

Correzione dell'errore materiale in corso di gara

di Alessandro Mannocchi

Data di pubblicazione: 3-6-2020

Offerta – Errore materiale – Correzione – Presupposti - Solo dove sia certo che si tratti effettivamente di un inequivocabile refuso

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato è tornato sul tema della correzione dell'errore materiale in corso di gara, istituto del quale viene confermato il carattere eccezionale, in linea con i precedenti di Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 889 e Sez. III, 22 agosto 2012, n. 4592. La correzione dell'errore materiale, dunque, può essere utilizzata solo laddove sia riconducibile ad un plateale refuso, non potendosi risolvere in un *escamotage* attraverso il quale si consente ad un'indebita modifica dell'offerta in corso di gara.

Il caso esaminato dai giudici di Palazzo Spada era relativo ad una gara indetta da una ASL e avente ad oggetto le attività logistiche inerenti il flusso fisico ed informativo necessario per evadere le richieste di approvvigionamento inviate dai reparti ospedalieri e da altre unità aziendali. Il disciplinare prevedeva l'attribuzione di un punteggio relativo alla disponibilità di un immobile da adibire a "Centrale Logistica". Nel corso della procedura, l'azienda aggiudicataria aveva indicato allo scopo un certo immobile, poi risultato non essere nella disponibilità dell'offerente e comunque inidoneo all'uso previsto. Di fronte ai rilievi della seconda classificata – essendo la circostanza sfuggita alla commissione – la partecipante aveva dedotto trattarsi di un mero errore materiale relativo al numero civico. Aveva, dunque, prodotto un contratto preliminare di locazione relativo ad un diverso immobile, situato però nella medesima via, sottoscritto il giorno antecedente alla data di presentazione dell'offerta.

Secondo la ASL – e il TAR in prime cure – tale elemento sarebbe stato sufficiente a dimostrare l'esistenza del mero errore materiale nella predisposizione dell'offerta, tenuto anche conto che vi sarebbe poi stata la stipula del contratto definitivo di locazione di tale immobile.

Il Consiglio di Stato non ha ritenuto convincente questo approccio.

La sentenza muove dal presupposto che sull'offerente gravi l'obbligo di presentare un'offerta certa, seria, completa e immodificabile. Il concorrente, dunque, deve predisporre la propria proposta applicando, *ex art. 1176 c.c.*, un grado di diligenza adeguato. Egli poi, in virtù del principio di autoresponsabilità, non può liberamente modificare quanto ha dichiarato in sede di gara, adducendo errori di distrazione. Al momento della presentazione l'offerta si cristallizza e, perciò, non può essere variata (sul classico tema dell'immodificabilità dell'offerta, si veda Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n.113; Sez. VI, 6 maggio 2016, n.1827).

Questo assunto trova il suo naturale contemperamento tenendo presente che l'offerta, quale atto dal contenuto negoziale, deve essere interpretata al fine di ricercare l'effettiva volontà

dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto (qui il Collegio richiama Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082; Cons Stato, Sez. III, 22 ottobre 2014, n. 5196). Questa attività di esegesi può anche consistere nell'individuazione e nella rettifica di eventuali errori di scritturazione e di calcolo, ma sempre a condizione che alla rettifica 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 (la sentenza cita Cons. Stato, Sez. III, 28 maggio 2014, n. 1487; più di recente, nella giurisprudenza territoriale, TAR Milano, Sez. IV, 5 giugno 2018, n.1420; TAR Roma, 14 febbraio 2019, n.1965). In definitiva, ha osservato il Collegio, la correzione è considerata ammissibile a condizione che si intervenga su un "errore materiale" facilmente riconoscibile, e che non si sostanzi 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, con conseguente necessità di prevenire possibili controversie sull'effettiva volontà dell'offerente.

Nella specie, proprio l'elemento della "riconoscibilità" dell'errore è stato messo in discussione dal Consiglio di Stato. Il preliminare, infatti, redatto per scrittura privata e privo di data certa, non era documento tale a garantire che il partecipante avesse voluto sin dall'inizio riferirsi a tale immobile ovvero avesse inteso modificare un'offerta originariamente carente.

La sentenza, dunque, nel confermare principi consolidati, pone un significativo accento sulle caratteristiche di certezza che l'errore deve avere per poter essere corretto. In presenza di un apprezzabile margine di dubbio, nessuna correzione è possibile, in quanto ciò vorrebbe dire integrare *ex post* la volontà negoziale espressa dal concorrente.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 20/03/2020

N. 01998/2020REG.PROV.COLL.

N. 06069/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6069 del 2019, proposto da

Demax Depositi e Trasporti S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Falzone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 326;

contro

Asl Viterbo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vittorio Miniero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Plurima S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Tufarelli, Mario Di Carlo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, piazza Cavour n.17;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 6499/2019, resa tra le parti, relativa all'aggiudicazione della procedura aperta per l'affidamento delle attività logistiche richieste dai reparti ospedalieri e dalle unità aziendali.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl Viterbo e di Plurima S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2020 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Sara Di Cunzolo su delega dichiarata di Andrea Falzone, Beatrice Belli su delega dichiarata di Vittorio Miniero, Luca Tufarelli e Mario Di Carlo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Con bando di gara del 18 gennaio 2018 la ASL Viterbo ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di “attività logistiche inerenti il flusso fisico ed informativo necessario per evadere le richieste di approvvigionamento inviate dai reparti ospedalieri e da altre unità aziendali”, con valore a base d'asta stimato in € 1.720.000,00.

Il disciplinare di gara prevedeva – per quanto di interesse – l'attribuzione di un punteggio

relativo alla “Ubicazione della Centrale Logistica” (criterio A.1 del disciplinare, pag. 26) e al “Piano di realizzazione ed avviamento” (criterio A.4 del disciplinare, pag. 26).

Alla gara hanno partecipato due operatori: il RTI Demax-Traser, attuale gestore del servizio, e la società Plurima.

All'esito della gara le due concorrenti hanno ottenuto i seguenti punteggi:

- per l'offerta tecnica: RTI Demax punti 61,87 - Plurima punti 56,11;

- per l'offerta economica: RTI Demax punti 23,72 - Plurima punti 30.

Pertanto, si è classificata al primo posto Plurima con il punteggio complessivo di punti 86,11 seguita dal RTI Demax con punti 85,59; tra le due concorrenti vi è, quindi, una differenza di punteggio pari a soli punti 0,52.

La gara è stata, quindi, aggiudicata a Plurima con provvedimento del D.G. della Asl di Viterbo n. 1724 del 2 ottobre 2018.

2. - Con ricorso proposto dinanzi al TAR Lazio, Sezione III Quater, Demax ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione e tutti gli atti del procedimento denunciando plurimi vizi di illegittimità.

2.1 - A tale ricorso hanno fatto seguito due atti di motivi aggiunti proposti dopo che la ricorrente aveva avuto accesso agli atti di gara ed, in particolare, all'offerta tecnica di Plurima.

2.2. - Nel giudizio di primo grado si sono costituite in resistenza sia la stazione appaltante, Asl Viterbo, sia la società controinteressata.

3. - Con la sentenza n. 6499 depositata il 24 maggio 2019, il TAR ha respinto il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti.

4. - Tale sentenza è stata appellata da Demax, nella sola parte in cui ha respinto i due atti di motivi aggiunti (pagg. 10-12 della sentenza di primo grado), mediante un unico articolato motivo di impugnazione.

4.1 - Si sono costituite in giudizio la ASL Viterbo e la società Plurima, che hanno controdedotto sulle doglianze proposte; quest'ultima ha sollevato anche l'eccezione di inammissibilità della produzione documentale effettuata dall'appellante.

4.2 - L'istanza cautelare è stata rinunciata (cfr. ord. n. 4307 del 2019).

4.3 - Con nota del 21 giugno 2019 Plurima ha rappresentato alla ASL Viterbo l'impossibilità di disporre dell'immobile indicato in sede di gara per la localizzazione della Centrale Logistica ed ha chiesto di poter utilizzare un differente immobile sito in Viterbo, Strada Tuscanese Km. 1,700, in località vicina al presidio principale del B.O.C.

La ASL ha accettato tale proposta di modifica.

4.4 - Il 19 agosto 2019, dopo la rinuncia all'istanza cautelare, è stato stipulato il contratto con Plurima.

Quest'ultima ha iniziato l'attività necessaria per l'esecuzione del servizio.

4.5 - Con istanza del 21 novembre 2019, l'istanza cautelare è stata riproposta da Demax alla luce di taluni fatti sopravvenuti rappresentati nella stessa istanza.

4.6 - Con ordinanza n. 6331 del 20 dicembre 2019 l'istanza cautelare è stata accolta.

4.7 - In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie e memorie di replica.

5. - All'udienza pubblica del 20 febbraio 2020 l'appello è stato trattenuto in decisione.

6. - L'appello è fondato e va, dunque, accolto.

6.1 - Con l'unico, articolato motivo di appello, l'appellante lamenta la violazione e falsa applicazione dei sub-criteri A.1 e A.4 di cui all'art. 14 del Disciplinare e dell'art. 3 del Capitolato, e i vizi di errore nei presupposti, manifesta illogicità della decisione.

Deduce l'appellante che con i due motivi aggiunti proposti in primo grado aveva sostenuto, sotto un duplice profilo (mancata esclusione ed illogicità nell'attribuzione del punteggio), che l'esatta individuazione della Centrale logistica offerta rappresentava un elemento essenziale sul quale si fondava l'ammissione alla gara; tale elemento, inoltre, aveva incidenza sulla valutazione complessiva dell'offerta presentata da ciascun concorrente.

L'art. 3 del capitolato, infatti, prevedeva testualmente che: "La Centrale di Logistica ha il compito di ottimizzare la gestione fisica ed informatica dei beni di cui all'articolo 2 di tutti i centri richiedenti aziendali dei Presidi Ospedalieri (nel seguito P.O.), dei Servizi Territoriali e degli Uffici Amministrativi. Il presente capitolato prevede che i locali adibiti a magazzino, gli arredi, le attrezzature della Centrale Logistica ed i necessari mezzi di trasporto non siano di proprietà dell'Appaltante.....".

Il disciplinare disponeva, poi, la valutazione, ai fini dell'attribuzione del punteggio relativo all'offerta tecnica, dei seguenti elementi, per i quali prevedeva il punteggio massimo, rispettivamente, di 6 e di 2,4 punti:

- A.1: la migliore "Ubicazione della Centrale Logistica rispetto ai Presidi Ospedalieri e in particolare al B.O.C.";

- A.4: il miglior Piano di realizzazione e avviamento, con la testuale precisazione che costitutiva causa di esclusione la presentazione di piani di realizzazione e avviamento superiori ai 180 gg consecutivi dalla data di firma del contratto.

In esito all'attività valutativa della commissione di gara sul sub-criterio A.1 le due concorrenti si erano aggiudicate il medesimo punteggio massimo, pari a 6 punti; mentre, sul sub-criterio A.4 Demax aveva ottenuto punti 2,4 e la controinteressata punti 1,48.

6.2 - Aveva dedotto la ricorrente che la valutazione e l'ammissione alla gara di Plurima dovevano ritenersi viziate, in quanto la centrale indicata, le piantine depositate, le descrizioni associate all'immobile erano risultate differenti dalla realtà dei fatti, in quanto:

- a pagina 1 della relazione tecnica allegata all'offerta tecnica di Plurima, la Centrale di logistica da essa indicata risultava ubicata in Strada Poggino n. 75 in località Poggino (VT) ad un raggio di circa 6 km dal PO di Belcolle (..) posizione ottimale rispetto ai principali presidi ospedalieri ed alla vicinanza alle principali arterie stradali (..);
- a tale relazione tecnica era allegata una piantina da cui se ne evincevano i tratti geometrici di massima, differenti da quelli rilevati in loco;
- in Strada Poggino 75, l'unico immobile ivi presente, accatastato al N.C.E.U. di Viterbo al foglio 119 particella 459 e diviso in tre subalterni 2 – 3 – 5 con le relative corti (cfr. doc. 11 fascicolo di primo grado parte ricorrente), non era nella disponibilità della controinteressata (intestata alla signora Celestini Sabrina con usufrutto del padre Celestini Alessandro);
- la mappa catastale (cfr. all. doc. 12 fascicolo di primo grado parte ricorrente) del nr. 75 risultava essere destinata a sede legale dell'attività Nuova Falegnameria di Zena Mauro & C. S.n.c. (cfr. all. doc. 13 fascicolo di primo grado visura camerale), il cui legale rappresentante dichiarava di avere in essere con la proprietà (Sabrina Celestini e Alessandro Celestini) un regolare contratto di locazione commerciale registrato;
- inoltre, tale immobile doveva ritenersi inidoneo per dimensioni (434 mq) allo svolgimento del servizio a base di gara e altresì indisponibile all'offerente, con conseguente falsità nella dichiarazione della propria offerta tale da dover comportare l'esclusione dalla gara;
- infine, lo stato di attuale destinazione dell'immobile a falegnameria lo rendeva non trasformabile ed agibile amministrativamente per lo svolgimento delle attività previste dal bando, nel termine massimo di 180 giorni previsto a pena di esclusione dalla lex specialis, e tantomeno nel termine di 28 giorni continuativi indicato in sede di gara da Plurima per allestire la centrale logistica, termine sulla base del quale era stata valutata la sua offerta.

6.3 - In risposta a tali rilievi la controinteressata si era limitata a sostenere di aver indicato, per mero refuso, nella propria offerta l'immobile da destinare a centrale, come ubicato in Via del Poggino al civico 75, anziché nell'effettiva ubicazione della medesima strada ma "s.n.c.", allegando un contratto preliminare di locazione, privo di data certa, a giustificazione dell'effettiva allocazione del bene immobile.

6.4 - Nei secondi motivi aggiunti Demax aveva, quindi, dedotto che:

- non si trattava di un mero refuso nella presentazione dell'offerta, ma di un immobile

differente, tant'è che ancora una volta le planimetrie di quanto offerto, confrontate con quanto rettificato, non corrispondevano;

- l'assenza di data certa nel contratto di locazione (e nel preliminare) faceva sì che il medesimo non costituisse prova della sua effettiva stipulazione in data precedente alla presentazione delle offerte;

- lo stato rudimentale dell'immobile medesimo sarebbe stata comunque incompatibile con la sua destinazione a centrale in 28 giorni (come offerto da Plurima per l'allestimento e valutato dalla Commissione ai fini dell'attribuzione del punteggio);

- pertanto, il punteggio assegnato sarebbe stato falsato sia in relazione ai criteri A.1 che A.4.

7. - Il TAR ha respinto le doglianze ritenendo che:

- ai fini della utile partecipazione alla gara, e dunque anche ai fini della connessa valutazione dell'offerta, sarebbe stata sufficiente la disponibilità giuridica e non anche quella materiale del bene;

- la stipulazione del contratto preliminare sarebbe stata idonea a dimostrare la sussistenza del titolo necessario per partecipare alla gara, non potendosi pretendere la disponibilità a titolo definitivo del bene (ossia un contratto di compravendita o di locazione) atteso che, non potendo certamente le imprese partecipanti conoscere in anticipo gli esiti di una pubblica gara, non avrebbero potuto imporsi nei loro confronti oneri sproporzionati come quelli in questione;

- l'attuale disallestimento della centrale in questione avrebbe riguardato l'esecuzione del contratto e non la fase di ammissione o di valutazione delle offerte e, quindi, la questione sarebbe stata improponibile in sede di giudizio;

- l'indicazione del numero civico (s.n.c. invece di n. 75) sarebbe stato un mero refuso, come potrebbe evincersi dal contratto preliminare di locazione depositato in sede di gara.

8. - Nell'atto di appello l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza sotto diversi profili:

- l'aggiudicataria non avrebbe dimostrato, in modo certo, che l'indicazione dell'immobile sarebbe stata frutto di un refuso nella predisposizione dell'offerta;

- la documentazione depositata da Plurima non recherebbe, infatti, una data certa, e tenuto conto che le planimetrie sono diverse, non vi sarebbe prova della valutazione di tale immobile da parte della Commissione come Centrale Logistica;

- Demax avrebbe dimostrato, al contrario, l'indisponibilità dell'immobile al momento della presentazione dell'offerta; l'individuazione del diverso immobile sarebbe intervenuta solo dopo la proposizione dei primi motivi aggiunti; la differenza esistente tra i due immobili renderebbe non convincente la tesi dell'errore materiale;

- sarebbe del tutto irrilevante quanto indicato in sentenza in riferimento all'idoneità in astratto del contratto preliminare, in quanto mancante della prova sulla data certa;

- il disallestimento del locale destinato a centrale operativa non sarebbe stato dedotto per censurare un aspetto relativo all'esecuzione del contratto, bensì per evidenziare che l'offerta di Plurima sarebbe stata valutata sulla base di un cronoprogramma stimato in 28 giorni per l'allestimento della struttura, valutato con il punteggio di punti 1,48; tale circostanza, quindi, avrebbe assunto rilievo sia ai fini dell'esclusione dell'offerta, sia ai fini dell'attribuzione del punteggio;

- ai fini della prova dell'indisponibilità del locale l'appellante ha richiamato, inoltre, la trascrizione del pignoramento immobile che grava sull'immobile indicato da Plurima dopo la proposizione dei motivi aggiunti, oltre all'inattendibilità del cronoprogramma offerto in sede di gara (28 giorni) in base al quale è stato assegnato il punteggio, tenuto conto delle condizioni in cui versava l'immobile;

- ha, infine, ribadito la non corrispondenza tra la planimetria di layout del magazzino riportato nella relazione tecnica e quella effettiva del fabbricato in seguito indicato, sito a Via del Poggiano s.n.c.

9. - La ASL Viterbo e Plurima hanno contestato le censure proposte dall'appellante; Plurima, in particolare, ha anche dedotto l'inammissibilità della produzione documentale di Demax effettuata in appello (relazione tecnica redatta dall'Arch. Silvia Laurenti in data 2 luglio 2019) per violazione dell'art. 104, comma 2, c.p.a.

L'eccezione è stata proposta al fine di confutare i dati risultanti nella perizia di parte.

10. – Deve essere esaminata preventivamente tale eccezione.

10.1 - Ritiene il Collegio che non sussiste l'interesse a proporre tale eccezione: se pure volesse seguirsi l'orientamento più rigoroso della giurisprudenza in ordine all'ammissibilità dei nuovi documenti in appello (cfr. Cons. Stato sez. III, 06/08/2019, n.5582; Cons. Stato sez. III, 27/04/2018, n.2567), nondimeno nessun concreto beneficio ne ritrarrebbe Plurima, in quanto ciò che ha evidenziato il tecnico di parte nella propria relazione tecnica può evincersi dalla documentazione già versata in atti in primo grado, con la conseguente carenza di interesse a sollevare la relativa questione.

10.2 - Occorre infatti considerare che nella relazione tecnica di parte si afferma che il fabbricato sito in Strada Poggino s.n.c. era in corso di costruzione: tale circostanza risulta già dal preliminare di locazione del 28 febbraio 2018 e dal successivo contratto di locazione del 25 ottobre 2018, laddove è riportata la clausola secondo cui "per le opere di finitura dello stesso sono necessari almeno tre mesi dalla data di sottoscrizione del contratto definitivo di locazione".

Quest'ultimo contratto riporta in allegato la planimetria dell'immobile (piano terra e primo piano); il tecnico di parte si è limitato ad aggiungere alcune fotografie dell'immobile (dalle quali

si evince che il fabbricato era ancora in costruzione e che versava in stato di abbandono).

10.3 - Le ulteriori notazioni circa le differenze tra la planimetria dell'immobile riportato nel layout annesso alla relazione tecnica prodotta in sede di gara con riferimento all'immobile di Strada Poggino n. 75, e la planimetria del fabbricato oggetto di locazione, possono essere rilevate direttamente da questo giudice in quanto emergenti dal semplice confronto tra i due documenti.

10.4 - Quanto alla tempistica indicata dal tecnico di parte per rendere utilizzabile il fabbricato in sede di gara, ritenendola incompatibile con il cronoprogramma indicato in sede di gara (quattro settimane), si tratta di valutazioni che non richiedono la perizia di un tecnico specializzato, ma che possono essere desunte in via diretta dall'organo giudicante rientrando nel concetto di fatto notorio, tanto più che sono avallate dalla stessa previsione contenuta nel contratto di locazione della necessità di un termine di almeno tre mesi di lavori per la realizzazione della finitura dell'immobile che, ovviamente, è propedeutica alla realizzazione degli interventi necessari per l'adeguamento del fabbricato per l'esecuzione del servizio nei termini indicati nell'offerta.

10.5 - Per completezza occorre aggiungere che, comunque, gli aspetti sui quali si è pronunciato il tecnico di parte erano stati sollevati con i motivi aggiunti in primo grado sicchè nulla di effettivamente nuovo è stato introdotto in appello.

Ne consegue il difetto di interesse alla proposizione di tale eccezione di inammissibilità.

11. - Venendo al merito della questione ritiene il Collegio di dover innanzitutto respingere la tesi di Plurima diretta a sostenere che la disponibilità giuridica dell'immobile da destinare a magazzino costituisca requisito di esecuzione del contratto e non di ammissione alla gara.

11.1 - Tale tesi collide in modo palese con la previsione, contenuta nella lex specialis di gara, secondo cui era oggetto di valutazione – ai fini dei punteggi relativi all'offerta tecnica – la localizzazione del manufatto destinato a magazzino: per la collocazione della Centrale Logistica, infatti, era previsto un punteggio max di 6 punti: poiché in una gara di appalto l'offerta deve essere certa, seria, costituendo dal lato negoziale la proposta di contratto, non può ammettersi che un concorrente dichiari di voler eseguire il servizio secondo determinate modalità che presuppongono l'utilizzazione di un immobile senza averne la disponibilità giuridica.

Ammettere il contrario significherebbe consentire la presentazione di un'offerta indeterminata, incerta nel proprio contenuto, condizionata alla disponibilità del bene, che viola non solo il principio della par condicio tra i concorrenti, ma che lede anche il legittimo affidamento della stazione appaltante circa la serietà dell'offerta contrattuale.

La previsione circa l'obbligo di allestimento della Centrale di Logistica solo dopo l'aggiudicazione e la stipula del contratto non esclude affatto la necessità di disporre giuridicamente dell'immobile al momento della presentazione dell'offerta, essendo chiara la differenza tra la disponibilità giuridica discendente da un preliminare di locazione, dalla

disponibilità giuridica e materiale del bene dopo la stipulazione del contratto definitivo.

Tale previsione è, quindi, del tutto logica, in quanto solo dopo la stipulazione del contratto l'aggiudicataria è tenuta ad attivarsi per eseguire la prestazione oggetto del contratto di appalto.

11.2 - Peraltro, come ha correttamente sottolineato l'appellante, l'identificazione dell'immobile rileva anche ai fini dell'attribuzione del punteggio per il criterio A.4, in quanto il cronogramma per l'esecuzione della prestazione dipende dal manufatto che si è offerto in sede di gara: è del tutto evidente che se il fabbricato dove dovrà essere realizzata la Centrale Logistica è in costruzione, ciò deve essere evidenziato alla stazione appaltante in sede di gara, al fine di consentirle di valutare l'attendibilità di quanto offerto come tempistica per la realizzazione e l'avviamento.

Nel cronoprogramma (punto 1.4 – “Piano di realizzazione e avviamento” (pag. 14-15 della Relazione allegata all'offerta tecnica) Plurima ha dichiarato che “la fase di Start Up sarà completata entro 45 giorni consecutivi alla stipula del contratto”; tale fase comprende l'“allestimento strutturale e strumentale del magazzino”, da completare entro quattro settimane dalla stipula del contratto, realizzando, nelle successive due settimane, altre attività organizzative per arrivare “al collaudo finale da parte della S.A.” entro il 45° giorno dalla stipula del contratto.

L'attribuzione del punteggio per la tempistica presuppone, quindi, la sicura disponibilità dell'immobile indicato nell'offerta, e a sua volta, l'immobile deve disporre delle caratteristiche necessarie per poter garantire il rispetto della tempistica offerta in sede di gara.

11.3 - Nel caso di specie Demax ha dimostrato documentalmente che il manufatto indicato in sede di gara (sito Strada Poggiolo n. 75) non era nella disponibilità di Plurima; del resto tale circostanza non è stata neppure contestata dall'aggiudicataria o dalla stazione appaltante.

11.4 - Tutta la tesi difensiva di Plurima è consistita nel sostenere che l'indicazione del numero civico sarebbe stato frutto di un mero errore materiale; a dimostrazione di quanto sostenuto, ha prodotto alla stazione appaltante (dopo i rilievi svolti da Demax, non essendosi accorta la Commissione di gara che l'immobile offerto da Plurima era in realtà locato per uso falegnameria e non era nella disponibilità dell'offerente) un preliminare di contratto di locazione, datato 28 febbraio 2018, e quindi, stipulato il giorno prima della presentazione dell'offerta, redatto senza alcuna formalità in grado di fornire la certezza sulla data di stipulazione.

Secondo la ASL (ed il TAR) questa circostanza sarebbe stata sufficiente a dimostrare l'esistenza del mero errore materiale nella predisposizione dell'offerta, tenuto anche conto che vi sarebbe poi stata la stipula del contratto definitivo di locazione di tale immobile.

11.5 - Tale tesi non convince il Collegio.

Occorre innanzitutto ribadire che grava sull'offerente l'obbligo di presentare un offerta certa,

seria, completa e immodificabile, che il concorrente è gravato dall'obbligo di diligenza ex art. 1176 c.c. e che sussiste nei suoi confronti il principio di autoresponsabilità, non potendo liberamente modificare quanto ha dichiarato in sede di gara adducendo errori "di distrazione", in quanto al momento della presentazione, l'offerta si cristallizza e, quindi, non può essere variata.

Per poter eccezionalmente ammettere la sua correzione per un asserito errore materiale, è necessario che vi sia la prova certa che si tratti effettivamente di un refuso, dovendo escludersi che attraverso tale stratagemma possa addivenirsi alla modifica dell'offerta, in violazione del principio della par condicio tra i concorrenti.

Pertanto, solo quando sia assolutamente certo che di mero errore materiale si sia trattato, è possibile consentire la sua correzione nei limiti indicati in giurisprudenza.

11.6 - È principio consolidato che le offerte, intese come atto negoziale, devono essere interpretate al fine di ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082; Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2014, n. 5196).

Tale attività interpretativa può consistere anche nell'individuazione e nella rettifica di eventuali errori di scritturazione e di calcolo, ma sempre a condizione che alla rettifica 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, Sez. III, 28 maggio 2014, n. 1487)

Più in particolare, la rettifica di eventuali errori è considerata ammissibile a condizione che si tratti di correzione di "errore materiale", necessariamente riconoscibile, e che non si sostanzi 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, con conseguente necessità di prevenire possibili controversie sull'effettiva volontà dell'offerente (ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 889; Cons. Stato, Sez. III, 22 agosto 2012, n. 4592).

11.7 - Nel caso di specie questa certezza non vi è, e comunque, la rettifica dell'asserito errore materiale non può desumersi dagli atti di gara, ma discende da una dichiarazione resa ex post dalla stessa concorrente, fondata su una documentazione non idonea in quanto priva di data certa, e contrastante con ulteriori circostanze di fatto.

Occorre considerare, infatti, che:

- il preliminare di locazione (redatto mediante semplice scrittura privata) non reca la data certa, elemento indefettibile per poter asserire che si è trattato di un errore materiale e che l'immobile indicato nell'offerta era rimasto il medesimo;

- tale certezza non può desumersi neppure ex post, in via induttiva, in quanto le planimetrie dei

due immobili (quella indicata nella relazione tecnica recante l'offerta) e quella che si ricava dal contratto di locazione non sono corrispondenti tra loro.

11.8 - Non vi è dunque alcuna certezza su quale sia stato l'immobile offerto in sede di gara e valutato dalla Commissione giudicatrice.

In ogni caso, quello posto al civico 75, non era certamente nella disponibilità di Plurima, sicché la valutazione della Commissione risulta palesemente viziata; quello senza numero civico – che secondo l'aggiudicataria sarebbe stato in concreto offerto – non era sicuramente compatibile con il cronoprogramma per l'esecuzione del servizio offerto in gara in quanto in corso di costruzione.

Tale circostanza trova implicita conferma ex post, sulla base della condotta tenuta da Plurima dopo l'aggiudicazione.

Quest'ultima, infatti, prima ancora che venisse stipulato il contratto, si è premurata di reperire un altro immobile da adibire a Centrale Logistica, in quanto nessuno dei due locali siti in Strada Poggino poteva garantire il rispetto l'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto nei termini da essa stessa offerti in sede di gara.

12. - La ASL sostiene che non vi sarebbero vizi nella fase di gara e che la variazione dell'immobile riguarderebbe la fase esecutiva dell'appalto che fuoriesce dalla cognizione di questa Sezione: la tesi dell'Amministrazione non può essere condivisa, in quanto, sebbene sia corretto che la modifica della prestazione in fase esecutiva non rientri nella cognizione del G.A. (ed infatti tale circostanza è stata presa in considerazione solo come dato fattuale e non dal punto di vista giuridico), nondimeno sussistono, nel caso di specie, gravi vizi anche nella fase procedimentale.

La Commissione di gara, infatti, ha assegnato i punteggi correlati alla Centrale Logica (che non è solo un'entità virtuale, come pure sostenuto in giudizio, ma è collocata all'interno di un magazzino che deve contenere beni da fornire alle strutture ospedaliere e alle ASL) senza neppure premurarsi di verificare l'attendibilità di quanto indicato dalle concorrenti in sede di offerta, non accorgendosi, quindi, che l'immobile destinato a magazzino offerto da Plurima non era nella sua disponibilità,

e che, quindi, l'offerta di Plurima presentava gravi vizi ai fini dell'ammissibilità.

Neppure dopo che Demax aveva sollevato la problematica ha approfondito la questione consentendo, di fatto, a Plurima di modificare l'offerta in sede di gara, in violazione del principio dell'immodificabilità dell'offerta e della par condicio tra i concorrenti.

12.1 - Nella propria memoria di replica (pag. 8) la stazione appaltante ha chiesto a questo giudice di "valutare se l'Amministrazione abbia valutato le offerte tecniche pervenute ed abbia aggiudicato solo dopo aver ricevuto adeguata prova della capacità della impresa prima in graduatoria di realizzare quanto proposto in fase di offerta tecnica": ritiene il Collegio, sulla base di quanto già statuito, di dover rispondere negativamente a tale domanda, in quanto:

- la Commissione ha giudicato le offerte senza verificare l'attendibilità di quanto dichiarato dai concorrenti (non essendosi accorta neppure dell'asserito "errore materiale");
- ha ritenuto ammissibile e ha assegnato il punteggio all'offerta di Plurima senza premurarsi di verificare la credibilità di quanto dichiarato in sede di offerta, con l'effetto di aver assegnato alla sua offerta il punteggio prendendo in considerazione un immobile del quale non aveva la disponibilità;
- quando è emersa la problematica oggetto del presente contenzioso, la stazione appaltante ha avallato la modificazione dell'offerta prospettata da Plurima sulla base di giustificazioni inidonee, in violazione del principio della par condicio tra i concorrenti, non rendendosi neppure conto che il secondo manufatto, oggetto del contratto preliminare di locazione, non poteva giustificare il rispetto della tempistica per la quale di gara aveva assegnato i punteggi.

13. - Pertanto, l'appello va accolto e, in parziale riforma della sentenza impugnata, vanno accolti i motivi aggiunti proposti in primo grado e va conseguentemente annullata l'aggiudicazione in favore di Plurima.

All'annullamento consegue la declaratoria di inefficacia, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., del contratto stipulato il 19 agosto 2019 tra la ASL Viterbo e Plurima S.p.A. (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24/05/2017, n. 2445).

14. - Tenuto conto dell'alterno esito del giudizio in primo e secondo grado, può disporsi la compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, accoglie i motivi aggiunti proposti in primo grado e dispone l'annullamento dell'aggiudicazione in favore di Plurima S.p.A.; dispone, inoltre, l'inefficacia del contratto stipulato il 19 agosto 2019 dalla ASL Viterbo con la società Plurima S.p.A.

Spese del grado di appello compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere



Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere