

Pubblicato il 04/01/2021

N. 00017/2021 REG.PROV.COLL.
N. 07488/2020 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)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7488 del 2020, proposto da

TIM s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro, Alice Volino e Francesco D'Amelio, con domicilio digitale in atti e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Piemonte, n. 39;

contro

SACE s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Vodafone Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli e Paolo Giugliano, con domicilio digitale in atti e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Vittoria Colonna, n. 32;

per l'annullamento

- del provvedimento del 30 luglio 2020, comunicato a mezzo p.e.c. in pari data, con il quale la SACE s.p.a. ha definitivamente aggiudicato la “*Gara Europea a procedura aperta per l'affidamento del servizio di fonia mobile e servizi collegati per Sace S.p.A. - CIG 82176646DB*” in favore di Vodafone Italia s.p.a.;
- delle risposte ai quesiti nn. 2 e 3 fornite da SACE s.p.a. con i chiarimenti, rispettivamente, del 9 marzo 2020 e del 2 aprile 2020;
- ove occorra, della *lex specialis* di gara nell'ipotesi in cui la stessa sia estensivamente interpretata come volta ad abilitare la partecipazione ad un operatore economico in possesso di un requisito tecnico-organizzativo alternativo a quello inequivocabilmente richiesto dal disciplinare di gara;
- *in parte qua*, di tutti i verbali di gara, nella parte in cui è stata valutata la validità dell'offerta presentata da Vodafone Italia s.p.a., con particolare riferimento ai verbali delle sedute del 28 aprile 2020, del 16 giugno 2020, del 2 luglio 2020, del 15 luglio 2020 e del 27 luglio 2020;
- *in parte qua*, dei medesimi verbali delle sedute del 28 aprile 2020, 16 giugno 2020, 2 luglio 2020, 15 luglio 2020 e 27 luglio 2020, nella parte in cui è stata ritenuta possibile una modifica unilaterale dell'offerta presentata dalla TIM s.p.a.;
- ove occorra, del modulo n. 3, allegato al disciplinare di gara e predisposto da SACE s.p.a., denominato “*Dichiarazione di Offerta Economica*”;
- ove occorra, del Capitolato Tecnico nell'ipotesi in cui le sue previsioni inerenti la fornitura di un determinato quantitativo di *tablet* siano interpretate come volte a prescrivere un requisito minimo essenziale ai fini della validità dell'offerta;
- ove occorra, della *lex specialis* di gara;
- di ogni altro atto precedente, successivo, consequenziale e comunque connesso a quelli impugnati;
- nonché, ex art. 116 c.p.a., della nota di riscontro di SACE s.p.a. del 26 agosto 2020 di parziale diniego all'accesso;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto stipulato tra SACE s.p.a. e Vodafone Italia s.p.a. nelle more della definizione del presente giudizio e per la condanna di SACE s.p.a. ai sensi dell'art. 124 del c.p.a., alla reintegrazione in forma specifica ovvero, in via subordinata, per la condanna al risarcimento per equivalente del danno subito dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della SACE s.p.a. e della Vodafone Italia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2020, tenuta tramite collegamento da remoto, la dott.ssa Eleonora Monica e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il presente gravame, la TIM s.p.a. (di seguito anche semplicemente “TIM”) impugna l’aggiudicazione in favore della Vodafone Italia s.p.a. (di seguito anche semplicemente “Vodafone”) della *“Gara Europea a procedura aperta per l’affidamento del servizio di fonia mobile e servizi collegati per Sace S.p.A. - CIG 82176646DB”*, assumendone l’illegittimità in ragione dell’assunto che l’aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa perché carente della certificazione *“ISO14001-2004”* (inerente ai sistemi di gestione ambientale), espressamente prescritta all’art. 18 del relativo Disciplinare di gara, ed in possesso della sola certificazione *“OHSAS18001”* (riguardante, invece, la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro), attesa *“la profonda differenza – soprattutto di finalità – esistente tra le due certificazioni richiamate ... in alcun modo fungibili”*, come, invece, ritenuto (in tesi) erroneamente dalla SACE s.p.a. (di seguito anche semplicemente “SACE”) in

sede di relativi chiarimenti (la risposta al quesito n. 2 del 9 marzo 2020), anch'essi oggetto di contestazione.

Sostiene, altresì, la ricorrente come la gravata aggiudicazione sarebbe inficiata anche dall'aver la stazione appaltante - a fronte dell'inversione nell'offerta economica di TIM del quantitativo di *"Tablet Base"* con quello dei *"Tablet Top"*, determinata da un'ingannevole modulistica di gara (la *"Dichiarazione di Offerta Economica"* in *"allegato 3"* al Disciplinare di gara, riportante delle quantità per l'appunto invertite rispetto a quelle indicate nella tabella riportata all'art. 3 del Capitolato tecnico) - *"arbitrariamente"* scelto, tra le opzioni astrattamente prospettate dal proprio legale (*"correzione dell'errore"*, attraverso o il calcolo della percentuale differenziale, mantenendo fermo il ribasso offerto, o - all'opposto - la correzione delle quantità, mantenendo fermi i prezzi unitari indicati da TIM, ovvero, in alternativa, il radicale annullamento della gara), quella *"irreversibilmente pregiudizievole per la posizione della ... ricorrente"* (inizialmente collocatasi al primo posto in graduatoria) consistente nella *"moltiplicazione dei prezzi unitari indicati (P) per il corretto quantitativo di tablet richiesti (TR) con il conseguente ottenimento di un nuovo ammontare complessivo offerto (OT), come risultante dalla somma dei totali delle ulteriori tabelle contemplate in offerta"*.

Chiede, dunque, la TIM l'annullamento della sola aggiudicazione e, in parte qua, degli atti ad essa presupposti e, per l'effetto, dell'accertamento del proprio diritto a conseguire l'affidamento dell'appalto e, in subordine, l'annullamento dell'intera procedura per cui è causa.

2. Si costituivano in giudizio sia la SACE che la Vodafone, entrambe sostenendo l'infondatezza dei due motivi di ricorso formulati dalla TIM, in ragione:

- dell'equivalenza, rispetto alla certificazione *"ISO 14001-2004"* richiamata all'art. 18 del Disciplinare di gara, delle due certificazioni possedute dall'aggiudicataria (la certificazione *"OHSAS18001"* e la qualificazione *"EcoVadis"*);

- dell'insindacabilità della scelta della stazione appaltante di *“modificare il prezzo unitario offerto al fine di tenere immutato il ribasso”*, quale espressione della discrezionalità tecnica ad essa riservata.

La Sezione, con ordinanza n. 6250/2020, accoglieva l'istanza cautelare, ritenendo che *“ la Sage s.p.a. - nell'intento di superare un errore nella formulazione dell'offerta economica della ricorrente ..., comunque ingenerato dal modulo “Dichiarazione offerta economica” in allegato 3 al Disciplinare di gara - ne abbia unilateralmente modificato il contenuto in assenza di elementi certi circa la reale portata della volontà negoziale ivi espressa dalla concorrente, incidendo in maniera determinante sugli esiti della gara”*.

3. Seguivano ulteriori memorie in cui ciascuna delle parti ribadiva le proprie argomentazioni.

4. All'udienza pubblica del 2 dicembre 2020, la causa veniva trattata e, dunque, trattenuta in decisione.

5. Con il primo motivo di ricorso, sostiene la TIM che la SACE dovuto escludere Vodafone dalla gara per aver quest'ultima presentato la sola certificazione *“OHSAS18001”*, non fungibile rispetto alla certificazione *“ISO 14001-2004”* richiesta dalla *lex specialis* di gara, potendo tali certificazioni *“essere tutt'al più combinate al fine di realizzare, in ragione della loro complementarietà, un unico sistema di gestione integrato”*.

Ebbene, tale censura deve essere disattesa, fondandosi sull'assunto - invero basato su una lettura quanto meno parziale della documentazione di gara - che l'art. 18 del Disciplinare di gara chiedesse necessariamente il possesso della certificazione *“ISO 14001-2004”* e la Vodafone abbia, invece, presentato la (sola) diversa certificazione *“OHSAS18001”*.

Osserva a tal proposito il Collegio come tale art. 18 prevedesse che, ai fini della partecipazione alla gara, i concorrenti possedessero, oltre alle *“Certificazioni: ISO 9001:2008; ISO 14001-2004; Certificazione ISO 27001”*, in alternativa, anche *“certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri per i servizi oggetto*

della presente procedura” e come la Vodafone abbia - a ben vedere - dimostrato il possesso dei requisiti oggetto dalla certificazione “ISO 14001-2004” attraverso la presentazione di due diversi documenti, la certificazione “OHSAS18001” nonché la qualificazione “EcoVadis ... comprovante nello specifico l’adozione di un sistema di approvvigionamento sostenibile, nel rispetto di standard di Responsabilità sociale d’impresa (RSI) internazionali inerenti Diritti umani, Condizioni di lavoro, Ambiente, Corrette prassi gestionali, Diritti dei consumatori, Coinvolgimento e sviluppo della comunità” (nemmeno menzionata dalla ricorrente), in ossequio al riscontro positivo fornito dalla SACE, al relativo chiarimento da costei proposto alla stazione appaltante, prima della scadenza del termine per la presentazione dell’offerta.

Ne discende, dunque, come risulti smentita l’affermazione di parte ricorrente, secondo la quale, detto chiarimento, *“lungi dall’essersi limitato ad esprimere un legittimo giudizio di fungibilità della ISO 14001 con altra certificazione equipollente, ha di fatto realizzato una inammissibile modifica postuma della lex specialis, indebitamente ampliando i requisiti tecnici prescritti dall’art. 18 del disciplinare ai fini della valida partecipazione alla procedura di gara de qua”*, emergendo - invero - dalla documentazione agli atti di causa, come la stazione appaltante, nel rendere il contestato chiarimento interpretativo della disciplina da costei dettata per lo svolgimento della gara, si sia limitata a meglio chiarire, in concreto, il significato di quell’*“equipollenza”* tra certificazioni già prevista e cristallizzata nel Disciplinare di gara in ragione di quelle finalità dalla stessa perseguite nel prescrivere il suddetto requisito di capacità tecnico-organizzativa, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni di partecipazione alla procedura già stabilite nella *lex specialis* di gara.

Il Collegio è, quindi, dell’avviso che la SACE, nel confermare la possibilità di dimostrare il possesso dei requisiti oggetto dalla certificazione “ISO 14001-2004” anche con le attestazioni possedute dalla controinteressata (e da costei presentate in sede di offerta), non sia giunta ad attribuire alla disposizione della *lex specialis*

di cui si discorre un significato ed un portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal suo testo, rilevando in tal senso quanto specificamente evidenziato in atti dalla Vodafone in merito ai contenuti e alla portata della qualificazione “*EcoVadis*”, idoneo a far ritenere non manifestamente irragionevole la valutazione di SACE di sostanziale equipollenza del sistema di gestione integrato, attestato da Vodafone mediante il possesso cumulativo della certificazione “*OHSAS18001*” e di tale qualificazione “*EcoVadis*”, con la certificazione “*ISO 14001-2004*” (si confronti quanto chiarito a pagina 7 della memoria di Vodafone del 5 ottobre 2020 in merito ai molteplici “*aspetti*” considerati ai fini del rilascio di detta qualificazione, vieppiù in alcun modo contestato dalla difesa della TIM, che mai nemmeno menziona tale documento nemmeno nelle proprie difese e repliche successive a detta memoria).

Il primo motivo di ricorso deve, dunque, essere disatteso, ritenendo il Collegio che, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, legittimamente la SACE abbia ammesso la Vodafone alla gara, ritenendo che essa fosse in possesso del requisito prescritto all’art. 18 del Disciplinare di gara.

6. Diversamente è a dirsi per il secondo motivo proposto da TIM, ad avviso del Collegio, invero, meritevole di accoglimento nei limiti che seguono, sulla base delle considerazioni già espresse dalla Sezione in sede cautelare.

Lamenta la ricorrente che SACE, pur avendo contribuito, in ragione della modulistica predisposta, a determinare l’errore di TIM nell’indicazione dei quantitativi di *tablet*, avrebbe arbitrariamente ritenuto di ricalcolare il ribasso offerto in gara dalla stessa TIM e, conseguentemente, il punteggio da costei conseguito, “*del tutto obliterando la possibilità di adottare una soluzione non pregiudizievole*” per quest’ultima.

Ebbene, giova al riguardo preliminarmente rammentare come la giurisprudenza, quanto ai presupposti, alle modalità e soprattutto ai limiti entro i quali la commissione giudicatrice possa legittimamente intervenire al fine di emendare

l'offerta di un concorrente da eventuali errori, sia pressoché consolidata nel ritenere che le offerte, intese come atto negoziale, possano essere interpretate, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale ivi assunto, nel solo intento di farne riemergere l'effettiva volontà comunque ivi espressa dall'offerente (in tal senso, *ex multis*, Consiglio di Stato, Sezione III, 28 ottobre 2020, n. 6610), con la conseguenza che tale attività interpretativa potrà, quindi, consistere anche nell'individuazione e nella correzione di eventuali errori di scritturazione e di calcolo nella formulazione dell'offerta, ma sempre *“a condizione che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza, senza bisogno di complesse indagini ricostruttive e senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima, né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente”* (T.A.R. Lazio, Roma, Sezione II, 21 febbraio 2018, n. 2016) risultandone, altrimenti, violati la *par condicio*, l'affidamento nelle regole di gara e le esigenze di trasparenza e certezza (in tal senso, Consiglio di Stato, Sezione III, 20 marzo 2020, n. 1998).

Quanto, invece, alla connessa questione della rilevanza dell'errore commesso dalla stazione appaltante nella formulazione della *lex specialis*, idoneo ad incidere sulla formazione della volontà del concorrente, per l'effetto abbagliato dalla modulistica predisposta dalla stazione appaltante, il Consiglio di Stato ha evidenziato come il qualificato affidamento indotto nel concorrente, che si sia attenuto ad un'indicazione fornita dalla stazione appaltante, sia senz'altro meritevole di tutela (in tal senso, *ex multis* Consiglio di Stato, Sezione V, 29 aprile 2019, n. 2720), anche nei casi in cui i concorrenti non siano tenuti all'impiego dei modelli e formulari erroneamente predisposti (Consiglio di Stato, Sezione V, 6 agosto 2012, n. 4510).

Ebbene, applicando tali coordinate interpretative alla fattispecie in esame, il Collegio è dell'avviso che la suesposta doglianza sia fondata, nella sola parte in cui il ricorrente ritiene che la commissione di gara - piuttosto che modificare il

contenuto dell'offerta tecnica presentata da TIM, predisposta, come accennato, utilizzando il modulo di "*Dichiarazione di Offerta Economica*" in "*allegato 3*" al Disciplinare di gara - avrebbe dovuto annullare la gara.

E', innanzi tutto, incontrovertibile che la stazione appaltante, nel trasporre i quantitativi di "*Tablet Base*" e di "*Tablet Top*" (già indicati all'art. 3 del Capitolato Tecnico) nel modello da costei predisposto ai fini della formulazione dell'offerta economica, abbia commesso un errore consistente nell'inversione delle rispettive quantità e che detta inversione abbia inciso sul processo di formazione della volontà negoziale, infatti espressa dalla ricorrente sul presupposto che il numero di apparati richiesti in noleggio dalla stazione appaltante fossero quelli (erroneamente) indicati da quest'ultima nel modello medesimo.

Priva di pregio appare la circostanza (tanto valorizzata, in senso contrario, dalla resistente e dalla controinteressata) che le quantità non correttamente riportate nel modello non fossero conformi a quanto già previsto nella tabella riportata all'art. 3 del Capitolato Tecnico - che prevarrebbe sull'erroneo *fac simile* di offerta economica allegato al Disciplinare di gara - con conseguente asserita riconoscibilità *ictu oculi* dell'errore commesso dalla SAGE nella predisposizione dei documenti di gara, ritenendo il Collegio che non sia, invero, conforme ai principi di correttezza, buona fede e tutela della *par condicio* tra i partecipanti alla gara, pretendere che il concorrente, che si avvalga per l'elaborazione dell'offerta di un modulo predisposto dalla stazione appaltante, ne appuri la conformità in ogni suo aspetto agli altri atti di gara, ponendo in essere una verifica che - a ben vedere - esula dall'ordinaria diligenza e sarebbe stato onere della stazione appaltante eseguire e che, pertanto, non può da quest'ultima essere addossata all'offerente, finendo altrimenti, costui per subire le conseguenze del comportamento negligente dell'amministrazione.

In tal senso, la giurisprudenza ha, infatti, già avuto modo di chiarire come "*la modulistica predisposta ... dalla stazione appaltante assolve al duplice fine di rendere*

omogenee le offerte per semplificarne l'esame comparativo ed agevolare i partecipanti riducendo il rischio di errori", finalità che – a ben vedere - risulterebbero evidentemente compromesse qualora si pretendesse dai concorrenti l'onere di controllarne (e, se del caso, correggerne) i contenuti (in senso conforme, Consiglio di Stato, sez. III, 5 febbraio 2015, n. 601).

Lo stesso è a dirsi per il fatto che il modello di offerta economica allegato al Disciplinare di gara era modificabile dall'offerente, non escludendo tale circostanza la capacità di tale modello - in ragione dell'affidabilità di cui gode la stazione appaltante - di indurre, comunque, in errore colui che se ne sia avvalso, confidando nella correttezza del *fac simile* predisposto dall'amministrazione ai fini della formulazione dell'offerta.

Ciò posto, ritiene, dunque, il Collegio che la SACE, a fronte di un'erronea inversione delle quantità di "*Tablet Base*" e di "*Tablet Top*" considerate dalla TIM in sede di formulazione dell'offerta economica - anziché modificare unilateralmente il contenuto dell'offerta medesima, scegliendo di correggere le quantità offerte e mantenere fermi i rispettivi prezzi unitari ivi indicati - avrebbe dovuto annullare l'intera procedura, attesa l'assenza di elementi certi circa la reale portata dell'impegno negoziale ivi espresso dalla concorrente, nella considerazione che, a ben vedere, i prezzi unitari indicati dalla TIM (così come da ogni altro concorrente) non possano non essere modulati anche in ragione della quantità offerta.

Nel caso di specie, non era - pertanto - possibile comprendere con un sufficiente grado di certezza se il concorrente, nel caso in cui si fosse avveduto dell'esistenza dell'errore commesso (prima che da costui nell'indicazione delle quantità di dispositivi offerte) dalla stazione appaltante nella predisposizione del modello di offerta, avrebbe o meno confermato i prezzi offerti, osservandosi come un'eventuale preventiva interlocuzione con la ricorrente non avrebbe, comunque, consentito di aggiungere elementi a tal proposito risolutivi, in ragione non solo

del principio giurisprudenziale dell'immodificabilità dell'offerta, ma non emergendo comunque dalle difese di TIM elementi utili a tal fine.

Ne discende, pertanto, come - a parere del Collegio - la stazione appaltante, in assenza di una volontà certa, agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile del concorrente, altro non avrebbe potuto fare che annullare la procedura di gara in ragione del carattere inevitabilmente arbitrario dell'operazione correttiva posta in essere, così come di ogni altro suo intervento idoneo ad incidere in maniera determinante sul contenuto dell'offerta e, per l'effetto, sugli esiti della gara, quale quello astrattamente prospettato dai legali della SACE in alternativa a quello poi scelto da quest'ultima (consistente nel calcolo della percentuale differenziale, mantenendo fermo il ribasso offerto), in quanto sostanzialmente manipolativi della volontà negoziale espressa dall'offerente sulla base dell'erronea considerazione del numero di apparati richiesti in noleggio dalla stazione appaltante e, perciò solo, radicalmente viziata.

In ragione di quanto fin qui osservato, il Collegio ritiene, quindi, che, nel caso di specie, alla stazione appaltante fosse preclusa la possibilità di procedere alla rettifica dell'offerta tecnica di TIM, attesa la sua formulazione (seppur consapevolmente) sull'erroneo convincimento che i quantitativi di *tablet* fossero quelli ivi indicati, con la conseguenza che l'allineamento della stessa offerta tecnica alle quantità di dispositivi effettivamente richiesti dalla SACE ha, per l'effetto, comportato una inammissibile sostituzione della volontà della stazione appaltante a quella (viziata) espressa dalla TIM e comportante un diverso impegno a praticare i prezzi unitari ivi indicati in ragione di quantitativi di dispositivi erronei.

7. Le considerazioni sin qui svolte, dunque, se da un lato inducono a ritenere viziato l'operato della stazione appaltante, dall'altro non consentono di accogliere la domanda formulata in via principale dalla società ricorrente (di dichiarazione del diritto di TIM a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto, con

conseguente ordine a SACE di provvedere in tal senso), piuttosto conducendo all'annullamento dell'intera gara.

In conclusione, stante quanto precede, il Collegio ritiene che il ricorso debba, quindi, essere accolto limitatamente alla domanda finalizzata ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti di gara impugnati, con conseguente inefficacia con effetto *ex nunc* del contratto di appalto *medio tempore* stipulato dalla resistente con la Vodafone.

Sussistono giusti motivi, attesa l'elevata complessità delle questioni trattate ed il parziale accoglimento del ricorso, per compensare integralmente tra le parti le spese relative al presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione, per l'effetto, annullando tutti gli atti di gara impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Eleonora Monica, Primo Referendario, Estensore

Luca Iera, Referendario

L'ESTENSORE
Eleonora Monica

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO