

Errore materiale nella lex specialis: apposita rettifica o semplice chiarimento?

di Fiorenza Beninato

Data di pubblicazione: 26-9-2024

Osserva il Collegio come l'errore materiale non sia emendabile con lo strumento dei chiarimenti, in quanto, secondo la giurisprudenza, l'errore materiale o l'omissione commessa nella lex specialis richieda un'apposita rettifica del bando e del disciplinare da parte della stazione appaltante fatta con le stesse forme di detti atti e non già con un semplice chiarimento del responsabile unico del procedimento.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso avente numero di registro generale 211 del 2024, proposto da - L.A. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa in giudizio dagli avvocati Feliciano Ferrentino, Lorenzo Lentini, con domicilio digitale in atti di causa;

contro

- A. s.r.l., non costituita in giudizio;

nei confronti

- L.C.D. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa in giudizio dagli avvocati Giacomo Bracciale, Vincenzo Eustachio Americo Colucci, con domicilio digitale in atti di causa;

per l'annullamento.

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione dirigenziale di A. s.r.l. n. 24 del 22 marzo 2024, comunicata in data 27 marzo 2024;
- ove occorra della comunicazione del 27 marzo 2024 di aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 90 D.Lgs. n. 36 del 2023;
- dei verbali di gara n. 1 del 20 dicembre 2023, n. 2 del 27 dicembre 2023 e n. 3 del 4 gennaio 2024, nella parte in cui non hanno disposto la esclusione della L.C.D. s.r.l. per carenza della Certificazione UNI EN 15359-2011 prescritta, a pena di esclusione, dal punto 6.3. lett. h) del disciplinare di gara;
- ove e per quanto occorra, della FAQ del 15 novembre 2023 con cui A., per la capacità tecnica e professionale, ha richiesto il possesso di certificazione UNI EN 15358:2011, in luogo della certificazione UNI EN 15359:2011 prescritta dal punto 6.3. lett. h) del disciplinare di gara;
- di tutti gli atti e verbali di gara e della commissione giudicatrice nella parte in cui hanno ammesso L.C.D. s.r.l. e hanno favorevolmente valutato la relativa offerta, collocandola al primo posto della graduatoria;
- della fase di verifica dei requisiti, laddove espletata e conclusa dalla stazione appaltante;
- di ogni altro atto anteriore, presupposto, collegato, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto, lesivo degli interessi della ricorrente.
- nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente alla aggiudicazione dell'appalto controverso, con declaratoria di inefficacia del contratto, eventualmente stipulato;
- per l'accertamento del diritto della ricorrente alla ostensione integrale della offerta tecnica richiesta con la istanza di accesso del 29 marzo 2024.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di L.C.D. s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 24 luglio 2024, il Consigliere avv. Benedetto Nappi;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

[Svolgimento del processo - Motivi della decisione](#)

1. La L.A. s.r.l. (di seguito anche solo "Logistica"), con ricorso depositato il 7 maggio 2024, è insorta avverso gli atti in epigrafe, concernenti l'aggiudicazione in favore della L.C.D. s.r.l. (di seguito anche solo "L.C.") del servizio di trasporto ed avvio a recupero del rifiuto sovrappeso prodotto dall'impianto di T. in località C. di A., deducendone l'illegittimità da più angolazioni per violazione e falsa applicazione di legge ed eccesso di potere.

2. L'A. s.r.l., ritualmente intimata, non si è costituita in giudizio.

2.1. La controinteressata L.C. è comparsa in lite eccependo l'infondatezza del ricorso nel merito.

3. Alla camera di consiglio svoltasi il 22 maggio 2024, il procuratore della controinteressata ha rappresentato l'intendimento di depositare un ricorso incidentale escludente, allo stato in corso di notificazione. A seguito di tale dichiarazione, parte ricorrente ha istato il rinvio della trattazione dell'incidentale istanza cautelare, e i difensori della L.C. hanno assunto l'impegno, per conto della loro assistita, a non stipulare il contratto d'appalto fino alla successiva camera di consiglio. Il Presidente ha quindi disposto il differimento della trattazione della domanda cautelare.

4. E' seguito, il 25 maggio 2024, il deposito del predetto ricorso incidentale.

5. All'esito della successiva camera di consiglio del 12 giugno 2024, con ordinanza n. 81 del 2024, l'incidentale istanza cautelare è stata rigettata per la ritenuta carenza dell'attributo del periculum in mora. Nel contempo, si è disposta l'acquisizione dall'A. s.r.l., non costituita in giudizio, di una dettagliata relazione amministrativa su ciascuna delle censure dedotte tanto nel ricorso introduttivo quanto in quello incidentale, unitamente alla documentazione richiamata nella relazione medesima.

6. Il 18 giugno 2024 l'A. s.r.l. ha adempiuto a quanto disposto nella cennata ordinanza.

7. Alla pubblica udienza del 24 luglio 2024, previo deposito di scritti difensivi e documenti, i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni e l'affare è transitato in decisione.

8. In rito, il Collegio ritiene preferibile prendere le mosse dalla delibazione del ricorso principale.

9. Il ricorso principale è fondato, alla stregua della motivazione che segue.

9.1. Coglie nel segno la censura di "violazione di legge (artt. 99, 100, 105 e 107 D.Lgs. n. 36 del 2023 - punto 6.3. lett. h) del disciplinare di gara in relazione al punto 6)".

9.1.1. L'art. 6.3. del disciplinare di gara, rubricato requisiti di capacità tecnica e professionale, prescrive tra l'altro, alla lett. f), il: "possesso di certificazione del proprio sistema di gestione ambientale riferito all'oggetto della procedura conforme alle norme europee della serie UNI EN 15359:2011".

9.1.1.1. Tuttavia, la stazione appaltante, senza essere addivenuta ad alcuna modificazione di tale disposizione, rendendo dei meri chiarimenti, ha successivamente affermato che: "tra i requisiti di capacità tecnica e professionale indicate nel disciplinare di gara ci si riferisce alle norme europee della serie UNI EN 15358:2011 (Combustibili solidi secondari - Sistemi di gestione per la qualità - Requisiti particolari per la loro applicazione alla produzione di combustibili solidi secondari)".

9.1.1.2. In tal modo, quindi, l'intimata A. ha di fatto sostituito la prescrizione della legge di gara relativa al possesso di certificazione UNI EN 15359:2011 con altra concernente la diversa certificazione UNI EN 15358:2011. In altri termini, La A. s.r.l. ha in tal modo apportato una sostanziale e surrettizia modifica dei requisiti di partecipazione in fase di formulazione dei chiarimenti, dalla cui applicazione è derivato il provvedimento di ammissione alla procedura comparativa della controinteressata L.C. (in possesso, appunto, della sola certificazione UNI EN 15358:2011), poi risultata aggiudicataria.

9.1.2. Si tratta di attività illegittima, incidendo la stessa sull'individuazione di uno dei requisiti di capacità tecnica e professionale. Invero, i chiarimenti resi dalla stazione appaltante nel corso di una gara d'appalto non hanno contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della *lex specialis* di gara. Sul punto, in particolare, va richiamato quanto statuito da condivisibile giurisprudenza del Giudice d'appello, secondo cui "i chiarimenti della stazione appaltante, infatti, sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della *lex specialis*, un significato e una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui [all'art. 97 Cost.](#) (in termini, Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2022, n. 64; id., sez. III, 15 dicembre 2020, n. 8031).

9.1.2.1. Come si è già rilevato, la stazione appaltante ha sostituito tramite "chiarimenti" uno dei requisiti di partecipazione, pervenendo a un risultato che (anche avuto riguardo alla chiara portata letterale del disciplinare di gara) e diversamente da quanto pretenderebbero parte resistente e la controinteressata, è scevro da portata chiarificatrice di sorta. Nel contempo, si è dato luogo a una modifica non consentita delle regole alla base della selezione pubblica, trattandosi di attività che si pone in contrasto con la *par condicio*. Tale risultato, peraltro, contrasta anche con i principi di buona fede e legittimo affidamento riposti dai concorrenti sulla *lex specialis* di gara, di cui all'art. 5, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 36 del 2023.

9.1.2.2. Nella relazione amministrativa resa a seguito del disposto incumbente istruttorio, A. s.r.l. ha pure sostenuto che il disciplinare di gara richiederebbe, per tale aspetto "un semplice rifiuto" in quanto per la partecipazione alla gara sarebbe "richiesto il possesso della certificazione serie UNI EN 15358:2011, attualmente in vigore", mentre "la certificazione serie UNI EN 15359:2011, (sistema di classificazione per i combustibili solidi secondari (CSS) ed uno schema per la definizione delle loro proprietà), è stata ritirata in data 01/07/2021".

Del pari, la controinteressata ha sostenuto che il disciplinare di gara sarebbe affetto, per tale aspetto, da un evidente rifiuto, non essendo più in vigore la normativa UNI EN 15359:2011.

Tale "mero errore materiale, riconoscibile agli operatori perché conforme a legge", sarebbe stato "tempestivamente chiarito con FAQ del 15.11.2023".

In senso opposto, osserva il Collegio come l'errore materiale non sia emendabile con lo strumento dei chiarimenti, in quanto, secondo la giurisprudenza, l'errore materiale o l'omissione commessa nella lex specialis richieda un'apposita rettifica del bando e del disciplinare da parte della stazione appaltante fatta con le stesse forme di detti atti e non già con un semplice chiarimento del responsabile unico del procedimento (in termini, Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2022, n. 64; TAR Lazio, sez. III-quater, 6 dicembre 2018, n. 11828; Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2017, n. 5162).

La pretesa correzione dell'asserito errore materiale nell'indicazione della certificazione di qualità si sarebbe dovuta attuare tramite un'apposita rettifica del disciplinare di gara da parte della stazione appaltante, fatta con le stesse forme di adozione di tale atto, e non già mediante un mero "chiarimento", come invece avvenuto in concreto.

In difetto di ciò non è consentito all'amministrazione aggiudicatrice di disapplicare il regolamento imperativo della procedura di affidamento da essa stessa predisposto, e al quale la stessa deve comunque sottostare (ex multis, Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

9.1.3. Non giova alla controinteressata l'irrituale e inammissibile "dichiarazione relativa all'iter di certificazione n. 28941", resa della C. s.r.l. soltanto il 7 maggio 2024 (ben oltre il termine di presentazione delle offerte e ovviamente non prodotta in gara) e sprovvista della forma prescritta dal disciplinare.

9.1.4. Resta da osservare come la ricorrente principale L.A. abbia fatto valere in sede di partecipazione alla gara (differentemente da quanto sembra ventilare la A. s.r.l. nella cennata relazione amministrativa) la prescritta certificazione UNI EN 15359:2011, tramite l'ausiliaria P. s.r.l.. In effetti, si legge nel certificato ISP-15358/9-006/111021, con prima emissione 13 maggio 2015 e valido fino al 12 maggio 2024, in atti di causa, che "il sistema di gestione di P. s.r.l. è conforme ai requisiti UNI EN 15358:2011 e applica le specifiche classificazioni definite dalla norma UNI EN 15359:2011".

9.1.5. Conseguenze a quanto innanzi l'illegittimità, a monte, dell'ammissione alla procedura della controinteressata L.C. e, a valle di ciò, dell'aggiudicazione in favore di quest'ultima della procedura comparativa di cui è questione.

10. Il Collegio procede quindi alla disamina del ricorso incidentale, che è inammissibile, alla stregua della motivazione che segue.

Coglie nel segno l'eccezione di tardività sollevata dalla ricorrente principale nella memoria di replica "in ragione della natura escludente della clausola". Invero, il ricorso incidentale ha lamentato l'illegittimità del disciplinare di gara laddove ha prescritto, come si è più volte innanzi osservato, tra i requisiti di capacità tecnica e professionale, il: "possesso di certificazione del proprio sistema di gestione ambientale riferito all'oggetto della procedura conforme alle norme europee della serie UNI EN 15359:2011". Si tratta pianamente di clausola escludente,

direttamente lesiva dell'interesse della La C. alla partecipazione alla procedura, che come tale si sarebbe dovuta impugnare immediatamente (ex multis, Cons. Stato, Ad. Plen. 26 aprile 2018, n. 4) e non, tardivamente, col presente ricorso incidentale. Tale esito non viene posto in discussione dal cennato chiarimento del 15 novembre 2023 per la palese inidoneità di quest'ultimo a modificare la disciplina di gara e, conseguentemente, a fondare un affidamento tutelabile sull'ammissione alla gara in capo alla controinteressata.

10.1. Tale approdo, del resto, è obbligato in ragione della natura del ricorso incidentale, che è strumento di tutela di un interesse che sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale. Orbene, la domanda proposta in via principale dalla L.A. è volta a far valere, appunto, una clausola immediatamente escludente, ossia un requisito di ammissione alla procedura prescritto dalla legge di gara di cui, come si è rilevato innanzi, la ricorrente incidentale non è in possesso ab origine. Ciò importa che la preclusione alla partecipazione alla gara, e alla rimozione del cennato requisito partecipativo, è sorta già al momento della pubblicazione del disciplinare. L'interesse fatto valere con il ricorso incidentale, quindi, non può dirsi essere sorto soltanto a seguito e in dipendenza della domanda proposta in via principale, né, a ben vedere, mira a paralizzare l'azione principale e a neutralizzare gli effetti derivanti dall'accoglimento del relativo ricorso, con l'obiettivo di lasciare immutato il medesimo assetto di interessi garantito dal provvedimento oggetto dell'impugnazione principale. Invero, la ricorrente incidentale ha in tal modo meramente contestato (tardivamente) una prescrizione del disciplinare, al fine di ottenere la riedizione della procedura competitiva, previa rimozione dell'ostacolo giuridico alla sua partecipazione. In tal modo si è inammissibilmente tentato di porre rimedio al mancato assolvimento dell'onere di impugnazione immediata della clausola escludente, affermato da un cristallizzato indirizzo pretorio. Opinare diversamente significherebbe, quindi, ammettere la possibilità di eludere il termine decadenziale d'impugnazione che secondo quanto affermato dalla unanime giurisprudenza decorre in tali casi, appunto, dalla pubblicazione degli atti di gara nelle forme di rito.

11. Dalle considerazioni che precedono discende l'accoglimento del ricorso principale, e per l'effetto l'annullamento degli atti con esso avversati, e la declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale.

12. Le spese seguono la soccombenza, con liquidazione come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando, così provvede:

- accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;
- dichiara inammissibile il ricorso incidentale;
- condanna l'A. s.r.l. e la controinteressata L.C. alla rifusione delle spese di lite in favore della ricorrente principale, forfettariamente liquidando le stesse in misura di € 4000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Guida alla lettura

Con pronuncia n. **438** dello scorso 10 settembre, la **I Sezione del Tar Basilicata** si è occupata del **modus operandi che deve osservare la Stazione Appaltante a fronte della commissione di errori materiali nell'ambito della *lex specialis***.

In particolare, nella vicenda oggetto della pronuncia in esame la Stazione Appaltante aveva provveduto a sanare l'errore materiale commesso nel disciplinare di gara, relativo a una specifica certificazione che doveva essere posseduta dagli OO.EE., con un **semplice chiarimento e non mediante un formale provvedimento di rettifica**. Per tale motivo, il secondo graduato aveva impugnato in primo grado l'aggiudicazione, lamentando che l'aggiudicatario non fosse in possesso della certificazione richiesta dal disciplinare di gara (UNI EN 15359:2011), ma solo di quella indicata in sede di chiarimenti (UNI EN 15358:2011).

Ebbene, il Tar, con la sentenza in analisi, accoglie il ricorso del secondo in graduatoria affermando che: ***“L'errore materiale non sia emendabile con lo strumento dei chiarimenti, in quanto, secondo la giurisprudenza, l'errore materiale o l'omissione commessa nella lex specialis richieda un'apposita rettifica del bando e del disciplinare da parte della stazione appaltante fatta con le stesse forme di detti atti e non già con un semplice chiarimento del responsabile unico del procedimento*** (in termini, Cons. Stato, Sez. III, 7 gennaio 2022, n. 64; TAR Lazio, Sez. III-*quater*, 6 dicembre 2018, n. 11828; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2017, n. 5162).

Secondo il Tar lo strumento dei chiarimenti non è sufficiente neppure ove si tratti di refuso evidente *“riconoscibile agli operatori perché conforme a legge”*, e nemmeno ove il refuso sia stato *“tempestivamente chiarito”*.

Con una statuizione di tal fatta viene, dunque, posta in evidenza **l'importanza di rispettare le procedure formali di rettifica degli atti di gara, al fine di garantire la trasparenza e l'imparzialità nelle procedure di affidamento**, evitando, ad esempio, che gli errori materiali possano influenzare iniquamente le valutazioni delle offerte.

Pertanto, ai fini del rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità nelle procedure di evidenza pubblica, **non è consentito all'amministrazione aggiudicatrice di disapplicare il regolamento imperativo della procedura di affidamento da essa stessa predisposto (la c.d. *lex specialis*), al quale la stessa deve comunque sottostare**, a meno che non intervenga con un formale provvedimento di rettifica (*ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9). Del resto, **la disapplicazione della *lex specialis* concreta una violazione dei principi di buona fede e legittimo affidamento riposto dai concorrenti sulla stessa**, di cui all'art. 5, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 36 del 2023.

Per corroborare quanto sin qui affermato, si richiama la giurisprudenza del Consiglio di Stato

alla stregua della quale: **"I chiarimenti debbono rispettare "il limite del carattere necessariamente non integrativo né modificativo della disposizione di gara oggetto di interpretazione (limite che deriva dai principi di trasparenza, pubblicità e "par condicio" nelle gare di appalto di matrice comunitaria della regolarità delle procedure di affidamento)", che impone che "il chiarimento non possa forzare e andare oltre il possibile ambito semantico della clausola secondo uno dei suoi possibili significati"** (Cons. Stato, Sez. III, 23 novembre 2022, n. 10301, così anche Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2024 n.1793).

Nello stesso senso, si richiama altra giurisprudenza secondo cui: **"Nel caso in cui al chiarimento sia riconosciuta una portata novativa si deve "dare prevalenza alle clausole della lex specialis ed al significato desumibile dal tenore delle stesse, per quello che oggettivamente prescrivono"** (Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2021, n. 2260; così anche Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2024, n. 802, che si riferisce allo stesso come "consolidato principio", rispetto al quale si discosta, Cons. Stato, Sez. V, 1° settembre 2023, n. 8127). E ciò indipendentemente dall'impugnazione degli stessi, atteso che **"i chiarimenti resi nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della lex specialis"** (Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2022 n.7793).

La Sezione ha – così – concluso che il ricorso vada accolto.