



# DELIBERA N. 793

Del 6 dicembre 2021.

## Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Caffetteria Fumo di Moka di Ricciardi M.&C. S.a.s. - Procedura aperta in modalità telematica suddivisa in 4 lotti per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dei bar interni all'Azienda Sanitaria Unica Regionale – Area Vasta 3 con attività di rivendita di giornali e periodici - Importo a base di gara: Euro 1.697.612,80 - S.A.: Azienda Sanitaria Unica Regionale – Area Vasta 3.

**PREC 212/2021/S**

## Riferimenti normativi

Artt. 83 e 165 del D.Lgs. n. 50/2016.

## Parole chiave

Piano Economico Finanziario (PEF) – Offerta economica - Soccorso istruttorio – Errore materiale.

## Massima

**Concessione di servizi – Piano Economico Finanziario – Difformità con offerta economica – Rimodulazione del PEF – Non ammissibile.**

In una procedura di affidamento di una concessione di servizi, nella quale la *lex specialis* richiede la presentazione del Piano Economico Finanziario "*a pena di esclusione*", in caso di difformità tra il PEF e l'offerta economica, è legittima l'esclusione di un operatore che, in riscontro ad una richiesta di chiarimenti della SA, abbia presentato un PEF sostitutivo di quello prodotto in gara con un incremento percentuale significativo di diversi elementi essenziali dell'offerta economica. In questo caso non si pone tanto una questione di soccorribilità o meno del PEF, ma di una sua radicale modifica che incide inevitabilmente sull'attendibilità dell'offerta, cui è funzionalmente collegato.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 6 dicembre 2021

## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 71506 del 1 ottobre 2021, con la quale la società Caffetteria Fumo di Moka di Ricciardi M.&C. S.a.s. ha contestato l'esclusione disposta dalla SA per asserita modifica dell'offerta economica, determinata dalla rimodulazione di alcune voci del PEF (Piano Economico Finanziario) all'esito della procedura di soccorso istruttorio;

RILEVATO che l'istante ha esposto di avere partecipato al lotto 2 (Ospedale di Civitanova Marche) e al lotto 3 (Ospedale di Camerino) della procedura di gara in oggetto, presentando per entrambi i lotti offerta economica e PEF, ai sensi dell'art. 17 del Disciplinare. All'esito della valutazione delle offerte, con nota del 24 agosto 2021, la SA ha invitato la società a fornire chiarimenti in relazione al PEF del lotto 2, avendo rilevato la sussistenza di *"voci non coerenti e compatibili con l'offerta economica presentata"*; la Società ha riscontrato la richiesta segnalando di avere, per errore materiale, inserito nel PEF in questione, alcune voci indicate nel PEF allegato alla Busta C del lotto 3 e, per tale motivo, il PEF del lotto 2 non appariva compatibile con l'offerta economica. L'istante, al fine di dimostrare la coincidenza dei valori corretti con l'offerta economica presentata (e che non modificava), ha allegato il PEF corretto nelle sole voci riportate erroneamente. Con nota del 1 settembre 2021, la SA comunicava l'esclusione dell'operatore dal lotto 2, in quanto *"è stata accertata una significativa rimodulazione del Piano Economico Finanziario (PEF) che denota un'incongruenza ed incompatibilità attinente ad un elemento essenziale dell'offerta che non può essere oggetto del c.d. "soccorso istruttorio" (...); in caso contrario infatti si realizzerebbe una manipolazione vera e propria dell'offerta economica che urta inesorabilmente contro il principio di immodificabilità dell'offerta teso a garantire da un lato la par condicio fra i concorrenti e dall'altro l'affidabilità del contraente ed attiene non ad ogni aspetto dell'offerta, bensì a profili economici e tecnici essenziali"*. L'istante lamenta l'illegittimità dell'esclusione, sostenendo che la legge di gara non prevedeva l'esclusione per la mancata o errata indicazione dei dati del PEF, che si tratta di un documento che rappresenta un mero supporto dimostrativo della fondatezza dell'offerta economica, sicché una sua eventuale imprecisione non inficia l'offerta e sarebbe sanabile con il soccorso istruttorio e che va ammessa la possibilità di correggere errori materiali nel PEF (trattandosi, nel caso di specie, di errori riconoscibili mediante un'operazione aritmetica);

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 77446 del 26 ottobre 2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti, in particolare la memoria della SA (acquisita al prot. n. 78039 del 28 ottobre 2021) e la successiva nota della SA (acquisita al prot. n. 80858 del 9 novembre 2021);

VISTO l'art. 165 del D.Lgs. n. 50/2016, che, al quarto comma, dispone: *"Il bando può prevedere che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario"*;

VISTO l'art. 17 del disciplinare di gara (Contenuto della Busta C – offerta economica) secondo cui: *"L'offerta economica, relativa a ciascun lotto per cui il concorrente partecipa, contiene, a pena di esclusione: a)*



**Dettaglio Offerta Economica:** predisposto secondo i modelli redatti dalla stazione appaltante per ciascun lotto (...). **b) Piano Economico Finanziario:** ai sensi del combinato disposto art. 143 comma 7 e art. 30 comma 7 del Codice i concorrenti dovranno includere, nella busta contenente l'offerta economica, un Piano Economico Finanziario per ogni lotto cui partecipano; questo rappresenta, a supporto dell'offerta economica presentata, gli elementi essenziali di carattere economico e finanziario inerenti gli investimenti necessari alla gestione del servizio. Nel Piano Economico Finanziario dovranno essere indicati, per ogni lotto: - la stima dei costi aziendali relativi alla salute e alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 95, comma 10 del Codice; detti costi dovranno risultare congrui rispetto l'entità e le caratteristiche delle prestazioni oggetto della concessione. - la stima dei costi della manodopera ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice. Tale Piano Economico Finanziario dovrà definire i principali presupposti e le condizioni fondamentali dell'equilibrio economico finanziario posti a base dell'affidamento della Concessione, compresi, a titolo esemplificativo: 1. i costi previsti per allestimento locali, 2. i ricavi presunti; 3. i costi di gestione, declinati per singola voce, 4. gli ammortamenti, 5. il costo del personale, 6. l'utile d'impresa. La differenza tra ricavi e costi stimati (comprensivi del canone) non potrà essere inferiore a 0';

CONSIDERATO che, secondo la giurisprudenza, il Piano Economico Finanziario è uno strumento volto a dimostrare la concreta capacità del concorrente di correttamente eseguire la prestazione per l'intero arco temporale prescelto attraverso la responsabile prospettazione di un equilibrio economico-finanziario di investimenti e connessa gestione, nonché il rendimento per l'intero periodo; ciò consente all'Amministrazione di valutare l'adeguatezza dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto del contratto (Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4760; Id., sez. III, 22 novembre 2011, n. 6144). Il PEF è, dunque, un documento che giustifica la sostenibilità dell'offerta e non si sostituisce a questa, ma ne rappresenta un supporto per la valutazione di congruità, per provare che l'impresa va a trarre utili tali da consentire la gestione proficua dell'attività (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1327; Id., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 116; Id., sez. V, 2 settembre 2019, n. 6015; Id., sez. V, 13 aprile 2018, n. 2214; Id., 10 febbraio 2010, n. 6553);

CONSIDERATO che è dibattuto in giurisprudenza il rapporto formale tra PEF ed offerta, nel senso che, da un lato, se ne sottolinea la stretta connessione con l'offerta, sì da considerarlo un elemento della proposta contrattuale (Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2018, n. 2214), dall'altro canto, viene esclusa la sua natura di componente dell'offerta, considerandolo alla stregua di documento contenente la dimostrazione dell'esattezza delle valutazioni poste a base del calcolo di convenienza economica dell'affare (Cons. Stato, sez. III, 6 agosto 2018, n. 4829);

CONSIDERATO che, con riferimento al tema specifico che viene in discussione nel caso di specie, relativo cioè all'ammissibilità del soccorso istruttorio per correggere carenze formali o difformità del PEF rispetto all'offerta economica, la prevalente giurisprudenza si è espressa in senso negativo (tra le tante cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 24 settembre 2020, n. 1690; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 22 ottobre 2020, n. 716; TAR Veneto, sez. I, 26 maggio 2017, n. 519). È stato affermato che *"in ogni caso il soccorso istruttorio attiene alla sanatoria di difformità e carenze formali e facilmente riconoscibili, mentre nel caso di specie la rimodulazione del PEF denota una carenza sostanziale dell'offerta. Ed infatti non può che ribadirsi come, anche a volere sottolineare l'autonomia formale del PEF dall'offerta, è indubbia la connessione teleologica del primo con la seconda (Cons. Stato, V, 11 dicembre 2019, n. 8411), con il logico corollario che una sua radicale modifica incide inevitabilmente in termini di inattendibilità dell'offerta stessa"* (Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1327);

RILEVATO, peraltro, che il concetto di errore materiale (invocato dall'istante, al fine di giustificare l'ammissibilità di una sanatoria del PEF) è stato inquadrato dalla giurisprudenza in coordinate ben



precise. Si deve trattare di una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da una mera svista o disattenzione nella redazione dell'offerta, che deve emergere *ictu oculi*, cosicché la sua eliminazione 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 (Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2016, n. 4237). La stazione appaltante, perciò, può attivarsi per ricercare l'effettiva volontà del concorrente soltanto in presenza di un semplice errore materiale nella formulazione dell'offerta, a condizione che tale errore sia rilevabile *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima, né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente (TAR Lazio, Roma, sez. II, 21 febbraio 2018, n. 2016). Ancora, l'errore materiale direttamente emendabile presuppone, con la sua rilevabilità *ictu oculi* dal contesto dell'atto, la presenza di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque (cfr. TAR Veneto, sez. I, 29 marzo 2019, n. 395; Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113; Id., sez. VI, 2 marzo 2017, n. 978);

RILEVATO che dalla documentazione in atti risulta che l'istante, per il lotto 2 (da cui è stato escluso), ha presentato un'offerta economica che prevede un canone quinquennale pari ad € 701.966,25 indicando costi della manodopera pari ad € 853.528,00 e oneri aziendali per la sicurezza pari a € 5.000,00. Il PEF allegato a tale offerta prevedeva, però, canoni di concessione annuali la cui somma non coincideva con il canone quinquennale (€ 37.508,27 per il 2021 - € 59.324,00 per il 2022 - € 56.262,40 per il 2023 - € 56.262,40 per il 2024 - € 56.262,40 per il 2025 - € 18.754,13 per il 2026), oltre a riportare una suddivisione delle spese per il personale e degli oneri della sicurezza difforni all'importo complessivo indicato nell'offerta. All'esito della richiesta di chiarimenti della SA, il concorrente ha presentato un nuovo PEF (sostitutivo di quello prodotto in gara) nel quale sono state modificate diverse voci: il totale dei ricavi è passato da € 1.483.110 ad € 2.807.865; le spese dei materiali di consumo sono passate da € 444.930,00 ad € 842.359,50; le spese per il personale da € 400.140,00 a € 881.088,00; gli oneri per la sicurezza da € 3.000.000,00 a € 5.000.000,00; il canone di concessione da € 284.373,60 a € 701.966,20;

RITENUTO che nel caso di specie non vi sono gli estremi per configurare una fattispecie di errore materiale. Il PEF prodotto all'esito della richiesta di chiarimenti prevede un incremento percentuale significativo di diverse voci essenziali che compongono l'offerta economica, il cui aumento in alcuni casi è superiore al 50% (cfr. canone, spese per il personale, oneri per la sicurezza); per cui, nella vicenda in esame, non si tratterebbe tanto di sanare o correggere errori materiali o di calcolo del PEF, ma di consentire un radicale mutamento contenutistico di tale documento (la cui presentazione era prescritta "*a pena di esclusione*"), con importante modifica postuma della composizione dell'offerta economica (non ammissibile come evidenziato da Cons. Stato, n. 1327/2020 cit.);

RITENUTO, inoltre, che la tesi dell'errore materiale sostenuta dall'istante (secondo il quale, dal raffronto con il PEF relativo al lotto 3, sarebbe evidente e riconoscibile l'errore materiale commesso nel riportare alcune voci dell'offerta del lotto 2) è smentita dalla circostanza che non vi è coincidenza tra il PEF erroneo prodotto in gara per il lotto 2 e il PEF del lotto 3. Le uniche voci coincidenti nei due PEF sono quelle relative al totale dei ricavi, alle spese per i materiali di consumi e alle spese per il personale con relativi oneri per la sicurezza, mentre completamente diverso è il canone concessorio e il margine operativo lordo e netto. In particolare, il canone di concessione riportato nel PEF del lotto 2 prodotto in gara non coincide né con l'offerta economica del lotto 2 né con il PEF del lotto 3. Pertanto, non è condivisibile che l'eventuale errore commesso nella redazione del PEF fosse riconoscibile *ictu oculi* dalla Commissione né si potesse rimediare ad esso attraverso una semplice operazione aritmetica;



RITENUTO, infine, che, nel caso di specie, non pone un problema di soccorribilità o meno del PEF (presentato in fase di gara e la cui essenzialità è prescritta dall'art. 17 del disciplinare, che lo richiede "*a pena di esclusione*") ma un problema sostanziale, che attiene al suo radicale mutamento contenutistico, da considerarsi non ammissibile, anche in mancanza di una espressa previsione nella legge di gara in quanto una radicale modifica del PEF incide inevitabilmente sull'attendibilità dell'offerta (cui è funzionalmente collegato).

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore, in quanto la rimodulazione del PEF (all'esito della richiesta di chiarimenti della stazione appaltante) denota una carenza sostanziale dell'offerta ed incide sulla sua attendibilità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 dicembre 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente