

Pubblicato il 04/03/2024

N. 02101/2024REG.PROV.COLL.

N. 09087/2023 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 9087 del 2023, proposto da Cosmopol S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Università del Salento Lecce, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Fenice Security Services S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Terza) n. 1252/2023

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università del Salento Lecce;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2024 il Cons. Rosaria Maria Castorina e uditi per le parti l'avvocato Gianluigi Pellegrino

Viste, altresì, le conclusioni della parte come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'originario ricorso di primo grado, Cosmopol S.p.A., attuale gestore del servizio di vigilanza e videosorveglianza degli edifici dell'Università del Salento in regime di proroga, ha impugnato - quale seconda classificata con 82,83 punti - la determinazione dirigenziale prot. N. 85070 del 27 aprile 2023, comunicata il 28 aprile 2023, con cui l'Università del Salento ha disposto l'aggiudicazione in favore della controinteressata, Fenice Security Services S.p.A., - prima classificata in graduatoria con punti 85,1 - dell'appalto, di durata di cinque anni, del servizio di vigilanza e videosorveglianza degli edifici universitari nell'ambito del Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione - SDAPA - gestito da Consip S.p.A., nonché la nota del 26 maggio 2023 di rigetto parziale dell'istanza di accesso presentata dalla Società ricorrente alla offerta tecnica dell'aggiudicataria e di rigetto totale di quella recante le giustificazioni fornite dalla predetta in sede di verifica di costi di manodopera ex art. 95, comma 10, D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm., ed ogni altro atto conseguente, compresi i verbali di valutazione della offerta tecnica.

In data 16 giugno 2023 è stato prodotto in giudizio il verbale della Commissione giudicatrice n. 12 del 12 aprile 2023, oggetto di richiesta di ostensione dalla parte ricorrente.

All'esito della discussione alla Camera di Consiglio del 20 giugno 2023 il Tar per la Puglia ha pronunciato l'ordinanza n. 338/2023, con la quale è stata respinta l'istanza cautelare incidentalmente proposta dalla Società ricorrente ed accolta, invece, la richiesta di ostensione dei documenti ex art. 116, comma 2 c.p.c., limitatamente ai documenti non esibiti in giudizio e, segnatamente, l'offerta tecnica integrale, nonché gli atti relativi alle spiegazioni/giustificazioni presentate dalla controinteressata Fenice Security Services S.r.l. nel procedimento di verifica del costo di manodopera. La predetta ordinanza cautelare è stata poi appellata dalla Società ricorrente e quindi riformata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 2872/2023, la quale ha confermato la richiesta di misure cautelari, già disposta con decreto presidenziale, con particolare riguardo alla dedotta *“esistenza di un mero errore materiale perfettamente riconoscibile in quanto l'espressione dell'unità (1, uno) non potrebbe che riferirsi al coefficiente 1 e quindi al massimo dell'abbattimento del tempo offribile e non al giorno (offerta fuori dal range richiesto da almeno 3 a massimo 9)”*, con ogni conseguenza anche in ordine all'attivazione del soccorso istruttorio in favore della concorrente. In data 29 giugno 2023 l'Università del Salento ha quindi prodotto in giudizio la documentazione suindicata.

Con atto per motivi aggiunti notificato in data 31.7.2023, tempestivamente depositato, la Società ricorrente ha impugnato i medesimi atti oggetto del ricorso principale.

Con la sentenza n. 1252/2023, qui appellata il Tar ha respinto il ricorso.

Appellata la sentenza, con ordinanza n.4902/2023 il Consiglio di stato ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata.

Resisteva l'Università del Salento.

All'udienza del 20 febbraio 2024 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello l'appellante censura l'illegittima mancata attribuzione del punteggio spettante per il sub-criterio tecnico A.3.5 di cui all'art.

18.2 Capitolato d'Oneri, relativo alla *“Riduzione tempi di messa a disposizione del Programma Operativo dei Servizi (POS)”*.

Evidenza che nell'offerta tecnica aveva inserito la dizione *“Cosmopol garantisce la riduzione di messa a disposizione del POS, portandoli a 1 (un) giorno”* e ha lamentato la mancata considerazione dell'errore materiale in quanto il riferimento ad 1 (un) giorno riguarderebbe il predetto criterio *“C = 1: se l'Offerente si impegna a ridurre i tempi di 9 giorni”*, motivo per cui le spetterebbe il punteggio massimo (3 punti).

La censura è fondata.

Ai sensi dell'art. 18.2 del capitolato d'oneri, costituisce elemento premiale la *“Riduzione tempi di messa a disposizione del Programma Operativo dei Servizi (POS)”*, con *attribuzione del punteggio su base tabellare in relazione alla “disponibilità a ridurre i tempi di messa a disposizione del Programma Operativo dei Servizi (POS)”*; e ciò in particolare fino ad un massimo di 3 punti con parametrizzazione proporzionale crescente rispetto alla riduzione dei tempi offerta, sulla base dei seguenti coefficienti: *“C = 0,25: se l'Offerente si impegna a ridurre i tempi di 3 giorni; C = 0,5: se l'Offerente si impegna a ridurre i tempi di 5 giorni; C = 0,75: se l'Offerente si impegna a ridurre i tempi di 7 giorni; C = 1: se l'Offerente si impegna a ridurre i tempi di 9 giorni”*.

Il Programma Operativo dei Servizi consiste in un elaborato mensile, volto alla programmazione dei servizi giornalieri, da mettere a disposizione della stazione appaltante, quale termine a base d'asta, con almeno *“un anticipo di 5 giorni”* rispetto all'inizio del mese di riferimento. Pertanto l'offerta migliorativa consisteva nell'anticipare da 3 a 9 giorni tale anticipo rispetto al fine mese.

Il Tar ha ritenuto che non fosse ravvisabile alcun errore materiale essendo *“inequivocabile la volontà manifestata dalla Società ricorrente di impegnarsi a ridurre i tempi di messa a disposizione del POS di 1 (un) giorno, non potendo evincersi da alcun elemento fattuale che la predetta indicazione attenesse invece al criterio C = 1 (riduzione di 9 giorni), a nulla*

rilevando che tale dizione non darebbe luogo ad alcun punteggio, dovendo essere applicato, nel caso di specie, il principio di autoresponsabilità”.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, a partire dall'A.P. 9/2014, ha chiarito il funzionamento e i limiti dell'art. 6 comma 1 lett. b) L. 241/90 sul procedimento amministrativo (per cui «(...) il responsabile del procedimento [può chiedere] la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete... e ordinare esibizioni documentali (...)).

È evidente che il “potere di soccorso” costituisce un istituto di carattere generale del procedimento amministrativo, che, nel particolare settore delle selezioni pubbliche diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme.

Un primo elemento di differenza sostanziale rispetto al “potere di soccorso” disciplinato dall'art. 46, co. 1, codice dei contratti pubblici, emerge dal raffronto fra il tenore testuale delle due disposizioni: invero, l'art. 6, l. n. 241 del 1990 cit., si limita a prevedere la mera facoltà a che il responsabile del procedimento eserciti il “potere di soccorso”, mentre l'art. 46 cit. obbliga la stazione appaltante a fare ricorso al “potere di soccorso”, sia pure nei precisi limiti derivanti dalla rigorosa individuazione del suo oggetto e della sua portata applicativa.

Inoltre, poiché il principio della tassatività delle cause di esclusione, giova ribadirlo, vige solo per le procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici, al di fuori di tale ambito:

a) il “potere di soccorso” nei procedimenti diversi da quelli comparativi, dispiega la sua massima portata espansiva, tendenzialmente senza limiti salvo quelli propri della singola disciplina di settore;

b) in relazione ai procedimenti comparativi il “potere di soccorso” è utilmente invocabile anche ai fini del riscontro della validità delle clausole che introducono adempimenti a pena di esclusione; in quest’ottica integra il parametro di giudizio di manifesta sproporzione che il giudice amministrativo è chiamato ad effettuare, *ab externo* e senza sostituirsi all’Amministrazione, nel caso venga impugnata una clausola di esclusione per l’inadempimento di oneri meramente formali.

La disciplina del soccorso istruttorio è oggi rinvenibile all’art. 101, del D.lgs. n. 36/2023, che, ai commi 3 e 4 così recita:

3. La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell’offerta tecnica e dell’offerta economica e su ogni loro allegato. L’operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall’operatore economico non possono modificare il contenuto dell’offerta tecnica e dell’offerta economica.

4. Fino al giorno fissato per la loro apertura, l’operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell’offerta tecnica o nell’offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l’anonimato”.

Di recente il Consiglio di Stato (sez. V, 22 novembre 2019, n. 7975) ha affermato che il soccorso istruttorio ha portata generale e trova applicazione, anche nell’ambito delle procedure concorsuali, fermo il necessario rispetto del principio della *par condicio* per cui l’intervento dell’amministrazione diretto a consentire al concorrente di regolarizzare o integrare la documentazione presentata non può produrre un effetto vantaggioso a danno degli altri candidati.

In quest’ottica, il limite all’attivazione del soccorso istruttorio coincide con la mancata allegazione di un requisito di partecipazione ovvero di un titolo valutabile

in sede concorsuale, poiché, effettivamente, consentire ad un candidato di dichiarare, a termine di presentazione delle domande già spirato, un requisito o un titolo non indicato, significherebbe riconoscergli un vantaggio rispetto agli altri candidati in palese violazione della *par condicio*.

In generale, può quindi affermarsi che il soccorso istruttorio va attivato, qualora dalla documentazione presentata dall'istante residuino margini di incertezza facilmente superabili (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 257; V, 8 agosto 2016, n. 3540; II, 28 gennaio 2016, n. 838; IV, 7 settembre 2004, n. 5759) rispondendo tale scelta amministrativa ad un principio di esercizio dell'azione amministrativa ispirata a buona fede e correttezza.

Considerata la necessità di salvaguardare la regolarità della procedura di gara e la *par condicio* fra i partecipanti, sono ammessi interventi della commissione di gara volti a correggere errori materiali solo quando i medesimi siano facilmente ed immediatamente rilevabili. A tale condizione, quindi, in un'ottica di massima partecipazione a una procedura di evidenza pubblica, va consentito al concorrente di emendare l'errore ostativo immediatamente percepibile (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 31 ottobre 2022, n. 9415), a maggior ragione se generato da clausole ambigue contenute nella *lex specialis*. In particolare giova richiamare la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, sent. 28 giugno 2022, n. 5344 che così motiva: "*come affermato da univoca giurisprudenza, l'errore materiale che non inficia l'offerta del concorrente "deve sostanziarsi in un mero refuso materiale riconoscibile icu oculi dalla lettura del documento d'offerta; ... la sua correzione deve a sua volta consistere nella mera riconduzione della volontà (erroneamente) espressa a quella, diversa, inespressa ma chiaramente desumibile dal documento, pena altrimenti l'inammissibile manipolazione o variazione postuma dei contenuti dell'offerta, con violazione del principio della par condicio dei concorrenti; ... tale complessiva operazione deve fondarsi su elementi - identificativi dell'errore - desumibili dall'atto stesso, non già da fonti esterne (cfr. Cons. Stato, n. 5638 del 2021, cit.; cfr. anche Id., V, 5 aprile 2022, n. 2529)".*

In definitiva, dinanzi ad un errore dell'operatore nella redazione dell'offerta, è necessario accertare la natura e rilevanza di detto errore, al fine di verificare se possa considerarsi un mero errore materiale immediatamente percepibile e come tale emendabile senza alcuna attività manipolativa (Consiglio di Stato, sez. III, sent. 21 marzo 2022, n. 2003) ovvero richieda un'attività integrativa da parte del RUP e, come tale, inammissibile e insuscettibile di soccorso istruttorio (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 26 gennaio 2021, n. 804); non è invece esigibile da parte della stazione appaltante uno sforzo di ricostruzione logica dell'offerta esteso a più atti da inquadrare sinotticamente, men che meno se mediato. Neppure pare ragionevole gravare l'amministrazione di un obbligo di diligenza ricostruttiva addirittura maggiore di quello che ci si aspetta e si può esigere dallo stesso concorrente nella fase di compilazione e confezionamento della sua offerta (Consiglio di Stato sez. III, 7 luglio 2022, n. 5650).

La stazione appaltante è, dunque, chiamata ad attribuire all'offerta un contenuto coerente con la valutabilità in gara e risolta dalla commissione di gara nel senso dell'interpretazione dell'offerta secondo i generali principi di conservazione e di buona fede (Cons. St., Sez. III, n. 10931/2022 e n. 10932/2022; nello stesso senso, da ultimo, cfr. Cons. St., Sez. V, n. 1034/2023).

Nella specie, l'Amministrazione avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio ai fini di fare chiarire se la indicazione *“Cosmopol garantisce la riduzione di messa a disposizione del POS, portandoli a 1 (un) giorno”* si riferisse all'abbattimento massimo possibile, pari appunto al coefficiente *“1”* o all'impegno a ridurre i tempi di messa a disposizione del POS di 1 (un) giorno, dichiarazione totalmente inutile che non le avrebbe valso alcun punteggio.

Ritiene il Collegio che *“la richiesta volta ad ottenere delucidazioni sulla mera interpretazione dell'offerta tecnica non implica che i chiarimenti resi costituiscano una modifica dell'offerta tecnica*

presentata in gara, sempre che non apportino correzioni ma siano limitati a specificare la portata di elementi già contenuti nella stessa offerta” (Cons. Stato, sez. V, 27/01/2020, n.680).

Come già evidenziato in sede cautelare, l’espressione dell’unità (1, uno) non può che riferirsi, all’evidenza, al coefficiente 1 e quindi al massimo dell’abbattimento del tempo offribile e non al giorno (offerta fuori dal *range* richiesto da almeno 3 a massimo 9) chè in tale ultimo caso –come efficacemente osserva la difesa dell’appellante – detta indicazione non avrebbe avuto alcun senso.

Secondo un evidente approccio logico, la detta indicazione avrebbe dovuto essere inquadrata nella finalità incrementale del punteggio, per cui, forse, si sarebbe anche potuto prescindere dal soccorso istruttorio operando per via interpretativa: il soccorso istruttorio, in ogni caso, era doverosamente necessario.

L’accoglimento del primo motivo di appello comporta la riforma della sentenza appellata, con assorbimento della trattazione degli altri motivi, essendo decisiva ai fini della collocazione in graduatoria dell’appellante la mancata attribuzione dei 3 punti previsti tabellarmente per il criterio previsto dall’art. dell’art. 18.2 Capitolato d’Oneri.

Il primo motivo di appello deve essere, pertanto, accolto con assorbimento della trattazione degli altri motivi di appello e la sentenza riformata, con accoglimento del ricorso di prime cure e annullamento degli atti gravati.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, accoglie il primo motivo, assorbiti gli altri e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie l’originario ricorso ed annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Università del Salento Lecce al pagamento delle spese processuali del doppio grado del giudizio che liquida in €4000,00 per ciascun grado (ottomila Euro complessivi) oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Marco Morgantini, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Rosaria Maria Castorina

IL PRESIDENTE
Fabio Taormina

IL SEGRETARIO