

Publicato il 04/11/2020

N. 11404/2020 REG.PROV.COLL.
N. 08146/2020 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 Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 8146 del 2020, proposto da

L2 Soluzioni S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pasquale Bertone, Giuseppe Maria Berruti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Pasquale Bertone in Roma, Piazzale Clodio, 32 Pal.B;

contro

Centro Sperimentale di Cinematografia, 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

Ates Informatica S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia

- del provvedimento, ignoto negli estremi, di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per la rdo "fornitura di notebook e accessori per lo smart working" (CIG 837080921D) svolta su piattaforma MEPA;

- del relativo verbale della riunione della seggio di gara del 30 settembre 2020, nella quale, previa verifica della congruità economica dell'offerta, è stata disposta l'esclusione della

ricorrente per offerta asseritamente non conforme al capitolato, in particolare riguardo alla docking station proposta, all'assenza di tastiere e mouse e cavi e alla carente configurazione dei dispositivi Surface;

- della nota di riscontro (prot. 6023/20) alla lettera di contestazione dell'esclusione inoltrata dalla ricorrente in data 4 ottobre 2020;

- del provvedimento di aggiudicazione e affidamento del contratto ad ATES INFORMATICA, sconosciuto negli estremi e mai comunicato alla ricorrente, nonché della graduatoria definitiva anch'essa mai comunicata alla ricorrente (ma risultante dal verbale e differente rispetto alla graduatoria provvisoria che vedeva la ricorrente collocata al primo posto);

- del contratto eventualmente stipulato (come risulterebbe sulla base della schermata MEPA), senza alcuna comunicazione in merito alla ricorrente;

- della richiesta di chiarimenti relativa alla anomalia dell'offerta trasmessa via portale MEPA in data 10 settembre 2020;

- della RDO, del disciplinare di gara e del capitolato di appalto, ove interpretati nel senso di escludere l'offerta della ricorrente per le motivazioni indicate nel verbale del 30 settembre 2020;

- di ogni altro atto consequenziale, connesso, presupposto, anche di contenuto sconosciuto, in quanto lesivo, con riserva di proporre motivi aggiunti per la declaratoria di inefficacia

- del contratto eventualmente stipulato dall'intimata Amministrazione;

nonché

per la condanna dell'intimata Amministrazione a disporre il subentro nel contratto in favore della ricorrente, ovvero alla riedizione della gara; e in via subordinata per la condanna al risarcimento dei danni per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Centro Sperimentale di Cinematografia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2020 la dott.ssa Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con ricorso notificato e depositato in data 15 ottobre 2020, L2 SOLUZIONI s.r.l. ha impugnato il provvedimento con il quale è stata esclusa dalla procedura di gara per l'affidamento della "Fornitura di notebook e accessori per lo Smart Working", indetta dalla

Fondazione Centro Sperimentale di Cinematografia, sede di Roma, tramite la richiesta di offerta (RDO) n. 2614118 pubblicata sul portale MEPA il 30 luglio 2020, da aggiudicarsi al prezzo più basso (con base di asta di Euro 86.500,00).

1.1. La ricorrente ha allegato che:

- in esito all'apertura delle offerte economiche, la propria offerta si collocava al primo posto della graduatoria dei ribassi offerti dai 24 operatori che avevano risposto alla RDO, con un'offerta pari ad Euro 48.830,00;
- il RUP, con nota in data 14 settembre 2020, sottoponeva a verifica di congruità l'offerta suddetta, ai sensi dell'art. 97, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, chiedendole di “fornire entro 15 giorni (...) la lista di tutti i materiali offerti, idonee spiegazioni e/o analisi dei costi che hanno condotto alla formulazione dell'offerta economica, tenuto conto in particolare dei criteri orientativi fissati dall'art. 97, comma 4, del Codice”;
- di aver tempestivamente riscontrato detta richiesta con la propria comunicazione (prot. 123-2020-ac-CSC) del 21 settembre 2020, ossia entro i quindici giorni assegnati per la risposta;
- nella riunione tenutasi il 30 settembre 2020, il Seggio di gara procedeva “all'analisi” delle giustificazioni pervenute e, dopo aver valutato che “risulta[va]no essere tutte valide e sufficientemente esplicative”, perveniva alla decisione di escludere L2 SOLUZIONI s.r.l. “in quanto l'offerta non è conforme al capitolato, in particolare riguardo alla docking station proposta, all'assenza di tastiere mouse e cavi e alla carente configurazione dei dispositivi surface”;
- di aver appreso dell'esclusione solo a seguito della pubblicazione del verbale di gara, avvenuta in data 1 ottobre 2020, sicché con nota prot. n. 131-2020-ac-CSC del 4 ottobre 2020 chiedeva l'annullamento dell'esclusione in ragione della (asserita) coerenza dell'offerta tecnica con quanto richiesto dal capitolato;
- il RUP riscontrava tale richiesta con nota prot. n. 6023/2020, con la quale “ribadi[va] quanto già espresso nel verbale del seggio di gara, del 30 settembre u.s., pubblicato sul portale Mepa”, secondo cui “il seggio, in ossequio all' art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, ha escluso la [...] offerta in quanto non ha ritenuto la documentazione prodotta sufficiente a giustificare il costo proposto”.

2. La ricorrente, con un unico articolato motivo, ha denunciato l'illegittimità dell'esclusione così disposta e, in via derivata, di tutti gli altri atti della procedura ad essa successivi e conseguenti per “violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 cost., degli artt. 83, 95 e 97 d.lgs. 50/2016; incompetenza relativa e/o assoluta del RUP; violazione dei principi di divieto di commistione

tra offerta tecnica ed economica, di *par condicio* tra i partecipanti, di massima partecipazione; violazione dei punti 5 e 8 del disciplinare di gara; incompetenza assoluta nelle valutazioni operate dal seggio di gara; eccesso di potere per illogicità manifesta, irragionevolezza, contraddittorietà tra atti del seggio di gara, travisamento dei fatti, carenza motivazionale, disparità di trattamento, arbitrarietà e perplessità manifesta”, poiché:

- a) la motivazione dell'esclusione di cui alla nota prot. n. 6023/2020 della stazione appaltante (comunicata a seguito della contestazione dell'esclusione) si porrebbe in palese contraddizione con quanto affermato nel verbale del 30 settembre 2020, dal quale si evince che il seggio di gara avrebbe invece “proceduto nell'accertamento del contenuto tecnico della proposta della ricorrente proprio sul presupposto della piena giustificazione in merito alla verifica di anomalia”;
- b) la comunicazione di conferma dell'esclusione a firma del RUP risulterebbe aver illegittimamente integrato e/o sostituito “la propria valutazione a quella operata in sede di gara, per di più surrettiziamente e successivamente alla prima”;
- c) l'esclusione sarebbe stata disposta in violazione del divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica, giacché il seggio di gara avrebbe conosciuto prima il valore delle proposte economiche e, addirittura, i giustificativi all'anomalia, e poi si sarebbe determinato a valutare le offerte tecniche;
- d) in ogni caso, il seggio di gara non avrebbe fatto ricorso al soccorso istruttorio, al fine di consentire alla ricorrente di sanare eventuali mancanze, carenze o incompletezze della domanda, e ciò malgrado la documentazione prodotta fosse “perfettamente rispondente al capitolato”;
- e) le operazioni di gara si sarebbero svolte in violazione dei punti 5 e 8 del disciplinare di gara, i quali rispettivamente prevedono che: *“Preliminarmente verrà esaminata la documentazione amministrativa, successivamente, all'esito di tali verifiche, l'offerta tecnica ed infine l'offerta economica. La graduatoria delle offerte ritenute valide verrà stilata in modalità automatica dal sistema telematico in relazione del prezzo totale offerto per l'appalto”* e che *“in ogni caso la Fondazione si riserva di non procedere all'aggiudicazione nel caso in cui non dovesse ritenere (...) la stessa non rispondente alle esigenze del servizio richiesto (...)”*;
- f) la motivazione di esclusione contenuta nel verbale del 30 settembre 2020 sarebbe peraltro illegittima anche per le valutazioni di merito con essa espresse con riguardo alle presunte non conformità dell'offerta della ricorrente rispetto al capitolato.

2.1. La ricorrente ha quindi precisato che il proprio interesse principale sotteso al gravame è quello “di vedersi riconosciuto il risarcimento in forma specifica e dunque l'aggiudicazione

dell'appalto oggetto di discussione”, e solo in via subordinata quello al “risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi a causa del mancato affidamento alla ricorrente”.

3. Si è costituita in giudizio la Fondazione Centro Sperimentale di Cinematografia con articolata memoria chiedendo il rigetto del ricorso per infondatezza.

4. All'udienza camerale del 27 ottobre 2020, fissata per la trattazione della domanda cautelare, la difesa erariale comunicava che il contratto era stato già stipulato e, udita la discussione dei procuratori delle parti costituite, la causa veniva trattenuta per la decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a., sussistendone tutti i presupposti di legge.

5. Con l'odierno gravame si contesta, in sintesi, che la motivazione dell'esclusione dell'offerta della ricorrente comunicata dal RUP con la nota prot. n. 6023/2020 (secondo cui l'esclusione era stata disposta ai sensi dell'art. 97 del codice dei contratti) si porrebbe in evidente contraddittorietà con quanto affermato nel verbale di gara del 30 settembre 2020, dal quale si ricaverebbe, invece, che la verifica dell'anomalia dell'offerta della ricorrente, collocatasi al primo posto della graduatoria in quanto contenente il maggior ribasso, avrebbe avuto esito positivo (tenuto conto delle valide e ed esaustive giustificazioni fornite tempestivamente dall'interessata), mentre l'esclusione sarebbe stata disposta per la ritenuta non conformità dell'offerta tecnica al capitolato. Al contempo tale valutazione di non conformità sarebbe frutto di una serie di violazioni della *lex specialis* e procedurali fra le quali spiccherebbe la violazione del divieto di commistione fra offerta tecnica ed economica.

5.1. Il ricorso è fondato per i motivi e nei limiti di quanto di seguito osservato.

5.2. Preliminarmente, occorre ricostruire l'attività procedimentale in concreto svolta dalla stazione appaltante per giungere all'esclusione dell'odierna ricorrente.

5.2.1. Ed invero, dalla lettura del verbale di gara del 30 settembre 2020, si ricava testualmente che, in un primo tempo (*i.e.*: nella seduta dell'11 settembre 2020), la commissione di gara ha provveduto “a valutare tutta la documentazione amministrativa e tecnica presentata” dagli operatori economici partecipanti alla gara e, poi, “a seguito dell'apertura delle offerte economiche”, il RUP, di concerto con i membri della commissione di gara, ha proceduto “alla valutazione della congruità dell'offerta” individuando così l'anomalia di una serie di offerte fra cui quella della odierna ricorrente.

5.2.2. Conseguentemente la stazione appaltante procedeva alla verifica della anomalia di tali offerte chiedendo ai concorrenti di fornire “idonee spiegazioni e/o analisi dei costi che hanno condotto alla formulazione della loro offerta economica, tenuto conto dei criteri orientativi fissati sempre dallo stesso art. 97, ma la comma 4”.

5.2.3. In tale comunicazione, tuttavia, il RUP chiedeva altresì di fornire “la lista di tutti i materiali offerti”.

5.2.4. Nella seduta del 30 settembre 2020, quindi, si procedeva all’analisi delle giustificazioni ritenendole “tutte valide e sufficientemente esplicative”.

5.2.5. A questo punto la commissione di gara passava “all’esame del dettaglio dei prodotti offerti”, pervenendo alla decisione di escludere L2 SOLUZIONI s.r.l. “in quanto l’offerta non è conforme al capitolato, in particolare riguardo alla *docking station* proposta, all’assenza di tastiere mouse e cavi e alla carente configurazione dei dispositivi *surface*”. Conseguentemente, nella medesima seduta, il seggio di gara proponeva l’aggiudicazione del contratto alla società ATES INFORMATICA, che aveva “presentato l’offerta economica di importo minore rispetto a quelle ritenute idonee, pari a 54.161,00”.

5.3. Orbene, così ricostruita l’attività di valutazione delle offerte tecniche ed economiche dei concorrenti, risulta evidente che, contrariamente a quanto affermato con la comunicazione del RUP prot. n. 6023/20, l’esclusione dell’offerta della ricorrente non fu disposta ai sensi dell’art. 97 del codice degli appalti, per la ritenuta incongruità dell’offerta, ossia per l’insufficienza della documentazione prodotta “a giustificare il costo proposto”, bensì per la riscontrata non conformità dell’offerta tecnica al capitolato d’appalto.

5.4. Inoltre, la commissione di gara si è determinata a tale decisione, anziché in sede di valutazione delle offerte tecniche – effettuata, in tesi, secondo quanto riportato nello stesso verbale di gara, “nella seduta dell’11 settembre” –, dopo l’apertura delle offerte economiche e, più precisamente, nell’ambito della valutazione della congruità dell’anomalia dell’offerta, disposta ai sensi dell’art. 97 del codice dei contratti. E ciò in patente violazione dell’art. 5 del disciplinare di gara e, più in generale, del divieto di commistione tra offerta economica e offerta tecnica, oltre che dell’art. 97 del codice dei contratti medesimo.

5.5. Tale divieto, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, costituisce invero 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’art. 97 Cost., sub specie della trasparenza e della *par condicio* tra i concorrenti (in termini, tra le tante e da ultimo: Consiglio di Stato sez. V, 19/10/2020, n. 6308); 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 da parte dell’organo deputato alla valutazione dell’offerta, alterandone la serenità ed imparzialità valutativa.

5.6. Nella fattispecie in esame, quindi, l'apertura della busta contenente l'offerta economica e, pertanto, l'accessibilità della stessa da parte della Commissione è avvenuta prima dell'effettiva valutazione di conformità al capitolato delle offerte tecniche, violando così il divieto di commistione tra valutazione tecnica ed economica, consentendo la conoscenza degli elementi quantitativi ed economici dell'offerta prima della formulazione del giudizio tecnico (in termini: T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 21/11/2019, n.13363).

5.7. L'operato della Commissione si è posto, quindi, in contrasto con la previsione dell'art. 5 del Disciplinare di gara, in quale, in coerenza con il divieto in parola, prevede per l'appunto che: *“Preliminarmente verrà esaminata la documentazione amministrativa, successivamente, all'esito di tali verifiche, l'offerta tecnica ed infine l'offerta economica. La graduatoria delle offerte ritenute valide verrà stilata in modalità automatica dal sistema telematico in relazione del prezzo totale offerto per l'appalto. Dopo l'eventuale accertamento della congruità delle offerte, la Fondazione provvederà all'aggiudicazione ed alla verifica del possesso dei prescritti requisiti di partecipazione in capo all'operatore economico aggiudicatario”*.

6. Pertanto il ricorso deve essere accolto in quanto il concreto *modus operandi* della commissione di gara ha determinato la violazione del divieto di commistione fra offerta tecnica ed economica e, per l'effetto, vanno annullati tutti gli atti assunti sulla base di tale violazione e precisamente: a) l'esclusione disposta nei confronti della ricorrente, b) l'aggiudicazione alla società ATES INFORMATICA, c) il verbale del 30 settembre 2020. Dall'annullamento in questione deriva anche, ai sensi dell'art. 122 del c.p.a., la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, giacché la violazione riscontrata comporta necessariamente la ripetizione delle operazioni di gara secondo quanto di seguito precisato.

6.1. Con riguardo, in particolare, alle specifiche operazioni di gara da ripetere va osservato che se è vero che l'annullamento, tanto in sede giurisdizionale, quanto in sede amministrativa, di un atto inserito in una sequenza procedimentale di per sé comporta la rinnovazione dei soli atti successivi ad esso, e non determina anche la caducazione di quelli anteriori, è anche vero che tale regola deve esser armonizzata, nelle procedure di aggiudicazione di un appalto, con il principio che impone la segretezza delle offerte e, in particolare, che la valutazione delle offerte tecniche sia effettuata prima di conoscere il contenuto delle offerte economiche (cfr., C.d.S., Sez. III[^], sentenza n. 4934/2016).

6.2 Al contempo, tuttavia, siffatto principio di segretezza, per come ribadito dalla più recente giurisprudenza condivisa dal Collegio, può essere preservato anche senza addivenire alla radicale rinnovazione dell'intera procedura di gara, stante la necessità di coordinarlo con gli altri beni tutelati aventi pari dignità ordinamentale sul piano giuridico, quali nella specie, da un

lato, il principio di massima conservazione degli atti giuridici e di buona amministrazione, e dall'altro, il canone del minor sacrificio possibile delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte. Nel caso concreto, peraltro, la “*par condicio*” tra i medesimi concorrenti, quale valore autenticamente protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, non verrebbe in ogni caso scalfita da un nuovo apprezzamento delle offerte già conosciute a condizione che sia effettuato da una Commissione in diversa composizione (cfr., in termini: T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 16/06/2020, n. 2429).

6.3. Pertanto, nel caso sottoposto a scrutinio, in applicazione dei suesposti principi, occorre procedere alla rinnovazione della procedura a partire dall'esame delle offerte tecniche, senza che sia necessaria quindi la riapertura della fase di presentazione delle offerte.

Tuttavia, la nuova valutazione delle offerte tecniche già presentate dovrà essere svolta ad opera di una Commissione di gara in diversa composizione, a tutela dei principi di terzietà, e nel rispetto della segretezza delle buste economiche, previa adozione di tutti gli accorgimenti necessari alla secretazione della paternità delle stesse.

7. In considerazione dei motivi dell'annullamento e delle conseguenze conformative che da esso discendono in termini di necessaria reiterazione della gara, la domanda di aggiudicazione del contratto così come l'alternativa richiesta risarcitoria per equivalente risultano allo stato inammissibili per carenza di interesse.

8. Le spese processuali, *ex art.* 91 c.p.c., seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto:

- a) annulla gli atti impugnati;
- b) dichiara l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more;
- c) dispone la reiterazione delle operazioni della gara nei sensi specificati in motivazione;
- d) dichiara l'inammissibilità della domanda di risarcimento, così come della domanda di aggiudicazione del contratto.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento delle spese processuali in favore della parte ricorrente che liquida in complessive euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Donatella Scala, Presidente

Silvia Coppari, Consigliere, Estensore

Roberta Mazzulla, Referendario

L'ESTENSORE

Silvia Coppari

IL PRESIDENTE

Donatella Scala

IL SEGRETARIO