione della relativa offerta, una capacità massima di 100 MB per busta telematica.

Dopo avere disposto una serie di rinvii e dopo aver acquisito ulteriori pareri, con DDG n. 56 del 16 gennaio 2023 la stazione appaltante ha deciso di apportare alcune modifiche alla lex specialis con riferimento alla documentazione di gara da produrre.

In particolare, nel disciplinare è stato sostituito integralmente il paragrafo “16.2 Busta telematica B – Offerta tecnica” ed è stato integrato il paragrafo “16.3 Busta telematica C – Offerta Economica ed Offerta a Tempo”: con tali modifiche, diversamente da quanto inizialmente stabilito, è stato richiesto agli operatori economici partecipanti (cfr. paragrafo 16.2) il deposito nella busta “B”, a pena di esclusione, di un vero e proprio “progetto definitivo redatto ai sensi dell’art. 23, comma 7, del codice e costituito dagli elaborati previsti dagli artt. 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 e 32 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207”.

L’appellante evidenzia che, pur avendo apportato rilevanti modifiche alla documentazione da produrre – sostituendo la richiesta di un progetto esecutivo sintetico con la richiesta di un progetto definitivo completo – l’amministrazione ha lasciato, tuttavia, immutata la capacità di memoria messa a disposizione dei partecipanti per caricare le relative offerte, sempre circoscritta a 100 MB.

L’appellante riferisce di essersi trovata, a causa del limite di capienza di cui sopra, impossibilitata a caricare sulla piattaforma di gara U-Buy, entro il termine fissato alla data del 10 marzo 2023, ore 18:00, tutti i corposi elaborati della propria offerta tecnica, formulati in base agli ultimi dettami del disciplinare.

Riferisce in particolare:

- che ha avviato le operazioni di caricamento della documentazione di gara in data 10 marzo 2023, ore 13:59;
- che, avvedutasi del superamento del limite di capienza e dell’impossibilità di andare avanti,

ha immediatamente segnalato al RUP la problematica e ha richiesto con urgenza un intervento tecnico;

- che l'amministrazione appaltante ha aperto un ticket di "media gravità" sulla piattaforma, alle ore 17.34, al fine di aumentare il limite di upload;

- che, non avendo ricevuto alcun tempestivo riscontro e incombendo la scadenza, l'appellante da un lato ha tempestivamente trasmesso la propria offerta di gara, come da ricevuta inviata dal portale, dalla quale risulta acquisita in data 10 marzo 2023, ore 17:59 (comprendente la busta A "Documentazione amministrativa", la busta B "Documentazione tecnica", inclusiva della sola Relazione tecnica, di una parte degli elaborati architettonici del progetto definitivo e dell'elenco elaborati, e la busta C "Offerta economica temporale"), dall'altro, al fine di presentare il progetto tecnico completo entro il limite orario, ha generato, a mezzo del servizio WeTransfer, un link (contenente 3 elementi per un "peso" totale di 200 MB) sì da consentire all'amministrazione di scaricare l'intero contenuto della busta B "Offerta tecnica": soluzione quest'ultima che, a suo dire, garantiva comunque l'osservanza del principio di segretezza delle offerte;

- che tutti i file dell'offerta tecnica presentata sono stati inoltrati già compressi e che tale WeTransfer è stato inviato all'indirizzo protocollo@cert.unicz.it alle ore 17:48 (come si evince dalla stessa nota di creazione del link); inoltre, dopo il termine di presentazione dell'offerta telematica (in scadenza alle ore 18:00 del 10 marzo 2023) l'appellante ha trasmesso una nota di accompagnamento alla documentazione tecnica specificando, dettagliatamente, quanto accaduto in sede di invio della propria offerta ed allegando, nuovamente, il link del WeTransfer;

- che l'aumento del limite di upload dei file è stato disposto dalla stazione di gara solo alle ore 18:19, quando oramai era spirato il termine di presentazione delle offerte;

- che, per di più, la comunicazione al RTI dell'aumento della capienza a 200 MB è stata inoltrata dall'amministrazione solo il 13 marzo 2023 alle ore 12:09, ossia a distanza di tre giorni dalla scadenza del termine;

- che, nelle more, l'appellante ha inoltrato alla stazione appaltante missiva, in data 12 marzo 2023, spiegando dettagliatamente l'accaduto ed invitandola a considerare rituale e idonea l'offerta presentata.

Tuttavia, con nota trasmessa a mezzo portale e-procurement U-Buy in data 25 luglio 2023, il RUP ha comunicato che, con DDG n. 891 del 21 luglio 2023, l'amministrazione aveva escluso dalla procedura il RTI Costruzioni Procopio, oltre che l'operatore SA.MI..

In particolare nel decreto si legge che:

- l'esclusione di SA.MI. è stata disposta in considerazione del mancato possesso del requisito di qualificazione nella categoria OS4-I, non passibile di soccorso istruttorio;

- l'esclusione del RTI Costruzioni Procopio è stata, invece, disposta sul presupposto che "con la trasmissione a mezzo PEC dell'offerta tecnica, ha di fatto, violato il principio di segretezza delle offerte".

Per effetto di tale decisione, dunque, la gara è andata deserta, stante l'esclusione degli unici due concorrenti che avevano inteso parteciparvi.

3. L'appellante ha impugnato la sua esclusione dinanzi al Tar Calabria, unitamente a tutti gli atti presupposti, ivi compresa la relazione del RUP, contestandone il contenuto ed evidenziando in estrema sintesi:

- con il primo motivo l'impossibilità di presentare tempestivamente l'intera offerta tecnica sulla piattaforma di gara visto il riscontrato limite di capienza pari a 100 MB;

- con il secondo motivo l'illegittimità dell'esclusione dalla gara a fronte della comprovata impossibilità di caricare per intero l'offerta sulla piattaforma telematica;

- con il terzo e con il quarto motivo l'illogicità di mandare deserta una gara per la quale l'Ateneo di Catanzaro si era visto assegnare un cospicuo finanziamento.

4. Il Tar, con sentenza n. 164 del 31 gennaio 2024, ha respinto il ricorso evidenziando che la determinazione espulsiva è basata sul parere dell'Avvocatura dello Stato, nonché sulla relazione del RUP del 14 luglio 2023, richiamati per relationem, dai quali emerge la seguente ricostruzione dei fatti:

- il RTI ricorrente ha presentato sul portale U-Buy l'offerta tecnica alle ore 17:59 del 10 marzo 2023, quindi entro il termine delle ore 18:00, tuttavia incompleta e ciò dopo che, con segnalazione telefonica, lo stesso aveva rappresentato all'amministrazione procedente la necessità di aumentare il limite di upload file della piattaforma, stante l'insufficienza dei 100 MB;

- a seguito di ciò il tecnico della piattaforma alle ore 17:34 del 10 marzo 2023 ha preso in carico la richiesta con urgenza ed ha, quindi, aumentato la capienza ma, per come dallo stesso precisato nella relazione del 14 marzo 2023, sebbene tale modifica sia intervenuta prima dell'ultimo tentativo di deposito poi eseguito dal RTI ricorrente, è comunque comparso il messaggio di errore per il superamento del limite della busta pari a 102 MB, avendo l'esponente caricato il file per tale dimensione, poiché "la modifica non era stata recepita dall'operatore non avendo effettuato un refresh dell'applicativo";

- la richiamata relazione evidenzia ancora come, a prescindere dall'aumento della capienza della piattaforma da 100 MB a 200 MB comunque disposto, la presentazione tempestiva dell'offerta per il tramite della piattaforma U-Buy sarebbe comunque stata possibile suddividendo la cartella dell'offerta tecnica in più sotto cartelle di dimensioni inferiori e riducendo le dimensioni dei file .pdf, come eseguito dall'altra partecipante SA.MI., e ciò in conformità alle indicazioni contenute nel manuale di utilizzo e di presentazione delle offerte telematiche, la cui consultazione era prescritta dall'art. 3 del disciplinare.

Ciò posto il Tar ha osservato che:

- in ragione delle indicate risultanze della relazione del RUP non emerge alcun malfunzionamento della piattaforma né, al contempo, sussiste la denunciata violazione, ad opera dell'amministrazione procedente, dei principi di buona fede oggettiva e di affidamento, essendo di contro ravvisabile un contegno del RTI ricorrente non conforme alla diligenza richiesta, la quale avrebbe imposto la previa consultazione del manuale di utilizzo e di presentazione delle offerte telematiche, come previsto dall'art. 3 della lex specialis, il cui successivo art. 16 prescrive che "le offerte, a pena di esclusione, devono pervenire attraverso la Piattaforma..." entro il termine stabilito;

- in senso contrario, secondo il Tar, non risultano idonei a confutare i contenuti della relazione i rilievi del RTI ricorrente, il quale deduce che l'aumento della memoria della piattaforma sarebbe avvenuto dopo il termine ultimo per la presentazione delle offerte, come evincibile dalla comunicazione delle ore 18:19 del 10 marzo 2023, e che, inoltre, i singoli file dell'offerta tecnica, sebbene già suddivisi dal ricorrente, risultavano tutti comunque superiori ai 50 MB;

- per come indicato nella relazione, per un verso l'ampliamento della memoria da 100 MB a 200 MB è intervenuto prima dell'ultimo tentativo di deposito poi eseguito dal RTI ricorrente alle 17:59 del 10 marzo 2023, essendo successiva all'ampliamento la sola comunicazione, mentre sotto concorrente profilo, i tre elementi dell'offerta tecnica per complessivi 216 MB - progetto definitivo parte 1 86,6 MB, progetto definitivo parte 2 74,4 MB, relazione tecnica 54,7 MB, sarebbero stati comunque suscettibili di suddivisione in più sotto cartelle di dimensioni inferiori, compatibili con il loro caricamento nella piattaforma;

- sulla scorta delle argomentazioni contenute nella relazione del RUP, posta a base della statuizione espulsiva, l'operatore economico non ha quindi inoltrato tempestivamente tramite piattaforma l'offerta tecnica e ha violato altresì la disposizione della lex specialis secondo la quale l'offerta tecnica, inoltrata in modo incompleto dal ricorrente, avrebbe dovuto essere composta a pena di esclusione dal progetto definitivo redatto ai sensi dell'art. 23, comma 7, d.lgs. n. 50/2016 e dalla relazione tecnica;

- le descritte circostanze integrano quindi ulteriori e distinti profili di esclusione dell'operatore economico dalla procedura selettiva, oltre a quello della violazione del principio di segretezza dell'offerta;

- i rilevi contenuti nella relazione del RUP giustificano, pertanto, in modo autonomo e legittimo la statuizione di esclusione del ricorrente, cosicché atteso il contenuto plurimotivato del provvedimento impugnato - in quanto basato su distinti presupposti, ciascuno idoneo a giustificare la decisione assunta dall'amministrazione - può prescindere dallo scrutinio della doglianza inerente alla violazione principio di segretezza.

5. L'appellante contesta l'intero ordito motivazionale della sentenza deducendo quanto segue.

Innanzitutto contesta che la motivazione della determinazione di esclusione n. 891/2023 possa

dirsi integrata per relationem dal contenuto della relazione del RUP del 14 luglio 2023, elevata dal Tar a fattore dirimente della controversia atteso che, come risulterebbe dalla lettura del provvedimento, l'unica motivazione addotta risiederebbe nella ritenuta violazione del principio di segretezza delle offerte, in ragione della trasmissione a mezzo pec dell'offerta tecnica.

In ogni caso evidenzia che detta relazione è stata impugnata e contestata in ogni sua affermazione e sono stati offerti elementi fattuali e di diritto che sarebbero in grado di sconfessare quanto ivi affermato.

Riferisce di essersi trovata costretta a dover scegliere tra l'offrire un progetto di dimensioni adatte alla capacità della piattaforma informatica, ma incompleto e non rispondente ai requisiti minimi di legge così come preteso dal DDG n. 56 del 2023, oppure ricorrere ad altro mezzo, diverso, che consentisse, comunque, l'invio di una offerta completa e in grado di soddisfare la qualità e il dettaglio dei documenti e degli elaborati richiesti.

Dalla documentazione prodotta risulterebbe smentito quanto asserito nella relazione del RUP atteso che, dalla stessa "storia" del ticket, si evince che:

- il ticket è stato preso in carico alle ore 17:34 del 10 marzo 2023;
- l'aumento del limite di upload dei file, prevedendosi un limite per singolo file di 200 MB e un limite busta di 1000 MB, risulta disposto alle ore 18:19; - la comunicazione al concorrente dell'aumento del limite dei file è stata inoltrata, come già esposto in fatto, solo il 13 marzo 2023, alle ore 12:09.

Dalla stessa documentazione prodotta dalla stazione appaltante, dunque, risulterebbe smentito il dato secondo cui "la modifica del limite è stata effettuata alle ore 17:30 circa ... e che la modifica non era stata recepita dall'operatore non avendo effettuato un refresh dell'applicativo", risultando invece la modifica effettuata alle ore 18:19, ossia oltre lo spirare del termine per la presentazione delle offerte e, per giunta, comunicata all'impresa tre giorni dopo la scadenza del termine.

Aggiunge che, anche ad ammettere che il tecnico fosse davvero riuscito nell'impresa di aumentare la capienza nello stesso istante in cui la richiesta è stata presa in carico, nessuna comunicazione o notizia di siffatta operazione "risolutiva" sarebbe stata inviata tempestivamente all'appellante: sicché la riferita circostanza dell'asserito ampliamento della memoria prima della scadenza del termine non assumerebbe alcuna rilevanza, in mancanza di un'informativa che rendesse l'operatore edotto di tale intervento e gli consentisse di caricare in tempo l'offerta tecnica completa.

Sarebbe inconferente anche l'assunto, incomprensibilmente avallato dal Tar, per cui la modifica non sarebbe stata "recepita" dall'operatore "non avendo effettuato un refresh dell'applicativo": sostiene che, in assenza di tempestive istruzioni, quantomeno nell'ambito dell'apertura di ticket, l'operatore non poteva immaginare di dover effettuare un "refresh", ossia un aggiornamento dell'applicativo.

Aggiunge che, nel manuale di utilizzo e di presentazione delle offerte sulla piattaforma di gara, non vi sarebbe alcuna istruzione su come comportarsi in caso di problemi dovuti alla riscontrata incapienza, né tantomeno sarebbe prescritto di “recepire” modifiche mai notiziate mediante il “refresh” di cui parla il RUP.

Sarebbe dunque destituito di fondamento l’assunto del Tar secondo cui il ricorrente non si sarebbe adoperato con la dovuta diligenza omettendo di consultare per tempo detto manuale di utilizzo.

Affermando che «l’ampliamento della memoria da 100 MB a 200 MB è avvenuto prima dell’ultimo tentativo di deposito... essendo successiva all’ampliamento la sola comunicazione...», il Tar sarebbe incorso in evidente errore non avendo colto che, semmai, proprio la tardività della comunicazione (avvenuta a termine ormai scaduto) sarebbe decisiva per l’accertamento dell’illegittimità dell’operato della stazione appaltante.

L’appellante contesta anche l’altro “concorrente profilo” su cui poggia la relazione del RUP, acriticamente avallata dal Tar, ossia che, pure a prescindere dall’avvenuto ampliamento di memoria, l’impresa avrebbe potuto risolvere la problematica suddividendo “i tre elementi dell’offerta tecnica” in più sotto cartelle di dimensioni inferiori, compatibili con il loro caricamento nella piattaforma.

Ricorda che, anche in questo caso, il manuale di utilizzo della piattaforma richiamato dal disciplinare di gara non conterrebbe alcuna pertinente istruzione e non prescriverebbe di suddividere o “spacchettare” in sottocartelle né tantomeno di comprimere i file.

In ogni caso il Tar avrebbe obliato che, per come si evince dalla non contestata relazione tecnica della società Info Service (prodotta in primo grado), “l’intera offerta tecnica in p7m sottoscritta con firma digitale dalla ricorrente è costituita da tre elementi: - Progetto Definitivo Parte 1 86,6 MB; - Progetto Definitivo parte 2 74,4 MB; - Relazione Tecnica 54,7 MB; Il tutto per un totale di 216 MB”.

Dunque i singoli file, sebbene già suddivisi dalla ricorrente, risultavano tutti superiori ai 50 MB e, quindi, non depositabili per mezzo del portale e degli stringenti limiti previsti nello stesso.

Inoltre, per come si evincerebbe sempre dalla stessa relazione tecnica, i file risultavano già compressi e, anche qualora fossero stati ulteriormente compressi per ridurre le dimensioni, si sarebbe ottenuto un risparmio di pochi MB (all’incirca 18 sui 216 MB totali).

La circostanza che l’altra concorrente sia riuscita a depositare la relativa offerta tecnica sarebbe irrilevante, essendo evidente che le dimensioni del progetto sono legate alla qualità e alla quantità degli elaborati, anche di dettaglio, predisposti da ciascuno.

Osserva l’appellante che, a differenza di quanto riportato dal Tar, nella fattispecie in esame non si trattava di “malfunzionamento” essendo il problema riscontrato di insufficiente capienza in upload.

Fa presente che, essendo stato rispettato il termine di scadenza nonché i principi di diligenza ed autoresponsabilità, la stazione appaltante avrebbe dovuto considerare valida l'offerta, come presentata anche a mezzo pec/WeTransfer o, quantomeno, avrebbe dovuto disporre la rimessione in termini ex art. 79 comma 5 bis del codice dei contratti, ovvero attivare il soccorso ex art. 6 legge n. 241/1990.

Accertato che non ricorrevano i presupposti, valorizzati dal Tar, per disporre l'esclusione, alle medesime conclusioni si dovrebbe giungere in ordine alla presunta causa espulsiva per violazione del principio di segretezza correlato alla trasmissione a mezzo pec dell'offerta tecnica: argomentazione ignorata dal Tar, in relazione alla quale l'appellante ha riproposto le censure formulate in primo grado.

La stazione appaltante non si sarebbe avveduta che il "WeTransfer" creato dalla ricorrente conteneva solo ed esclusivamente la busta B "offerta tecnica": sarebbe quindi ininfluenza la eventuale conoscibilità dell'offerta tecnica stante la netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica.

L'amministrazione avrebbe, dunque, travisato il senso del suddetto principio la cui ratio, di contro, sarebbe quella di evitare che la valutazione dell'offerta tecnica sia condizionata dalla conoscenza della proposta economica più conveniente.

Peraltro, la conclusione cui è pervenuta la stazione di gara risulterebbe in ogni caso illegittima, e per certi versi neanche paradossale, anche qualora si volesse, per mero scrupolo, attribuire al principio di "segretezza" un significato più ampio, discostandosi in maniera atecnica dal contenuto che la giurisprudenza ha pacificamente attribuito ad esso.

Ricorda che, ai sensi del comma 2 dell'articolo 40 del d.lgs. n. 50/2016, rubricato "Obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione", nell'ambito delle procedure di gara svolte dalle stazioni appaltanti è stato espressamente imposto, a decorrere dal 18 ottobre 2018, l'utilizzo "di mezzi di comunicazione elettronici" per le comunicazioni e gli scambi di informazioni.

Da tale data, dunque, tutte le amministrazioni sono obbligate ad utilizzare mezzi di comunicazione elettronica nell'ambito delle procedure di gara (con conseguente obbligo dei concorrenti di adeguamento in tale senso), in ossequio, peraltro, ad una imposizione di matrice comunitaria (direttiva 2014/24/EU).

Inoltre, l'articolo 52 del d.lgs. 50/2016 prescrive, al comma 5, che «in tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, le stazioni appaltanti garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute. Esse esaminano il contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione».

Secondo l'appellante ne discenderebbe che, in caso di ricezione a mezzo pec di una offerta di gara, al pari di un qualsiasi plico consegnato nelle mani della stazione appaltante, scatta l'obbligo per l'amministrazione di custodire l'offerta stessa mantenendola intatta fino al

momento previsto per le aperture.

Quindi, anche nel caso di specie, paventare una ipotetica violazione del “principio di segretezza” dell’offerta, non solo comporterebbe una distorta attuazione dello stesso, ma significherebbe disconoscere i precisi obblighi che gravano sull’amministrazione.

Il fatto che la ricorrente, per sopperire ad una carenza del portale, abbia inviato sulla pec la (sola e in parte) offerta tecnica, invero, non avrebbe leso il principio di segretezza né avrebbe potuto influire sulle offerte delle altre concorrenti che, evidentemente, non hanno accesso alla pec della stazione di gara.

L’irragionevolezza ed illogicità del provvedimento impugnato sarebbe ancora più evidente in ragione del fatto che alla procedura in questione ha partecipato solo un altro solo concorrente, che è stato escluso con DDG 891 del 21 luglio 2023, per l’accertata assenza di un requisito di qualificazione necessario; in assenza di altri operatori e di altre valide offerte, sarebbe ulteriormente illogica la decisione assunta dall’amministrazione, motivata con la asserita violazione del principio di segretezza, la quale si tradurrebbe in un formalismo sterile, ingiustificabile ed ingiustificato.

L’appellante ha, poi, riproposto i motivi III) e IV) del ricorso di primo grado, non esaminati dal Tar.

6. La difesa erariale, costituitasi per l’amministrazione appellata, ha innanzitutto eccepito la carenza di legittimazione passiva del Ministero dell’università e della ricerca.

Nel merito ha chiesto la reiezione dell’appello, affidandosi sostanzialmente alle difese svolte in primo grado e alle argomentazioni della sentenza.

Anche la controinteressata ha svolto difese riconducibili a quelle prospettate in primo grado, eccependo l’inammissibilità dell’appello in quanto l’appellante non avrebbe specificamente censurato, già in primo grado, quella parte del provvedimento che fonda l’esclusione della Costruzioni Procopio (non solo sulla violazione del principio di segretezza, ma anche) sulla incompletezza dell’offerta tecnica.

7. L’appello è fondato e va accolto.

Preliminarmente deve essere disposta l’estromissione dal giudizio del Ministero dell’università e della ricerca, trattandosi di soggetto estraneo alla vicenda per cui è causa.

7.1. Le doglianze di parte appellante risultano fondate innanzitutto in fatto.

7.1.1. Non è contestato, in punto di fatto, che la stazione appaltante abbia modificato il disciplinare con DDG n. 56 del 16 gennaio 2023, sostituendo

integralmente il paragrafo “16.2 Busta telematica B – Offerta tecnica” ed è stato integrato il paragrafo “16.3 Busta telematica C – Offerta Economica ed Offerta a Tempo”: con tali

modifiche, diversamente da quanto inizialmente stabilito, è stato richiesto ai partecipanti il deposito, a pena di esclusione, nella busta “B”, di un “progetto definitivo redatto ai sensi dell’art. 23, comma 7, del codice e costituito dagli elaborati previsti dagli artt. 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 e 32 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207”, laddove, nella prima versione, il disciplinare richiedeva di caricare sulla piattaforma soltanto una bozza di progetto, «dovendo essere sviluppato a seguito dell’aggiudicazione e della stipula del contratto un completo progetto esecutivo da sottoporre all’approvazione degli organi della Stazione appaltante».

Parimenti non è contestato, in punto di fatto, che la stazione appaltante non ha previsto l’aumento della capienza di MB in upload, che sarebbe stato necessario o, quanto meno, opportuno in dipendenza della disposta modifica del disciplinare, consistente nella richiesta di allegare un vero e proprio progetto definitivo: il limite della capienza è, infatti, rimasto fissato in 100 MB.

Infine non è contestata la tempistica descritta dal RTI appellante, quanto a: orario di inizio dell’upload dell’offerta, tempestività della segnalazione al RUP di insufficienza della capienza di 100 MB per cartella, orario di apertura del ticket sulla piattaforma, assenza di riscontro al RTI segnalante sul punto, tempestività della trasmissione dell’offerta di gara (10 marzo 2023, ore 17:59).

Su tale ultimo punto, va chiarito che risulta smentita dai fatti l’affermazione della difesa erariale, contenuta nella memoria del 12 aprile 2024, secondo cui «Non vi è contestazione sulla circostanza che il costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese COSTRUZIONI PROCOPIO S.R.L. - ROGU 3 COSTRUZIONI S.R.L. - CO.E.S. ha presentato l’offerta oltre il termine ultimo fissato dal bando, adducendo un malfunzionamento della piattaforma informatica U-BUY» (così testualmente alla pag. 4).

Dalla documentazione in atti risulta, infatti, l’esatto contrario.

È smentita anche la tesi del malfunzionamento tecnico, dal momento che il problema che l’appellante ha tempestivamente segnalato non è di malfunzionamento bensì di incapienza.

7.1.2. I profili che non convergono nella ricostruzione dei fatti sono: l’orario in cui è stato disposto l’aumento del limite di upload dei file, che la stazione appaltante assume essere intervenuto prima delle ore 18:00 del 10 marzo 2023, mentre l’appellante sostiene essere avvenuto solo alle ore 18:19, quando oramai era spirato il termine di presentazione delle offerte; la presenza, nel manuale di utilizzo e di presentazione delle offerte telematiche, la cui consultazione era prescritta dall’art. 3 del disciplinare, di indicazioni circa la necessità di effettuare un refresh dell’applicativo dopo eventuali modifiche.

7.1.3. L’attenzione del Collegio si deve soffermare innanzitutto sui suddetti due profili in fatto.

7.1.3.1. Quanto al primo profilo, dalla documentazione allegata al fascicolo di primo grado (allegato 6 “ticket telefonico” dell’Università), risulta che il sig. Antonio Fabbricatore, tecnico del Cineca che ha “preso in carico” il ticket su segnalazione di Procopio alle ore 17:34 del 10 marzo 2023, ha comunicato sullo stesso portale “Aumentato il limite di upload dei file da parte

degli operatori economici su Portale Appalti. Limite singolo file 200MB limite busta 1000Mb. Antonio Lo stato della tua richiesta è cambiato in Risolto con risoluzione Complete”, soltanto alle ore 18:19 del 10 marzo 2023, ossia quando il termine per caricare l’offerta era ormai spirato.

Non risultano in atti comunicazioni inviate a Procopio, con qualunque mezzo, prima dello spirare del suddetto termine, recanti né la notizia dell’intervenuto aumento, né l’indicazione di altre possibili soluzioni: pertanto non può essere condivisa la tesi della difesa erariale secondo cui «Per ovviare all’inconveniente tecnico la concorrente decideva, autonomamente e senza alcuna manifestazione di consenso da parte dell’Università» di trasmettere «al responsabile unico del procedimento tutta la documentazione progettuale tecnica tramite il diverso supporto informatico weTransfer».

Ciò che emerge dagli atti è che la concorrente, come già detto, non ha ricevuto alcun riscontro da parte del RUP.

La difesa dell’amministrazione sostiene che la ricorrente avrebbe fatto riferimento ad un “malfunzionamento” a pag 7 del ricorso introduttivo: tuttavia, come è agevole rilevare dalla lettura del suddetto ricorso, ivi la ricorrente non ha mai menzionato alcun “malfunzionamento” avendo invece riferito, a pag. 7, che «proprio al fine di garantire la completezza dell’offerta il R.T.I. – dopo avere segnalato al RUP l’impossibilità ad inoltrare per intero l’offerta tecnica e richiesto un intervento tecnico – in assenza di positivo riscontro, ha generato, a mezzo WeTransfer, un link (contenente 3 elementi per un peso totale di 200 MB) sì da consentire all’amministrazione di scaricare l’intero contenuto della Busta B – Offerta Tecnica».

Risulta, pertanto, inconferente anche il richiamo, effettuato dalla difesa erariale, all’art. 79 del d.lgs. n. 50 del 2016.

7.1.3.2. Quanto al secondo profilo, dalla lettura del manuale di utilizzo e di presentazione delle offerte telematiche, non risulta alcuna indicazione o alert ai concorrenti circa la necessità di effettuare alcun “refresh” dell’applicativo dopo eventuali modifiche apportate alla piattaforma.

7.1.4. Osserva il Collegio che, a fronte di tali dati oggettivi e incontestabili, l’amministrazione prima e il Tar dopo, hanno recepito del tutto acriticamente le affermazioni dell’operatore del Cineca Antonio Fabbricatore (contenute nella email inviata in data 14 marzo 2023, alle ore 11:14, in risposta alla richiesta urgente del sig. Gianluca Leone dell’Area servizi tecnici e negoziali dell’Università), il quale riferisce di aver effettuato la modifica alle ore “17:30 circa” e che l’operatore, nell’ultimo tentativo, “è stato bloccato per il limite della busta in quanto la modifica non era stata recepita dall’operatore non avendo effettuato un refresh dell’applicativo”.

Si tratta, a ben vedere, di affermazioni non solo indimostrate ma anche contrastanti con quanto risulta dagli atti di causa.

Infatti, tenuto conto che il ticket è stato “preso in carico” solo alle ore 17:34 è impossibile che la modifica (su segnalazione) sia stata effettuata alle ore 17:30; inoltre, come già detto, sul

manuale in nessuna parte risulta segnalato che l'operatore è tenuto ad effettuare un "refresh" dell'applicativo dopo eventuali modifiche apportate al sistema.

Quindi le affermazioni dell'operatore del Cineca sono smentite dalla documentazione in atti, con la conseguenza che la relazione del RUP, ritualmente impugnata e censurata alla ricorrente in primo grado, sulla base della quale, a prescindere dalla sussistenza del contestato richiamo per relationem, è stato adottato il provvedimento di esclusione, poggia su presupposti di fatto inesistenti.

Ne discende che la sentenza impugnata, la quale ha sostanzialmente aderito alla tesi dell'amministrazione, riproducendone le motivazioni in fatto, va riformata.

7.2. Tanto chiarito in punto di fatto, le doglianze dell'appellante risultano fondate anche sotto ulteriori profili.

Il primo giudice ha affermato che la determinazione espulsiva è basata sul parere dell'Avvocatura dello Stato del 1 giugno 2023, nonché sulla relazione del RUP del 14 luglio 2023 e sui motivi in esso espressi, acquisiti dall'impugnato provvedimento mediante un rinvio agli stessi per relationem.

Tale affermazione non è condivisibile.

7.2.1. Osserva il Collegio che, nel provvedimento impugnato, non è rinvenibile alcun rinvio per relationem né al parere dell'Avvocatura dello Stato né alla relazione del RUP: tali documenti, infatti, non sono citati per essere chiamati ad integrare il contenuto motivazionale della decisione, né sono riportati per intero nel loro contenuto, né infine ad essi si fa rinvio in alcun modo.

Viceversa il provvedimento ne ha riportato in minima parte il contenuto, quanto al primo come segue: «VISTO il parere P-aoozc AL:2047/2023 del 01.06.2023 del l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catanzaro, la quale, ... Relativamente al secondo Concorrente, l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catanzaro ha ritenuto di evidenziare il fatto che la concorrente ATI: Costruzioni Procopio S.r.l. (mandataria) -Rogu Costruzioni S.r.l. (mandante) CO.E.S. S.r.l. (mandante), con la trasmissione a mezzo pec dell'offerta tecnica, ha, di fatto, violato il principio di segretezza delle offerte e non può essere ammessa alla fase successiva della procedura selettiva».

Quanto alla relazione del RUP il provvedimento si limita ad affermare quanto segue: «VISTA la relazione del RUP che ha condiviso il parere espresso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catanzaro, argomentando sui motivi per cui a parere di quest'ultimo i Concorrenti SA.MI. s.r.l. e RTI COSTRUZIONI PROCOPIO S.R.L. -ROGU COSTRUZIONI S.R.L. -CO.E.S., per ragioni diverse, non possono essere ammessi alle successive fasi di gara».

Quanto riportato tra virgolette rappresenta l'unico supporto motivazionale del provvedimento di esclusione.

Pertanto la sentenza del Tar va riformata nella parte in cui afferma che il provvedimento impugnato avrebbe un contenuto “plurimotivato”: invero il Tar ha tratto l’ulteriore, in realtà mancante, motivazione, ossia quella relativa alla presunta incompletezza dell’offerta, dalla relazione del RUP il cui contenuto non è stato in alcun modo riversato né “richiamato” nel provvedimento impugnato, se non limitatamente all’affermazione che il RUP ha condiviso il parere dell’Avvocatura circa l’asserita violazione del principio di segretezza delle offerte.

Così facendo il Tar ha, per la seconda volta, integrato la motivazione del provvedimento di fatto sostituendosi dell’amministrazione nell’assolvere all’onere motivazionale: la prima integrazione risiede nell’aver riportato (e avallato) la ricostruzione della tempistica degli accadimenti contenuta nella relazione del RUP, mutuata, come già visto acriticamente e senza alcuna verifica di attendibilità, dalla email del tecnico Cineca; la seconda integrazione è consistita nell’aver attribuito al provvedimento la paternità di una valutazione, quella concernente l’asserita incompletezza dell’offerta, che invece manca del tutto nel provvedimento ma è riconducibile alla sola relazione del RUP.

Deve, pertanto, essere accolta la censura con cui l’appellante contesta che il provvedimento impugnato sarebbe “plurimotivato”.

7.3. Da quanto precede emerge l’infondatezza dell’eccezione di inammissibilità dell’appello, sollevata dalla controinteressata, secondo cui l’appellante non avrebbe impugnato il capo della motivazione della sentenza in cui si ritiene fondata la valutazione di incompletezza dell’offerta.

Come è stato innanzi rilevato, l’incompletezza dell’offerta è stata affermata dal Tar sul presupposto, del tutto errato, che il provvedimento dell’amministrazione sia plurimotivato: profilo, questo, che l’appellante ha espressamente contestato.

7.3.1. In ogni caso e per dovere di esaustività va rimarcato che, al netto di quanto si dirà e salva la valutazione che in concreto dovrà effettuare la stazione appaltante nel prosieguo della gara, l’offerta allo stato va considerata formalmente completa, essendo composta da quanto caricato sulla piattaforma U-Buy e da quanto generato, a mezzo WeTransfer, e trasmesso mediante invio via pec del link all’indirizzo protocollo@cert.unicz.it alle ore 17:48.

In proposito va osservato che il ricorso alle modalità telematiche di gara risponde alla ratio di snellire e velocizzare le procedure, riducendo gli adempimenti formali, promuovendo l’interazione tra stazione appaltante e concorrenti, in un’ottica di semplificazione e di leale collaborazione.

È del tutto contrario alla suddetta finalità, viceversa, utilizzare piattaforme telematiche strutturate in modo tale da rendere la presentazione dell’offerta una sorta di gara ad ostacoli.

D’altra parte, in disparte la considerazione che, a fronte dell’incremento della documentazione tecnica richiesta, è stata mantenuta una capienza di upload la cui insufficienza non era in astratto da escludere, una volta avuta tempestiva contezza delle difficoltà della concorrente nel caricare l’offerta, in ossequio al principio di leale

collaborazione, la stazione appaltante avrebbe potuto essa stessa disporre una proroga del termine di presentazione dell'offerta o, in mancanza, consentire l'integrazione della documentazione incompleta, caricata sulla piattaforma U-BUY.

7.3.2. La constatazione che l'altra concorrente sia comunque riuscita a caricare la sua offerta non è di per sé dirimente, dipendendo tale evenienza dal "peso" complessivo dei file da caricare, a sua volta correlato all'ampiezza e alla corposità del progetto da presentare, che non necessariamente coincide per tutti i competitori.

D'altra parte l'appellante ha circostanziato, con evidenze non contestate, di aver comunque spaccettato e "zippato" i file e di non essere comunque riuscita a caricare l'offerta per intero sulla piattaforma, stante l'insufficienza dei previsti 100 MB per busta.

7.4. Non può essere condivisa la tesi della difesa erariale secondo cui la concorrente si sarebbe apprestata «a presentare la domanda di partecipazione l'ultimo giorno all'approssimarsi del termine ultimo delle 18.00» (così a pag. 4 della memoria del 12 aprile 2024).

Infatti, non può essere ascritta all'appellante una violazione del principio di autoresponsabilità con riguardo al tempo da essa stimato congruo per caricare l'offerta sulla piattaforma: il RTI ha, infatti, iniziato le operazioni alle ore 13:59 del 10 marzo 2023, avendo così programmato di avere a disposizione quattro ore per caricare l'offerta, ossia un tempo che non può considerarsi in astratto insufficiente.

Infatti la concorrente ha apposto la firma e la corretta marcatura temporale alla propria offerta e, stante l'impossibilità di caricare per intero la stessa sul portale, ha trasmesso la sola offerta tecnica sulla pec della stazione appaltante, avvalendosi del sistema "WeTransfer", la cui sicurezza o vulnerabilità non rientra nell'oggetto del presente giudizio.

7.5. Non è superfluo osservare che, sebbene la procedura per cui è causa sia stata indetta nella vigenza del decreto legislativo n. 50/2016, l'operato della stazione appaltante non appare in linea col principio del risultato, ora codificato nell'art. 1 del decreto legislativo 1° aprile 2023, n. 36 "Nuovo codice dei contratti pubblici" (si tratta di un principio la cui valenza ricognitiva di canoni generali consente di predicarne l'applicabilità anche alle procedure indette nella vigenza del 'Codice 50').

Tale articolo, collocato in apertura della disciplina del nuovo codice, dispone che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Il principio del risultato, secondo la declinazione datane dal legislatore:

- costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità ed è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea;

- costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

Si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse, da perseguire attraverso il rispetto della concorrenza della trasparenza, funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice.

Il principio della fiducia di cui al successivo art. 2 del nuovo codice dei contratti pubblici (anch'esso applicabile alla vicenda in esame per le ragioni già esposte) amplia, poi, i poteri valutativi e la discrezionalità della pubblica amministrazione in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile.

Il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924).

Osserva il Collegio che l'eccessiva "rigidità" della piattaforma informatica approntata per la presentazione delle offerte, unita all'eccessivo "formalismo" con cui la stazione appaltante ha gestito la gara, arrestata sul nascere, abbiano nella sostanza frustrato i riportati principi che, val bene ricordarlo, sebbene codificati soltanto con il decreto legislativo n. 36 del 2023, non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, rappresentano comunque principi già immanenti dell'ordinamento.

7.6. La riforma della sentenza impugnata impone lo scrutinio del motivo, non esaminato dal Tar, con cui si censura l'unico argomento speso dall'amministrazione per disporre l'esclusione dell'appellante.

Si tratta dell'affermazione della stazione appaltante, avallata dal Tar, secondo cui generando il file WeTransfer l'appellante avrebbe violato il principio di segretezza delle offerte, non risulta condivisibile.

7.6.1. In punto di fatto non può non rilevarsi la contraddittorietà intrinseca alla relazione del RUP laddove, da una parte si ritiene sia stato violato il principio di segretezza e, dall'altro, si afferma testualmente che «Alla ricezione del link wetransfer, il sottoscritto Responsabile del Procedimento ha provveduto allo scaricamento delle cartelle trasmesse sul proprio computer e alla protezione delle stesse mediante l'inserimento di una password»: dunque è lo stesso RUP a confermare che la segretezza dell'offerta tecnica era tecnicamente salvaguardabile ed è stata comunque garantita.

7.6.2. Inoltre, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale di questo Consiglio, laddove la procedura di gara sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, come nella specie, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, non è consentito al seggio di gara la conoscenza di quelli economici, per evitare ogni possibile influenza sull'apprezzamento dei primi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 marzo 2022, n. 1785).

Il principio di segretezza comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, è interdetta al seggio di gara la conoscenza di quelli economici, per evitare ogni possibile influenza sull'apprezzamento dei primi.

7.6.3. È stato affermato che «il divieto di commistione tra offerta economica e offerta tecnica costituisce espressione del principio di segretezza dell'offerta economica, ed è posto a garanzia dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, sub specie della trasparenza e della par condicio tra i concorrenti. Ciò in quanto la conoscenza di elementi economici dell'offerta da parte della commissione aggiudicatrice può essere di per sé potenzialmente idonea a determinare un condizionamento, anche in astratto, da parte dell'organo deputato alla valutazione dell'offerta, alterandone la serenità ed imparzialità valutativa; di conseguenza nessun elemento economico deve essere reso noto alla commissione stessa prima che questa abbia reso le proprie valutazioni sull'offerta tecnica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 612; Id., sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1335).

Nondimeno, proprio alla luce della ratio che lo ispira, il principio non va inteso in senso assoluto: per consolidato intendimento, infatti, tale divieto di commistione (pur rilevando anche solo sotto il profilo potenziale) non deve essere inteso in senso meramente formalistico, ben potendo nell'offerta tecnica essere inclusi singoli elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché si tratti di elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i mezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica, che non consentano cioè in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica ovvero consistano nell'assunzione di costi di prestazioni diverse da quelle apprezzate nell'offerta economica, anche se comunque da rendere a terzi in base al capitolato e remunerate dalla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3609).

Ne discende che il divieto di commistione va apprezzato in concreto e non in astratto, nel contesto di un esercizio proporzionato e ragionevole della discrezionalità tecnica e con riguardo alla concludenza degli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica, che debbono essere effettivamente tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente al seggio di gara di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4284)» (Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2020, n. 2732).

Il principio della segretezza dell'offerta, dunque, postula essenzialmente che l'offerta economica non debba essere conosciuta in alcun modo nella fase di valutazione dell'offerta tecnica e che l'eventuale commistione tra offerta tecnica e offerta economica va interpretata in modo non formalistico: solo laddove travalichi i limiti indicati dalla citata giurisprudenza, la rilevata commistione può comportare la violazione delle esigenze di segretezza delle offerte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2024, n. 5125 che richiama id. 11 giugno 2018, n. 3609).

7.6.4. Nel caso di specie tale commistione, peraltro neanche prospettata nel provvedimento di esclusione, non può ritenersi posta in essere soltanto sulla base della diversa modalità con cui

è stata trasmessa parte dell'offerta tecnica stante l'impossibilità di caricarla sulla piattaforma telematica.

Il principio di segretezza delle offerte sarebbe stato violato se la stazione appaltante avesse riscontrato, all'interno dell'offerta tecnica, elementi tali da consentire di risalire all'offerta economica: criticità questa che, da una parte, nel caso di specie non è stata in alcun modo rilevata e, dall'altra, si sarebbe potuta in astratto verificare anche se il progetto definitivo fosse stato caricato sulla piattaforma telematica.

7.7. Dunque il provvedimento di esclusione impugnato si fonda su un presupposto, quello della violazione della segretezza delle offerte, allo stato indimostrato e giuridicamente insussistente, risultando così viziato per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione.

Conclusivamente, per tutte le suesposte considerazioni, assorbite le ulteriori censure, ininfluenti ai fini della decisione, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso introduttivo con annullamento degli atti ivi impugnati e riammissione dell'appellante alla gara.

8. Le spese del doppio grado di giudizio, stante la complessità delle questioni trattate, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione settima, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo con conseguente annullamento degli atti impugnati e riammissione dell'appellante alla gara.

Dispone l'estromissione dal giudizio del Ministero dell'università e della ricerca.

Compensa fra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2024, con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Laura Marzano, Consigliere, Estensore

## Guida alla lettura

Con la sentenza in rassegna, la VII Sezione del Consiglio di Stato ha **perimetrato i confini tra la rigidità della gara telematica e il principio del risultato**, criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione del caso concreto.

Per comprendere la regola ermeneutica dettata dai Giudici di Palazzo Spada, è necessario ripilogare brevemente la vicenda oggetto del giudizio.

La questione sottoposta al vaglio del Collegio aveva a oggetto l'annullamento del provvedimento di esclusione da una gara telematica, adottato dall'amministrazione precedente, in ragione del mancato caricamento dell'offerta entro il termine stabilito dal bando sulla piattaforma a disposizione dei concorrenti, per assenza di spazio disponibile con contestuale invio della documentazione tramite pec. È opportuno considerare che la necessità di spazio ulteriore sulla piattaforma derivava da alcune modifiche apportate alla lex specialis che prevedevano l'invio di documentazione ulteriore rispetto a quella inizialmente richiesta, con conseguente aumento del peso degli allegati.

La concorrente, entro il termine stabilito dal bando, informava il RUP della carenza di spazio e ne chiedeva l'ampliamento che l'amministrazione effettuava solo a seguito della scadenza. In considerazione di quanto sopra, pertanto, la concorrente inviava la documentazione tramite pec.

L'amministrazione, in ragione della eccentricità del mezzo utilizzato rispetto a quello prescritto dal bando e della possibile lesione della par condicio competitorum, adottava il provvedimento di esclusione, oggetto del gravame innanzi al Consiglio di Stato.

Il Collegio ha, viceversa, ritenuto il provvedimento di esclusione contrastante con il principio del risultato, principio immanente nel nostro ordinamento e positivizzato dal legislatore del d.lgs. n. 36/2023.

**Nello specifico, il principio del risultato è inteso come l'interesse pubblico primario del Codice stesso, affinché l'affidamento del contratto e la sua esecuzione avvengano con la massima tempestività ed il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.** Dirompente è l'innovazione contenuta del comma 4 dell'art. 1, secondo cui: "Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.", traducendosi nel dovere degli enti committenti di ispirare le loro scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che a una lettura meramente formale della norma da applicare; dall'altro valorizza il raggiungimento del risultato come elemento di valutazione del

personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, sia ai fini della valutazione delle loro responsabilità – di cui al successivo principio della fiducia – sia ai fini dell’attribuzione degli incentivi previsti dalla contrattazione collettiva.

La declinazione del principio del risultato contenuta nel comma 4 appare, quindi, destinata ad avere un maggior impatto sui comportamenti concreti delle amministrazioni, soprattutto con riguardo all’interpretazione e all’applicazione delle regole di gara, dovendo entrambe le fasi essere ispirate al risultato finale perseguito dalla programmata operazione negoziale, di cui assume un profilo dirimente la sua destinazione teleologica.

In applicazione delle coordinate sopra enucleate, il Collegio ha ritenuto che l’esclusione dalla gara della concorrente per aver inviato l’offerta tramite pec e non tramite il portale indicato nel bando di gara fosse illegittima per violazione dei principi del risultato e della fiducia, trattandosi di un mero **orpello burocratico**. In altri termini, **la valorizzazione del mero formalismo ai fini dell’esclusione, da parte della stazione appaltante, si pone in aperto contrasto con l’obiettivo del raggiungimento del risultato sostanziale, come prescritto dall’art. 1, comma 4 del d.lgs. n. 36, cit..**

In ragione di quanto sopra, conseguentemente, il Collegio ha osservato che il **ricorso alle modalità telematiche di gara risponde alla ratio di snellire e velocizzare le procedure, riducendo gli adempimenti formali, promuovendo l’interazione tra stazione appaltante e concorrenti, in un’ottica di semplificazione e leale collaborazione**. È del tutto contrario alla suddetta finalità, viceversa, utilizzare piattaforme telematiche strutturate in modo tale da rendere la presentazione dell’offerta una sorta di gara ad ostacoli.