

Pubblicato il 05/07/2020

N. 00444/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00039/2020 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 Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 39 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Omnidea S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Zampieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Padova, Piazzale Stazione n. 6;

contro

Inrim - Istituto Nazionale di Ricerca Metrologica, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Torino, domiciliataria *ex lege* in Torino, via dell'Arsenale, 21;

nei confronti

Synesthesia S.r.l., Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento dell'Istituto Nazionale per la Ricerca Metrologica, mai notificato né esibito alla ricorrente, con il quale è stata aggiudicata la procedura recante R.d.O. n. 2451731 alla società Synesthesia S.r.l.;
- della proposta di aggiudicazione e di tutti i verbali di gara della procedura recante R.d.O. n. 2451731;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente, di cui si chiede venga ordinata l'esibizione;

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato dalla Stazione Appaltante con la società Synesthesia S.r.l.;

nonché per la condanna

al risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'aggiudicazione alla ricorrente Società Omnidea S.r.l. dell'appalto in questione e il subentro della stessa nel rapporto contrattuale con l'Istituto Nazionale per la Ricerca Metrologica, o comunque, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da OMNIDEA S.R.L. il 6 giugno 2020:

per l'annullamento,

- del provvedimento dell'Istituto Nazionale per la Ricerca Metrologica con il quale è stata aggiudicata la procedura recante R.d.O. n. 2451731 alla società Synesthesia S.r.l.;
- della proposta di aggiudicazione e di tutti i verbali di gara della procedura recante R.d.O. n. 2451731;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente;

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato dalla Stazione Appaltante con la società Synesthesia S.r.l.;

nonché per la condanna

al risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'aggiudicazione alla ricorrente Società Omnidea S.r.l. dell'appalto in questione e il subentro della stessa nel rapporto contrattuale con l'Istituto Nazionale per la Ricerca Metrologica, o comunque, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Inrim - Istituto Nazionale di Ricerca Metrologica, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2020 il dott. Angelo Roberto Cerroni e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5 del D.L. 18/2020, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Istituto Nazionale per la Ricerca Metrologica ha indetto una procedura selettiva ad evidenza pubblica tramite MEPA *“per l'affidamento della fornitura di (massimo) n. 400 licenze del software “G Suite Business” per 36 mesi decorrenti dal 16/12/2019 e fino al 16/12/2022”*, da aggiudicarsi in base al criterio del prezzo più basso, con importo a base d'asta di euro 149.760,00, oltre I.V.A..
2. Alla gara prendevano parte l'odierna ricorrente, Omnidea s.r.l., che presentava un'offerta al prezzo di euro 316,80 per ciascuna licenza, per un importo complessivo di euro 126.720,00; Esource Italy s.r.l. e Synesthesia s.r.l., che presentavano offerte complessive, rispettivamente, pari a 142.000 e 38.800 euro (corrispondenti ad un controvalore pro-capite di 355 euro e 97 euro a licenza).
3. In data 29 novembre 2019, il RUP, dopo aver controllato la documentazione richiesta, anche in esito alla procedura di soccorso istruttorio, ha esaminato le offerte economiche presentate dai concorrenti e,

rilevando il valore molto basso offerto dal concorrente Synesthesia S.r.l., ha ipotizzato *“che lo stesso sia, per un errore materiale del concorrente, relativo al valore annuale del canone, corrispondente, in base a una semplice operazione aritmetica, all’importo di 116.400,00, riferibile al triennio”*. Ha conseguentemente osservato che *“tale importo triennale, seppure inferiore, appare comunque in linea con le altre offerte ricevute, mentre in caso contrario si sarebbe ictu oculi in presenza di un ribasso percentuale che appare oggettivamente impraticabile”*. Ritenuto procedere, per ragioni prudenziali, alla verifica di tale asserzione il RUP ha sospeso temporaneamente la procedura al fine di attivare il subprocedimento *ex art. 97, comma 1 d.lgs. 50/2016*, dandone comunicazione sulla piattaforma MEPA.

4. Il giorno stesso, Synesthesia s.r.l., tramite piattaforma MEPA, ha inviato comunicazione nella quale precisava che il prezzo inserito in offerta è relativo alla fornitura di un anno e che tale importo è da moltiplicare, quindi, per i tre anni della durata della fornitura. Il RUP ha ritenuto che la comunicazione inviata dalla concorrente non incidesse in alcun modo sull’attività interpretativa della stazione appaltante in quanto risultava già evidente, tenuto conto dell’enormità del ribasso diversamente praticato, che la cifra indicata in offerta dovesse essere moltiplicata per tre annualità per ottenere l’importo offerto per 36 mesi, ammontante ad euro 116.400,00; conseguentemente, l’offerta di Synesthesia veniva ammessa e risultava aggiudicataria della procedura, cui seguiva la stipulazione del contratto di fornitura.

5. La seconda graduata, Omnidea s.r.l., grava il provvedimento di aggiudicazione con un unico, ancorché articolato, motivo di impugnazione domandandone la caducazione con la contestuale declaratoria di inefficacia del contratto e la condanna in forma specifica al subentro.

6. L’INRIM si è costituito in giudizio assieme alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e al Ministero dell’istruzione, università e della ricerca, deducendo l’infondatezza del ricorso.

7. Alla camera di consiglio del 29 gennaio 2020 la ricorrente ha dichiarato di rinunciare all'istanza cautelare e ha chiesto al Tribunale di disporre l'esibizione in giudizio di tutti i documenti afferenti alla Richiesta di offerta, stendendo un elenco di riferimento; il Tribunale ha avallato l'istanza istruttoria di parte ricorrente disponendo con ordinanza presidenziale del 27 febbraio 2020 il deposito degli atti e dei documenti richiesti.

8. A seguito dell'esibizione dei documenti su ordinanza presidenziale istruttoria, in data 6 giugno 2020 la ricorrente ha depositato un atto di motivi aggiunti nel quale lamenta la violazione dell'art. 216 del d.lgs. 50/2016, in particolare, per la mancata tempestiva abilitazione della contro-interessata al sistema AVCpass entro i termini di partecipazione alla procedura, desumibile dalla tardività del rilascio e deposito del PassOE. A detta di parte ricorrente siffatta carenza avrebbe dovuto comportare l'esclusione di Synesthesia in luogo dell'aggiudicazione in suo favore della gara.

9. L'Amministrazione ha replicato al motivo aggiunto di ricorso deducendone l'infondatezza sul rilievo che l'abilitazione al sistema AVCpass non costituisce requisito di partecipazione prescritto a pena di esclusione.

10. All'udienza pubblica del 23 giugno 2020 il Collegio, preso che nessuna delle parti ha fatto richiesta di discussione orale, ha trattenuto la causa in decisione sulla base degli atti depositati in conformità a quanto disposto dall'art. 84, comma 5 d.l. 18/2020, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27.

DIRITTO

1. La ricorrente grava con il ricorso introduttivo il provvedimento di aggiudicazione con un unico mezzo di impugnazione a duplice risvolto nel quale, da un lato, denuncia la violazione delle *regulae iuris* poste a presidio del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, atteso il carattere abnormemente basso dell'offerta presentata dall'aggiudicataria e, dall'altro, censura la violazione del principio di immodificabilità dell'offerta tecnico-economica a presidio della *par condicio* tra gli operatori economici partecipanti alla gara.

2. In buona sostanza, l'offerta presentata da Synesthesia s.r.l. ammontava a 38.800 euro per il lotto posto a gara, equivalenti a soli 97 euro per ciascuna licenza per l'intero periodo di fornitura (36 mesi), cifra visibilmente incomparabile sia a quella posta a base d'asta (149.760,00 euro) sia a quelle offerte dagli altri due operatori partecipanti alla procedura (126.720 da parte di Omnidea s.r.l. e 142.000 da parte di Esource Italy s.r.l.).

3. Ad avviso del Collegio le doglianze formulate dalla ricorrente non sono suscettibili di positivo scrutinio dacché la vistosa discrasia dell'offerta in cui incorre la controinteressata si presta ad essere ragionevolmente ricondotta nella fenomenologia dell'errore materiale, militando a sostegno di tale tesi le seguenti circostanze:

(a) i listini dei prezzi Google per le licenze G suite prevedono scontistiche tali per cui, in ragione della qualificazione del partner – ordinario o premier – le soglie minime di offerta per la partecipazione alla gara in esame non potevano oltrepassare, al ribasso, i valori di 119.808 (per i partner ordinari) o 104.832 (per i partner premier): l'offerta di 38.800 euro di Synesthesia si presenta *ictu oculi* sganciata da queste soglie, al di fuori di qualsivoglia logica economica dell'operatore razionale e foriera di insostenibili perdite che priverebbero di alcuna utilità economica, diretta o indiretta, la commessa;

(b) la struttura della scheda di offerta si presentava, nella sua schematicità, non necessariamente inequivocabile, non emergendo con ineluttabile evidenza che il campo prezzo facesse riferimento al lasso temporale integrale dei 36 mesi di fornitura, né profilandosi irragionevole che l'operatore economico assumesse di dover formulare la propria offerta su basi temporali convenzionali, quale è indubitabilmente l'anno solare;

(c) il R.U.P. ha immediatamente rilevato l'abnormità manifesta dell'offerta dandone conto nel verbale della seduta del 29 novembre 2019 e identificando al contempo l'inequivocabile natura di errore materiale in cui è incappato il concorrente formulando un'offerta su base annuale la quale, se riferita invece al triennio sarebbe *ictu oculi* “oggettivamente impraticabile”;

(d) nella medesima seduta il RUP ha anche osservato che la rettifica del valore dell'offerta economica ricondurrebbe, secondo un'algebra elementare e necessitata, all'importo di euro 116.400 euro, esso sì coerente e attendibile rispetto ai *range* di prezzo ricavabili dai listini di Google.

4. Occorre precisare, al riguardo, quali siano i limiti di operatività della rettifica di errore materiale nell'ambito delle procedure evidenziali condotte da pubbliche amministrazioni: si tratta, infatti, di individuare il giusto temperamento tra alcuni contrapposti principi sottesi all'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni. Da un lato, il principio indefettibile di imparzialità dell'*agere* amministrativo che esige il rigoroso rispetto della *par condicio* tra i partecipanti alla gara, avente come logico corollario l'immodificabilità sostanziale delle offerte una volta scaduti i termini di presentazione fissati dalla legge di gara; dall'altro, il principio di conservazione degli atti giuridici, sorretto parallelamente dal *favor participationis*, in quanto un eccessivo rigorismo formale condurrebbe all'esclusione indiscriminata di operatori economici incappati inavvertitamente in omissioni, sviste o carenze formali sanabili senza pregiudizio delle esigenze di parità di trattamento.

4.1. Nel caso di specie, non si ravvisano omissioni o carenze formali - per le quali, come noto, il legislatore ha apprestato l'apposito istituto del soccorso istruttorio *ex art.* 83, comma 9 d.lgs. 50/2016 - bensì si riscontra un esempio paradigmatico di *lapsus calami*, concretantesi in una divergenza tra voluto e dichiarato, immediatamente rilevabile dall'Amministrazione senza necessità di particolari interpretazioni o verifiche del relativo dato.

4.2. L'operazione di rettifica non si presenta lesiva del principio di *par condicio* tra operatori, né del suo logico corollario in punto di immodificabilità dell'offerta, atteso che, per mezzo di essa, la Stazione appaltante si limita a ricostruire l'originaria volontà dell'operatore al momento della formulazione dell'offerta sulla scorta di dati inequivoci che rendono siffatta operazione necessitata, senza comportare alcuna modifica dell'offerta globalmente intesa: tale è limpidamente il caso di specie, considerato che la rettifica dell'offerta

economica avviene mediante l'unica operazione aritmetica ipotizzabile rappresentata dalla triplicazione del valore inavvertitamente offerto (38.800 euro) con riferimento alle singole annualità della fornitura. In tal direzione va anche la giurisprudenza del Supremo consesso di giustizia amministrativa, il quale ha affermato nella sua massima composizione che la rettifica 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).

4.3. L'operazione prospettata si profila rispettosa e coerente, altresì, con il dato civilistico, incarnando l'offerta di gara pur sempre una manifestazione di volontà pre-negoziale: è noto, difatti, che la disciplina codicistica non ammette l'annullamento del contratto per errori nella dichiarazione o nella sua trasmissione (art. 1433 cod. civ.), circoscrivendo, dunque, l'incidenza del *lapsus calami* o del *lapsus linguae* alla sola rettifica, tranne il caso di errore cd. "determinante" cioè errore sulla quantità che sia stato determinante del consenso. Tale disciplina deve ritenersi pacificamente suscettibile di estensione agli atti unilaterali preparatori della fattispecie contrattuale ai sensi dell'art. 1324 cod. civ., di tal ché non si ravvisano ostacoli ermeneutici nel darvi applicazione nel caso di offerta economica in sede di procedura di gara.

4.4. Le considerazioni appena svolte trovano ampi riscontri nella giurisprudenza amministrativa di primo grado e di appello, rinvenendosi inequivoche affermazioni pretorie nel senso che "*in sede di gara pubblica l'errore materiale nella formulazione dell'offerta consiste in una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione dell'offerta che deve emergere ictu oculi ; in definitiva, l'errore materiale non esige alcuna*

attività correttiva del giudizio, che deve restare invariato, dovendosi semplicemente modificare il testo in una sua parte, per consentire di riallineare in toto l'esposizione del giudizio alla sua manifestazione' (Consiglio di Stato sez. V, 29/04/2016, n.1648). Si precisa poi, condivisibilmente, che *"è onere della stazione appaltante, in presenza di errore materiale nella formulazione dell'offerta, di ricercare l'effettiva volontà del concorrente, come nel caso in cui, mediante il ricorso ad una mera operazione matematica, effettuata sulla base degli altri elementi contenuti nell'offerta economica, si possa procedere alla correzione dell'errore materiale stesso; ciò tanto più quando la correzione dell'errore materiale, rilevabile immediatamente senza necessità di particolari verifiche o interpretazioni del relativo dato, non sia in grado di comportare alcuna modifica dell'offerta globalmente intesa. Deriva da quanto rilevato che non è ragionevolmente ravvisabile alcuna incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta economica, assoggettabile ad una mera operazione di rettifica del dato numerico non corretto"* (T.A.R. Napoli, (Campania) sez. I, 01/12/2015, n.5530).

5. Alla luce delle dirimenti considerazioni che precedono non può che respingersi il motivo di gravame volto a censurare l'asserita violazione del principio di immodificabilità dell'offerta, con assorbimento delle connesse doglianze svolte relativamente alla supposta illegittimità nello svolgimento della procedura di verifica di anomalia – come dimostrato insussistente nei fatti all'esito della rettifica – e nell'esercizio del potere di soccorso istruttorio, assolutamente inconferente in quanto la Stazione appaltante ha fatto applicazione di tale istituto solo in precedenza nel corso della gara al fine di riscontrare la sussistenza del PassOE da parte dell'operatore Synesthesia, ma non vi ha fatto ricorso in sede di valutazione delle offerte economiche.

6. Con l'atto di motivi aggiunti la ricorrente grava l'aggiudicazione, altresì, per la mancata esclusione di Synesthesia conseguente alla carenza di tempestiva abilitazione al sistema AVCpass entro la data di scadenza per la presentazione delle offerte nella gara.

6.1. Il motivo non è meritevole di condivisione. E' noto, infatti, che la trasmissione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di

partecipazione alla pubblica gara attraverso il sistema Avcpass costituisce l'unica modalità idonea per la prova dei requisiti oggetto del sistema stesso a norma dell'art. 80, comma 1 d.lgs. 50/2016, confermata dall'art. 216, comma 13 cit. d.lgs.. L'esclusività del sistema Avcpass risponde ad una precisa *ratio legis* che è volta ad assicurare una verifica informatizzata dei requisiti di partecipazione, evitando, in tal modo, uno stallo del sistema o peggio ancora una regressione alle modalità di verifica cartacea, assicurando al contempo certezza e uniformità di procedure, anche nell'ottica di una auspicata accelerazione dei tempi di conclusione delle gare (*cf.* T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 05/02/2019, n.1476). Come noto, questo sistema fornisce all'operatore economico il PassOE, che altro non è che uno strumento elettronico attraverso cui l'operatore economico può essere verificato per mezzo del sistema ACVPass con il quale la stazione appaltante assolve all'obbligo di provvedere direttamente, presso gli enti certificanti convenzionati con l'ANAC, all'acquisizione dei documenti necessari alla verifica dei requisiti autodichiarati dai concorrenti in sede di gara. In breve, attraverso un'interfaccia *web* e la cooperazione applicativa dei vari enti certificanti, l'amministrazione può accedere in formato elettronico ai documenti posti a comprova delle dichiarazioni del concorrente.

6.2. Senonché la normativa primaria, anche alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione, non indica il possesso del PassOE quale requisito di partecipazione previsto a pena di esclusione dalla procedura concorsuale; neppure può ritenersi, sotto il profilo operativo e funzionale, che lo stesso si configuri come elemento essenziale, incidente sulla *par condicio* dei concorrenti. Ciò ha spinto la giurisprudenza prevalente a ritenere che la mancata produzione del PassOE in sede di gara integri una mera carenza documentale - e non anche un'ipotesi di irregolarità essenziale - sopperibile mediante "soccorso istruttorio" regolarizzando così la documentazione senza che da ciò derivi, tra l'altro, la necessità per la stazione appaltante di applicare alcuna sanzione pecuniaria (*cf.* Consiglio di Stato sez. V, 26/09/2017, n.4506).

6.3. Inoltre, in ossequio ad un principio sostanzialistico in tema di possesso dei requisiti di partecipazione alle gare d'appalto, si è affermato in giurisprudenza che non può certo darsi prevalenza alle modalità meramente formali di verifica dei requisiti stessi di tal ch  l'iniziale posizione irregolare risultante dal sistema AVCpass   da ritenersi non rilevante poich  tale sistema   fisiologicamente destinato ad essere utilizzato solo nella fase di produzione delle dichiarazioni e non riguarda le successive verifiche svolte dalla Stazione Appaltante, che non   vincolata alle risultanze del sistema AVCpass (*cf.* T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 03/06/2019, n.7132).

6.4. Dalle considerazioni che precedono si desumono elementi interpretativi convergenti nel negare una rilevanza escludente al tempestivo espletamento della procedura di accreditamento nel sistema AVCpass con la correlata produzione del PassOE: siccome si tratta di un adempimento meramente strumentale alla celerit  di verifica del possesso dei requisiti, esso non impinge sulla sussistenza sostanziale dei requisiti stessi – quella s  indiscutibilmente soggetta ai termini perentori di partecipazione alla procedura – n  pu  conseguire la sanzione di esclusione dell'operatore che sia incorso in incompletezza o irregolarit  nella formalizzazione della propria posizione.

6.5. A ci  si aggiunga che una prudente applicazione del principio del *favor participationis* porta a concludere nel caso di specie che l'operatore economico, visti anche i tempi estremamente ristretti della procedura, abbia posto in essere quanto possibile nella propria sfera di dominio e secondo l'ordinaria diligenza per attivare l'abilitazione nel sistema, come risultante dall'atto notorio versato in atti. Ci  vale ad escludere qualsivoglia addebito di negligenza o inadempienza procedurale circa il tempestivo ricorso al sistema AVCpass: viceversa, la tardivit  della produzione delle credenziali PassOE, come visto, non assume rilievo alcuno atteso che   pacificamente sanata, secondo la prevalente giurisprudenza, dal ricorso al soccorso istruttorio non integrando carenza essenziale a pena di esclusione.

7. Tutto ci  considerato e conclusivamente, il ricorso deve essere respinto.

8. Considerata la peculiarità della vicenda fattuale si ritengono sussistenti giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), 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 Torino nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2020 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Paola Malanetto, Consigliere

Angelo Roberto Cerroni, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Angelo Roberto Cerroni

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO