

Publicato il 06/10/2021

N. 06651/2021REG.PROV.COLL.  
N. 03303/2021 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3303 del 2021, proposto da Vodafone Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

*contro*

Tim S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Sace - Sezione speciale per l'assicurazione del credito all'esportazione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 17 del 2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tim S.p.a. e di Sace - Sezione speciale per l'assicurazione del credito all'esportazione;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2021 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con il ricorso di primo grado Tim ha impugnato il provvedimento con il quale 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.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha accolto il ricorso con sentenza n. 17 del 2021, disponendo l'annullamento dell'intera gara.

Vodafone ha impugnato la suddetta sentenza, affidando l'appello al seguente motivo di diritto:

I) *error in iudicando*; difetto di motivazione; irragionevolezza e illogicità intrinseca; violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara ed in particolare del § 3 del capitolato tecnico e degli artt. 1175, 1427 e ss. del codice civile; violazione e falsa applicazione del principio della *par condicio competitorum*, del principio di conservazione degli atti giuridici, nonché del principio di autoresponsabilità degli operatori economici; eccesso di potere per travisamento dei fatti, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta e violazione dell'autovincolo imposto dal capitolato tecnico.

Si è costituita per resistere all'appello Tim S.p.a., mentre Sace - Sezione speciale per l'assicurazione del credito all'esportazione ha prestato adesione all'appello.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 23 settembre 2021 l'appello è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Vodafone Italia S.p.a. contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 17 del 2021 che ha accolto il ricorso di Tim per l'annullamento dell'aggiudicazione della gara europea a procedura aperta per l'affidamento per trenta mesi del servizio di fonia mobile e servizi collegati per Sace S.p.a.

La gara in questione era stata aggiudicata a Vodafone e il contratto era stato sottoscritto a settembre 2020.

La sentenza ha accolto il ricorso di Tim, disponendo l'annullamento dell'intera gara.

Ed invero, i moduli facsimile di offerta contenevano un errore, avendo invertito il numero di tablet da offrire obbligatoriamente (n. 37 modello base e n. 15 modello top) rispetto alle prescrizioni dell'art. 3 del capitolato tecnico di gara, pag. 7 (n. 15 modello base e n. 37 modello top). Tim nel ricorso di prime cure sosteneva di aver redatto la sua offerta sulla base del modello, modulando in relazione a tale numero di tablet la sua offerta economica e, dunque, i prezzi unitari dei tablet base e dei tablet top, che, chiaramente, era diverso.

Prima dell'aggiudicazione, accortasi dell'errore nel modulo, la stazione appaltante ha deciso di riformulare l'offerta di Tim, mantenendo il prezzo unitario dei Tablet dalla stessa indicati (quelli base e quelli top), ma invertendone le quantità, nel rispetto di quanto previsto dal capitolato tecnico. Così facendo, il prezzo totale offerto da Tim è cambiato, salendo da euro

410.249,36 a euro 437.005,76 (cfr. i verbali nn. 3 del 16 giugno 2020 e n. 4 del 2 luglio 2020). In conseguenza della variazione del punteggio economico, la gara è stata aggiudicata a Vodafone.

Tim è insorta ritenendo illegittimo l'operato della stazione appaltante e il Tar Lazio, con la sentenza oggetto di impugnazione, ha accolto il ricorso e ha annullato la gara, ritenendo illegittima l'operazione di modifica dell'offerta di Tim, la cui reale volontà, per la sentenza, sarebbe stata impossibile da individuare.

L'appellante ritiene invece che l'errore di Tim fosse riconoscibile e che, quindi, vertendo lo stesso solo sulle quantità e non sui prezzi unitari dei tablet offerti, la rettifica fosse perfettamente operabile e, dunque, fosse comunque ricostruibile la volontà negoziale di Tim, salvando la gara nella graduatoria che vede Vodafone vincitrice a seguito dell'operata rettifica delle quantità indicate da Tim moltiplicate per i prezzi unitari offerti rispettivamente per i tablet top e per quelli base.

Tim sostiene, invece, di aver legittimamente confidato che il modello di offerta predisposto, in quanto proveniente dalla stessa stazione appaltante, fosse conforme alle indicazioni della *lex specialis* di gara, anche in applicazione del più generale principio di tutela dell'affidamento e del consolidato principio giurisprudenziale secondo il quale la circostanza che il concorrente abbia puntualmente seguito le indicazioni fornite dalla stazione appaltante, nella modulistica pubblicata insieme al bando, non può andare in danno del medesimo, in violazione dei principi di massima partecipazione alle gare e di tutela del legittimo affidamento delle concorrenti in buona fede; e ciò anche quando la predisposta modulistica risulti non conforme alla legge di gara, in quanto l'obiettiva incertezza così ingenerata dalla stessa stazione appaltante non può pregiudicare il concorrente che abbia compilato l'offerta in conformità al facsimile predisposto. Anche a voler ritenere integrata un'ipotesi di errore materiale, detto elemento – di per sé solo – non avrebbe potuto in alcun modo legittimare Sace a operare un arbitrario ricalcolo

dell'offerta di Tim stante l'impossibilità di ricostruire con certezza l'effettiva e reale volontà negoziale di quest'ultima.

In definitiva, il legittimo affidamento riposto da Tim nella documentazione di gara fornita dalla stazione appaltante varrebbe ad escludere – a prescindere del format impiegato – che l'errore imputabile a quest'ultima fosse di immediata percezione e, dunque, emendabile dall'odierna controinteressata. Non configurandosi alcun errore materiale suscettibile di rettifica, la stazione appaltante avrebbe, dunque, dovuto annullare l'intera procedura di gara. Ad ogni modo, anche nella prospettiva dell'errore materiale, Sace non avrebbe potuto che procedere nei medesimi termini, attesa l'impossibilità per la stazione appaltante di ricostruire con certezza la volontà negoziale di TIM.

Il Collegio ritiene che nella fattispecie in questione sia necessario risolvere il conflitto sussistente tra il principio di affidamento del concorrente sul modello facsimile di offerta predisposto dalla stazione appaltante, che riportava invertite le quantità di tablet da offrire rispetto a quelle contemplate dal capitolato, e il principio della prevalenza della *lex specialis* di gara, e dunque del capitolato tecnico rispetto al modello, come fonte le cui indicazioni renderebbero riconoscibile l'errore commesso e, dunque, alla stessa Tim imputabile, senza poter invocare un prevalente affidamento incolpevole.

Tim sostiene che non sia possibile con la rettifica operata dalla stazione appaltante sulle quantità invertite ricostruire la sua effettiva volontà negoziale, poiché ove avvedutasi delle diverse quantità da fornire avrebbe potuto offrire dei diversi prezzi unitari, ottenendo un diverso ribasso e così superando l'offerta di Vodafone.

Pur avendo la stazione appaltante generato il contrasto tra il modello format di offerta e il capitolato, il Collegio ritiene che la rettifica operata da Sace fosse legittima, atteso che, per il principio di autoresponsabilità, Tim, operatore economico di indubbia esperienza che partecipa a numerose procedure concorsuali del genere di quella oggetto della controversia, deve ritenersi responsabile dell'errore commesso senza aver impiegato un normale grado di

diligenza nell'accertare le effettive indicazioni contenute nella *lex specialis* di gara, anche in considerazione del fatto che il modello facsimile era editabile perché in formato word e, dunque, della possibilità di renderlo conforme alle effettive prescrizioni del capitolato tecnico.

Invero, in materia di partecipazione a procedure ad evidenza pubblica gli operatori economici sono soggetti ai principi di autoresponsabilità e di diligenza professionale, essendo specifico onere degli stessi assicurarsi che la prestazione offerta sia conforme a quanto indicato dalla stazione appaltante nella *lex specialis* di gara.

Inoltre, Tim non ha fornito alcun principio di prova sui diversi prezzi unitari che avrebbe offerto se le quantità di tablet fossero state quelle diverse, previste nella *lex specialis*, onde si può presumere una ragionevole ricostruzione della sua volontà negoziale, non essendo stata dimostrata una sua effettiva diversa, ipotetica e variabile volontà.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

Sussistono giusti motivi, in considerazione della complessità delle questioni controverse, per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

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 appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Elena Quadri**

**IL PRESIDENTE**

**Luciano Barra Caracciolo**

**IL SEGRETARIO**