Pubblicato il 20/06/2019

N. 04198/2019REG.PROV.COLL.

N. 08313/2018 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8313 del 2018, proposto da

Omnia Servitia s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Viti, Michele Rosario e Luca Lioi, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Stefano Viti in Roma, viale Bruno Buozzi, 32;

contro

CMC - Centro Meridionale Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Vittoria Silvestre, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Giampaolo Rossi, Francesco Rossi e Sergio Coccia, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e

domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Sergio Coccia in Roma, via Vittorio Veneto, 108;

nei confronti

Aedes Aurora s.r.l., Veneta 21 s.r.l., Brancaccio Costruzioni s.p.a., Sielte s.p.a., Del Bo s.p.a., Del Bo Roma s.r.l., Spinosa Costruzioni Generali s.p.a., CME - Consorzio Imprenditori Edili, Star Lift s.r.l., Accord Ascensori, Na. Gest. Global Service s.r.l., Thyssen Krupp Elevator Italia s.p.a., Italiana Costruzioni s.p.a., S.M.S Safety Management Service s.p.a., Consorzio Stabile Infratech, Gruppo Millepiani s.p.a., Cooperativa Edile Appennino, Riam Ascensori s.r.l., V.R.G .Impianti s.r.l., Elma s.p.a., Doxe s.p.a., Consorzio Stabile Telegare, Edilcostruzioni Gropu s.r.l., Alma - C.I.S. s.r.l., Maspero Elevatori s.p.a., non costituiti in giudizio; Apleona Hsg s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Callea, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Consorzio Stabile Appaltitalia, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Antonio Caputo, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ugo Ojetti, 114;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 06477/2018, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Centro Meridionale Costruzioni s.r.l., di R.F.I. Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e di Apleona Hsg s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Michele Lioi, Sergio Coccia, Francesco Rossi, Vittoria Silvestre, Andrea Callea, Francesco Caputo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 28 settembre 2016 e in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana il 12 ottobre 2016, R.F.I. – Rete ferroviaria italiana s.p.a. indiceva una procedura di gara per la stipulazione di un accordo – quadro relativo a "*Lavori di manutenzione dei fabbricati ferroviari, non interferenti con l'esercizio ferroviario; attività di conduzione e manutenzione degli impianti di riscaldamento e trasloelevatori*", suddivisa in 15 lotti distinti territorialmente, aggiudicabili non cumulativamente, ovvero con il limite di un solo lotto per offerente.

1.1. Al punto III.1.2. del bando di gara era previsto che "*Per misurare il livello di affidabilità di un'impresa, RFI si avvale di una procedura di valutazione economico finanziaria finalizzata alla determinazione di un punteggio numerico (PSF) in funzione del quale l'impresa si può o meno giudicare idonea, come meglio specificato sul bando integrale di gara pubblicato sul sito internet…*". Il disciplinare di gara prevedeva, poi, che, in ragione del PSF – punteggio sintetico finale ottenuto in sede di prequalificazione, sarebbe stato assegnato dalla Commissione giudicatrice un punteggio in sede di valutazione dell'offerta tecnica corrispondente a 0 in caso di PSF tra 18 e 25 e a 7 in caso di PSF tra 25 e 32 (15 se superiore a 32).

1.2. La CMC – Centro meridionale costruzioni s.r.l. si sottoponeva alla procedura di prequalificazione, riportando il PSF di 37 e, tuttavia, nella domanda di partecipazione alla gara, formulata per 11 lotti, dichiarava di possedere il PSF di 20.

La Commissione giudicatrice, pertanto, in sede di valutazione dell'offerta tecnica le attribuiva il punteggio di 0.

1.3. Il 27 aprile 2017 CMC s.r.l. inviava alla stazione appaltante istanza di rettifica del punteggio, sostenendo che, per mero errore materiale, nel modulo di offerta compilato sul portale telematico alla voce "PFS" era stato indicato un indice pari a 20, anziché quello corretto, ottenuto nella fase di prequalificazione, pari a 37. Richiedeva, pertanto, alla commissione giudicatrice la correzione del punteggio attribuito all'offerta tecnica con l'assegnazione di 15 punti.

1.4. Con provvedimento 19 maggio 2017 RFI s.p.a. aggiudicava il lotto 1 alla Aedes Aurora s.r.l. e con nota 22 maggio 2017 la Direzione acquisti comunicava a CMC s.r.l. che l'istanza di rettifica era stata respinta.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per le Marche CMC s.r.l. impugnava il provvedimento di aggiudicazione del lotto 1 alla controinteressata Aedes Aurora s.r.l. per violazione dell'art. 83 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: l'indicazione del PSF di 20 (anziché di 37) era dovuto ad un mero errore materiale che, in quanto configurabile come discrasia tra la volontà effettiva del dichiarante e l'oggetto della dichiarazione, era qualificabile come "errore ostativo", emendabile dalla stazione appaltante in quanto facilmente riconoscibile.

Aggiungeva che il diniego di correzione, motivato in ragione del fatto che la richiesta era stata presentata in un momento nel quale l'offerta di gara era già stata esaminata e non era, quindi, più modificabile, oltre che per l'inapplicabilità del soccorso istruttorio ad una irregolarità dell'offerta tecnica, sarebbe illegittimo in quanto, nel caso di specie, non si trattava di rettificare e/o integrare l'offerta tecnica, ma di indicare il corretto valore del PSF, corrispondente ad un requisito di capacità economico – finanziaria, già nella disponibilità della stazione appaltante.

Concludeva la ricorrente precisando che se la stazione appaltante le avesse riconosciuto il punteggio effettivamente dovuto in ragione del PSF ottenuto, e,

quindi, le avesse assegnato 15 punti, avrebbe conseguito il secondo posto nel lotto 2 e il primo posto nel lotto 1 (Ancona) del valore di € 11.800.000,00.

2.1. Nel giudizio si costituiva RFI s.p.a.. Con ordinanza n. 595 del 2017 il Tribunale amministrativo regionale per le Marche dichiarava la propria incompetenza a conoscere della controversia ed indicava quale giudice competente il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, presso il quale la causa era, pertanto, riassunta.

2.2. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, alla camera di consiglio fissata per la decisione sull'istanza cautelare proposta nel ricorso introduttivo del giudizio, adottava l'ordinanza 31 agosto 2017, n. 4443 con la quale ordinava l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i partecipanti alla procedura di gara ivi compresi gli operatori economici che avevano preso parte all'aggiudicazione di altri lotti.

2.3. Nel termine assegnato per l'integrazione del contraddittorio, in relazione al lotto 1, RFI s.p.a. revocava l'aggiudicazione alla Aedes Aurora s.p.a. e, con provvedimento del 16 novembre 2017, aggiudicava il contratto di appalto alla Omnia Servitia s.r.l. che aveva conseguito un punteggio tecnico pari a 59. CMC s.r.l. proponeva, allora, motivi aggiunti nei confronti della nuova aggiudicazione della quale era domandato l'annullamento per invalidità derivata.

2.4. Il giudizio di primo grado, nel quale si costituivano anche la Omnia Servizia s.r.l., Veneta 21 s.r.l. e Apleona Hgs s.p.a., era concluso dalla sentenza sez. III, 12 giugno 2018, n. 6477, di accoglimento del ricorso proposto e dei motivi aggiunti con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

3. Propone appello Omnia Servitia s.r.l.; nel giudizio si sono costituite RFI s.p.a. e CMC s.r.l.; ha spiegato intervento ad opponendum il Consorzio stabile Appaltitalia, ausiliaria di CMC s.r.l. nell'esecuzione del contratto affidatole a

seguito della sentenza di primo grado. Le parti hanno depositato memorie ex art. 73 Cod. proc. amm., cui sono seguite repliche di CMC s.r.l. e di RFI s.p.a..

All'udienza del 4 aprile 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.Con il primo motivo di appello Omnia Servitia s.r.l. censura la sentenza di primo grado per "*Error in procedendo per omessa declaratoria di improcedibilità del ricorso in primo grado; violazione artt. 27, secondo comma, 35 primo comma, lett. c e 49, terzo comma c.p.a.*".

1.1. Riferisce l'appellante che con ordinanza 31 agosto 2017, n. 4473, il Tribunale amministrativo regionale aveva ordinato l'integrazione del contraddittorio nei confronti "*di tutti i partecipanti ai diversi lotti*" entro il 30 settembre 2017, e che, però, la ricorrente non aveva effettuato la notifica nei confronti di talune società (espressamente indicate) partecipanti alla procedura (in taluni casi nel ruolo di mandante o in altri di mandatarie in caso di associazioni temporanee di imprese).

Nonostante ciò, il Tribunale, in assenza di specifica istanza della ricorrente, aveva adottato l'ordinanza 12 gennaio 2018, n. 116 disponendo l'integrazione del contraddittorio mediante la pubblicazione del ricorso nel testo integrale sul sito internet istituzionale della stazione appaltante entro il 31 gennaio 2018.

1.2. La tesi dell'appellante è che la CMC s.r.l. non abbia rispettato il termine perentorio fissato dal giudice con la prima ordinanza di integrazione del contraddittorio, donde l'improcedibilità del ricorso ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c) Cod. proc. amm., considerato, peraltro, che, prima della scadenza del termine, nessuna proroga per la notifica era stata concessa dal giudice.

1.3. Replica CMC s.r.l. sostenendo l'inammissibilità del motivo di appello per mancata contestazione, nella prima difesa utile, e, dunque nella memoria depositata in vista dell'udienza pubblica, della decisione adottata dal giudice di primo grado nell'ordinanza n. 116 del 2018, neppure fatta oggetto di riserva di appello ai sensi dell'art. 103 Cod. proc. amm.; che le dovrebbe essere, comunque, riconosciuto

l'errore scusabile; e, infine, che, comunque, le notifiche erano state effettuate nei confronti di tutte le imprese partecipanti alla procedura di gara, sia pure, in taluni casi di partecipanti in forma di associazione temporanea di imprese, direttamente alla mandataria.

2. Il motivo è infondato.

2.1. Con una prima ordinanza, 31 agosto 2017, n. 4473, il giudice di primo grado, all'esito della camera di consiglio fissata per la decisione sull'istanza cautelare contenuta nel ricorso introduttivo del giudizio, disponeva l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i partecipanti ai diversi lotti mediante notifica individuale dando termine fino al 30 settembre 2017; contestualmente ai sensi dell'art. 55, comma 10, Cod. proc. amm., fissava l'udienza di merito al 13 dicembre 2017.

Con successiva ordinanza, 12 gennaio 2018, n. 116, all'esito della camera di consiglio fissata per la decisione sull'istanza cautelare contenuta nei motivi aggiunti proposti dalla ricorrente, disponeva che l'integrazione del contraddittorio avvenisse a mezzo pubblicazione del ricorso nel testo integrale sul sito internet istituzionale della stazione appaltante.

2.2. Ritiene il Collegio che con l'ordinanza 12 gennaio 2018, n. 116 il giudice di primo grado abbia disposto, sia pure implicitamente, la revoca della precedente ordinanza del 31 agosto 2017, n. 4473 ed ordinato nuova integrazione del contraddittorio nella diversa modalità della pubblicazione del ricorso sul sito internet.

Se ne ha conferma nella affermazione, che è dato leggere nella seconda ordinanza, per cui la notifica a mezzo pubblicazione era disposta "*data la riscontrata oggettiva difficoltà di raggiungere mediante notificazione ordinaria – a causa del loro elevato numero – tutti i soggetti cui il contraddittorio andava esteso in forza dell'ordinanza n. 4473/2017*".

L'art. 117 Cod. proc. civ., applicabile anche al processo amministrativo per il rinvio esterno disposto dall'art. 39, comma 1, Cod. proc. amm., prevede, al secondo comma, che: "*Salvo quanto disposto dal seguente comma, le ordinanze possono essere sempre modificate e revocate dal giudice che le ha pronunciate*"; considerato che l'udienza fissata per la decisione di merito costituisce il termine ultimo per la verifica dell'integrità del contraddittorio, nella camera di consiglio precedente detta udienza, il giudice può modificare o revocare precedente ordinanza con la quale ha disposto l'integrazione del contraddittorio.

2.3. L'appellante non contesta, invece, che la ricorrente abbia dato esecuzione alla seconda ordinanza con la pubblicazione del ricorso sul sito istituzionale della stazione appaltante, onde può dirsi che il giudizio di primo grado si è svolto a contraddittorio integro.

3. Respinto il primo motivo di appello è possibile esaminare l'eccezione pregiudiziale di non integrità del contraddittorio in sede d'appello formulata dall'appellata nella memoria depositata in vista della camera di consiglio e ribadita in corso di giudizio.

3.1. CMC s.r.l. sostiene la non regolarità del contraddittorio in quanto l'appello sarebbe stato notificato solamente ad alcune delle parti del giudizio di primo grado in violazione dell'art. 95 Cod. proc. amm.; l'eccezione si fonda sulla considerazione per la quale parti del giudizio di appello, come già in primo grado, sono tutte le imprese partecipanti alla procedura di gara. A tutte loro, pertanto, andava notificato l'atto di appello.

3.2. Il Collegio ritiene integro il contraddittorio.

La regola per la quale, disposta l'integrazione del contraddittorio, il giudizio, a prescindere dalla ricorrente di un litisconsorzio in senso sostanziale, è caratterizzato da litisconsorzio necessario processuale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4430), con conseguente inscindibilità della causa in sede di appello,

che non conosce eccezioni nel processo civile, va coniugata, nel giudizio amministrativo, con la qualità di controinteressato del terzo convenuto per ordine del giudice (perplessità già in Cons. Stato, sez. III. 29 maggio 2017, n. 2549).

Se, dunque, il controinteressato, al quale il giudice di primo grado aveva ordinato di estendere il contraddittorio perchè reputato portatore di un interesse differenziato, eguale e contrario a quello del ricorrente (e per questo controinteressato in senso sostanziale, cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2018, n. 1096), tale non è più, per i successivi provvedimenti assunti dall'amministrazione nella durata del giudizio, di modo che nessuna utilità per lui dipende dall'esito del giudizio, la sua partecipazione, necessaria nel giudizio di primo grado, non può più considerarsi tale all'atto della proposizione dell'appello.

La causa, pertanto, sarà inscindibile o scindibile non già per come il giudizio si è svolto in primo grado (ovvero, per litisconsorzio necessario processuale), ma per la natura del rapporto sostanziale dedotto in giudizio, e da tale qualificazione dipenderà la necessità di integrazione del contraddittorio anche in appello.

3.3. Alla luce della predette considerazioni, nel presente giudizio di appello sono parti tutti i soggetti contraddittori necessari: all'esito dei provvedimenti di aggiudicazione assunti dalla stazione appaltante per tutti i lotti posti a gara, per il lotto 1 residuano esclusivamente i contrapposti interessi della CMC s.r.l. e di Omnia servitia s.r.l., rispettivamente, all'annullamento dell'aggiudicazione ovvero alla sua conservazione. Tutte le altre imprese, cui il giudice di primo grado aveva ritenuto di estendere il contraddittorio, perché avevano presentato domanda ad altri lotti non hanno più alcun interesse poiché nessuna utilità dipende per loro dall'esito del giudizio: CMC s.r.l. come dimostrato dall'appellante, si è, infatti, classificata in posizione non utile in tutti gli altri lotti; essa, pertanto, può aspirare all'aggiudicazione del solo lotto 1 (Ancona), e l'eventuale aggiudicazione non avrebbe alcun effetto sugli altri lotti.

4. Con il secondo motivo di appello Omnia Servitia s.r.l. censura la sentenza per "*Violazione del principio della par condicio competitorum; violazione ed erronea applicazione art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016; violazione ed errata applicazione artt. 1430 e 1433 c.c.; violazione art. 97 Cost.*".

4.1. La sentenza ha accolto il motivo di ricorso proposto dalla CMC s.r.l. per aver ritenuto che la stazione appaltante avrebbe dovuto tener conto, ai fini della valutazione della capacità economico – finanziaria della CMC s.r.l., del corretto punteggio di PSF, rettificando quello erroneamente inserito al momento della compilazione dell'offerta sul portale.

Le ragioni a supporto della conclusione sono le seguenti:

a) la stazione appaltante, segnalato l'errore da parte dell'operatore economico, poteva procedere alla correzione del PSF a mezzo del soccorso istruttorio: non si trattava, infatti, di inserire elementi di novità nel progetto e/o eventuali varianti alle modalità di esecuzione del contratto, ma di rettificare un valore relativo alla solidità ed affidabilità dell'operatore sotto il profilo economico – finanziaria;

b) la stazione appaltante era nelle condizioni di conoscere l'errore materiale o di scritturazione nel quale era incorso l'offerente e di emendarlo dando prevalenza al valore effettivo dell'offerta, trattandosi di errore ostativo, emendabile in applicazione dei principi civilistici di cui agli artt. 1430 – 1433 Cod. civ., tanto più che il punteggio era stato elaborato da azienda facente parte del gruppo RFI, sulla base di criteri predeterminati e non modificabili in corso di gara e che i documenti che avevano consentito la determinazione del punteggio erano nella disponibilità della stazione appaltante.

4.2. Quanto alla prima ragione della decisione, Omnia Servitia s.r.l. ritiene precluso il soccorso istruttorio per rientrare il PSF tra gli elementi afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica (per i quali l'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 pone il divieto di modifica a mezzo soccorso istruttorio); il giudice di primo grado di non

avrebbe tenuto conto che il PSF era, da un lato, condizione di partecipazione alla gara al raggiungimento della soglia minima di 18 punti e, dall'altro, oggetto di esame in sede di valutazione dell'offerta tecnica con l'attribuzione di uno specifico punteggio.

4.3. Quanto alla seconda ragione, l'appellante sostiene la non riconoscibilità dell'errore da parte della commissione di gara che non era tenuta a valutare nuovamente l'affidabilità economico – finanziaria dell'impresa concorrente, né doveva controllare che il PSF dichiarato fosse effettivamente corrispondente a quello ottenuto in sede di prequalifica, dovendo solamente acquisire il dato numero per come inserito dall'operatore nella autodichiarazione resa all'atto della presentazione dell'offerta. Aggiunge, inoltre, l'appellante che la certificazione della Fercredit s.p.a., società che aveva attribuito il punteggio, era atto estraneo ai documenti di gara, e, per giurisprudenza costante, è precluso alla stazione appaltante attingere informazioni sui concorrenti da atti che non fanno parte dei documenti di gara.

5. Il motivo è fondato e va accolto.

5.1. Le circostanze di fatto sono pacifiche in atti:

- Fercredit s.p.a. assegnava a CMC s.r.l., nel procedimento di prequalificazione degli operatori economici che aspiravano all'invito a gare indette da RFI per l'aggiudicazione di appalti, il punteggio sintetico finale di 37 sulla base del bilancio al 31 dicembre 2015;
- CMC s.r.l., invitata a partecipare alla procedura di gara da RFI s.p.a., nella compilazione dell'offerta, attraverso il portale della stazione appaltante, dichiarava per 11 volte (ovvero per ciascuno dei lotti per i quali presentava domanda di partecipazione), di aver ottenuto il PSF di 20;

- in sede di valutazione dell'offerta la commissione giudicatrice le assegnava zero punti, invece dei 15 punti cui avrebbe avuto diritto se si fosse avesse tenuto conto del PSF effettivamente ottenuto;
- l'istanza di correzione dell'errore materiale era respinta e, in conseguenza di ciò, l'aggiudicazione del lotto 1 assegnata (dapprima la Aedes Aurora s.r.l. e, in seguito alla revoca di tale prima aggiudicazione) alla Omnia Servitia s.r.l..

5.2. Va esaminata preliminarmente la questione della riconoscibilità dell'errore da parte della stazione appaltante (o, più, esattamente, della commissione giudicatrice); positivamente risolta, dovrebbe ammettersi l'autonoma correzione dello stesso con attribuzione all'offerte tecnica del punteggio corretto in base al PSF effettivamente ottenuto in sede di prequalifica.

5.3. Ritiene il Collegio che l'errore commesso dall'operatore economico in sede compilazione dell'offerta non fosse riconoscibile e, dunque, emendabile da parte della commissione giudicatrice.

5.3.1. La domanda di partecipazione ad una procedura di gara, cui si accompagna l'offerta dell'operatore economico, costituisce un atto unilaterale recettizio, che contiene la proposta contrattuale poiché l'operatore economico dichiara la propria volontà di stipulare il contratto con la pubblica amministrazione e, dunque, la disponibilità ad accettare le condizioni previste dal bando per la realizzazione dell'opera, del servizio o della fornitura, ma ha un contenuto più ampio poiché l'operatore dichiara anche il possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dalla disciplina di gara (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2018, n. 2630; III, 24 novembre 2017, n. 5492; V, 15 luglio 2013, n. 3831; sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638).

Ai sensi dell'art. 1324 Cod. civ. sono applicabili agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale, salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti, in quanto compatibili; tra queste indubbiamente applicabili sono gli artt. 1427 e ss.

Cod. civ. che disciplinano l'annullabilità del contratto per errore (hanno fatto applicazione della disciplina sull'errore in relazione ad atti unilaterali: Cass. civ., Sez. V, 19 febbraio 2016, n. 3286; Sez. III, 24 novembre 2009, n. 24685; Sez. I, 19 settembre 1997, n. 9310; Sez. lavoro, 19 agosto 1996, n. 7629).

L'art. 1428 Cod. civ., in particolare, prevede che l'errore è causa di annullamento del contratto, se "essenziale" e "riconoscibile dall'altro contraente". Per il caso di atto unilaterale recettizio l'errore deve essere riconoscibile dal soggetto cui l'atto è diretto.

L'art. 1431 Cod. civ. precisa che l'errore si considera riconoscibile se "*in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo*".

Spetta a colui che invoca l'errore dimostrare la riconoscibilità dello stesso.

La disciplina dell'errore – vizio è applicabile anche al caso di errore c.d. ostativo, vale a dire di errore commesso nella formulazione della dichiarazione (art. 1433 Cod. civ.).

5.3.2. L'errore commesso dalla CMC s.r.l. – consistito nel dichiarare (per undici volte) un PSF inferiore a quello realmente posseduto – non era riconoscibile dalla stazione appaltante.

Quanto al "contenuto" della dichiarazione, la stessa, trattandosi di dato numerico, non era, né poteva essere, ambigua.

Quanto alle circostanze in cui la dichiarazione era resa, dirimenti sono due considerazioni: in primo luogo, per ben undici volte, ossia in relazione a ciascuno dei lotti cui richiedeva di partecipare, CMC s.r.l. dichiarava il punteggio errato; in secondo luogo, la certificazione della Fercredit s.p.a. non costituiva allegato alla domanda di partecipazione, né veniva in altro modo acquisita agli atti di gara, onde la commissione giudicatrice non era in condizione di effettuare alcun confronto tra

i documenti in suo possesso così da rilevare il contrasto tra il dato numerico presente nell'uno e nell'altro.

Si tratta di circostanza di decisivo rilievo: in caso di dichiarazioni rinvolte da privati alla pubblica amministrazione che si assume siano affette da errore - ostativo, è possibile invocare la riconoscibilità dell'errore se, in uno con la dichiarazione errata, siano stati trasmessi alla stessa amministrazione i documenti dai quali sarebbe stato possibile evincere l'errore. Solo a questa condizione, infatti, può richiedersi alla pubblica amministrazione un normale sforzo di diligenza, volto ad accertare l'errore ed autonomamente emendarlo.

5.3.3. Da ultimo, non secondaria è, in relazione alla "qualità" del dichiarante, il fatto che CMC s.r.l. è un operatore economico che prende parte a procedure di gara indette dalla pubblica amministrazione e che, per ciò solo, è consapevole della particolare attenzione richiesta nella compilazione delle offerte e dal quale, dunque, ci si attende la massima diligenza possibile specie in relazione all'indicazione di un requisito attributivo di un punteggio che sarà oggetto di valutazione dell'offerta.

5.3.4. L'unico elemento di prova della riconoscibilità dell'errore offerto dalla CMC s.r.l. – sul quale l'appellata insiste anche nelle memorie depositate nell'odierno giudizio – è costituito dalla mail con la quale uno dei responsabili della Direzioni acquisti di RFI s.p.a. trasmette a dipendente di CMC s.r.l. (il ruolo del destinatario della mail non è chiarito dalla parte in causa) la documentazione relativa alla certificazione del PSF attribuito dalla Fercredit s.p.a..

Al riguardo, va evidenziato che la mail in atti appare, più che una comunicazione ufficiale, una trasmissione di cortesia, con la quale un dipendente della Direzione Acquisti si rende disponibile a comunicare la documentazione riguardante la società.

Sarebbe sufficiente tale considerazione per escludere detto documento come prova della disponibilità in capo alla Direzione Acquisiti della documentazione di Fercredit s.p.a..

Si aggiunga, in ogni caso, che il fatto che (un dipendente del) la Direzione Acquisti si sia fatta carico di trasmettere a CMC s.r.l i risultati della prequalificazione, che, cioè, abbia compiuto l'attività materiale di trasmissione della certificazione, non dimostra affatto che, successivamente, nello svolgimento della procedura la stazione appaltante abbia mantenuto la disponibilità del documento, già trasmesso all'operatore; e, d'altra parte, se così fosse, non si spiegherebbe la ragione per la quale il bando di gara richiedeva a ciascun operatore di autodichiarare il punteggio attribuito in sede di certificazione del PSF.

5.3.5. In conclusione su tale primo profilo: come già espresso nell'ordinanza 14 dicembre 2018, n. 6045, con la quale questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare di Omnia Servitia s.r.l., ammettere la riconoscibilità dell'errore e con esso l'onere della stazione appaltante di disporne la correzione significherebbe richiederle un livello di diligenza maggiore di quello che ci si attende allo stesso operatore economico, in contrasto con il principio di autoresponsabilità che deve necessariamente informare i rapporti con la pubblica amministrazione.

6. Va ora affrontata la seconda questione, vale a dire la possibilità per la stazione appaltante di procedere alla correzione del PSF dichiarato dall'impresa in sede di soccorso istruttorio.

6.1. Precisato che nulla impedisce che l'attivazione del soccorso istruttorio, come accaduto nella vicenda in esame, sia sollecitato dallo stesso operatore economico, preliminarmente occorre definire in che modo si atteggia ai fini della procedura di gara il PSF assegnato in fase di prequalificazione.

CMC s.r.l. ha sostenuto, da ultimo anche nella memoria depositata in vista dell'udienza pubblica, che il PSF va considerato quale requisito di partecipazione

dell'operatore economico poiché esprime le sue capacità ed attitudini economico – finanziarie ed organizzative quali risultanti da una serie di indici ricavabili sulla base dell'ultimo esercizio di bilancio annuale dell'impresa. Aggiunge l'appellata che, terminata la fase di valutazione dell'offerta e stilate le graduatorie relative al singolo lotto, la commissione è tenuta alla verifica dei requisiti prescritti, ivi compreso il PSF.

6.2. La questione dell'esatta qualificazione del PSF – punteggio sintetico finale assegnato ad un operatore economico partecipante ad una procedura di gara è stata già esaminata da questa Sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza 22 ottobre 2018 n. 6026 in vicenda simile a quella oggetto dell'odierno giudizio; nell'occasione si è precisato che il PSF costituisce criterio di valutazione dell'offerta "*conforme alla previsione del comma 8 dell'articolo 83 del decreto legislativo 18 aprile 2018, n. 50 ("Codice dei contratti pubblici") secondo cui le stazioni appaltanti possono indicare "livelli minimi di capacità" (evidentemente intesi quali forme di barrage condizionanti la stessa partecipazione alle gare) e, allo stesso tempo, procedere "[alla] verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative [e] delle competenze tecniche" (intesa evidentemente in senso gradualistico e parametrico, con possibilità di modulare la valutazione in ragione del diverso grado di capacità riscontrato)*".

6.3. Il PSF, in questa ricostruzione, costituisce un elemento dell'offerta, pur riferendosi in senso lato a requisiti soggettivi dell'impresa concorrente, in attenuazione del generale divieto di commistione tra criteri soggettivi di qualificazione e oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta, per la sua capacità di "illuminare" (così nel precedente citato) sulla qualità dell'offerta, e tenendo conto del fatto che non era attribuito tanto in base alla pregresse esperienze professionali (come un comune requisito esperenziale), ma in base a parametri finanziari derivati dalla situazione di bilancio.

6.4. Le considerazioni richiamate meritano piena adesione: anche nell'odierna procedura di gara il PSF costituiva un elemento dell'offerta poiché esprimeva, in

punteggio crescente, la sua affidabilità: ad un punteggio maggiore corrispondeva una maggiore sicurezza per la stazione appaltante che l'impegno assunto dall'operatore economico sarebbe stato portato a compimento, per giungere a concludere che l'impresa con il maggior PSF proponeva un'offerta da reputare di più sicura attuabilità delle altre.

6.5. Così ricostruito il ruolo del PSF nell'ambito della procedura di gara, ne segue quale inevitabile conseguenza che la sua modifica, in sede di soccorso istruttorio, avrebbe comportato la modifica della stessa offerta, evenienza non consentita dal divieto di soccorso istruttoria in relazione a "*la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale (…) afferenti all'offerta tecnica ed economica*". D'altronde, per quanto in precedenza esposto, l'assegnazione, mediante soccorso istruttorio di un diverso PSF, avrebbe comportato una modificazione dell'offerta che sarebbe stata altra rispetto a quella originariamente sottoposta alla stazione appaltante in contrasto con il principio di immodificabilità dell'offerta, a sua volta espressione della par condicio tra tutti i partecipanti alle procedura di gara (cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea 10 maggio 2017, nella causa C-131/16).

6.6. Così impostati i termini della questione – e dunque avendo ritenuto il PSF elemento dell'offerta e non ai requisiti di qualificazione dell'operatore economico – resta del tutto irrilevante stabilire se l'istanza formulata dalla CMC s.r.l. alla commissione giudicatrice sia stata trasmessa prima o dopo la conclusione della fase di valutazione delle offerte tecniche pervenute.

7. In conclusione, la sentenza di primo grado, che ha considerato emendabile l'errore della CMC s.r.l. perché riconoscibile dalla stazione appaltante e, comunque, attivabile il soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante per emendare il punteggio dichiarato, non è condivisibile e va integralmente riformata.

8. Nella memoria depositata per la camera di consiglio dell'8 novembre 2018 CMC s.r.l. ha riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., un motivo aggiunto assorbito dal giudice di primo grado che occorre ora esaminare.

8.1. L'appellata lamenta l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, e, segnatamente del diniego opposto dalla stazione appaltante alla sua istanza di rettifica dell'errore per "*Violazione della lex specialis di gara, e in particolare dell'art. 10 della lettera di invito. Eccesso di potere per contraddittorietà – Disparità di trattamento*"; lamenta la società che, disposta la revoca della prima aggiudicazione a Aedes Aurora s.r.l., la stazione appaltante, al momento di disporre la nuova aggiudicazione a Omnia Servitia s.r.l. teneva conto solamente della graduatoria stilata in relazione al lotto 1 e non anche delle altre graduatorie, sebbene in più occasioni avesse sostenuto la concatenazione tra i vari lotti. Da ciò, la conclusione per cui, stante la autonomia in concreto assunta tra i lotti, non era valida la giustificazione resa per la reiezione del diniego, vale a dire "la necessità di tutelare la S.A. da una serie di potenziali contenziosi"; l'alternativa, vale a dire considerare i lotti come concatenati, avrebbe dovuto indurre, effettuata la revoca dell'aggiudicazione, a riconvocare la commissione e riformulare tutte le graduatorie.

8.2. Il motivo è inammissibile.

8.3. Dall'eventuale accoglimento la CMC s.r.l. non potrebbe trarre alcuna utilità: il diniego di rettifica, per quanto motivato anche dalla volontà di evitare l'apertura del contenzioso con imprese partecipanti ad altri lotti, ha giustificazione nelle ragioni ampiamente esposte nell'esame del secondo motivo di appello.

La mancata riconvocazione della commissione e la riformulazione di tutte le graduatorie, una volta disposta la revoca alla Aedes Aurora s.r.l., in nulla interferisce con la situazione dell'appellata che, in ragione del punteggio

assegnatole (a questo punto correttamente) dalla commissione, non avrebbe comunque potuto ottenere l'aggiudicazione del contratto di appalto.

9. RFI s.p.a., nella memoria depositata per la camera di consiglio, ha allegato che, successivamente alla pubblicazione della sentenza di primo grado, aveva aggiudicato il lotto 1 a CMC s.r.l. con conseguente stipulazione dell'accordo quadro il 4 ottobre 2018, spiegando, altresì, di aver inteso così procedere in ragione del lungo lasso di tempo intercorso dall'indizione della gara.

Successivamente, e da ultimo con la memoria di replica depositata per l'udienza pubblica, RFI s.p.a. ha aggiunto, a fronte di eccezione di inammissibilità dell'appello formulata da CMC s.r.l. in ragione dell'acquiescenza prestata dalla stazione appaltante alla sentenza di primo grado, di non aver fatto altro che porre in essere i provvedimenti necessitati per l'esecuzione della sentenza di primo grado.

9.1. Accolto l'appello proposto da Omnia Servitia s.r.l., in riforma della sentenza impugnata, il ricorso di primo grado va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto diretto avverso la prima aggiudicazione, a Aedes Aurora s.r.l., poi revocata, e i motivi aggiunti, diretti nei confronti dell'aggiudicazione a Omnia Servitia s.r.l., respinti; ne segue la caducazione automatica *ex* art. 336, comma 2, Cod. proc. civ., di tutti gli atti (amministrativi e negoziali) che la stazione appaltante, soccombente in primo grado, ha adottato nel corso di durata del giudizio per dare attuazione alla sentenza impugnata; in particolare è caducato il provvedimento di riformulazione della graduatoria e l'aggiudicazione adottata a favore della CMC s.r.l. con ogni ulteriore conseguenza, ivi compreso il venir meno del contratto stipulato.

Non trova applicazione, in tal caso, l'apparato normativo composto dagli articoli 122 e ss. Cod. proc. amm., che assegnano al giudice amministrativo il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto; non v'è, infatti, annullamento

dell'aggiudicazione, ma, al contrario, ripristino dell'originaria aggiudicazione disposta a favore di Omnia Servitia s.r.l.

10. Le spese di entrambi i gradi del giudizio sono compensate tra tutte le parti in causa per la peculiarità della vicenda.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, n. 6477/2018, dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso di primo grado proposto da CMC s.r.l. e respinge i motivi aggiunti proposti.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese di entrambi i gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Federico Di Matteo	**Giuseppe Severini**

IL SEGRETARIO