

Publicato il 22/06/2021

N. 07416/2021 REG.PROV.COLL.
N. 05833/2021 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 il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60, 74, cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 5833 del 2021, proposto da G.D. Grafidata S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Avv. Paglione, Laura Pirolli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Infn - Istituto Nazionale di Fisica Nucleare, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ricca It S.r.l. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della deliberazione della Giunta Esecutiva dell'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare n. 12734 del 31.03.2021, mediante la quale viene deliberato – per quanto ivi di interesse – di “approvare la procedura di gara illustrata in narrativa e di affidare la fornitura di un sistema di calcolo scientifico e di storage per il potenziamento del nodo cloud dell'INFN (INFN CLOUD COMPUTING) dell'infrastruttura di ricerca denominata “ELIXIR”- European Lifescience Infrastructure for Biological Information nell'ambito del progetto CNRBIONICS-Centro nazionale di Ricerca in bioinformatica per le scienze “Omiche”, Codice Identificativo PIR01_00017, sui fondi del Progetto PON “Ricerca e innovazione 2014/2020” Avviso D.D. n. 424 del 28/02/2018 per la concessione di finanziamenti finalizzati al potenziamento di infrastrutture di ricerca per la Sezione di Bari dell'INFN, alla RICCA IT S.r.l., per un importo di € 444.402,55, di cui oneri per l'eliminazione dei rischi da interferenze pari ad € 415,00, oltre IVA al 22%, per un totale di € 542.171,11”, della relativa comunicazione di esito della procedura di tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali, nonché di tutti i verbali di gara, dal n. 1 al n. 7 e di verifica di congruità dell'offerta del 14.01.20, con particolare riferimento al:

- verbale n. 6 del 18 dicembre 2020 in cui la commissione rileva che nei documenti caricati dall'operatore economico GRAFIDATA sono presenti delle incongruenze tra il documento “offerta economica generata dal sistema” e il documento “modello di offerta economica” e sviluppa i relativi punteggi che ne discenderebbero a fronte dei due distinti valori contrastanti;

- verbale n. 7 del 11 gennaio 2021 in cui “la Commissione procede a stilare la graduatoria provvisoria, acquisito il parere dell'ufficio legale,

come comunicato dal RUP, secondo il quale gli articoli 12 e 16 del disciplinare di gara non lasciano margine di dubbio nel dover considerare solo l'offerta inserita tramite il Sistema”;

nonché degli articoli 12 e 16 del disciplinare di gara, per come richiamati dal verbale n. 7, e nelle parti di lesività, ove escludenti il presente Ricorrente per come interpretati nel suddetto verbale, nel quale si precisa che “non lasciano margine di dubbio nel dover considerare solo l'offerta inserita tramite il Sistema”.

Con conseguente declaratoria del diritto della Ricorrente ad assumere la posizione di prima graduata e di inefficacia del contratto eventualmente stipulato fra l'Ente Appaltante e l'aggiudicatario della gara, rispetto al quale – per quanto possa occorrere – la patrocinata rende, fin da ora, pertanto, la propria disponibilità all'eventuale subentro.

Con riserva di correlata azione giustiziale, in termini di richiesta risarcitoria e/o indennitaria, da formulare ex post, con separato giudizio.

Con vittoria di spese e onorari di giudizio, nonché refusione del contributo unificato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Infn - Istituto Nazionale di Fisica Nucleare;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella Camera di consiglio del giorno 9 giugno 2021 il Consigliere Alfonso Graziano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente espone in fatto di aver partecipato alla procedura per l'affidamento della fornitura di un sistema di calcolo scientifico e di storage indetta dall' I.N.F.N., per la "fornitura di un sistema di calcolo scientifico e di storage per il potenziamento del nodo cloud INFN (infn cloud computing), progetto di potenziamento dell'infrastruttura di ricerca denominata "Elixir", acronimo di European lifescience infrastructure for biological information", dal titolo "cnrbiomics - centro nazionale di ricerca in bioinformatica per le scienze "omiche"; gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95, comma 2 D.Lgs. 50/16, con attribuzione di 90 punti per l'offerta tecnica e di 10 per quella tecnica, come desumibile dalla lex specialis.

In data 16/11/2020 la Commissione giudicatrice (nominata con Disposizione del

Presidente I.N.F.N n. 22459 del 2 ottobre 2020) si è riunita in seduta pubblica per via telematica, per la procedura di apertura delle offerte tecniche (cfr. Verbale n. 1, doc. 6 produz. Avvocatura di Stato del 4 giugno 2021) successivamente valutate, a seguito di chiarimenti richiesti anche alla ricorrente e da essa e forniti nelle successive sedute di cui ai verbali depositati ai docc. 7 – 9, stessa produzione.

1.1. Dalla documentazione versta in atti sia dalla ricorrente che dall'amministrazione emerge che con all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche la Commissione rilevava (All. 10 alla memoria dell'Avvocatura di Stato del 4.6.2021, verbale n. 6 del 18 dicembre 2020, analisi offerte economiche) che: "nei documenti caricati dall'operatore economico GRAFIDATA sono presenti le seguenti incongruenze tra il documento "offerta economica generata dal sistema" e il documento "modello di offerta economica" in quanto:

nel primo documento caricato sul Sistema (All. 10 produz. cit. e All. 10 produzione ricorrente) veniva indicato un ribasso pari al 2%, mentre nel secondo (All. 11 produz. cit. e All. 9 produz. ricorr.) uno pari a 5,3577% (cinque per cento/3577); nel primo il costo della mano d'opera era indicato in € 150, mentre nel secondo in € 2.056,00 (duemilacinquantasei euro/00); infine gli oneri per la sicurezza nel primo documento erano indicati in € 50 mentre nel secondo in € 375,00 (trecentosettantacinque euro/00).

Con la deliberazione impugnata la gara è stata quindi aggiudicata all'odierna controinteressata ma per la deducente l'esito sarebbero stato diverso e ad essa favorevole "ove la S.A. avesse preso in considerazione il valore indicato nel "Modello di offerta economica" – all. n. 9 (e non quello indicato nel Modello generato dal sistema – all. n. 10, non corrispondente alla volontà del partecipante a causa di un errore di battitura)".

2. Insorge avverso la disposta aggiudicazione la società Grafidata ricorrente con il ricorso in trattazione, affidato ad un unico motivo di diritto. Rubricando violazione dei principi in tema di interpretazione delle offerte e soccorso procedimentale, eccesso di potere per violazione del principio del *favor participationis*, sviamento di potere e ingiustizia manifesta, lamenta che l'operazione da porre in essere si atteggiava a mera doverosa operazione di rettifica in presenza di un errore materiale agevolmente riconoscibile e incontestabile e quindi passibile di correzione d'ufficio da parte della Commissione, la volontà negoziale risultando del tutto chiara, non necessitando di alcun ausilio esterno. In via subordinata, persistendo il dubbio, per la deducente il seggio di gara avrebbe dovuto porre mano al soccorso

procedimentale, c.d. soccorso istruttorio, utile per risolvere dubbi riguardanti “gli elementi essenziali dell’offerta tecnica ed economica”, tramite l’acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell’offerta ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l’esatta interpretazione e a ricercare l’effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità.

2.1 Si è costituito l’Istituto nazionale di fisica nucleare a ministero dell’Avvocatura generale dello Stato che ha prodotto il 4 giugno 2021 tutti gli atti di gara, tra cui i richiamati verbali, nonché memoria defensionale sostenendo l’infondatezza del gravame nel merito.

2.2. Alla Camera di consiglio del 9 giugno 2021, nessuno comparso in collegamento da remoto per le parti, la causa è stata ritenuta in decisione, ex art. 25, D.L. n. 137/2020 (che ricalca l’art. 84, co. 5, D.L. m. 18/2020) sulla base degli atti depositati e con avviso a verbale della possibile definizione nel merito con sentenza in forma semplificata ex artt. 60 e 74 cod.proc. amm., non ostandovi esigenze istruttorie e nella pienezza ed integrità del contraddittorio.

3. Ritiene il Collegio che, come esattamente chiarito dal RUP a specifica richiesta rivoltagli dalla commissione di gara, “gli articoli 12 e 16 del disciplinare di gara non lasciano margine di dubbio nel dover considerare solo l’offerta inserita tramite il Sistema”, e non il “modello di offerta economica”.

La primazia del modulo “offerta economica generata dal Sistema” è sancita al p. 16, primo paragrafo del disciplinare (All. 3, produz. IFN del 4.6.2021, pag. 25,) in ossequio al quale il concorrente doveva, a pena di esclusione, inviare e fare pervenire all’Amministrazione attraverso il Sistema, un’offerta economica, mediante “*inserimento*

nell'apposita sezione del Sistema dei valori richiesti con modalità solo in cifre; tali valori verranno riportati su una dichiarazione d'offerta generata dal Sistema in formato.pdf "Offerta economica", che il concorrente dovrà inviare e fare pervenire all'Amministrazione attraverso il Sistema dopo averla: i) scaricata e salvata sul proprio PC; ii) sottoscritta digitalmente (...)".

Già sul piano lessicale emerge dunque la valenza del documento "Offerta economica generata dal sistema", definito, invero dal al p. 16, primo paragrafo del disciplinare, in termini di "*dichiarazione d'offerta generata dal Sistema in formato.pdf "Offerta economica"*", locuzione *self expressing*, in sé quindi ben più significativa che non quella di "modello di offerta economica", anziché di "offerta economica"

4. Osserva inoltre al riguardo la Sezione che nelle gare di appalto, l'errore in cui sia incorso un concorrente nella formulazione dell'offerta, specie relativamente alla componente economica di essa, può essere rettificato ex officio dall'amministrazione e per essa dalla commissione, solo ove sia *ictu oculi* riconoscibile in base a un semplice calcolo aritmetico e non necessiti di approfondimenti o di attività di interpretazione e ricostruzione della volontà dell'offerente. La giurisprudenza, condivisa dal Collegio è costante sul punto (cfr. T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III quater, 4 gennaio 2021, n. 62; Consiglio di Stato, Sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7758; T.A.R. Toscana, Sez. I, n. 35/2020; Consiglio di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113; id., 16 marzo 2016, 1077; TAR Campania, Napoli, sez. I, 1 dicembre 2015, n. 5530).

4.1. Nel caso all'esame non è luogo a disputare di errore riconoscibile e pertanto emendabile in base ad una semplice operazione aritmetica correttiva, poiché si è, invece, al cospetto di due difformi dichiarazioni di componenti fondamentali dell'offerta economica.

Nel documento “Offerta economica generata dal Sistema” (All. 10 produz. INFN e All. 10 produzione ricorrente) veniva infatti indicato dalla Grafidata ricorrente un ribasso pari al 2%, mentre nel secondo, “Modello di offerta economica” (All. 11 produz. INFN e All. 9 produz. ricorr.) uno pari a 5,3577% (cinque percento/3577); nel primo, il costo della mano d’opera era indicato in € 150, mentre nel secondo in € 2.056,00 (duemilacinquantasei euro/00); infine gli oneri per la sicurezza nel primo documento erano indicati in € 50 mentre nel secondo in € 375,00 (trecentosettantacinque euro/00).

4.2. Ebbene, il giudizio circa la prevalenza dell’una dichiarazione rispetto all’altra, divergendo gli indicati valori di gran misura, postula all’evidenza la ricostruzione dell’effettiva e reale volontà dell’offerente, mediante, quindi, un giudizio non automatico ma richiedente il disimpegno di un’attività interpretativa estranea alle competenze del seggio di gara e dell’Amministrazione appaltante, in quanto attività dianoetica, connotata, come qualsivoglia attività esegetica, da immanenti profili di soggettività.

La propugnata immediata riconoscibilità dell’errore dichiarativo era del resto ontologicamente da escludere a causa dell’obiettivo rilevante contrasto tra i sopra riportati valori dell’offerta, inter eos nettamente contrastanti.

Giova rammentare che già l’Adunanza Plenaria, nella ben più limitata evenienza della discordanza tra l’offerta espressa in cifre e quella espressa in lettere componendo la risalente vexata quaestio esistente in giurisprudenza (si ricorda che prevaleva la tesi della prevalenza dell’offerta come espressa in lettere) ha chiarito che “ (...) la rettifica, pur astrattamente ammissibile in virtù dei principi di conservazione degli atti giuridici e di massima partecipazione, deve ritenersi consentita in

caso di errore materiale facilmente riconoscibile attraverso elementi “diretti ed univoci” tali da configurare un errore materiale o di scritturazione emendabile dalla commissione, ma non anche nel caso in cui sia necessario attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima o ad inammissibili dichiarazioni integrative dell'offerente, non essendo consentito alle commissioni aggiudicatrici la modifica di una delle componenti dell'offerta con sostituzione, anche solo parziale, alla volontà dell'offerente” (Consiglio di Stato, Ad.Plen., 13 novembre 2015, n. 10, su rimessione da parte di Cons. Giust. Amm. 11/5/2015, n.390).

4.3. Ne consegue che stante la marcata divergenza tra le predette voci dell'offerta economica, solo l'offerente sarebbe stato titolato a svolgere una “interpretazione autentica” necessaria a chiarire il macroscopico errore; ma siffatto intervento chiarificatore dell'offerente, postumo all'apertura delle offerte economiche, impatterebbe i principi di immodificabilità dell'offerta e di par condicio competitorum, risultando quindi inammissibile

5. Né può essere fondatamente invocato – venendo al secondo e subordinato profilo di doglianza - il soccorso istruttorio di cui all'art.83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, non trattandosi di colmare carenze formali della domanda o lacune documentali di comprova dei requisiti, bensì di sopperire ad un errore nella formulazione dell'offerta, come detto, non immediatamente percepibile ma richiedente un'attività interpretativa. Sul piano della stessa disciplina di gara, infatti, lo stesso p. 13 del disciplinare versato in atti, dedicato al soccorso istruttorio, escludeva dal raggio di applicazione del soccorso istruttorio le patologie dell'offerta economica e tecnica stabilendo infatti che “Le carenze di qualsiasi elemento formale della

domanda, e in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio;”.

5.1. Conviene evidenziare in proposito che il limite all'esercizio del potere – dovere del soccorso istruttorio va individuato nelle stesse carenze, incompletezze o irregolarità dell'offerta (salvo l'errore agevolmente riconoscibile) le quali non possono essere sanate mediante il soccorso istruttorio: “Ai sensi dell' art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 , le carenze formali possono essere sanate attraverso la procedura del c.d. soccorso istruttorio, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica.” (T.A.R., Lazio - Roma , Sez. I , 4/11/2020, n. 11369; in termini, T.A.R. Veneto, Sez. I, 22/07/2020, n. 649).

Sulla scorta di quanto fin qui argomentato ritiene dunque il Collegio che il ricorso sia infondato e pertanto da respingere.

6. Va peraltro rilevato anche un profilo di inammissibilità per carenza di interesse delle scrutinate censure costituenti l'unico motivo del gravame, ove si consideri oltretutto che in entrambi i documenti presentati dall'odierna ricorrente e sottoscritti digitalmente, l'offerta economica complessiva, pur a fronte del rilevato marcato contrasto delle relative voci, risulta identica e pari a € 469.000,00, superiore quindi a quella della controinteressata pari a € 444.359,68 e dunque meno conveniente per l'Amministrazione.

Tanto emerge infatti dal modello “Offerta economica generata dal sistema”, prodotto dalla ricorrente all'all. 10 del ricorso, pag. 3, riquadro “offerta economica – prezzo complessivo offerto”, nonché dal “modello offerta economica”, prodotto dalla ricorrente all'All. 9,

pag. 2: “corrispondente a un prezzo complessivo di € 469.000,00 (quattrocentosessantanovemila euro/00) IVA esclusa”;

Ne consegue che le esaminate censure tese a sostenere l'emendabilità dell'errore - in cui è incorsa la ricorrente - nel quale si sarebbe concretata la rilevata discrasia di voci della sua offerta economica, si profilano anche inammissibili per difetto di interesse giacché, in ogni caso, anche ove tale errore dovesse giudicarsi emendabile, la controinteressata ha formulato un prezzo più basso (€ 444.359,68 a fronte di € 469.000,00 proposti dalla ricorrente) ottenendo, come riportato nello stesso ricorso, pagg. 4 e 5, punti 10 per la componente economica a fronte dei punti 4,094 ottenuti dalla ricorrente; quindi con un divario di quasi 6 punti a vantaggio della controinteressata, non colmabile in virtù del maggiore punteggio di soli 2 punti conseguiti dalla ricorrente per la componente tecnica (78,53 la ricorrente 76,53 la controinteressata; totale punti 82,62 la ricorrente, 86,53).

La controinteressata, dunque, avendo ottenuto 6 punti per aver offerto un prezzo complessivo inferiore a quello offerto dalla ricorrente in € 469.00, 00, supera la ricorrente nella graduatoria totale – punteggio economico e punteggio tecnico - per quasi 2 punti ed è pertanto divenuta aggiudicataria della fornitura per cui è causa.

Conclusivamente, il ricorso si presenta infondato nonché, per l'illustrato profilo di irrilevanza delle censure, anche inammissibile per difetto di interesse.

Le spese di causa possono peraltro essere integralmente compensate per la particolarità delle questioni trattate

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 9 giugno 2021 in videoconferenza con collegamento da remoto ex art. 25, D.L. n. 137/2020, conv. con L. n. 176/2020, con l'intervento dei Magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Ugo De Carlo, Consigliere

Alfonso Graziano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alfonso Graziano

IL PRESIDENTE
Giuseppe Daniele

IL SEGRETARIO