

Pubblicato il 19/01/2022

N. 00648/2022 REG.PROV.COLL.
N. 07397/2021 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7397 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da Sistemi H.S. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Cresta, Laura Polito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio dell'avvocato Stefano Vinti in Roma, via Emilia 88;

contro

Consip, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Benedetto Giovanni Carbone, Enrico Gai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Sferanet S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Benedetta Lubrano, Fabrizio Ceccarelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio dell'avv. Fabrizio Ceccarelli in Roma, viale Parioli 101/D;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della nota prot. n. 932_2021_41 del 9.06.2021 con cui Consip S.p.a. ha disposto l'“Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva non efficace prot. n. 10906/2021 del 10.03.2021” dell'Appalto specifico in ambito SDAPA ICT per la fornitura di un'infrastruttura di Content Addressed Storage (CAS) per Sogei – ID SIGEF 2151, nonché l'esclusione di Sistemi H.S. S.p.a. dalla gara e l'incameramento della cauzione provvisoria prestata dall'esponente;
- della nota prot. n. 571-21 del 14.4.21 nella parte in cui Consip - ha chiesto a Sistemi la proroga della cauzione provvisoria dopo che era già intervenuta l'aggiudicazione definitiva;
- della nota prot. n. 4900_2021_41 in data 10.05.2021 con cui Consip S.p.a. ha dato “Comunicazione di avvio del procedimento ai sensi della legge n. 241/1990 per l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva non efficace prot. n. 10906/2021 del 10.03.2021”;
- della lettera d'invito, del capitolato d'onori ad essa allegato, nonché dell'allegato 1 allegato alla lettera d'invito: capitolato tecnico (parte II) nelle parti indicate nel ricorso ove interpretate nel senso di legittimare l'annullamento dell'aggiudicazione l'esclusione della ricorrente per mancanza di firma digitale della relazione tecnico-illustrativa e per l'asserita non conformità della soluzione contenuta nell'offerta tecnica presentata da Sistemi H.S. alle prescrizioni e ai vincoli previsti dalla legge di gara nonché l'incameramento della cauzione provvisoria;
- di tutti i verbali (conosciuti soltanto il 06.07.2021 a seguito del riscontro di Consip, dopo ulteriore sollecito del 29.06.2021, all'ostensione documentale richiesta da Sistemi il 15.06.2021) delle operazioni e valutazioni condotte dalla Commissione e dagli Uffici nel subprocedimento di verifica tecnica culminato con l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva a Sistemi H.S., con particolare - ma non esclusivo - riferimento ai verbali delle operazioni (verbale n. 10 prot. n. 769 - sourcing-2021 del 16.03.2021; verbale n. 11 prot.

- n. 35 - sourcing-2021 del 14.04.2021; verbale n. 12 prot. n. 131 - sourcing-2021 del 26.04.2021)
- della nota (non conosciuta) con cui la Commissione ha proposto a Consip S.p.a. l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva non efficace in favore di Sistemi H.S.;
 - della nota (non conosciuta) con cui Consip S.p.a. ha chiesto le relative verifiche al Gestore del Sistema;
 - della comunicazione del RUP inviata alla Commissione con la nota prot. n. 68-sourcing-21 del 16.04.2021 (non cognita) con cui il Gestore del Sistema ha fornito riscontro in merito alle verifiche richieste;
 - dell'aggiudicazione disposta da Consip in favore di Sistemi H.S. con nota prot. n. 10906/2021 in data 10.03.2021 nella parte in cui dispone che: “l'aggiudicazione diverrà efficace anche all'esito positivo della verifica della corrispondenza tra la soluzione tecnologica proposta nella Relazione tecnico-illustrativa e il Capitolato Tecnico e l'Offerta (sia Tecnica che Economica) presentata di cui al paragrafo 14 del Capitolato d'Oneri” ove interpretata nel senso di consentire una verifica postuma rispetto all'aggiudicazione della accettabilità e conformità dell'offerta tecnica e in particolare della relazione tecnico-illustrativa della ricorrente alle prescrizioni (asseritamente minime ed essenziali) dei documenti di gara;
 - della clausola n. 14 del capitolato d'Oneri nella parte in cui prevede che: “A seguito della comunicazione di aggiudicazione definitiva non efficace, la Consip, avvalendosi della predetta Commissione, verificherà la corrispondenza tra la soluzione tecnologica proposta nella Relazione tecnico-illustrativa e il Capitolato Tecnico e l'Offerta (sia Tecnica che Economica) presentata. La Consip, per mezzo della Commissione, verificherà se la documentazione prodotta sia completa, nonché formalmente e sostanzialmente regolare e se sussista il possesso delle caratteristiche tecniche minime e, ove offerte, migliorative come sopra rappresentato” e che: “In caso di esito negativo della verifica sul possesso anche di una sola delle

caratteristiche minime e/o migliorative, si procederà all'esclusione del concorrente dalla procedura, con conseguente diritto di Consip S.p.A. di escutere la cauzione provvisoria del concorrente escluso”;

- del provvedimento (non noto) con cui Consip S.p.a. ha chiesto al Garante: INSURANCE JSC DallBogg l'incameramento della cauzione provvisoria prestata dalla ricorrente con polizza n. 2020-040-08-000060-11-000005187, del 9.11.2020 (estesa su richiesta di Consip sino al 04.11.2021) per l'importo di € 48.112,40;

- dei provvedimenti non noti, nelle more eventualmente adottati, contenenti la proposta di aggiudicazione della gara alla concorrente Sferanet S.r.l. (collocatasi seconda in graduatoria) o ad altro operatore nonché l'aggiudicazione della gara a Sferanet S.r.l. (o ad altro operatore) in conseguenza dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva non efficace in favore di Sistemi H.S.;

- del provvedimento (non noto) di approvazione degli atti e delle risultanze della gara;

per l'accertamento e la dichiarazione

- dell'inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto nelle more del giudizio con Sferanet S.r.l. (o con altro operatore aggiudicatario ad oggi non noto);

per l'accertamento e la dichiarazione

- del danno ingiusto subito dalla Società ricorrente per effetto degli impugnati provvedimenti da risarcirsi:

- in via principale in forma specifica mediante riammissione di Sistemi H.S. S.p.A. in gara e affidamento del contratto alla stessa, anche eventualmente in via di subentro a Sferanet s.r.l. (o ad altro operatore aggiudicatario/contraente) anche ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121, 122 e 124 c.p.a.

- ovvero, in subordine, per equivalente, mediante il pagamento di una cifra a ristoro dei danni subiti e subendi dalla Società ricorrente, da quantificarsi in

corso di causa per i titoli e nella misura indicata nel ricorso o anche in via equitativa, oltre accessori di legge;

e per la condanna

- di Consip S.p.a. al risarcimento del danno ingiusto subito da Sistemi H.S. S.p.a. in via principale, in forma specifica mediante l'adozione degli atti necessari - nel caso anche con remand alla stazione appaltante - alla riammissione di Sistemi H.S. S.p.A. in gara e affidamento alla ricorrente della commessa de qua, anche eventualmente in via di subentro a Sferanet s.r.l. (o ad altro operatore aggiudicatario/contraente) oppure, solo in subordine, per equivalente pecuniario, mediante condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni ingiusti subiti e subendi da Sistemi H.S. S.p.a. per effetto degli atti impugnati e dell'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, da quantificarsi in corso di causa per i titoli e gli importi indicati nel ricorso o anche in via equitativa;

in estremo subordine, per l'annullamento di tutti gli atti della procedura di gara e segnatamente:

- della delibera (non nota) di indizione della procedura di gara, della lettera d'invito trasmessa a Sistemi H.S. nonché agli altri operatori concorrenti Sferanet s.r.l., Lutech S.p.a., ITD Solutions S.p.a. e di tutti gli allegati alla stessa [Capitolato Tecnico (Parte I); Capitolato Tecnico (Parte II); All. 2 - Contratto Condizioni Generali; Contratto Condizioni Speciali; Protocollo di legalità - Patto di integrità; Privacy; Tabella garanzia provvisoria; condizioni di assicurazione (all. 6 A e B) Regole Sistema di eProcurement, Dichiarazione Anticorruzione Doc. DPCM 187.1991, Modello di dichiarazione di avvalimento; Facsimile Dichiarazione familiari conviventi, dichiarazione aggiuntiva; garanzia definitiva, Duvri, Bill of materials, Fac-simile Relazione Tecnico-Illustrativa, Fac-simile dichiarazione consorziate non esecutrici, Capitolato d'oneri];

- di tutti verbali di tutte le sedute pubbliche e riservate, nonché di quelle di verifica della congruità dell'offerta e di verifica della relazione tecnico

illustrativa e, segnatamente: del verbale 10.11.2020, prima seduta pubblica di verifica della documentazione amministrativa; del provvedimento prot. n. 51061/2020 del 30.11.2020 di ammissione dei menzionati quattro concorrenti in gara; del verbale n. 1 prot. n. 2446 - Sourcing – 2020 prima seduta riservata del 10.12.2020; del Verbale n. 2 prot. n. 2494 – Sourcing – 2020 seconda seduta riservata del 15.12.2020; dell'allegato 1 al verbale n. 2, valutazione offerta tecnica Sferanet S.r.l.; dell'allegato 2 al verbale n. 2, valutazione offerta tecnica Lutech S.p.a.; del verbale n. 3 prot. n. 8- sourcing – 2021 terza seduta riservata del 07.01.2021; dell'allegato 3 al verbale n. 2 valutazione offerta tecnica Sistemi H.S.; dell'allegato 4 al verbale n. 2 valutazione offerta tecnica ITD Solution S.p.a.; del verbale n. 4 prot. n. 58 - sourcing-2021, in data 13.02.2021, del verbale n. 6, prot. n. 397 - sourcing-2021 in data 10.02.2021, del verbale n. 7, prot. n. 397 - sourcing-2021 del 12.02.2021, del verbale n. 8, prot. n. 436 - sourcing-2021 del 15.02.2021; del verbale n. 9 prot. n. 397 - sourcing-2021 del 25.02.2021, del verbale n. 10 prot. n. 769 - sourcing-2021 del 16.03.2021; del verbale n. 11 prot. n. 35 - sourcing-2021 del 14.04.2021; del verbale n. 12 prot. n. 131 - sourcing-2021 del 26.04.2021.;

quanto ai motivi aggiunti presentati il 29/7/2021:

- della sopravvenuta nota prot. n. 15939_2021_41– inviata per conoscenza alla ricorrente il 21.07.2021 - (e già gravata, pur se non conosciuta, con il ricorso introduttivo) – con cui Consip ha chiesto a INSURANCE JSC DallBogg il versamento da parte della stessa entro 15 giorni dal ricevimento (e quindi entro il 05.08.2021) della cauzione provvisoria prestata da Sistemi H.S. con contratto n. 2020-040-08-000060-11-000005187, del 9.11.2020: “Appalto specifico per l'affidamento della fornitura di una infrastruttura di Content Sddressed Storage (CAS) per Sogei – ID 2151”. Escussione garanzia fideiussoria n. 2020-040-08-000060-11-000005187 sottoscritta in data 09/11/2020 e successiva Appendice 1 del 21/04/2021 rilasciata da INSURANCE JSC DallBogg: Life and Health”;

quanto ai motivi aggiunti presentati il 1/12/2021:

- della nota pec di consip s.p.a. recante in oggetto: “Appalto Specifico indetto da Consip S.p.a. per l’affidamento della fornitura di una infrastruttura di Content Addressed Storage (CAS) per Sogei – id 2151 – comunicazione ex art. 76, comma 5 lettera a) del d. lgs. n. 50/2016 - aggiudicazione definitiva non efficace ai sensi dell’art. 32, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.” trasmessa alla ricorrente in data 18.10.2021;
- del provvedimento del 18.10.2021 di aggiudicazione definitiva (non ancora efficace) dell’appalto in favore di Sferanet s.r.l., odierna controinteressata;
- di ogni altro atto antecedente, presupposto e successivo, tra cui la graduatoria, la (non nota) proposta di aggiudicazione della gara a Sferanet, i verbali (non noti) relativi alle operazioni condotte nelle more di causa in seduta pubblica e/o riservata, nessuno escluso compresi quelli relativi alle operazioni di verifica dei requisiti ex artt. 80 e 85 del Codice, della congruità dell’offerta di Sferanet e di rispondenza della soluzione tecnologica proposta dalla stessa nella relazione tecnico-illustrativa e nell’offerta sia tecnica che economica al Capitolato Tecnico, il provvedimento (non noto) di approvazione degli atti e delle risultanze della gara.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip e di Sferanet S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2022 il dott. Luca Iera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In data 13.10.2020 Consip S.p.a. ha indetto, ai sensi dell’art. 55 del d.lgs. 50/2016, una gara telematica per l’affidamento di un appalto specifico per la fornitura di un’infrastruttura di “Content Addressed Storage” (CAS) per conto di Sogei S.p.a. con durata di 36 mesi avente a base d’asta l’importo di €

4.811.240,00. Il bando prevedeva quale termine finale per la ricezione delle offerte la data del 9.11.2020.

Alla gara hanno partecipato quattro concorrenti, tra cui Sistemi HS S.p.a., tutti ammessi da Consip alle successive fasi.

Nelle sedute riservate del 10.12.2020 e del 15.12.2020 la Commissione ha esaminato e valutato le offerte tecniche dei concorrenti, mentre nelle sedute del 12.01.2021 e del 13.01.2021 ha esaminato e verificato le offerte economiche.

Al termine delle operazioni di verifica e valutazione delle offerte, la Commissione ha concluso i lavori indicando in data 13.01.2021 Sistemi HS S.p.a. al primo posto della graduatoria con il punteggio complessivo (sommatoria tra il punteggio ottenuto per l'offerta economica e quella tecnica) di 91,44 e al secondo posto Sferanet s.r.l. con il punteggio di 87,14.

L'offerta economica della prima classificata superava in seguito anche la verifica di anomalia.

Consip quindi con nota del 10.03.2021 ha disposto nei confronti di Sistemi HS S.p.a. l'aggiudicazione non efficace.

La Commissione, in ottemperanza a quanto stabilito dall'art. 14 del Capitolato d'oneri, nelle tre sedute del 16.03.2021, del 14.04.2021 e del 26.04.2021, procedeva all'analisi della Relazione tecnico-illustrativa, parte integrante dell'offerta tecnica, di Sistemi H.S. al fine di verificare la corrispondenza tra la soluzione tecnologica proposta in tale documento e il Capitolato tecnico e l'offerta (sia tecnica che economica) presentata.

Nel frattempo Sistemi HS, secondo quanto previsto nell'art. 17 del Capitolato d'oneri e comunicato con il provvedimento del 10.3.2021, provvedeva a stipulare in data 25.03.2021 la garanzia fideiussoria pari a € 1.886.919,24, a titolo di cauzione definitiva ai sensi dell'art. 103, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, sostenendo, a titolo di premio, il costo di Euro di 19.367,48.

Prima della conclusione delle verifiche sulla Relazione tecnico-illustrativa Consip con nota del 14.04.2021 richiedeva a Sistemi H.S. la conferma della

sua offerta fino al 4.11.2021, nonché l'estensione della validità della garanzia provvisoria per la partecipazione alla gara pari ad Euro 48.112,40 con prolungamento della validità della stessa sino al medesimo termine del 4.11.2021.

Sistemi H.S. confermava la propria offerta ed estendeva la validità della garanzia provvisoria.

Chiuso il sub-procedimento attivato ai sensi dell'art. 14 del Capitolato d'oneri, Consip con nota del 10.05.2021 comunicava l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione non efficace del 10.03.2021, preannunciando l'escussione della garanzia provvisoria prodotta in sede di offerta, rilevando in particolare la "non conformità rispetto alle prescrizioni della lex specialis di gara, sia in relazione alla corretta presentazione della Relazione tecnico – illustrativa, sia ai vincoli tecnici previsti per la soluzione offerta". Quindi, a valle del contraddittorio instauratosi, disponeva con nota del 9.6.2021 l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione non efficace attesa la "carenza della firma digitale sulla Relazione tecnico-illustrativa prevista a pena di esclusione" e la non conformità della "soluzione tecnica offerta" rispetto alle prescrizioni di gara e l'escussione della garanzia provvisoria.

Il concorrente ha impugnato gli atti di gara ed in particolare i provvedimenti di autotutela formulando quattro motivi di ricorso.

Con il primo motivo censura la previsione dell'art. 14 del Capitolato d'Oneri nella parte in cui si prevede che, dopo l'avvenuta aggiudicazione, la stazione appaltante ha comunque "il diritto di escutere la cauzione provvisoria" del concorrente escluso a seguito della verifica negativa della Relazione tecnico-illustrativa. Evidenzia come l'escussione della cauzione provvisoria sarebbe dovuta in realtà ad "una erronea valutazione della soluzione tecnica offerta" e quindi in violazione dell'art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, a mente del quale "la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario [...]".

Deduce inoltre la violazione dell'art. 32, comma, 7, cit., (“l’aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”) che farebbe riferimento “ai requisiti di carattere generale e speciale ex art. 80 ed 85 del Codice e non anche alla valutazione discrezionale della stazione appaltante sulla bontà tecnica dell’offerta presentata dall’operatore economico”. Lamenta ancora la violazione del principio di segretezza “per effetto della ripetizione delle operazioni valutative dopo che le offerte tecniche ed economiche erano state, non solo conosciute, ma addirittura valutate dalla Commissione (con aggiudicazione definitiva a Sistemi H.S. dopo il superamento delle fasi di chiarimento e di verifica dell’anomalia)” e la violazione dell’art. 133, comma 8, cit., sulla c.d. inversione procedimentale delle fasi di gara non previsto nel bando di gara. Evidenzia infine la violazione dell’art. 93, comma 5, cit., (che prevede la possibilità di prorogare la validità della cauzione provvisoria solo “nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l’aggiudicazione”) avendo Consip con nota del 14.04.2021 richiesto la proroga della validità della cauzione provvisoria (sino al 4.11.2021) “in costanza di aggiudicazione definitiva” disposta in data 10.03.2021.

Con il secondo motivo, la ricorrente contesta la mancanza di firma digitale sulla Relazione tecnico-illustrativa, deducendo al riguardo: i) che, pur in mancanza di firma digitale sulla Relazione, il concorrente era identificabile con assoluta certezza sulla base di altri elementi acquisiti nell’ambito della documentazione prodotta: ii) che la legge di gara e il sistema telematico avevano indotto in errore il concorrente in quanto si prevede al paragrafo 11 del Capitolato d’oneri la sanzione espulsiva per mancanza di firma digitale sulla Relazione, ma non al paragrafo 10 dello stesso, né all’allegato 16 della lettera d’invito (“Facsimile di Relazione Tecnico-Illustrativa”), ed inoltre nella piattaforma di e-procurement l’area di upload riferita al deposito della Relazione non era programmata nel senso conforme al paragrafo 11 del Capitolato d’oneri, prevedendo e consentendo il caricamento telematico della

Relazione senza alcuna necessità di apposizione della firma digitale; iii) la violazione del principio tassatività delle cause di esclusione ex art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto la causa di esclusione prevista dal bando in caso di mancata apposizione della firma digitale sulla Relazione tecnico-illustrativa non sarebbe prevista dalla legge.

Con il terzo motivo, contesta infine il fatto che la soluzione tecnica offerta dalla ricorrente non sarebbe conforme all'art. 3 del Capitolato tecnico, il quale prescrive la riconducibilità della soluzione offerta ad un unico vendor o, in via alternativa, al massimo a due vendor, uno per la componente hardware e uno per la componente software. Si lamenta in proposito che Consip avrebbe “individuato e creato ex novo”, nella comunicazione di avvio del procedimento del 10.05.2021, “caratteristiche escludenti (la elementarità e la necessità delle componenti dei software) che non figurano tra gli originari parametri tecnici stabiliti dalla documentazione di gara per la formulazione delle offerte. Più in particolare, la ricorrente evidenzia come, sebbene le componenti dei software siano realizzate da due venditor differenti (Scality e Thales), quella realizzata dal venditor Thales ha comunque natura di componente “non essenziale” e quindi “la presenza di Thales si può considerare non necessaria al funzionamento della soluzione proposta”.

Con il quarto motivo, proposto in via subordinata, impugna l'intera procedura di gara laddove, all'art. 3 del Capitolato tecnico si limita la possibilità di partecipare alla gara esclusivamente gli operatori economici in grado di offrire una soluzione complessiva prodotta da un unico vendor. Tale clausola si porrebbe infatti in evidente contrasto con la logica pro-concorrenziale che informa gli appalti pubblici, ciò in quanto essa favorirebbe quegli operatori economici che sono vendor sia di componenti hardware sia di componenti software monomarca con rafforzamento di posizioni dominanti sul mercato.

La ricorrente ha proposto inoltre domanda di risarcimento dei danni derivanti dall'illegittimità degli atti gravati, sia a titolo di danno emergente che di lucro cessante, reclamando altresì il risarcimento del danno rappresentato dal costo

dei premi delle cauzioni chieste da Consip e in particolare quello per la cauzione definitiva per la stipula del contratto pari ad € 19.343,06.

Con un primo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato la nota del 21.7.2021 con cui Consip ha richiesto al garante il versamento della cauzione provvisoria, sostenendo come tale atto sia affetto da vizi di illegittimità derivata, oltre che da illegittimità propria attesa la sua estrema genericità.

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti ha infine impugnato, in via di illegittimità derivata, il provvedimento di Consip del 18.10.2021 avente ad oggetto l'aggiudicazione non ancora efficace dell'appalto in favore di Sferanet s.r.l., odierna controinteressata.

Consip e la controinteressata si sono costituite in giudizio replicando alle censure sollevate.

Con ordinanza n. 4741/2021 la Sezione ha fissato la sollecita trattazione del gravame nel merito, ritenendo il ricorso fondato con riferimento alla domanda risarcitoria del danno ingiusto subito in conseguenza della richiesta di fornire la cauzione definitiva “nonostante fosse ancora pendente il subprocedimento di verifica della conformità dell'offerta del concorrente alle prescrizioni del Capitolato tecnico, in relazione al quale era stata, peraltro, medio tempore richiesta anche l'estensione dell'efficacia della cauzione provvisoria”.

Le parti si sono scambiate articolate memorie difensive. All'udienza del 12 gennaio 2022, dopo la discussione tra le parti, il ricorso è stato quindi trattenuto in decisione.

Il primo motivo di ricorso non è fondato.

L'amministrazione può acquisire, nell'esercizio del proprio potere amministrativo, le forniture indispensabili per il disimpegno dei propri compiti istituzionali (cfr. art. 1 del d.lgs. n. 50/2016).

Il d.lgs. n. 50 del 2016 prevede al comma 2 dell'art. 32 che le stazioni appaltanti individuano negli atti di gara gli “elementi essenziali del contratto”;

il comma 3, lett. a), dell'art. 59, cit. stabilisce che, "fermo restando quanto previsto" dalla disciplina sul soccorso istruttorio, sono considerate "irregolari" le offerte "che non rispettano i documenti di gara", mentre il successivo comma 4, lett. d), dell'art. 59 cit. considera "inammissibili" le offerte "che non hanno la qualificazione necessaria".

Gli artt. 32, comma 2 e 59, commi 3 e 4, cit., abilitano in via generale la stazione appaltante a verificare la conformità delle prestazioni offerte alle caratteristiche richieste nel bando di gara durante l'intera fase pubblicitaria della procedura ad evidenza pubblica e quindi anche al termine delle verifiche sui requisiti generali e speciali di partecipazione dei concorrenti ammessi in gara, nonché, sotto il profilo soggettivo, a compiere tale verifica nei confronti di ogni concorrente e quindi anche nei confronti del concorrente non aggiudicatario (analogo potere di verifica è previsto dall'art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, con riferimento al possesso dei requisiti generali di partecipazione).

L'amministrazione aggiudicatrice ha attuato le disposizioni citate degli artt. 32 e 59 prevedendo nell'art. 14 del Capitolato d'onori che "a seguito della comunicazione di aggiudicazione definitiva non efficace, la Consip, avvalendosi della predetta Commissione, verificherà la corrispondenza tra la soluzione tecnologica proposta nella Relazione tecnico-illustrativa e il Capitolato Tecnico e l'Offerta (sia Tecnica che Economica) presentata. La Consip, per mezzo della Commissione, verificherà se la documentazione prodotta sia completa, nonché formalmente e sostanzialmente regolare e se sussista il possesso delle caratteristiche tecniche minime e, ove offerte, migliorative come sopra rappresentato ... In caso di esito negativo della verifica sul possesso anche di una sola delle caratteristiche minime e/o migliorative, si procederà all'esclusione del concorrente dalla procedura, con conseguente diritto di Consip S.p.A. di escutere la cauzione provvisoria del concorrente escluso. In caso di esito negativo delle verifiche, la stazione appaltante procederà alla revoca dell'aggiudicazione, nonché

all'incameramento della garanzia provvisoria. La stazione appaltante aggiudicherà, quindi, al secondo graduato procedendo altresì, alle verifiche nei termini sopra indicati ...”.

La Relazione tecnico-illustrativa è un documento redatto dal concorrente (sulla base del fac-simile “allegato 16” al Capitolato d’oneri), posto “a corredo dell’offerta”, contenente “la descrizione tecnica dettagliata” della fornitura, la struttura organizzativa e le modalità di espletamento dei servizi richiesti (cfr. Capitolato tecnico, paragrafo 2.1.2).

L’esame della Relazione tecnico-illustrativa è finalizzato a verificare in concreto la completezza e regolarità, formale e sostanziale, della documentazione prodotta, nonché la sussistenza, sempre in concreto, del possesso delle caratteristiche tecniche minime e migliorative dell’offerta.

Nel caso di specie, la ricorrente lamenta che la propria esclusione dalla gara sarebbe avvenuta in violazione del principio di segretezza dell’offerta economica in quanto Consip, in occasione del sub-procedimento di verifica della Relazione tecnico-illustrativa, avrebbe valutato una seconda volta la propria offerta sotto il profilo tecnico quando era già noto il profilo economico della proposta contrattuale.

Va richiamato l’insegnamento dell’Adunanza Plenaria secondo cui “lo svolgimento delle procedure di gara per l’affidamento di contratti della p.a. è soggetto in via generale, tra l’altro, ai principi di continuità delle operazioni e di contestualità delle valutazioni: ciò allo scopo di assicurare al massimo grado l’obiettività ed omogeneità delle determinazioni della stazione appaltante nel rigoroso rispetto della par condicio dei partecipanti. Va altresì ricordato che relativamente alle procedure incentrate sul criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, vale altresì il principio di mantenimento dinanzi alla commissione della segretezza delle offerte economiche fino all’esaurimento dell’esame delle offerte tecniche: ciò allo scopo di evitare che la conoscenza del prezzo richiesto possa influenzare i componenti della

commissione stessa nella formazione dei giudizi tecnici” (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 26 luglio 2012, n. 30).

Nei casi in cui la procedura di gara si caratterizza per essere governata dal criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e quindi prevede la separazione tra la fase della valutazione dell’offerta tecnica e quella dell’offerta economica (come nella gara di specie ai sensi dell’art. 12 del Capitolato d’oneri), le offerte economiche devono quindi restare segrete fino alla conclusione della (fase relativa alla) valutazione delle offerte tecniche, poiché diversamente operando la valutazione sui profili tecnici potrebbero risultare falsata dalla conoscenza, ad opera della Commissione, dell’offerta economica dei concorrenti.

Non si richiede che la valutazione delle offerte tecniche risulti in concreto condizionata dalla preventiva conoscenza delle offerte economiche, ma è sufficiente che vi sia il “rischio” o il pericolo che ciò avvenga (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 7 aprile 2021, n. 2819 e id., Sez. V, 20 luglio 2021, n. 5463). Difatti, la regola della segretezza dell’offerta economica si pone a presidio dei principi di correttezza, di libera concorrenza, di trasparenza delle operazioni di gara e di imparzialità dell’azione amministrativa (cfr. art. 97 Cost. e art. 30, comma 1, cit.), principi che vanno salvaguardati in modo rigoroso anche nei confronti del pericolo della loro violazione e che resterebbero irrimediabilmente compromessi laddove fosse, anche in ipotesi, possibile l’anticipata conoscenza del contenuto delle offerte economiche.

Il principio di segretezza dell’offerta economica deve essere rigorosamente rispettato e va osservato ex ante ed in astratto, in quanto costituisce presidio dei ricordati principi generali che disciplinano l’affidamento degli appalti pubblici, posti a tutela non solo dei partecipanti alla gara, ma anche e soprattutto di tutti gli operatori economici del mercato di riferimento, sicchè è precluso all’amministrazione aggiudicatrice limitare in ogni modo la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni

operatori economici oppure disattendere il valore della certezza delle regole (cfr. il precedente della Sezione n. 5462/2020).

Il Collegio è dell'avviso che lo svolgimento del sub-procedimento indicato nell'art. 14 del Capitolato d'oneri Consip non sia finalizzato ad una nuova valutazione dell'offerta tecnica del concorrente, bensì unicamente a verificare se l'offerta, individuata dalla Commissione di gara come la migliore proposta sotto il profilo tecnico ed economico, sia munita in concreto della documentazione e delle caratteristiche richieste dal bando.

Si tratta, in altri termini, di verificare positivamente la conformità della migliore offerta selezionata alle caratteristiche della fornitura/servizio oggetto del bando, svolta da Consip nell'ambito della cornice legislativa degli artt. 32 e 59 del d.lgs. n. 50/2016 ai sensi del quale bisogna accertar se le offerte rispettano le prescrizioni formali e sostanziali dei documenti di gara e le caratteristiche tecniche minimali della commessa di cui l'amministrazione intende approvvigionarsi.

Sulla base di queste considerazioni, laddove l'amministrazione aggiudicatrice riscontri nell'offerta del concorrente-aggiudicatario la sussistenza di una irregolarità o di una inammissibilità, nei termini qui precisati, e quindi una ragione ostativa alla stipula del contratto, non può che trarne la conseguenza obbligata dell'esclusione dalla gara e della conseguente escussione della cauzione provvisoria, misura, quest'ultima, giustificata dall'impedimento alla stipula del contratto per un "fatto" sicuramente imputabile al concorrente-aggiudicatario.

Va ora esaminata la censura con la quale la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 93, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 con riferimento al costo del premio sostenuto per la produzione della cauzione definitiva.

La difesa di Consip ha osservato, nella memoria del 27.12.2021, che la ricorrente "non ha impugnato" la prescrizione del Capitolato d'Oneri (art. 16) che prescrive l'anticipata richiesta di cauzione definitiva, ancorché fosse ancora pendente il subprocedimento di verifica della conformità dell'offerta

del ricorrente alle prescrizioni del Capitolato tecnico, in relazione al quale era stata medio tempore richiesta l'estensione dell'efficacia della cauzione provvisoria. Da ciò discenderebbe, si afferma, "l'inammissibilità della domanda risarcitoria nella misura in cui è volta a chiedere la rifusione delle spese necessarie a prestare la garanzia definitiva".

L'eccezione non può essere accolta.

L'art. 16 del Capitolato d'onori non è una clausola immediatamente lesiva, sicchè la stessa non andava impugnata entro un termine di decadenza.

Inoltre, la stessa clausola non andava impugnata neppure in via espressa unitamente all'esclusione (c.d. doppia impugnativa) poiché, come evidenziato dalla difesa della ricorrente, l'art. 16 cit. "non prevede affatto la contemporanea coesistenza delle due cauzioni, (provvisoria e definitiva), come invece ha preteso la stazione appaltante nel caso di specie con la sua illecita condotta, la quale ha comportato il danno subito (anzitutto a titolo di rimborso del premio versato di € 19.343,06)".

Nel merito va osservato che l'art. 93, comma 5, cit., stabilisce che la garanzia provvisoria, che corredata l'offerta, può essere rinnovata dal garante, ove previsto dal bando, "nel caso in cui al momento" della scadenza di validità dell'offerta "non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione". Il successivo comma 6 della medesima disposizione prevede inoltre che la garanzia provvisoria "è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto".

Con riferimento alla disciplina della cauzione definitiva viene in rilievo invece l'art. 103 cit. dove si stabilisce, nel comma 1, che l'aggiudicatario "per la sottoscrizione del contratto deve costituire" la garanzia definitiva e, nel successivo comma 3, si evidenziano le conseguenze derivanti dalla mancata produzione della cauzione definitiva ossia "la mancata costituzione della garanzia ... determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria presentata in sede di offerta da parte della stazione

appaltante, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue nella graduatoria”.

Dalla disciplina su esposta emerge chiaramente che la validità della cauzione provvisoria, posta come detto a corredo dall’offerta, coincide con la durata presumibile del procedimento ad evidenza pubblica e termina con la stipulazione del contratto di appalto, tanto è vero che essa “è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto”. Qualora durante questa fase (che va dalla presentazione dell’offerta alla stipula del contratto) si verifica un “fatto” comunque riconducibile all'affidatario, l’amministrazione aggiudicatrice può procedere all’escussione della cauzione provvisoria.

Durante la fase pubblicistica del procedimento ad evidenza pubblica - che si conclude con la stipula del contratto - è quindi inibito all’amministrazione aggiudicatrice richiedere la prestazione della cauzione definitiva. L’amministrazione per ciò solo non rimane priva di tutela poiché, laddove il contratto non dovesse sottoscriversi per “fatto” dell’aggiudicatario oppure laddove questi non dovesse prestare la cauzione definitiva, può escutere la cauzione provvisoria.

Nella fattispecie Consip ha chiesto la prestazione della cauzione definitiva quando era ben consapevole che era ancora in corso il sub-procedimento di verifica sulla regolarità dell’offerta del concorrente-aggiudicatario condotto nel rispetto dell’art. 14 del Capitolato d’oneri, conoscendo quale sarebbe stato l’esito a cui la verifica, in presenza di un’offerta irregolare o inammissibile, avrebbe condotto.

Ciononostante Consip ha richiesto all’aggiudicatario la prestazione della cauzione definitiva sebbene non si era ancora conclusa la fase di individuazione in concreto dell’aggiudicatario che avrebbe avuto titolo a stipulare il contratto, mentre le era precluso, in questo momento, chiedere la prestazione della cauzione definitiva poiché il concorrente è tenuto a prestarla allorquando siano terminate con successo tutte le verifiche sulla

partecipazione e sulla conformità dell'offerta previste dalla legge e dal bando di gara.

Va dunque accolta la domanda risarcitoria volta ad ottenere la corresponsione della somma di Euro 19.367,48, quale costo del premio della polizza fideiussoria prestata a titolo di cauzione definitiva dalla ricorrente. Sussiste il profilo eziologico (nesso di causalità materiale e giuridico) tra la condotta antigiuridica di Consip, l'evento di danno (diritto all'autodeterminazione negoziale) e il pregiudizio subito (danno emergente), a prescindere dalla sussistenza dell'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito trattandosi di controversia in materia di appalti pubblici peraltro sopra soglia europea. Consip dovrà quindi corrispondere alla ricorrente la somma di Euro 19.367,48, oltre interessi di legge dalla data dell'esborso fino al soddisfo.

Il secondo motivo di ricorso non è fondato.

L'art. 10 del Capitolato d'oneri sancisce che ciascun concorrente dovrà, “a pena di esclusione”, caricare a Sistema nella apposita voce denominata “Relazione Tecnico-Illustrativa (Busta D)”, la relazione Tecnico–Illustrativa descritta nel Capitolato tecnico al paragrafo 2.1.2, redatta sulla base del facsimile Allegato 16, mentre il successivo art. 11 stabilisce che l'offerta tecnica e l'offerta economica, “nonché la Relazione tecnico-illustrativa, sempre a pena di esclusione dalla gara, devono essere sottoscritte con firma digitale”; a sua volta tale l'Allegato 16 “Facsimile di Relazione Tecnico-Illustrativa” prevede che tale documento “dovrà essere sottoscritto digitalmente” dallo stesso operatore che ha sottoscritto l'offerta.

Dunque il dato testuale della legge di gara non lascia dubbi sul tenore della prescrizione imposta al fine di consentire la regolare partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica. Un operatore mediamente diligente non poteva dubitare dell'obbligatorietà della sottoscrizione mediante firma digitale della relazione. Né, invero, un operatore mediamente diligente poteva essere indotto in errore sulla non necessità della sottoscrizione della relazione in virtù della possibilità, ammessa dal sistema, di caricare nella piattaforma

telematica il documento senza firma. La modalità del caricamento dei documenti attiene infatti ad un'attività materiale che lascia immutata la disciplina dedicata alle prescrizioni formali indicate per la regolarità dell'offerta e comunque non autorizza il concorrente, né la stazione appaltante, a disattendere le chiare prescrizioni del bando sul confezionamento, sotto il profilo formale, dell'offerta.

Va rammentato al riguardo che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, la Relazione tecnica-illustrativa è parte integrante dell'offerta tecnica che, nel caso di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituisce, unitamente all'offerta economica, elemento inscindibile della domanda di partecipazione alla gara.

Inoltre, come già osservato (cfr. il precedente della Sezione n. 12406/2020), alla luce del combinato disposto degli artt. 32, comma 4, 48, comma 8 e 83, comma 9, cit., la sottoscrizione dell'offerta, in tutte le sue autonome componenti costitutive, è destinata ad individuare l'autore della dichiarazione negoziale e quindi la provenienza soggettiva dell'offerta, assicurando la serietà e l'insostituibilità della stessa, nonché a far sorgere formalmente la responsabilità del concorrente per l'adempimento dell'obbligazione avente ad oggetto la complessa prestazione richiesta dalla stazione appaltante, sicché, data la sua natura e funzione, la sua mancanza di sottoscrizione non è sanabile mediante soccorso istruttorio.

Alla luce delle su esposte considerazioni la censura sollevata non risulta fondata.

Va comunque rilevato, come evidenziato dalla controinteressata, la mancata impugnazione dell'art. 11 del Capitolato d'onori.

Ciò comporta che la ricorrente non ha interesse a dolersi dell'eventuale illegittimità della disciplina di gara in parte qua, poiché l'eventuale accoglimento della censura non le darebbe l'utilità sperata dal momento che, in sede di ri-effusione del potere, la propria esclusione troverebbe comunque

fondamento nella legge speciale di gara che la stazione appaltante è tenuta ad applicare.

Né, infine, la previsione sull'obbligo di sottoscrivere la Relazione tecnico-illustrativa "a pena di esclusione" può ritenersi nulla in quanto posta in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara sancito dall'art. 83, comma 9, cit., d.lgs. n. 50/2016.

La disposizione appena richiamata prevede che "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Da ultimo la giurisprudenza ha chiarito che la previsione sulle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 9, cit., si riferisce agli "adempimenti che in modo generalizzato ostacolano la partecipazione alla gara" (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 16 ottobre 2020, n. 22).

E, per le ragioni già evidenziate, la sottoscrizione dell'offerta, nonché quella della Relazione che di essa è elemento inscindibile in considerazione della funzione che svolge, non rappresenta un adempimento "generalizzato" tale da ostacolare la partecipazione del concorrente alla gara, né, invero, costituisce onere eccessivo o sproporzionato da rispettare. Ne consegue che la previsione dell'art. 11 del Capitolato d'onori non rientra nel fuoco di operatività del principio di tassatività delle cause di esclusione, per cui essa si sottrae al dedotto vizio di nullità.

Anche il terzo motivo di ricorso non può essere accolto.

Il Capitolato tecnico descrive nell'art. 3 le "caratteristiche tecniche" minimali che deve possedere il sistema storage oggetto di gara. Ivi si prescrive che il sistema deve essere "prodotto da un unico venditor", ma che tuttavia è "accettata" anche una soluzione del sistema realizzata da componenti hardware e software di "vendor differenti (uno per la componente hardware ed uno per la componente software), purché siano partner di tipo OEM (Original equipment manufacturer) per la soluzione proposta"; si ribadisce, a

più riprese, che il sistema offerto “deve, necessariamente, soddisfare i requisiti elencati nei paragrafi che seguono”.

Con nota del 10.5.2021 Consip ha rilevato che la Relazione tecnico-illustrativa dell’odierna ricorrente “descrive una soluzione costituita da una componente hardware (prodotta dal vendor HPE) e da componenti software non elementari di due vendor differenti (Scality e Thales)”. Ha specificato che come le componenti software del sistema offerto, realizzate da due vendor differenti (Scality e Thales), siano da un lato “non elementari” in quanto componenti essenziali e specifiche della configurazione proposta e dall’altro lato “necessarie” perché la soluzione proposta coincide con quella indicata in sede di offerta tecnica. Pertanto, ha ritenuto che il prodotto offerto non avesse le “caratteristiche tecniche minime” richieste dall’art. 14 del Capitolato d’oneri.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, Consip, con la nota del 10.5.2021, non ha “individuato e creato ex novo” caratteristiche escludenti dell’offerta – quali l’elementarità e la necessarietà delle componenti dei software – ma ha semplicemente, e in modo corretto, verificato se il prodotto offerto del concorrente rispettasse, o meno, le caratteristiche minime che avrebbe dovuto avere il prodotto di cui l’amministrazione intendeva approvvigionarsi.

Nel caso concreto, non è in contestazione che le due distinte componenti software siano state ritenute necessarie dal concorrente, in sede di offerta, per il buon funzionamento del sistema storage poiché l’operatore aveva liberamente inserito nella propria offerta economica (composta dal c.d. Bill of Materials – B.o.M. previsto dall’art. 6 del Capitolato d’oneri) i due software prodotti rispettivamente da Thales e da Scality.

Sulla base di questo presupposto, Consip nel corso del procedimento si è limitata a riscontrare la non conformità tra prodotto offerto e quello posto in gara valutando che le due componenti software, pacificamente prodotte da

due distinti venditor, erano elementi costitutivi della soluzione proposta dal concorrente che li aveva inseriti nella propria offerta.

La soluzione proposta dall'aggiudicataria era quindi priva delle caratteristiche necessarie che l'amministrazione aggiudicatrice aveva richiesto per ritenere la prestazione da reperire sul mercato conforme alle proprie esigenze. L'offerta, non rispondendo alle specifiche tecniche richieste dal bando, non era pertanto conforme alla prestazione oggetto della procedura di gara e quindi non è stata ritenuta ammissibile.

La valutazione effettuata da Consip, vertente sulla presentazione di due componenti software riconducibili a due diversi *vendor*, si pone al riparo delle censure sollevate poiché è sorretta da una congrua e adeguata motivazione; né è possibile una modifica postuma dell'offerta in corso di causa suggerita dalla difesa del concorrente che sottolinea, al fine di evitare la sanzione dell'esclusione, come "la presenza" di uno dei due software (quello di Thales) "si può considerare non necessaria al funzionamento della soluzione proposta", sostituendosi così alla Commissione.

Rimane da esaminare il quarto motivo di ricorso formulato in via subordinata. Il motivo non è da accogliere alla luce di quanto osservato in occasione dello scrutinio della terza censura, oltre che in base alle seguenti considerazioni.

Diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, l'art. 3 del Capitolato tecnico non limita la partecipazione alla gara dei concorrenti, consentendola "esclusivamente" a quelli in grado di offrire una soluzione complessiva prodotta da un unico vendor. La clausola in realtà prevede che i concorrenti possano offrire soluzioni composte (anche) da "componenti hardware e software di venditor differenti (uno per la componente hardware ed uno per la componente software)", senza pretendere la fornitura di una specifica marca delle componenti software o hardware, ma soltanto la generica riferibilità degli stessi ad aziende che siano *original equipment manufacturer* (OEM) ossia che realizzino un prodotto originale a proprio marchio. Tale rilievo dimostra l'inammissibilità della censura.

Ad ogni modo, nel merito non può non ribadirsi come la clausola individua le caratteristiche tecniche minimali che deve possedere il prodotto richiesto dall'amministrazione beneficiaria della fornitura secondo le esigenze da essa stessa manifestate negli atti di gara e condivise dagli operatori mediante la partecipazione al bando, ma poi disattese in sede di offerta.

In conclusione, il ricorso principale va accolto con riferimento alla domanda di risarcimento danno nei limiti su esposti, mentre va respinto in tutte le altre parti; vanno dichiarati improcedibili i motivi aggiunti.

Attesa la parziale soccombenza, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e integrato con i due motivi aggiunti, così dispone:

- accoglie il ricorso introduttivo limitatamente alla domanda risarcitoria nei limiti di cui in motivazione, mentre lo respinge per il resto;
- dichiara improcedibili i ricorsi per motivi aggiunti;
- compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Luca Iera, Referendario, Estensore

Igor Nobile, Referendario

L'ESTENSORE
Luca Iera

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO