

N. 00627/2016REG.PROV.COLL.

N. 06475/2015 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

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 6475 del 2015, proposto dalla coop. Artco Servizi., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria della capogruppo della costituenda Ati, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca De Pauli e Luca Mazzeo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Giosué Borsi, n. 4;

contro

Il Comune di La Spezia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Carrabba, Ettore Furia, Marcello Puliga e Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Cicerone, n. 44;

la C.s.l. Consorzio Servizi Logistica coop. a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Sgroi, Antonio Marchesi e Maria Grazia Picciano, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Roma, via Ippolito Nievo, n. 61;

nei confronti di

Ipm Multiservizi S.r.l., Biagi Impianti Termici Srl, Costa Mauro & Figli S.r.l., Ferdeghini Agostino S.r.l., Rossi Costruzioni S.r.l., Euroverde Group S.r.l., Bonfiglio Alberto S.a.s. di Bonfiglio Valentina & C;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Liguria, Sez. II, n. 545/2015, resa tra le parti, concernente l'esclusione dalla gara a procedura aperta per affidamento di servizi cimiteriali.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di La Spezia;

Visti gli atti difensivi del Csl Consorzio Servizi Logistica S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2016 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Luca de Pauli, Ettore Furia e Marco Sgroi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso n. 1047 del 2014, proposto dinanzi al TAR per la Liguria, l'odierna appellante chiedeva l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi cimiteriali, nonché del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e definitiva della gara.

L'esclusione era disposta a motivo dell'incertezza nell'ammontare dell'offerta economica, derivante dalla rilevata incongruenza tra il prezzo complessivo indicato (€ 4.501.975,50) ed il risultato dell'applicazione, agli importi parziali dell'offerta, della formula prevista dal disciplinare di gara  $[A1) + A2) + A3)] \times 3 + B)$ .

L'impugnazione veniva estesa con ricorso per motivi aggiunti al provvedimento di aggiudicazione definitiva, disposta a favore dell'originaria controinteressata s.c.a.r.l. Consorzio Servizi Logistica.

Quest'ultima, a sua volta, proponeva ricorso incidentale, lamentando la mancata esclusione della ricorrente principale.

2. Il primo giudice esaminava il ricorso principale e lo respingeva e, quindi, dichiarava improcedibile per difetto di interesse il ricorso incidentale.

A giudizio del TAR, infatti, l'esclusione dalla gara *de qua*, disposta dalla commissione per incertezza assoluta dell'offerta a carico dell'originaria ricorrente, risultava legittima in ragione del disposto dell'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. 163/2006 e della *lex specialis*, ritenendo che l'indebita moltiplicazione per tre anche dell'importo parziale B, in difformità dalla formula del disciplinare di gara, non costituisca indice univoco della sussistenza di un mero errore materiale o di calcolo, non potendosi astrattamente escludere che la ricorrente avesse inteso proprio offrire, per i lavori a corpo sull'impianto di cremazione, un importo pari al valore B per ciascuno dei tre anni di servizio piuttosto che *una tantum*, in tal modo incorrendo in un errore di natura propriamente concettuale nel confezionamento dell'offerta.

Né la stazione appaltante avrebbe potuto utilizzare il cd. soccorso istruttorio per consentire alla ditta esclusa di correggere la propria offerta.

3. Avverso la sentenza indicata in epigrafe propone appello l'originaria ricorrente, che si duole della non corretta motivazione nella quale sarebbe incorso il TAR, dal momento che:

a) dall'esame della *lex specialis* ed in particolare dall'art. 3 e dall'allegato 7, si evincerebbe che il prezzo da tenere in considerazione non è quello complessivo offerto, ma quello derivante dai singoli prezzi da utilizzare secondo la formula matematica indicata, ossia nella formulazione dei ribassi di cui alle voci A1), A2), A3) e B); con la conseguenza che la correzione del solo risultato finale, lungi dall'alterare la volontà negoziale del concorrente, avrebbe invece rappresentato l'esito di una mera operazione matematica, operata sulla base degli elementi correttamente contenuti nell'offerta economica presentata, portando quindi ad un risultato coincidente con l'effettiva volontà del concorrente;

b) in ogni caso si sarebbe trattato di un mero errore di calcolo e non di un errore concettuale;

c) la commissione avrebbe dovuto in ogni caso attivare il subprocedimento avente per oggetto il 'soccorso istruttorio'.

4. Dal canto suo l'originaria controinteressata propone appello incidentale, riproponendo i motivi del ricorso incidentale di primo grado, non esaminati dal TAR.

5. Costituitasi in giudizio, l'amministrazione comunale chiede la conferma della sentenza di primo grado.

6. Nelle successive difese tutte le parti insistono nelle loro conclusioni.

7. L'appello principale è infondato e va respinto.

Tutti i motivi di appello, come del resto quelli del ricorso introduttivo di prime cure, censurano la valutazione operata dalla stazione appaltante e condivisa dal TAR circa l'incertezza assoluta che caratterizzerebbe l'offerta dell'appellante principale, sicché gli stessi possono essere esaminati congiuntamente.

Sul punto è opportuno premettere che all'interno della busta contenente l'offerta economica dovesse essere inserito il modulo, predisposto dalla stazione appaltante e compilato dal concorrente, contenuto nell'allegato 7 del disciplinare di gara.

Il modulo prevede l'indicazione dei prezzi offerti per i singoli servizi e di quello complessivo secondo la formula  
 $(A1+A2+A3 \times 3) + B$ .

L'art. 41, comma 1. bis, d.lgs. 163/2006, dispone che: «*La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti... nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta*».

In sede di interpretazione di questa disposizione, si deve tener conto anche dei limiti entro i quali la stessa stazione appaltante può utilizzare lo strumento del soccorso istruttorio.

Su quest'ultimo punto, va rilevato che l'Adunanza Planaria del Consiglio di Stato, n. 9/2014, in tema di 'soccorso istruttorio', ha chiarito che il principio in questione è volto a dare rilievo al principio del *favor participationis* e della semplificazione, ciò, però, all'interno di limiti rigorosamente determinati, quale, ad esempio, quello dettato dal principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, per il quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione.

In particolare, il 'soccorso istruttorio' non può essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta, sicché non può essere consentita al concorrente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi.

Nella fattispecie non si è di fronte ad un mero errore materiale o ad un refuso.

L'errore materiale, infatti, 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*. In definitiva, l'errore materiale 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.

Nel caso in esame, l'Amministrazione ha legittimamente ritenuto non sussistente tale situazione, dal momento che le manifestazioni testuali dell'offerta si prestano ad una pluralità di possibili manifestazioni di giudizio, presentandosi come ambigue. L'offerta, infatti, risulta formulata sulla base di elementi non convergenti, dal momento che il prezzo complessivo non può essere il risultato dalla formula indicata dalla *lex specialis* in considerazione dei singoli prezzi indicati dallo stesso offerente.

La specifica formula in questione consente combinazioni molteplici, il che impedisce di ritenere che si sia in presenza di un mero errore di calcolo e non, invece, di un errore concettuale.

In una situazione di tal fatta, rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione verificare se si sia in presenza di un mero errore materiale.

La sua valutazione può essere sindacata dal giudice amministrativo nei consueti limiti della verifica della sua irragionevolezza od illogicità (cfr. Cons. St., Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1601).

Nella controversia *de qua*, però, non si riscontra un esercizio illegittimo del potere tecnico-discrezionale della commissione, che correttamente ha ritenuto ambigua l'offerta dell'appellante, rilevandone l'incertezza assoluta, stante la divergenza tra il prezzo complessivo ed i prezzi per i singoli servizi e l'impossibilità di una riconduzione ad unità dell'offerta sulla base di una mera correzione di errore materiale.

8. L'appello principale deve, quindi, essere respinto, mentre va dichiarato improcedibile l'appello incidentale. La complessità delle questioni trattate consente la compensazione delle spese del secondo grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 6475 del 2015, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate del secondo grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Raffaele Prospero, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/02/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)