



DELIBERA N. 60

15 febbraio 2023.

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [... OMISSIS....] Indagine conoscitiva e non vincolante, con riserva di aggiudicazione, per rifacimento manto stradale aree ingresso, Quadrato Ufficiali e comprensorio ASI di Maristaeli Catania - Importo a base di gara: Euro 89.400,00 - S.A.: [....OMISSIS....]

UPREC - PRE 136/2023 /L/PREC

Riferimenti normativi

Art. 95 del D.lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Offerta economica, ribasso, errore materiale.

Massima

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Procedura – Gara – Minor prezzo – Offerta economica – Valore economico – Ribasso percentuale – Esclusione – Illegittimità.

Fermo restando il principio di immodificabilità dell'offerta, nel caso in cui la lex specialis non reca alcuna indicazione in ordine alla modalità di formulazione dell'offerta economica, è illegittima l'esclusione di un operatore che ha interpretato la dicitura "valore economico" come indicativa della volontà di indicare il ribasso percentuale offerto, in una gara da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, dal momento che dal ribasso è facilmente ricavabile il prezzo.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 15 febbraio 2023



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 4419 del 18 gennaio 2023, con la quale la [...OMISSIS....] hanno chiesto all'Autorità di esprimere un parere relativamente all'esclusione dalla gara in oggetto della ditta [....OMISSIS....] per avere presentato un'offerta economica ambigua;

RILEVATO che le parti hanno esposto che la SA ha pubblicato sul M.E.P.A. una R.d.O. semplice per l'affidamento dei lavori indicati in oggetto, secondo il criterio del minor prezzo, indicando (nella sezione relativa alla formulazione dell'offerta economica) la dicitura "valore economico (Euro)". Alla selezione sono stati invitati 362 operatori economici e 23 hanno presentato la propria offerta. In sede di apertura delle buste economiche, la SA ha rilevato la formulazione, da parte di 6 operatori, di valori ambigui e non congrui con la base d'asta, tra cui la ditta Samoter Sud. Quest'ultima, nel campo "**valore economico (Euro)**" ha indicato "**Valore offerto 21,11**", che è stato ritenuto dal RUP ambiguo, in quanto si presterebbe alla duplice lettura di essere considerato un errore di digitazione ovvero un'offerta espressa in percentuale. Ne è conseguita l'esclusione della ditta. Quest'ultima, invece, contestando l'esclusione, ha sostenuto che il valore espresso è da intendersi come "percentuale", che nelle Condizioni particolari inserite nella R.d.O. non veniva precisata la modalità di formulazione dell'offerta, ma venivano date indicazioni solo in relazione al calcolo della soglia di anomalia (riferendosi alla percentuale di ribasso) e che le due formulazioni dell'offerta (come percentuale di ribasso e come valore assoluto) sono equivalenti;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 6259 del 24 gennaio 2023;

VISTA la documentazione in atti;

RILEVATO che le "*Condizioni particolari di fornitura/servizi/lavori relativi alle R.d.O. sul ME.PA.*" non contengono alcuna indicazione in merito alla formulazione dell'offerta economica. Dalla documentazione in atti, si evince solo che la SA, nel campo "*Oggetto dell'Offerta*" ha selezionato l'opzione "*Formulazione dell'Offerta Economica = Valore economico (Euro)*" e che il sistema richiedeva di indicare il "*valore offerto*" senza ulteriori specificazioni;

TENUTO CONTO che dalla documentazione in atti risulta che, oltre la Società istante, altre ditte sono state escluse per avere presentato un'offerta asseritamente ambigua: la ditta [...OMISSIS....] per avere offerto un valore di 13,22 (cfr. provvedimento di esclusione n. 634/2023); la ditta [....OMISSIS....] per avere offerto un valore di 23,26 (cfr. provvedimento di esclusione n. 636/2023); la ditta [....OMISSIS....] per avere offerto un valore di 28,86 (cfr. provvedimento di esclusione n. 637/2023); la ditta Impresa [....OMISSIS....] per avere offerto un valore di 4,15 (cfr. provvedimento di esclusione n. 638/2023); la ditta [....OMISSIS....] per avere offerto un valore di 7,20 (cfr. provvedimento di esclusione n. 639/2023);

CONSIDERATO che, come noto, nella materia degli appalti pubblici vige il principio generale dell'immodificabilità dell'offerta, che è regola posta a tutela dell'imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché ad ineludibile tutela del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale;

CONSIDERATO che, come precisato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, "*la commissione aggiudicatrice non può, a causa di dichiarazioni correttive dell'offerente o in esecuzione di un'indagine volta a delineare la reale volontà dello stesso, manipolare, modificare o adattare l'offerta in assenza di*



disposizioni in tal senso dirette, contenute nella lex specialis: diversamente, verrebbe leso il principio di par condicio fra i concorrenti, nonché quello di affidamento da essi riposto nelle regole di gara e nella predisposizione delle rispettive offerte economiche. Queste ragioni hanno condotto la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (cfr. ex multis Sez. III, sent. 17 luglio 2012 n. 4176; id. 26 marzo 2012 n. 1699) ad affermare il principio secondo cui non può consentirsi alle commissioni aggiudicatrici la modifica di una delle componenti dell'offerta sostituendosi, anche solo parzialmente, alla volontà dell'offerente e interpretando la sua stessa volontà frutto di scelte insindacabili. La rettifica dell'offerta, eseguita al fine di ricercare la effettiva volontà dell'offerente, è ammissibile, in adesione ai principi di conservazione degli atti giuridici e di massima partecipazione alle gare pubbliche, purché ad essa si possa pervenire con ragionevole certezza e senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima, né ad inammissibili dichiarazioni integrative dell'offerente (Cons. di Stato, Sez. III, 28 marzo 2014, n. 1487) (Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2015, n. 10);

CONSIDERATO che, con specifico riferimento ai presupposti per la correzione dell'errore materiale presente nell'offerta, è stato evidenziato che *"ciò che si richiede al fine di poter indentificare un errore materiale all'interno dell'offerta di gara e, quindi, procedere legittimamente alla sua rettifica, è che l'espressione erronea sia univocamente riconoscibile come tale, ovvero come frutto di un "errore ostativo" intervenuto nella fase della estrinsecazione formale della volontà. La valutazione che la stazione appaltante è chiamata a svolgere e che la giurisprudenza descrive con icastiche varianti lessicali (lapsus calami rilevabile ictu oculi ed ex ante, quindi senza bisogno di alcuna indagine ricostruttiva della volontà), proprio perché si connota di oggettività e di immediatezza non può, in linea di principio, derivare da sforzi ricostruttivi e interpretativi, ma deve arrestarsi al riscontro di un'inesatta formulazione "materiale" dell'atto. Una cosa è, dunque, l'interpretazione conservativa dell'atto (1465 c.c.), altra è la correzione di una sua incongruenza estrinseca e formale, rinvenibile nel suo sostrato materiale, espressivo o comunicativo (1433 c.c.)" (Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7758; in termini TAR Veneto, sez. III, 2 marzo 2021, n. 291; cfr. Delibera Anac n. 44 del 22 febbraio 2022, n. 402 del 26 maggio 2021). Più in generale, ai fini del riconoscimento della sanabilità dell'errore materiale, è necessaria la sussistenza di due condizioni: i) che sia possibile, attraverso l'attività interpretativa, giungere ad una rettifica degli elementi della dichiarazione che non lasci margini di incertezza; ii) che l'interpretazione non faccia ricorso a fonti di conoscenza esterne alla dichiarazione di offerta della quale si tratta, né a dichiarazioni integrative dell'offerente (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. III, 04.08.2022 n. 6923; Id., sez. V, 5 aprile 2022, n. 2529; Id., sez. III, 24 febbraio 2020, n. 1347; Id., sez. VI, 2 marzo 2017, n. 978). È stato, anche di recente, ribadito che *"l'errore materiale che non inficia l'offerta del concorrente "deve sostanziarsi in un mero refuso materiale riconoscibile ictu 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)" (Cons. Stato, V, 28 giugno 2022, n. 5344). In sintesi, l'errore materiale è tale e può essere corretto se immediatamente riconoscibile ed emendabile senza l'intermediazione di atti chiarificatori o integrativi dell'offerta presentata in gara (cfr. anche Cons. Stato, V, 26 ottobre 2020, n. 6462; id., III, 24 febbraio 2020, n. 1347). Giova aggiungere che non vale ad escludere che si sia in presenza di un errore emendabile il fatto che sia necessaria una, purché minima, attività interpretativa, quando finalizzata alla correzione di errori di scritturazione o di calcolo (cfr. Cons. Stato, III, 28 maggio 2014, n. 1487)" (Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2023, n. 1034);**



RILEVATO che, nel caso di specie, la R.d.O. e le Condizioni particolari ad essa allegate non contengono nessuna indicazione relativamente alla modalità di formulazione dell'offerta economica, nello specifico non precisano se andava indicato il ribasso percentuale sull'importo complessivo a base di gara, il prezzo complessivo offerto ovvero entrambe le voci;

CONSIDERATO altresì che su 23 concorrenti, ben 6 hanno interpretato l'espressione "valore economico" (inserita nel modulo di R.d.O. predisposto dalla SA) come indicativo della volontà di indicare il ribasso percentuale offerto sull'importo a base di gara;

RITENUTO che l'offerta in esame (valore 21,11), a differenza di quanto rilevato dal RUP, non si presta alla duplice lettura di essere considerata come un errore di digitazione ovvero un'offerta espressa in percentuale di ribasso. L'errore di digitazione o di scritturazione si verifica quando in sede di scrittura dell'importo e per distrazione, il concorrente digita il punto invece della virgola ovvero sbaglia nel riportare un numero. Nel caso in esame, tale opzione è *ictu oculi* da escludersi, perché anche la sostituzione della virgola con il punto non porterebbe ad un valore assoluto realistico, considerando che dopo la virgola ci sono due decimali e non tre (21.11). Non si tratta, pertanto, di un'offerta ambigua, bensì espressiva della riconoscibile volontà del concorrente di offrire un valore di ribasso del 21,11% rispetto alla base di gara, senza particolare sforzo ricostruttivo o interpretativo;

RILEVATO, inoltre, che nelle gare da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, generalmente viene attribuito rilievo centrale al ribasso percentuale offerto, dal quale è ricavabile con univocità il prezzo complessivo dell'appalto. La giurisprudenza ha, infatti, rilevato che *"posto che non è il ribasso che si calcola dal prezzo, ma è il prezzo che deriva dal ribasso, occorre dare prevalenza al ribasso percentuale offerto, proprio perché è il dato centrale dell'offerta, in cui viene resa palese la volontà del dichiarante"* (TAR Sicilia, Sez. III, 14 aprile 2017, n. 1025). Tale principio di carattere generale viene desunto, per *analogia legis*, dal disposto dell' (abrogato) art. 119, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, il quale (sia pure con riferimento all'aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari) stabilisce che in caso di discordanza tra il prezzo complessivo ed il ribasso prevale il ribasso percentuale indicato in lettere;

RITENUTO, in conclusione, che dall'esame dell'offerta della ditta [...OMISSIS...] risulta *ictu oculi* evidente che la volontà dell'offerente era quella di indicare il valore in termini di ribasso percentuale. A fronte dell'importo posto a base di gara di Euro 89.400,00 sarebbe irrealistico immaginare che la ditta abbia offerto la cifra irrisoria e simbolica di Euro 21,22 per lo svolgimento dei lavori oggetto dell'appalto;

RITENUTO, dunque, nel caso *de quo*, l'attività interpretativa del Seggio di gara non necessitava di fonti di conoscenza esterne rispetto alla dichiarazione di offerta resa dal partecipante o di dichiarazioni integrative dell'offerente. Si trattava, dunque, di un mero esercizio del potere-dovere di interpretazione dell'offerta alla luce degli elementi oggettivi in essa contenuti, riconducibile ad una mera operazione matematica, escludendo ogni intervento additivo o integrativo sull'offerta economica del concorrente, atteso che, per ricavare il prezzo complessivo offerto per le lavorazioni appaltate, è sufficiente applicare la percentuale di ribasso di 21,22 all'importo a base di gara.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme ai principi che regolano la materia dei contratti pubblici sopra enunciati.

Il Presidente



Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 febbraio 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente