

Publicato il 21/06/2022

N. 05104/2022REG.PROV.COLL.
N. 01910/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1910 del 2021, proposto dal sig. Maurizio Burgi, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Inglese e Marco Petrone e con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via Oslavia, n. 28;

contro

Bolero S.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino, Andrea Mozzati e Andrea Rossi e con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, viale Parioli, n. 180;

nei confronti

Comune di Genova, non costituito in giudizio;

per l'annullamento e/o la riforma,

previa adozione di misura cautelare, anche inaudita altera parte,

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria, Sezione Prima, n. 16/2021 del 12 gennaio 2021, resa tra le parti, recante l'accoglimento del ricorso integrato da motivi aggiunti R.G. n. 517/2020 e, per l'effetto, l'annullamento dei provvedimenti con esso impugnati.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti l'istanza di misure cautelari *inaudita altera parte* e il decreto presidenziale n. 1083/2021 del 5 marzo 2021 di accoglimento della stessa;

Vista la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, presentata in via incidentale dall'appellante;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Bolero S.r.l.s.;

Visti la memoria difensiva e i documenti della società appellata;

Vista l'ordinanza della Sezione V n. 1463/2021 del 22 marzo 2021, con cui è stata respinta l'istanza di sospensione della sentenza appellata;

Visti le memorie, i documenti e le repliche delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2022 il Cons. Pietro De Berardinis e uditi per le parti l'avv. Marco Petrone per l'appellante e l'avv. Mario Sanino per la società appellata;

Considerato:

- che con l'appello indicato in epigrafe il sig. Maurizio Burgi ha impugnato la sentenza del T.A.R. Liguria, Sez. I, n. 16/2021 del 12 gennaio 2021, chiedendone la riforma, previa adozione di misure cautelari anche *inaudita altera parte*;

- che la sentenza appellata ha accolto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Bolero S.r.l.s. (d'ora in avanti: "Bolero") avverso la determinazione del Comune di Genova del 21 agosto 2020 di aggiudicazione ai sigg.ri Maurizio Burgi, Davide Reale, Anna Centenaro e Eleonora Neirotti della concessione demaniale marittima ad uso stabilimento balneare del compendio sito sul litorale di Genova, località Quarto, denominato Bagni Monumento, nonché avverso i verbali della procedura di affidamento, e per l'effetto ha annullato gli atti impugnati;

- che, in punto di fatto, per ottenere l'affidamento della concessione demaniale marittima la Bolero aveva presentato un'offerta economica con

canone concessorio annuo di € 25.000,00, ma nel P.E.F. aveva indicato, quale canone, la diversa somma di € 20.000,00. La Commissione di gara ha ritenuto che l'importo da considerare fosse quello di € 20.000,00 indicato nel P.E.F. e conseguentemente ha attribuito all'offerta della società un punteggio inferiore a quello attribuito al sig. Burgi (il quale aveva offerto un rialzo di € 8.722,84 sul canone base di € 16.277,16 stabilito dal bando, per un totale di € 25.000,00), con il corollario che, in esito alla gara, l'offerta dell'odierno appellante (presentata anche per altri soggetti) è risultata prima in graduatoria;

- che nel ricorso di primo grado la Bolero ha sostenuto l'illegittimità dell'operato della Commissione, la quale avrebbe dovuto prendere in considerazione la cifra di € 25.000,00 indicata nell'offerta, e il T.A.R. ha accolto il motivo ritenendo non decisiva la diversa indicazione contenuta nel P.E.F., poiché la volontà negoziale della società sarebbe stata chiara e inequivocabile, in quanto espressa nel modello "C" allegato al bando, in cui l'importo di € 25.000,00 era indicato in numeri e lettere, evidenziato in neretto e sottolineato, nonché poi confermata dal legale rappresentante della Bolero nella seduta della Commissione di gara dell'11 agosto 2020;
- che il T.A.R. ha poi rilevato come quello contenuto nel P.E.F. della Bolero fosse un errore materiale *ictu oculi* riconoscibile, atteso che, decurtando i guadagni della società di € 5.000,00 (quale risultato dell'aumento del canone offerto da € 20.000,00 a € 25.000,00), nulla sarebbe mutato in termini di sostenibilità e di affidabilità dell'offerta della stessa. Ne discende – osserva il giudice di prime cure – che sarebbe stato possibile per il Comune chiedere alla Bolero chiarimenti o procedere a un vero e proprio soccorso istruttorio, senza per ciò violare la *par condicio* dei concorrenti, tenuto conto che anche la giurisprudenza contraria alla sanabilità del P.E.F. consente il soccorso istruttorio nell'ipotesi di vizi configuranti un errore materiale, qual è quello in esame;
- che la sentenza appellata ha assorbito la questione, pur dedotta dalla ricorrente nei motivi aggiunti, della mancanza di sottoscrizione dell'offerta

presentata dal sig. Burgi da parte degli altri soggetti (i sigg.ri Reale, Centenaro e Neirotti) che avevano dichiarato di partecipare insieme a lui alla procedura, impegnandosi a costituire una società di persone in caso di aggiudicazione;

- che nell'appello vengono dedotti con un unico motivo le seguenti doglianze: erroneità della sentenza appellata per violazione e/o falsa applicazione del bando della procedura comparativa, segnatamente degli artt. 8 e 12 nonché del modello "C", anche con riguardo ai principi di principio di segretezza e non modificabilità delle offerte e di tutela della *par condicio* dei concorrenti; errore sui presupposti e conseguente travisamento; illogicità, contraddittorietà e ingiustizia;

- che in sintesi l'appellante lamenta anzitutto come la Bolero avrebbe presentato un'offerta economica contraddittoria, indicando nel modello "C" un rialzo € 25.000,00, che, applicato al canone base di € 16.277,16 previsto dal bando di gara, porterebbe all'offerta di un canone concessorio di € 41.277,16, mentre nel Piano Economico Finanziario asseverato, facente anch'esso parte dell'offerta economica, avrebbe indicato un canone complessivo di meno della metà (€ 20.000,00): aperte le buste, il Comune avrebbe correttamente privilegiato l'indicazione contenuto nel P.E.F., perché in grado di garantire la fattibilità dell'offerta, ma a tale stregua la procedura sarebbe stata aggiudicata all'esponente. Il T.A.R. avrebbe invece frainteso le regole poste a base della procedura comparativa, dando rilevanza solo al canone indicato nel modello "C": ma così non avrebbe considerato che dell'offerta economica faceva parte anche il P.E.F. e che il contrasto insanabile tra i due documenti (modello "C" e P.E.F.) rendeva la volontà della Bolero S.r.l.s. oscura e contraddittoria, senza che fosse possibile superare l'incoerenza privilegiando il modello "C";

- che l'appellante lamenta altresì come – al contrario di quanto mostra di ritenere il primo giudice – non potrebbe essere ammessa nessuna correzione dell'offerta economica da parte del concorrente in occasione della seduta di gara (perché contrastante con il divieto legislativo di utilizzare il "soccorso istruttorio" per l'offerta economica) e come sarebbe errato l'addebito mosso

dalla sentenza impugnata alla Commissione, di non aver svolto un'attività interpretativa dell'effettiva volontà della Bolero, ma di essersi surrogata alla concorrente, compiendo una manipolazione dell'offerta;

- che, ancora, secondo l'appellante non sarebbe vero quanto sostenuto dal T.A.R. e cioè che il P.E.F. della Bolero fosse affetto da un errore materiale, poiché l'errore materiale potrebbe attenersi a un dato riportato per sbaglio o a un calcolo, ma non al valore stesso dell'offerta economica: infatti l'errore su tale valore altererebbe l'affidabilità dell'intero progetto;

- che, da ultimo, la sentenza appellata sarebbe frutto di un *modus operandi* inammissibile lì dove ha affermato che l'impatto dello scostamento tra il valore indicato nel modello "C" e quello indicato nel P.E.F. è minimo e irrilevante ai fini della sostenibilità e affidabilità dell'offerta, poiché in tal modo il giudice si sarebbe sostituito al consulente che ha redatto il P.E.F. e al soggetto che lo ha asseverato, attestandone coerenza ed equilibrio. Comunque, il calcolo del primo giudice sarebbe errato, poiché il divario tra i valori indicati nei due documenti sarebbe non di € 5.000,00, ma di € 21.277,16 (pari alla differenza tra € 41.277,16 ed € 20.000,00);

- che la domanda di misure cautelari *inaudita altera parte* è stata accolta con decreto presidenziale n. 1083/2021 del 5 marzo 2021;

- che si è costituita in giudizio la Bolero S.r.l.s., depositando di seguito una memoria e documenti sui fatti di causa ed eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello;

- che il Comune di Genova, pur evocato, non si è costituito in giudizio;

- che l'istanza cautelare presentata dall'appellante è stata respinta con ordinanza della Sezione V n. 1463/2021 del 22 marzo 2021, in quanto non assistita da sufficiente *fumus boni juris*;

- che in vista dell'udienza di merito le parti costituite hanno depositato memorie e repliche, nonché – l'appellante – ulteriori documenti, insistendo nelle conclusioni già rassegnate;

- che all'udienza pubblica del 31 maggio 2022 sono comparsi il difensore dell'appellante e quello della Bolero; di seguito, la causa è stata trattenuta in decisione;

Ritenuto che le censure dell'appellante siano destituite di fondamento;

Considerato, infatti, al riguardo:

- che preliminarmente va sgombrato il campo dall'equivoco in cui cade il sig. Burgi nel sostenere che la Bolero avrebbe offerto nel modello "C" un rialzo di € 25.000,00 sul canone base previsto dal bando e, dunque, un canone concessorio di € 41.277,16 (il che renderebbe insostenibile l'offerta economica della società), in quanto è lo stesso appellante ad ammettere che il legale rappresentante della Bolero, nella seduta di gara dell'11 agosto 2020, a domanda della Commissione ha affermato che la somma di € 25.000,00 stava a significare l'offerta economica complessiva e non il rialzo;

- che in ogni caso se davvero l'offerta economica della Bolero fosse stata insostenibile, perché recante l'indicazione di un canone concessorio di € 41.277,16, la Commissione avrebbe dovuto escluderla: ma ciò non è avvenuto (avendo la Commissione – come afferma lo stesso appellante – privilegiato il valore di € 20.000,00 contenuto nel P.E.F. della società) e tale mancata esclusione avrebbe dovuto essere censurata dal sig. Burgi nel giudizio di primo grado con apposito ricorso incidentale, che però non è stato proposto: l'odierno appellante, anzi, per sua scelta non ha preso parte al giudizio innanzi al T.A.R., cosicché egli non può ora formulare in appello, per la prima volta, la doglianza. Ne segue che questa, per quanto appena detto, è inammissibile, oltre che infondata;

- che le altre doglianze dell'appellante sono prive di fondamento, dovendosi condividere, alla stregua della disamina degli atti di gara, le osservazioni del T.A.R. sulla natura di errore materiale *ictu oculi* rilevabile dell'indicazione del canone contenuta nel P.E.F. della Bolero (€ 20.000,00), a fronte della solenne e inequivoca indicazione di € 25.000,00 contenuta nell'allegato (o modello) "C", contenente l'offerta economica della società;

- che al contrario di quanto sostiene l'appellante, il fatto che in tale modello, debitamente sottoscritto, il canone offerto, pari a € 25.000,00, sia stato scritto in lettere e in cifre, in neretto e sottolineato, non è irrilevante, perché sta a testimoniare la serietà e la solennità dell'impegno consapevolmente assunto dalla Bolero: all'opposto, la somma di € 20.000,00 indicata nel P.E.F. della società si presenta come il risultato di un'attività di elaborazione al *computer* tramite un "*file excel*". Ciò rende verosimile che il dato numerico inserito nel P.E.F. sia un mero refuso in luogo dell'importo corretto di € 25.000,00 e in questo senso, oltre a quanto detto sul carattere solenne della dichiarazione contenuta nel modello "C", depone l'ulteriore elemento evidenziato dal T.A.R., in base al quale, sostituendo alla somma di € 20.000,00, come canone concessorio, l'importo di € 25.000,00, l'equilibrio economico-finanziario e, dunque, la sostenibilità dell'offerta della Bolero, restano immutati;

- che neppure da quest'ultimo punto di vista le doglianze dell'appellante colgono nel segno, poiché il primo giudice ha sostituito l'importo di € 25.000,00 a quello di € 20.000,00 quale canone annuo della concessione offerto dalla società non per manipolare l'offerta economica di questa, ma al solo fine di verificare la correttezza o meno sul piano logico della tesi dell'errore materiale: tesi che proprio da detta verifica ha tratto ulteriore fondamento;

- che, perciò, per il dato del canone concessorio annuo contenuto nel P.E.F. della Bolero (€ 20.000,00 in luogo di € 25.000,00) sussistevano gli estremi dell'errore materiale percepibile e rilevabile *ictu oculi* dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque, il quale, quindi, proprio in virtù di tali sue caratteristiche era emendabile (cfr., *ex multis*, C.d.S., Sez. III, 4 gennaio 2021, n. 68; id., 20 marzo 2020, n. 1998; Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113; id., 5 novembre 2014, n. 5468; Sez. VI, 2 marzo 2017, n. 978). Per conseguenza, la Commissione di gara avrebbe potuto e dovuto procedere a emendare il suddetto errore e, dunque, a optare per l'importo

indicato nell'allegato "C", costituendo tale attività un mero esercizio del potere-dovere di interpretazione dell'offerta alla luce degli elementi oggettivi in essa contenuti (cfr. C.d.S., Sez. V. n. 113/2018, cit.). D'altra parte è principio consolidato che le offerte, intese come atto negoziale, vanno interpretate al fine di ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità o gli errori di scritturazione e di calcolo, a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto (cfr., *ex multis*, C.d.S., Sez. III, nn. 68/2021 e 1998/2020, cit.; id., 28 ottobre 2020, n. 6610; id., 27 marzo 2013, n. 1487; Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082);

Ritenuto, per tutto quanto detto, che l'appello sia nel suo complesso infondato e debba, perciò, essere respinto, meritando la sentenza gravata di essere confermata;

Ritenuto da ultimo di liquidare secondo soccombenza le spese del giudizio di appello, nella misura di cui al dispositivo, a carico dell'appellante e in favore della società appellata e di non far luogo a spese nei confronti del Comune di Genova, non costituitosi in giudizio;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Settima (VII), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante a rifondere alla Bolero S.r.l.s. le spese del giudizio di appello, che liquida in via forfettaria in € 3.000,00 (tremila/00) oltre spese generali e accessori di legge.

Nulla spese nei confronti del Comune di Genova.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2022, con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Daniela Di Carlo, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Marco Morgantini, Consigliere

Ofelia Fratamico, Consigliere

L'ESTENSORE
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE
Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO