

Publicato il 02/08/2021

N. 05638/2021REG.PROV.COLL.
N. 09898/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 9898 del 2020, proposto da Consorzio Stabile Campania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Ar.Co. Edil s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Adinolfi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 01743/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli e della Ar.Co. Edil s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 6 maggio 2021 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti, con modalità da remoto, gli avvocati Fortunato e Adinolfi, nonché preso atto del deposito delle note di passaggio in decisione, ai sensi dell'art. 25 d.l. n. 137 del 2020, conv. in l. n. 176 del 2020, e dell'art. 4 d.l. n. 28 del 2020, conv. in l. n. 70 del 2020, da parte dell'avvocato dello Stato Jacoangeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata indiceva, con determina a contrarre dell'11 dicembre 2019, procedura di gara per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione edilizia del fabbricato da destinare a nuovo commissariato della Polizia di Stato nel comune di Battipaglia (SA).

2. Con provvedimento della stazione appaltante del 18 giugno 2020 la Ar.Co. Edil s.r.l., concorrente risultata prima in graduatoria e in favore della quale era stata formulata proposta d'aggiudicazione, veniva esclusa a seguito della verifica sul costo della manodopera che la stessa aveva dichiarato, costo ritenuto dall'amministrazione non giustificato.

3. Avverso il provvedimento d'esclusione e gli atti allo stesso presupposti la Ar.Co. Edil proponeva ricorso in riassunzione davanti al Tribunale amministrativo per la Campania, sezione staccata di Salerno - a seguito d'incompetenza in favore di tale sezione dichiarata dalla I sezione della sede di Napoli originariamente adita - che, nella resistenza del Provveditorato

Interregionale, nonché intervenuto *ad opponendum* il Consorzio Stabile Campania nella qualità di secondo classificato in graduatoria, accoglieva il ricorso annullando il provvedimento gravato.

4. Ha proposto appello avverso la sentenza l'interventore *ad opponendum* Consorzio Stabile Campania con unico motivo con cui deduce *error in iudicando* per violazione di legge (art. 95 d. lgs. n. 50 del 2016; art. 97 Cost.) ed eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto; violazione della *par condicio* dei concorrenti).

5. Resiste all'appello la Ar.Co. Edil, chiedendone la reiezione, mentre il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata, pure costituito, ha domandato l'accoglimento del gravame.

6. Sulla discussione delle parti all'udienza del 6 maggio 2021 svolta con modalità da remoto, come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va per prima esaminata l'eccezione d'improcedibilità dell'appello sollevata dalla Ar.Co. Edil a fronte della sopravvenuta aggiudicazione della gara in favore della stessa eccipiente.

1.1. L'eccezione è infondata, valendo a tal fine l'assorbente circostanza che il provvedimento d'aggiudicazione è stato in effetti impugnato dal Consorzio Stabile Campania di fronte dal Tribunale amministrativo per la Campania, sezione staccata di Salerno, davanti al quale pende il relativo giudizio.

2. Eccepisce ancora la Ar.Co. Edil l'inammissibilità dell'intervento in primo grado del Consorzio Stabile, non essendo stata documentata la relativa posizione di secondo classificato in graduatoria, né valendo a tal fine il documento prodotto dallo stesso Consorzio davanti al Tar - recante l'elenco dei concorrenti con relativo ribasso offerto - trattandosi di documento privo d'intestazione o altri elementi identificativi, nonché tardivo e del quale perciò l'appellata domanda lo stralcio.

2.1. Lo stesso appello sarebbe poi inammissibile, dal momento che il mero interventore *ad opponendum* in primo grado non è legittimato alla sua proposizione.

2.2. Le eccezioni, che possono essere esaminate congiuntamente per ragioni di connessione, sono infondate.

2.2.1. Va premesso che, come pacifico fra le parti già in primo grado (cfr., in particolare, la memoria difensiva dell'amministrazione, non contestata *in parte qua*) e risultante dallo stesso provvedimento d'aggiudicazione prodotto dall'appellata, la gara era soggetta al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso con esclusione automatica delle offerte dal ribasso anomalo.

In tale contesto, quanto alla posizione di secondo classificato vantata dal Consorzio Stabile, in effetti già dal documento prodotto dall'interventore in primo grado emergeva un principio di evidenza circa la posizione in graduatoria da questi rivestita, risultando da tale documento - pur non meglio qualificato - un dettagliato elenco delle concorrenti, con il ribasso offerto, il numero della busta, nonché il carattere anomalo o meno dell'offerta di ciascuna, e da tale elenco si ricavava come l'offerta del Consorzio fosse quella non anomala che presentava il miglior ribasso dopo l'offerta della Ar.Co.

Ad ogni modo, anche a prescindere da tale documento (il cui stralcio è dunque irrilevante, fermo restando che si trattava comunque d'un documento volto solo a comprovare la legittimazione all'intervento), la circostanza risulta chiaramente (e in via assorbente) confermata dall'avviso di trasparenza del 12 febbraio 2020 prodotto nel presente grado di giudizio, da cui emerge che l'offerta del Consorzio Stabile presenta il ribasso non anomalo immediatamente inferiore a quello offerto dalla Ar.Co. Edil (*i.e.*, rispettivamente, 34,879% il Consorzio e 34,898% la Ar.Co.).

Da tale documento - in sé non contestato dalla Ar.Co. Edil, e comunque senz'altro ammissibile in quanto volto a dimostrare la legittimazione del Consorzio, e qui anche l'ammissibilità dell'appello (*arg. ex art. 372, comma 1, Cod. proc. civ.*), risultando dunque anche indispensabile ai fini del decidere, e

in ogni caso afferente al procedimento amministrativo in sé e come tale sempre producibile (cfr. Cons. Stato, V, 14 aprile 2020, n. 2385) - emerge la sussistenza d'una vera e propria graduatoria, nella quale il Consorzio risultava collocato in seconda posizione.

Non è condivisibile, al riguardo, la contraria deduzione per cui non esisteva all'epoca alcuna graduatoria di gara: l'automatismo del criterio del prezzo più basso con esclusione automatica delle offerte aventi ribasso anomalo, unitamente alla circostanza che proprio sulla base della classifica così elaborata era stata formulata la proposta d'aggiudicazione in favore della Ar.Co. Edil conducono a individuare chiaramente nella suddetta classifica l'effettiva graduatoria della gara; la stessa amministrazione - che in giudizio peraltro non ha contestato né posto in dubbio la posizione di secondo classificato vantata dal Consorzio - ha fatto riferimento alla “*graduatoria stilata*”, la quale non può che valere così per il primo, come per il secondo classificato (cfr. la nota di richiesta dei giustificativi sul costo della manodopera, nonché la conseguente relazione del Rup del 18 giugno 2020).

2.2.2. Chiarita la posizione di secondo classificato in graduatoria vantata dal Consorzio Stabile, anche l'eccezione d'inammissibilità dell'appello in quanto proposto da mero interventore *ad opponendum* risulta non condivisibile.

L'art. 102, comma 2, Cod. proc. amm. stabilisce che «*l'interventore può proporre appello soltanto se titolare di una posizione giuridica autonoma*».

Il principio, come già affermato dalla giurisprudenza anteriore all'ingresso in vigore del Codice del processo amministrativo, ben vale anche per l'interventore *ad opponendum*, purché titolare di una posizione giuridica autonoma (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 2 del 1996; Id., n. 15 del 1997).

Il che va ben riconosciuto in capo al secondo classificato nella graduatoria di gara rispetto al giudizio (e alla sentenza) avente a oggetto l'impugnazione del provvedimento di esclusione nei confronti del primo graduato destinatario di proposta d'aggiudicazione.

Benché privo della qualità di controinteressato in senso formale - e dunque di parte necessaria del processo *ex art. 41, comma 2, Cod. proc. amm.* - in difetto di contestuale provvedimento di scorrimento della graduatoria e aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, V, 21 febbraio 2020, n. 1319; 2 settembre 2019, n. 6024; 19 marzo 2018, n. 1745; 2 luglio 2018, n. 4044), il secondo graduato può essere ritenuto infatti titolare di posizione giuridica autonoma che lo legittima alla proposizione dell'appello: trattasi, in specie, di controinteressato sostanziale che legittimamente aspira all'aggiudicazione negatagli dall'annullamento giudiziale del provvedimento di esclusione (cfr. anche la giurisprudenza in tema di legittimazione all'opposizione di terzo in caso di mancata partecipazione al giudizio: v. ad es. Cons. Stato, III, 3 settembre 2014, n. 4494, che riconosce all'aggiudicatario provvisorio, pur privo della qualifica di controinteressato rispetto al provvedimento di esclusione di altro miglior offerente, la suddetta legittimazione; ciò nel quadro dei principi che ammettono l'opposizione *“in generale, ai terzi titolari di una situazione giuridica autonoma e incompatibile, rispetto a quella riferibile alla parte risultata vittoriosa per effetto della sentenza oggetto di opposizione”*, su cui cfr. Cons. Stato, V, 22 giugno 2018, n. 3880).

In tale prospettiva, anche l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato ha riconosciuto come l'*“interventore ad opponendum in primo grado e seconda classificata conservi la potestà di appellare la sentenza di primo grado, come già chiarito in giurisprudenza e, oggi, dall'art. 102, comma 2, c.p.a., poiché in posizione autonoma di svantaggio per la mancata esclusione dell'aggiudicataria e, perciò, titolare ‘di una situazione soggettiva rilevante, caratterizzata da un interesse sostanziale di segno opposto a quello fatto valere con il ricorso originario, sulla quale si riflette la pronunzia di primo grado (Cons. Stato, sez. VI, 26 novembre 2008, n. 5834)’* (Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 10).

Per tali ragioni, superate le eccezioni preliminari, l'appello va esaminato nel merito.

3. Con unico motivo di gravame l'appellante si duole dell'affermazione della sussistenza di un errore materiale scusabile in capo alla Ar.Co. in ordine ai costi della manodopera indicati nell'offerta, e così dell'accoglimento del ricorso di primo grado per effetto del riconoscimento del suddetto errore.

3.1. Il motivo è fondato.

3.1.1. Occorre premettere che il provvedimento d'esclusione aveva estromesso la Ar.Co. Edil in ragione della mancata giustificazione dei costi della manodopera - indicati nella misura di € 70.000,00 a fronte di un importo previsto nei documenti di gara pari ad € 771.249,11 - denegando espressamente la possibilità di ravvisare nell'offerta un errore materiale emendabile.

La sentenza impugnata ha affermato invece l'effettiva sussistenza di un siffatto errore, desumibile dalla dichiarazione resa in tal senso dalla Ar.Co. in sede di giustificativi, dalla circostanza che il Rup aveva ritenuto non giustificata la minor somma di € 70.000,00, nonché dal consistente divario fra le due cifre (*i.e.* € 70.000,00 *vs.* 771.249,11); il tutto come propiziato dal fatto che la scheda d'offerta non prevedeva l'indicazione in lettere dell'importo offerto.

L'appellante critica tale motivazione ponendo in risalto come difettino nella specie i presupposti per l'enucleazione di un errore materiale nell'offerta passibile di correzione.

Le critiche così formulate sono condivisibili.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha evidenziato che *“Nelle gare pubbliche l'errore materiale nell'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”* (Cons. Stato, V, 26 gennaio 2021, n. 796; III, 9 dicembre 2020, n. 7758, che parla di *“‘errore ostativo’ intervenuto nella fase della estrinsecazione formale della volontà”*).

A tal fine *“È ammissibile la rettifica di errori contenuti nell'offerta presentata in sede di gara a condizione che si tratti di correzione di ‘errore materiale’, necessariamente*

riconoscibile, e che non si sostanzia in operazioni manipolative e di adattamento dell'offerta, risultando altrimenti violati la par condicio, l'affidamento nelle regole di gara e le esigenze di trasparenza e certezza (cfr. già Cons. Stato, VI, 13 febbraio 2013, n. 889; id., III, 22 agosto 2012, n. 4592)" (Cons. Stato, V, 9 dicembre 2020, n. 7752; cfr. anche Id., 31 agosto 2017, n. 4146).

In proposito "*l'errore materiale direttamente emendabile è soltanto quello che può essere percepito o rilevato ictu oculi, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque*" (Cons. Stato, V, 11 gennaio 2018, n. 113; III, 20 marzo 2020, n. 1998; cfr. anche Id., VI, 2 marzo 2017, n. 978); in particolare, a fini della rettifica occorre che a questa "*si possa pervenire con ragionevole certezza, e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima o a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente (Cons. Stato, III, 28 maggio 2014, n. 1487)*" (Cons. Stato, n. 7752 del 2020, cit.).

Si ricava dai principi così elaborati che l'errore deve sostanziarsi in un mero refuso materiale riconoscibile *ictu oculi* della lettura del documento d'offerta; che la sua correzione deve a sua volta consistere nella mera riconduzione della volontà (erroneamente) espressa a quella, diversa, inespressa ma chiaramente desumibile dal documento, pena altrimenti l'inammissibile manipolazione o variazione postuma dei contenuti dell'offerta, con violazione del principio della *par condicio* dei concorrenti; che tale complessiva operazione deve fondarsi su elementi - identificativi dell'errore - desumibili dall'atto stesso, non già da fonti esterne.

L'applicazione dei suesposti principi al caso in esame conduce ad escludere che ricorra qui un errore materiale avente i caratteri richiesti dalla giurisprudenza ai fini della sua configurazione e (legittima) rettifica successiva all'offerta.

Nella specie, l'offerta economica della Ar.Co. indica chiaramente l'importo di € 70.000,00 per i costi della manodopera; il che - pur a fronte del significativo scostamento dal valore riportato nei documenti di gara - non consente di

enucleare *sic et simpliciter* un errore materiale *ictu oculi* ricavabile dallo stesso documento d'offerta: in particolare, non è evincibile in maniera univoca la diversa volontà della concorrente circa l'effettivo costo della manodopera, volontà che sarebbe stata malamente rappresentata nel formulare l'offerta.

Pur a fronte di un rilevante divario fra i costi di manodopera indicati e quelli previsti dalla *lex specialis* non è infatti in alcun modo dato desumere dalla stessa offerta quale fosse il diverso importo dei suddetti costi (effettivamente) voluto dalla Ar.Co.; tanto ciò è vero che solo con i giustificativi - dunque, con un autonomo documento, ben distinto dall'offerta, e a questa successivo - è stato rappresentato il diverso importo del costo della manodopera effettivamente voluto dalla Ar.Co. (*i.e.*, € 700.000,00), con conseguente possibilità di individuare il dedotto errore in cui la concorrente sarebbe incorsa.

Il che impedisce di ravvisare, sulla base dei principi suesposti, un errore materiale legittimamente rettificabile, risolvendosi l'operazione correttiva accolta dalla sentenza in un'inammissibile manipolazione postuma dei contenuti dell'offerta non sorretta da elementi chiari e univoci desumibili dall'offerta stessa.

Né rileva, in senso contrario, il solo significativo divario fra la cifra rappresentata in offerta e quella indicata nella *lex specialis*: pur potendo lasciar intravedere una (possibile) anomalia della rappresentazione del dato, la circostanza non consente da sola di desumere - dallo stesso documento d'offerta - la volontà effettiva della concorrente malamente rappresentata per effetto di un (mero) refuso materiale nella sua manifestazione, e dunque il contenuto reale dell'offerta, cui quello apparente dovrebbe (in modo evidente e automatico) essere ricondotto.

Allo stesso modo, priva di rilievo in sé è la circostanza che il modello d'offerta non conteneva un apposito campo per la formulazione in lettere della voce di costo, atteso che ciò in nulla incide sui profili di riconoscibilità *ictu oculi*

dell'errore materiale che assumono valore ai fini della relativa enucleazione e (legittima) correzione.

Per tali ragioni il motivo d'appello risulta fondato: essendosi discostata dai suddetti principi la sentenza va riformata con rigetto del ricorso di primo grado.

4. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello va accolto e, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado.

4.1. La particolarità della fattispecie e delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado;

Compensa integralmente le spese fra le parti.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.-l. n. 137 del 2020, conv. in legge n. 176 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Alberto Urso

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO