

## Offerta non conforme alle condizioni poste dalla lex specialis e strumento del soccorso istruttorio

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 28-7-2016

*Non può essere riconosciuta un'ipotesi di errore materiale nella dichiarazione negoziale del privato, poiché per essere configurabile, l'errore deve essere facilmente riconoscibile attraverso la mera lettura della documentazione allegata, specie quando essa afferisca ad un procedimento amministrativo non concorsuale, come tale sottratto alle garanzie di tutela della par condicio.*

*Non è invocabile l'ipotizzata illegittimità del procedimento per mancata attivazione del soccorso istruttorio, non evidenziandosi in alcun modo un caso di palese e riconoscibile lapsus calami.*

### Guida alla lettura

In tema di congruità dell'offerta alle prescrizioni contenute nel bando di gara, in specie nel capitolato tecnico deve senz'altro ritenersi prevalente quest'ultima rispetto a quella che potremmo definire attecnicamente discrezionalità nella formulazione dell'offerta da parte del partecipante alla gara.

La comprensione del principio di diritto esplicito dalla pronuncia del Consiglio di Stato necessita, tuttavia, di un sostrato di tipo fattuale, risultando propedeutica alla comprensione dello stesso la precisazione secondo cui la società appellante, in relazione ad una gara d'appalto per l'affidamento di un Multiservizio Tecnologico Integrato con fornitura di energia per gli edifici in uso alle pubbliche amministrazioni sanitarie, presentava un'offerta caratterizzata da un "incremento delle attività trimestrali, semestrali e annuali, a scapito di attività bimestrali".

Detta circostanza, produceva l'inevitabile abbassamento delle frequenze minime bimestrali rispetto a quanto prescritto dall'Appendice 1 del Capitolato Tecnico.

Tale circostanza costituiva, pertanto, la premessa logica del provvedimento di esclusione dalla gara a scapito della medesima impresa, la stessa con la sua offerta avendo chiaramente disatteso la clausola di cui al paragrafo 6 del Disciplinare, in combinato disposto con il

capitolato tecnico, la quale legittima variazioni solo sotto il profilo migliorativo.

Con maggiore impegno esplicativo va rilevato come la ristretta operatività della clausola appena citata, limitata alla personalizzazione dell'offerta in chiave migliorativa, assegna legittimità al provvedimento di esclusione dalla gara posto che un'offerta che, accanto ad un incremento delle attività trimestrali, semestrali e annuali, indica una riduzione di quelle bimestrali, in difformità a quanto espressamente indicato dalla *lex specialis*, non può che ritenersi inammissibile.

Ciò posto, il Collegio si preoccupa di verificare se la fattispecie appena descritta non possa essere ricondotta ad un'ipotesi di errore materiale nella dichiarazione del privato, la quale, in quanto tale, richiamerebbe la doverosa applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio.

Sul punto i Giudici hanno cura di precisare che **nel caso oggetto di attenzione non ricorre la figura dell'errore materiale, atteso che quest'ultima per potersi configurare deve essere facilmente riconoscibile dal destinatario della dichiarazione.**

In sostanza, per potersi verificare l'ipotesi paventata è necessario che l'errore sia deducibile dalla mera lettura della documentazione allegata *"specie quando essa afferisca ad un procedimento amministrativo non concorsuale, come tale sottratto alle garanzie di tutela della par condicio"*.

Quanto detto non può che tradursi, allora, nell'**insussistenza di qualunque presupposto idoneo ad imporre l'attivazione del soccorso istruttorio, "non evidenziandosi in alcun modo un caso di palese e riconoscibile lapsus calami"**.

Pronunciandosi in questi termini, il Collegio sembra, dunque, discostarsi dall'approdo interpretativo raggiunto dall'Adunanza Plenaria 2014 n. 9.

Con specifico riferimento all'istituto del soccorso istruttorio merita tuttavia rilevare come il vento riformatore portato dall'art. 39 del D.l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014 n. 114, abbia addebitato al concorrente che ha causato la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive il pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara.

Tale novità normativa ha prodotto un netto cambio di rotta circa la natura giuridica dello strumento del soccorso istruttorio.

In buona sostanza, percorrendo il tracciato interpretativo adottato dall'Adunanza Plenaria 30 luglio 2014 n. 16 il legislatore mette in risalto la differenza sostanziale esistente tra il soccorso istruttorio tradizionale a natura conservativa e il nuovo soccorso istruttorio a carattere integrativo o a pagamento.

Detto altrimenti, la novità legislativa supera la distinzione tra l'inammissibile integrazione di documenti e la legittima regolarizzazione degli stessi.

Tale nuovo quadro disciplinatorio, tuttavia, produce sin da subito un delicato problema interpretativo concernente l'esatto significato da attribuire al nuovo compendio normativo di riferimento.

Nello specifico ci si chiede se la sanzione prevista dalla disposizione normativa di nuovo conio (art. 38 comma 2 *bis* cit.) possa legittimamente trovare applicazione nei soli casi in cui il soggetto partecipante alla gara, invitato a regolarizzare la propria posizione, lo faccia realmente, in sostanza usufruendo in concreto dell'istituto del soccorso istruttorio, o al contrario, debba applicarsi anche nei casi in cui il termine assegnato dalla stazione appaltante per la regolarizzazione trascorra infruttuosamente.

Per una prima impostazione ogni irregolarità essenziale produce l'automatica attivazione del procedimento del soccorso istruttorio e la conseguente irrogazione della sanzione pecuniaria, indipendentemente dall'adesione o meno del concorrente.

Tale ricostruzione interpretativa muove principalmente dal dato normativo atteso che l'art. 38 comma 2 *bis* cit. lega la sanzione pecuniaria alla mera mancanza, incompletezza o altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive, in disparte l'effettiva regolarizzazione da parte del soggetto partecipante.

A parere di un'opposta tesi, invece, un'irregolarità essenziale produce l'applicazione della sanzione pecuniaria solo nell'ipotesi in cui il concorrente inadempiente decida di avvalersi dello strumento del soccorso istruttorio.

A sostegno valga la sopracitata Determinazione n. 1 del 2015 dell'A.N.A.C. a tenore della quale *“la sanzione individuata negli atti di gara sarà comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio...in caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, invece, la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara”*.

Tale ricostruzione appare doverosa alla luce del principio di primazia del diritto comunitario che impone di interpretare la normativa interna conformemente a quella comunitaria.

Il quesito interpretativo di cui si discetta appare invero oggi risolto alla luce dell'introduzione del nuovo Codice degli appalti pubblici.

Più nel dettaglio il comma 9 dell'articolo 83 D.lgs. 50/2016 espressamente statuisce che *“la sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione”*, in tal modo legittimando l'impostazione ribadita dalla Determinazione A.N.A.C. sopra indicata.

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 2099 del 2016, proposto da:

Tepor Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Pierluigi Piselli C.F. PSLPLG56A26H501D, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G. Mercalli 13;

*contro*

Consip Spa a Socio Unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia C.F. CLRNGL48P06H703Z, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

*nei confronti di*

Sof Spa in proprio e in qualità di Mandataria RTI, RTI-Termigas Spa e RTI-Natuna Spa, non costituiti in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza breve del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, n. 02089/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento di un multiservizio tecnologico integrato con fornitura di energia per gli edifici in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche amministrazioni sanitarie - MCP.

## FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sez. III, con la sentenza 17 febbraio 2016, n. 2089, ha respinto il ricorso proposto dall'attuale appellante per l'annullamento dell'esclusione dalla procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento di un multiservizio tecnologico integrato con fornitura di energia per gli edifici in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche amministrazioni sanitarie.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- Risulta dagli atti di causa che l'indicazione della frequenza di interventi bimestrali nell'offerta di Tepor è inferiore a quella minima richiesta da Consip, e che, dunque, l'esclusione non è

stata dovuta ad un mero errore materiale di redazione della tabella proposta dalla ricorrente;

- Infatti, l'Appendice 1 al capitolato, prodotta in giudizio dalla stessa ricorrente prevede che il numero minimo di interventi bimestrali richiesto dalla stazione appaltante è pari a 76 (settantasei) interventi, e non a 74 (settantaquattro);
- Non è possibile ritenere, quanto alla voce "Centralina oleodinamica", che tale indicazione sarebbe comprensiva delle tre successive (verifica del livello olio serbatoio, della tenuta delle guarnizioni, del dispositivo di ripescamento), delle quali si tiene conto per arrivare al numero di 74; infatti, detta indicazione è seguita da una elencazione di parti di tale apparato il che non esclude, ma anzi conferma, che a ciascuna di tali parti debba essere dedicato un autonomo interventi manutentivo con la frequenza indicata da Consip;
- Lo stesso vale anche per il "Limitatore", che indica chiaramente una parte dell'apparato in sé definita e suscettibile di manutenzione bimestrale;
- Legittimamente Consip ha fatto applicazione della clausola espulsiva di cui al punto 6 del disciplinare di gara, che imponeva l'esclusione dei concorrenti che avessero formulato "offerte di prodottiservizi che non possiedono le caratteristiche minime stabilite nel capitolato tecnico";
- Detta clausola resta immune dalle censure proposte contro di essa, in quanto la ricorrente ne ha formulato espressa impugnazione per il caso in cui essa dovesse essere interpretata come preclusiva alla correzione di errori materiali, mentre qui l'offerente non è incorsa in errore materiale;
- Per la medesima ragione l'offerta non avrebbe potuto giovare del soccorso istruttorio invocato nel secondo motivo, atteso che la mancata allegazione di un elemento richiesto a pena di esclusione, per di più concernente l'offerta, non può essere considerata alla stregua di un'irregolarità sanabile.

L'appellante contestava la sentenza del TAR, ritenendone l'erroneità, nella parte in cui afferma che il numero minimo di interventi bimestrali richiesto dalla stazione appaltante è pari a 76 (settantasei) interventi e nella parte in cui afferma che Tepor avrebbe peggiorato le frequenze minime previste dalla lex specialis, rispettivamente, per i seguenti motivi:

- Ingiustizia ed illegittimità della sentenza per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Illegittimità dell'esclusione per violazione e falsa applicazione del capitolato tecnico, paragrafi 7.2.6.1 e 7.3.4.1. e del disciplinare di gara, paragrafo 6. Violazione dell'art. 3 della l. n. 241-1990. Eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, illogicità;
- Ingiustizia ed illegittimità della sentenza per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Illegittimità dell'esclusione per violazione e falsa applicazione del capitolato tecnico, paragrafi 7.2.6.1 e 7.3.4.1. e del disciplinare di gara, paragrafo 6. Violazione dell'art. 3 della l. n. 241-1990. Eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria, carenza di motivazione,

illogicità.

Inoltre, veniva dedotta l'erroneità della sentenza per violazione e falsa interpretazione degli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163-2006 e dei principi fondamentali in tema di soccorso istruttorio. Ingiustizia ed illegittimità della sentenza per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Eccesso di potere.

Con l'appello in esame si chiedeva l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituiva la Consip appellata chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 14 luglio 2016 la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Il Collegio rileva in punto di fatto l'oggetto del giudizio riguarda il procedimento d'appalto indetto dalla Consip S.p.A. per l'affidamento di un "Multiservizio Tecnologico Integrato con fornitura di energia per gli edifici in uso, a qualsiasi titolo, alle Pubbliche Amministrazioni Sanitarie, ai sensi dell'art. 26 della L. 488-1999 e s.m.i., dell'art. 58 della L. 388-2000, del D.M. 24.2.2000 e del D.M. 2.5.2001", con suddivisione dell'anzidetta procedura in 18 lotti.

L'appellante società Tepor S.p.A. aveva presentato la propria offerta per il Lotto n. 8 (Lazio e Sardegna), espressamente offrendo "un incremento delle attività trimestrali, semestrali ed annuali, a scapito di attività bimestrali (paragrafi D.3.2, pag. 66 dell'Offerta Tecnica)".

La commissione di gara riteneva che tale offerta avesse inequivocabilmente peggiorato le frequenze minime bimestrali prescritte dall'Appendice 1 al Capitolato Tecnico (Schede attività programmate), così come risulta evidente dal valore negativo riportato nella colonna "Delta" della tabella di cui al paragrafo D.3.1 della relazione tecnica, incorrendo, per l'effetto nella violazione, sanzionata con l'esclusione, prescritta dal paragrafo 6 del Disciplinare di gara.

La Commissione di gara, quindi, proponeva a Consip l'esclusione dell'odierna appellante dalla procedura de qua, esclusione concretamente disposta da Consip con comunicazione inviata alla Tepor prot. n. 28677-2015 del 17 novembre 2015.

2. Si può prescindere dalla preliminare eccezione di inammissibilità dell'appello in relazione alle contestazioni della società Tepor sulla centralina oleodinamica e sul limitatore, che costituirebbero motivi di illegittimità non contenuti nel ricorso di primo grado, attesa l'infondatezza nel merito dell'appello.

3. Passando all'esame del primo motivo di appello, si deve evidenziare che l'offerta delle frequenze bimestrali dell'appellante Tepor è da ritenersi inequivocabilmente inferiore ai minimi fissati dal Capitolato Tecnico, con la conseguenza che la relativa offerta doveva essere esclusa in applicazione della clausola di cui al par. 6 del Disciplinare in combinato disposto con

il Capitolato Tecnico, che ammette variazioni delle frequenze solo migliorative.

L'Appendice 1 "Schede attività Programmate" al Capitolato Tecnico, infatti, presenta un elenco esemplificativo e non esaustivo delle componenti delle singole unità tecnologiche degli impianti, degli interventi ad essi associati e la relativa periodicità intesa come frequenze minime, salvo personalizzazioni degli interventi attraverso l'attribuzione di componenti e/o frequenze maggiori di quelle previste nelle Schede Tecniche.

In specifico, si deve evidenziare l'erroneità dell'offerta dell'appellante Tepor nell'indicare il numero complessivo delle attività manutentive con frequenze bimestrali, confermando di offrirne 74, numero e inferiore a quello delle attività da svolgersi con frequenza bimestrale secondo il Capitolato Tecnico.

La stessa appellante Tepor ha confermato i valori delle frequenze anche in sede di istanza ex art. 243-bis, d.lgs. n. 163-2006, dalla quale si conferma un numero di frequenze bimestrali manutentive inferiore a quello richiesto dal Capitolato Tecnico.

L'appellante, come rilevato nel provvedimento di esclusione impugnato, ha riportato nella tabella di cui al paragrafo D.3.1 della propria Relazione Tecnica un valore negativo nella colonna "Delta" e, a conferma dell'indubbia difformità rispetto ai valori minimi richiesti dal Capitolato Tecnico, la stessa parte appellante ha precisato in sede di gara, nella stessa Relazione, che "sono state modificate le frequenze poste a base di gara come indicato nella presente tabella. Si evidenzia come venga proposto un incremento delle attività trimestrali, semestrali e annuali, a scapito di attività bimestrali e quinquennali".

Parte appellante ha quindi dichiaratamente offerto in senso inammissibilmente peggiorativo le frequenze minime bimestrali prescritte nell'Appendice 1 al Capitolato, incorrendo nella violazione della prescrizione del paragrafo 6 del Disciplinare.

I dati, in valore assoluto e percentuale, offerti dall'appellante Tepor e riportati nella tabella 2 di p. 16 dell'atto di appello, peraltro senza chiarire le relative modalità di calcolo, non risultano presenti nell'offerta tecnica originariamente presentata dall'appellante e, dunque, non hanno alcuna valenza dimostrativa, risultando dunque inidonee a sorreggere le argomentazioni proposte nell'atto di appello.

Infine, deve confermarsi che il Capitolato laddove consente la "personalizzazione degli interventi" consente solo l'indicazione delle "componenti/frequenze maggiori di quelle previste nelle schede tecniche".

Pertanto, le migliorie offerte dall'appellante, ovvero l'aumento delle attività con frequenze trimestrali, semestrali e annuali, non possono compensare la riduzione delle attività con periodicità minima bimestrale sopra evidenziate, che hanno legittimato l'esclusione dalla procedura d'appalto in esame.

4. Non può certamente essere riconosciuta, nel caso di specie, un'ipotesi di errore materiale nella dichiarazione negoziale del privato, poiché per essere configurabile, l'errore deve essere

facilmente riconoscibile attraverso la mera lettura della documentazione allegata, specie quando essa afferisca ad un procedimento amministrativo non concorsuale, come tale sottratto alle garanzie di tutela della par condicio.

Parimenti, non è invocabile l'ipotizzata illegittimità del procedimento per mancata attivazione del soccorso istruttorio, non evidenziandosi in alcun modo un caso di palese e riconoscibile lapsus calami (cfr., a contrario, Consiglio di Stato, Ad. Pl. n. 9-2014).

5. L'impugnazione della clausola di cui al par. 6 del disciplinare, applicato nella fattispecie a giustificazione dell'esclusione, è conseguentemente infondato, atteso che la predetta impugnazione è angolata sul presupposto che essa disporrebbe l'esclusione "per pretesa violazione delle condizioni peggiorative, anche in ipotesi di presenza di meri errori materiali ictu oculi rilevabili".

Detta clausola, come detto, si limita a disporre che l'offerta tecnica debba rispettare alcuni standard minimi, senza prevedere l'esclusione in caso di errori materiali facilmente riconoscibili.

Come si è detto, infatti, l'esclusione è stata disposta non perché l'appellante Tepor sarebbe incorsa in un qualche errore materiale nella formulazione dell'offerta, ma perché ha consapevolmente, scientemente e dichiaratamente offerto frequenze manutentive inferiori agli standard minimi stabiliti nel Capitolato.

6. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto, in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

Definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe indicato, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 5.000,00, oltre accessori di legge, in favore del Comune appellato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere