

La correzione dell'offerta tecnica tra principio del risultato, principio di fiducia e par condicio competitorum

di Rocco Felato

Data di pubblicazione: 14-10-2024

L'applicazione del principio del risultato e del principio della fiducia non può consentire all'Amministrazione di violare la tutela della concorrenza e la par condicio competitorum.

Il miglior risultato possibile al quale deve tendere l'Amministrazione deve essere, comunque, il più virtuoso, raggiungibile selezionando gli operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, espressione di una affidabilità che su di essi dovrà essere riposta in fase di esecuzione.

L'errore materiale in cui è incorso l'operatore economico nella compilazione dell'offerta tecnica, è, quindi, emendabile solo quando esso è riconoscibile come tale dalla stazione appaltante, non sussistono dubbi circa la volontà del concorrente e lo stesso può essere rettificato senza ricorrere a fonti esterne all'offerta.

All'impresa che partecipa a pubblici appalti è richiesto un grado di professionalità e di diligenza superiore alla media: una diligenza che non riguarda solo l'esecuzione del contratto, ma anche le fasi prodromiche e genetiche, tra cui, in primo luogo, quella della redazione degli atti necessari alla partecipazione alla gara.

In applicazione del principio di autoresponsabilità, quindi, ciascuno dei concorrenti sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale (omissis) del 2024, proposto da (omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 990982022B, rappresentata e difesa dall'avvocato Ciro Sito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (omissis), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati (omissis), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Centrale Unica di Committenza CUC, Comune di (omissis) (omissis) s.p.a., (omissis) Ambiente e Servizi s.p.a. – Fondazione di Partecipazione Arte e Cultura Città di (omissis), non costituiti in giudizio;

nei confronti

(omissis) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (omissis), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma (omissis)

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. (omissis), resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (omissis) e della (omissis) s.p.a.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2024 il Cons. (omissis) e uditi per le parti gli avvocati (omissis);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Centrale Unica di Committenza (omissis) indiceva la procedura per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico nel Comune di (omissis) a far data dall'anno scolastico 2023/2024 e fino alla conclusione dell'anno scolastico 2027/2028 (30/6/2028).

L'importo a base d'asta era pari ad euro 430.000,00. Il criterio di aggiudicazione prescelto, ai sensi dell'art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016, era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla procedura di gara partecipavano tre concorrenti, tra i quali la società (omissis)s.r.l. e la (omissis) s.p.a.

Per quanto di interesse, il disciplinare prevedeva tra i vari criteri premiali, il criterio 3.1 relativo alle caratteristiche dei mezzi utilizzati. Detto criterio era suddiviso in più sub criteri, tra cui quello teso a premiare la *‘Presenza nel parco mezzi di autobus che usufruiscono di incentivi ambientali (metano, elettrici, ibridi etc.)’*.

La Stazione appaltante attivava il subprocedimento di verifica di congruità nei confronti della (omissis) s.r.l., prima graduata, richiedendo la presentazione di apposite giustificazioni, che tempestivamente venivano fornite.

Nell’ambito della gara, la (omissis) s.r.l. si era collocata in prima posizione con 92,6666 punti, mentre la (omissis) s.p.a. era risultata seconda graduata con 84,1605 punti (verbale della commissione del 26/7/23).

L’Amministrazione, all’esito delle operazioni di verifica, riteneva congrua l’offerta della società (omissis) s.r.l. e adottava la Determina n. 45 dell’8 agosto 2023, con la quale disponeva l’aggiudicazione definitiva dell’appalto in suo favore.

In data 12 settembre 2023, veniva sottoscritto il verbale di consegna in via d’urgenza del servizio, alla luce dell’avvio dell’anno scolastico, che veniva gestito dall’aggiudicataria.

2. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, la società (omissis) s.p.a. impugnava la determina n. 45 dell’8 agosto 2023 del Registro Settoriale e la determina n. 517 del Registro Generale, anche nella parte in cui si disponeva l’attivazione del servizio nelle more della stipula del contratto, nonché gli atti connessi, ivi inclusi i verbali di gara, con particolare riferimento alle parti in cui erano stati assegnati 20 punti anziché 10 , all’operatore economico controinteressato, in relazione alla *‘Presenza nel parco mezzi di autobus che usufruiscono di incentivi ambientali (metano, elettrici, ibridi, etc.) (5 punti per mezzo per un max di 2 mezzi)*, e nella parte in cui il RUP aveva ritenuto attendibile e congrua l’offerta della società (omissis) s.r.l. all’esito del subprocedimento di verifica dell’anomalia. Veniva, altresì, impugnato il silenzio e qualsiasi atto con il quale la Stazione appaltante aveva inteso riscontrare i tre distinti atti inviati da parte ricorrente e, precisamente, le diffide del 22/8/23, 29/8/23 e 04/09/23, chiedendo l’accertamento dell’illegittimità della posizione di prima graduata dell’aggiudicataria e del diritto di subentrare nell’aggiudicazione, oltre che la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

La ricorrente sosteneva che la Commissione di gara aveva errato nel ritenere discrezionale il punteggio riferibile al sub criterio del punto 3.1. del disciplinare di gara e, in ogni caso, gli autobus offerti dalla (omissis) s.r.l. non usufruivano di incentivi ambientali; inoltre lamentava l’illegittimità della valutazione del RUP laddove aveva ritenuto non anomala l’offerta dell’aggiudicataria in relazione alla mancata indicazione dei costi di ammortamento e alla sottostima dei costi della manodopera.

3. Il Tribunale amministrativo adito, con sentenza n. (omissis) del 2024, accoglieva il ricorso,

ritenendo fondato il primo mezzo, essendo pacifico che i mezzi indicati dalla società aggiudicataria nell'offerta tecnica (autobus a gasolio Classe Euro 6.D) non rientravano tra quelli ammessi alle agevolazioni di cui all'art. 3 del Decreto del Ministero delle Infrastrutture del 12.7.2022.

Il Collegio di primo grado considerava irrilevante la documentazione trasmessa in data 4.8.2023 dalla società (omissis) s.r.l., a seguito di richiesta di integrazione formulata dalla Stazione appaltante nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

4. Con ricorso in appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, la società (omissis) s.r.l. ha appellato la suddetta pronuncia, sollevando le seguenti censure: "1. *Error in iudicando. Omessa declaratoria di inammissibilità delle censure articolate dalla ricorrente in primo grado con memoria del 19/12/23, mai notificata. Violazione e falsa applicazione art. 43 e 120 c.p.a. Violazione e falsa applicazione art. 101 c.p.c.*; 2. *Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione punto 3.1 del disciplinare di gara anche in relazione al decreto del MIMS 15 luglio 2022. Violazione e falsa applicazione artt. 30, 32, 83, 95 d.lgs. 50/16*; 3. *Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione violazione punto 3.1 del disciplinare di gara anche in relazione al decreto del MIMS 15 luglio 2022. Violazione e falsa applicazione artt. 30,32,83,95 d.lgs. 50/16 in relazione all'art. 1 l. 36/23. Violazione art. 18 e allegato 10 Dir. 2014/24 UE.*"

5. Il Comune di (omissis) si è costituito con memoria, concludendo per l'accoglimento dell'appello.

6. La società (omissis) s.p.a. si è difesa, riproponendo nel presente giudizio, ai sensi dell'art. 101, comma 2, d.lgs. n. 104 del 2010, le censure non esaminate dal T.A.R. nel corso del giudizio di primo grado, e concludendo per il rigetto del gravame.

7. Le parti con memorie hanno precisato le proprie difese.

8. Con ordinanza cautelare n. (omissis) del 2024, questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare presentata in via incidentale da parte appellante.

9. All'udienza del 13 giugno 2024, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

10. Con il primo mezzo, la società (omissis)s.r.l. ha lamentato il fatto che il Collegio di prime cure avrebbe omesso di valutare l'eccezione preliminare formulata dal Comune di (omissis), resistente in primo grado.

In particolare, in sede di replica, l'Ente municipale aveva eccepito che, nella memoria depositata dalla ricorrente in data 19 dicembre 2023 era stata introdotta una nuova censura, non proposta nei termini decadenziali e neppure notificata, che aveva determinato una inammissibile modifica del *thema decidendum*. A parere dell'appellante, solo con la suddetta memoria, la società (omissis) s.p.a. aveva affermato che la Commissione non avrebbe dovuto assegnare alcun punteggio per il criterio di cui al punto 3.1, non tanto perché il requisito non

fosse posseduto dall'aggiudicataria (come sostenuto in un primo momento), ma perché, sebbene il requisito fosse stato dimostrato in sede di verifica di congruità, *'la Commissione si sarebbe dovuta basare esclusivamente sulla dichiarazione apposta dalla concorrente a pag. 13 della propria offerta'*.

In sostanza, a parere dell'appellante, la ricorrente in primo grado avrebbe introdotto una nuova doglianza, sostenendo che la dimostrazione del possesso del requisito da parte dell'aggiudicataria doveva risultare già evidente nell'offerta tecnica presentata in sede di gara e che le successive 'integrazioni' non potevano assumere rilevanza ai fini dell'attribuzione del punteggio. Diversamente da quanto sostenuto dal Tribunale adito, la contestazione di sostituzione dei veicoli, oltre che gratuita e non provata, non poteva rappresentare un mero sviluppo argomentativo della censura relativa alla violazione del criterio di attribuzione del punteggio sub. 3.1 del disciplinare di gara, rubricato *'Caratteristiche dei mezzi utilizzati nell'esecuzione del servizio'*, essendo attinente, in linea teorica, alla violazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, mai contestata dalla (omissis) s.p.a. in nessuna delle critiche sollevate con il ricorso introduttivo.

11. Con il secondo mezzo, si denuncia l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui il Collegio ha ritenuto che la Commissione di gara ha male interpretato l'offerta presentata dalla società (omissis) s.r.l., attribuendo il massimo del punteggio per il criterio teso a premiare l'impiego di mezzi oggetto di incentivo ambientale. L'appellante deduce che effettivamente nell'offerta tecnica era stato fatto riferimento a *'tutti bus (2+1 di riserva), con alimentazione a gasolio, Classe Euro 6.D: con sistemi di accessibilità ad utenti diversamente abili; di nuova immatricolazione (2022/2023)'*, e che successivamente, su richiesta di chiarimenti della Stazione appaltante aveva provveduto a caricare sul portale della Centrale Unica di Committenza, in data 4.8.2023, il messaggio 34590 nel quale si reiterava l'errore di classificazione ambientale dei veicoli offerti per riproduzione del testo erroneo dell'offerta tecnica, ma si allegava la documentazione relativa ai due mezzi da utilizzare, comprese le fatture di acquisto 527 e 528 del 1.6.2023 (antecedenti alla data del 24.7.2023 di scadenza del termine di presentazione delle offerte per la gara) emesse (omissis) s.r.l., da cui risultava la classe ambientale dei veicoli, che rientrava tra quelle beneficiarie di incentivi ambientali ai sensi del D.M. Infrastrutture e Trasporti del 15.7.2022.

L'esponente riferisce di avere reiterato l'errore di classificazione dei mezzi da impiegare stabilmente nell'esecuzione del servizio, indicando ancora la classe ambientale Euro 6.D, quando invece era palese, dal tenore delle fatture allegate, che si trattasse di autobus Euro 6.E.

12. Con la terza censura, l'appellante lamenta che il Collegio di primo grado, al fine di garantire la tutela della *par condicio*, correttezza, trasparenza e proporzionalità, sarebbe pervenuto all'effetto di pretermettere ai suddetti principi la tutela di valori di rango costituzionale, quali quello della tutela dell'ambiente e della salute, così come declinati dall'art. 30 d.lgs. 50 del 2016 rubricato *'Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni'* e dall'art. 18 Direttiva 2014/24 CE.

La società ricorrente richiama anche il 'principio del risultato' enunciato dal nuovo Codice dei

contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), il quale, sebbene non applicabile *ratione temporis*, sarebbe immanente nel sistema ordinamentale. Secondo l'appellante, il suddetto principio avrebbe condotto in ogni caso ad esercitare il potere discrezionale riconosciuto all'Amministrazione nella scelta del contraente, tenendo anche presente il valore oggettivo della prestazione offerta sin dall'inizio dall'originaria aggiudicataria della commessa.

13. I suddetti motivi attinenti a profili connessi vanno trattati congiuntamente.

Il Collegio, per ragioni di priorità logica, esamina preliminarmente il secondo e il terzo mezzo, tenuto conto che l'analisi del primo mezzo va posta in relazione con gli esiti argomentativi relativi alle suddette censure.

14. Le critiche non sono fondate.

14.1. Risulta dai fatti di causa che tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica l'art. 3.1 del disciplinare di gara prevede la *'presenza nel parco mezzi di autobus che usufruiscono di incentivi ambientali (metano, elettrici, ibridi ecc.) (5 punti per mezzo per un max di dieci punti)'* e che per tale criterio la società (omissis) s.r.l. conseguito dieci punti.

Come ammesso dall'appellante, effettivamente, nell'offerta tecnica è stato fatto riferimento a *"tutti i bus (2+1 di riserva), con alimentazione a gasolio, Classe Euro 6.D: con sistema di accessibilità ad utenti diversamente abili; di nuova immatricolazione (2022/2023)"*.

Quindi, è stata precisata non solo la Classe Euro 6.D, ma anche l'alimentazione del mezzo che sarebbe stata a gasolio.

La società ricorrente ha qualificato come 'errore' la suddetta classificazione ambientale, riferendo che tale 'errore' sarebbe stato reiterato anche successivamente, quando su sollecitazione della Stazione appaltante, con Messaggio num. 34451 del 26.7.2023 del R.U.P., che richiedeva *'...le soluzioni tecniche adottate (INDICARE ad esempio, risparmio energetico, mezzi utilizzati, informatizzazione servizi, materiale fornito ecc.)'* ha caricato sul portale della Centrale Unica di Committenza, in data 4.8.2023, il Messaggio n. 34590 del seguente tenore : *'In riferimento alla vs richiesta di integrazioni, Vi comunichiamo che i mezzi di cui alla nostra offerta tecnica sono MOBI INDCAR che sono già nella nostra disponibilità (sono in deposito in attesa di immatricolazione) ved.ft. 527 ft. 528 ft. 526 a telaio. In caso di aggiudicazione si immatricoleranno col titolo rilasciato dal comune in questione come scuolabus. Essendo nuovi sono EURO 6D e dal contratto si evince che sono dotati di pedana manuale disabili"*.

Quindi, non è contestato che i mezzi indicati dalla società appellante nell'offerta tecnica non rientravano tra quelli ammessi alle agevolazioni di cui all'art. 3 del Decreto del Ministero delle infrastrutture del 12.7.2022, recante la disciplina relativa alle *'modalità di erogazione delle risorse finanziarie, destinate ad incentivare le imprese autorizzate all'esercizio della professione di trasportatore su strada di persone a investire nel rinnovamento del parco autobus ad elevata sostenibilità ecologica ad alimentazione alternativa o a gasolio euro VI step E'*.

A sostegno della tesi dell'errore nella redazione dell'offerta tecnica, l'appellante deduce di avere trasmesso alla Stazione appaltante, in data 4.8.2023, le fatture di acquisto di autoveicoli di classe 6.E. Invero, diversamente da quanto ritenuto dalla società ricorrente, la suindicata documentazione non è utilizzabile a fini probatori, tenuto conto che, come precisato dal T.A.R. nella sentenza impugnata, costituisce una modifica sostanziale dell'offerta tecnica da ritenersi del *“tutto inammissibile in quanto proposta oltre il termine di scadenza per la partecipazione alla gara (ovvero il 24/7/23) e, precisamente, nel sub-procedimento di valutazione dell'anomalia”*.

Come più volte chiarito dalla giurisprudenza di settore, l'errore materiale in cui è incorso l'operatore economico nella compilazione dell'offerta tecnica è emendabile quando, nel contesto dell'offerta, esso è riconoscibile come tale dalla stazione appaltante perché non sussistono dubbi circa la volontà del concorrente, e lo stesso può essere rettificato senza ricorrere a fonti esterne all'offerta.

In particolare, è stato chiarito 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 dell'offerta; la sua correzione deve a sua volta consistere nella mera riconduzione della volontà (erroneamente) espressa e quella, diversa, inespressa ma chiaramente desumibile dal documento, pena l'inammissibile manipolazione o variazione postuma dei contenuti dell'offerta, con violazione del principio della *par condicio* dei concorrenti (Cons. Stato, sez. V, n. 5344 del 2022; id. n. 2592 del 2022; id. 5638 del 2021).

Inoltre, come sopra si è specificato, l'operazione di correzione dell'errore materiale deve fondarsi su elementi significativi dell'errore desumibili dall'atto stesso, e non già da fonti esterne, quali atti chiarificatori o integrativi dell'offerta in gara (Cons. Stato, n. 6462 del 2020; id. n. 1347 del 2020), potendo, peraltro, l'interprete fare ricorso a una, purchè minima, attività interpretativa, finalizzata alla correzione di errori di scritturazione o di calcolo (Cons. Stato, n. 1034 del 2023; id. n. 2022 del 5344; id. n. 1487 del 2014).

Nella specie, la società (omissis) s.r.l. ha inteso effettuare una rettifica postuma dell'offerta tecnica, a mezzo di produzione documentale versata negli atti di gara in data 4.8.2023, dopo il termine di scadenza per la partecipazione alla gara (il 24.7.2023) e nell'ambito del sub – procedimento di valutazione dell'anomalia, e soprattutto pur avendo ribadito che i mezzi offerti in gara erano di classe Euro 6.D, in questo modo alterando successivamente i contenuti dell'offerta tecnica, e perseguendo un vantaggio competitivo in violazione principio di parità tra i concorrenti.

Come evidenziato dal T.A.R., *“tali atti si riferiscono ad autobus diversi da quelli tempestivamente dichiarati nell'offerta tecnica e, quindi, concretizzano un'inammissibile modifica postuma dell'offerta stessa”*.

Va rammentato, infatti, che la materia degli appalti pubblici è, in quanto espressione di interessi pubblici generali, informata al rispetto dei principi generali, di derivazione costituzionale e unionale, di imparzialità, buon andamento, trasparenza dell'agire (v. artt. 97, 41 e 43 Cost.), nonché all'eludibile tutela dei principi di concorrenza e di *par condicio* tra gli

operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale (v. artt. 101 e 102 TFUE).

Conseguenza diretta dell'applicazione di tali tutele è la garanzia dei principi generali della immodificabilità e della non ambiguità dell'offerta, posti a tutela della imparzialità e trasparenza nell'agire della Stazione appaltante.

Il Collegio rileva che i suddetti principi vanno coniugati con l'indirizzo condiviso della giurisprudenza di settore secondo cui, in applicazione del principio di autoresponsabilità, ciascuno dei concorrenti *'sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione'* (Cons. Stato, Ad. pl. 25 febbraio 2014, n. 9).

All'impresa che partecipa a pubblici appalti è richiesto un grado di professionalità e di diligenza superiore alla media: una diligenza che non riguarda solo l'esecuzione del contratto, ma anche le fasi prodromiche e genetiche, tra cui, in primo luogo quella della redazione degli atti necessari alla partecipazione alla gara (Cons. Stato, n. 448 del 2022). Considerato che la procedura di gara si è svolta a mezzo di Piattaforma telematica di *e – procurement* di proprietà della DigitalPA, nelle gare telematiche il ricorrente è a conoscenza delle modalità e della tempistica della procedura, pertanto eventuali errori devono essere dallo stesso sopportati (Cons. Stato, n. 2372 del 2024).

Dai suddetti rilievi consegue che non si può ritenere che il primo giudice sia incorso nella omissione di tutela dei valori costituzionali come il diritto alla salute e il diritto ad un ambiente salubre, avendo il Collegio fatto buon governo dei principi declinati dalla *lex specialis*, finalizzati proprio all'utilizzo, per l'esecuzione del servizio, di automezzi idonei a beneficiare dei c.d. 'incentivi ambientali'.

14.2. Vanno respinte anche le altre censure.

Con il primo mezzo, la società (omissis) s.r.l. denuncia l'introduzione di un nuovo tema di giudizio legato ad un mutamento degli elementi contenutistici dell'offerta dell'aggiudicataria, effettuato con memoria di merito del 19.12.2023 dalla società (omissis) s.p.a. con la quale argomenta circa l'inutilizzabilità della documentazione versata in data 4.8.2023 agli atti di gara. L'eccezione di inammissibilità, spiegata dal Comune di (omissis) nel corso del giudizio di primo grado, a dire dell'appellante, sarebbe stata erroneamente disattesa, in quanto *"la contestazione di sostituzione dei veicoli, oltre che gratuita e non provata, non può ad alcun titolo rappresentare un mero sviluppo argomentativo della censura relativa alla violazione del criterio di attribuzione del punteggio sub.31 del disciplinare di gara, rubricato 'Caratteristiche dei mezzi utilizzati nell'esecuzione del servizio', ma attiene, in linea teorica, alla violazione dell'art. 83, co.9 d.lgs. 50/16, mai contestata dalla (omissis) s.p.a. in alcuna delle sue censure di primo grado"*.

La critica non può essere condivisa.

Con l'atto introduttivo della lite parte ricorrente aveva contestato l'erroneità dell'attribuzione del punteggio in riferimento al contenuto dell'offerta della controinteressata, laddove

l'irrilevanza della documentazione prodotta in sede di giustificazioni, che è stata eccepita con memoria depositata il 19.12.2023, costituisce, come sottolineato dal Collegio di prima istanza, una deduzione difensiva a fronte delle argomentazioni articolate dal Comune di (omissis).

Secondo la giurisprudenza di legittimità, da cui non vi sono motivi per discostarsi, la modifica o la precisazione consentita del *thema decidendum* deve avere un respiro più ampio, idoneo a tutelare l'interesse della parte ad ottenere giustizia, senza trincerarsi dietro regole sganciate dalla realtà.

Infatti: *“ridurre la modificazione ammessa ad una sorta di precisazione o addirittura di mera diversa qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto significherebbe (...) costringere la parte che abbia meglio messo a fuoco il proprio interesse e i propri intendimenti in relazione ad una determinata vicenda sostanziale (...) a rinunciare alla domanda già proposta per proporre una nuova in un altro processo (...) ovvero a continuare il processo seguendo un risultato non perfettamente rispondente ai propri desideri ed interessi, per poi eventualmente proporre una nuova domanda (...) dinanzi ad altro giudice”*(Cass.SS.UU., sentenza 15.6.2015 n. 12310).

Né appaiono convincenti le ulteriori denunce introdotte con il terzo mezzo, condivise anche dal Comune di (omissis) con memoria, con le quali si assume che gli esiti del giudizio non hanno tenuto conto del 'principio del risultato' e di quello della 'fiducia', recentemente introdotti dal d.lgs. n. 36 del 2023, dovendosi condividere quanto asserito dalla società (omissis) s.p.a., secondo cui sono proprio i suddetti principi che confermerebbero le conclusioni espresse dal primo giudice, in quanto *'l'enfatizzazione del principio del risultato non può portare a massimizzare il valore oggettivo della prestazione offerta sin dall'inizio dall'originario aggiudicatario della commessa'*.

Neppure si può ritenere che l'applicazione del 'principio del risultato' e del 'principio della fiducia' possa consentire all'Amministrazione di violare i criteri che rappresentano il sestante delle procedure di gara, ossia la tutela della concorrenza e la *par condicio competitorum*.

Se è vero che l'Amministrazione deve tendere al miglior risultato possibile, in difesa dell'interesse pubblico, tale risultato deve essere comunque il più 'virtuoso' e viene raggiunto selezionando gli operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali espressione di una affidabilità che su di essi dovrà essere riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento.

15. In definitiva, l'appello va respinto ed ogni altra questione proposta dalle parti deve ritenersi assorbita.

16. Le spese di lite del grado seguono il criterio della soccombenza come liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna l'appellante e il Comune di (omissis) alla rifusione delle spese di lite del grado a favore della società (omissis) s.p.a., che si liquidano in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge se dovuti.

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

Guida alla lettura

Con **sentenza n. 7798/2024**, la V Sezione del Consiglio di Stato si pronuncia sui **limiti di emendabilità dell'errore materiale** commesso dall'operatore economico nella compilazione dell'offerta tecnica.

In primo grado, l'originaria ricorrente – nell'ambito di una procedura di assegnazione del servizio di trasporto scolastico – impugna il punteggio dell'aggiudicataria (controinteressata) in relazione a specifica **premialità** dalla stessa conseguita ("*autobus che usufruiscono di incentivi ambientali*").

La **sentenza di prime cure accoglie il ricorso**, assumendo l'effettiva mancanza, nell'offerta formulata dall'aggiudicataria, di autobus conformi al cennato *criterio premiale* e, soprattutto, l'irrelevanza della documentazione integrativa, trasmessa dalla medesima aggiudicataria in fase di verifica dell'anomalia.

La decisione del T.A.R., coglie l'occasione per ribadire, in linea di principio, che:

a) l'errore materiale che non inficia l'offerta del concorrente deve sostanziarsi in un **mero refuso riconoscibile *ictu oculi*** dalla lettura del documento dell'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 l'inammissibile manipolazione o variazione postuma dei contenuti dell'offerta, con **violazione del principio della *par condicio dei concorrenti***;

b) la connessa operazione di correzione deve fondarsi, quindi, su **elementi significativi dell'errore desumibili dall'atto stesso**, e non già da fonti esterne, quali atti chiarificatori o integrativi dell'offerta in gara, potendo, peraltro, l'interprete fare ricorso a una, purché **minima, attività interpretativa**, finalizzata alla correzione di errori di scritturazione o di calcolo.

L'appellante introduce, in sede di gravame, una pluralità di censure.

In primo luogo, egli meglio esplicita la natura dell'errore dedotto, consistente nell'indicazione, in offerta, di autobus non assistiti da incentivi ambientali ai quali, effettivamente, non si correlava l'attribuzione del connesso punteggio premiale; tale disattenzione, però, sarebbe stata, puntualmente, emendata per effetto del deposito, in sede di sub-procedimento di verifica dell'anomalia, della fatturazione relativa ai mezzi da utilizzare (aventi data antecedente a

quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte) da cui risultava la **effettiva classe ambientale dei veicoli**.

In secondo luogo, ad avviso dell'appellante, il Collegio di primo grado, nell'assumere inemendabilità dell'errore, avrebbe pretermesso, in favore della **par condicio, correttezza, trasparenza e proporzionalità**, la tutela di valori superiori di rango costituzionale, quali quello della **tutela dell'ambiente e della salute**.

Infine, sempre secondo l'argomentare dell'appellante, il cd. **principio del risultato** – immanente nel sistema ordinamentale, sebbene non applicabile *ratione temporis* – avrebbe dovuto comunque orientare l'Amministrazione nella scelta del contraente, tenendo presente il **valore oggettivo della prestazione offerta** sin dall'inizio dall'originaria aggiudicataria.

Ritiene, invece, la Sezione, che, nella fattispecie dedotta, appare incontestato che i mezzi indicati dalla società appellante nell'offerta tecnica non rientravano tra quelli ammessi alle agevolazioni. L'appellante ha inteso, invece, effettuare una **rettifica postuma dell'offerta tecnica**, a mezzo di produzione documentale versata negli atti di gara solo dopo il termine di scadenza per la partecipazione alla gara, in questo modo alterando successivamente i contenuti dell'offerta tecnica, e perseguendo un **vantaggio competitivo in violazione principio di parità tra i concorrenti**.

Di contro, noto e consolidato orientamento di segno contrario, ammette l'**emendabilità dell'errore materiale** in cui è incorso l'operatore economico nella compilazione dell'offerta tecnica solo quando, nel contesto dell'offerta, esso è riconoscibile come tale dalla stazione appaltante perché non sussistono dubbi circa la volontà del concorrente, e lo stesso può essere rettificato senza ricorrere a fonti esterne all'offerta, quali atti chiarificatori o integrativi dell'offerta in gara (Cons. Stato, sez. V, n. 5344 del 2022; id. n. 2592 del 2022; id. 5638 del 2021).

Quanto, invece, alle ulteriori censure mosse dall'appellante, il Collegio rammenta che la materia degli appalti pubblici è informata al rispetto dei principi generali, di derivazione costituzionale e unionale, di **imparzialità, buon andamento, trasparenza dell'agire** (v. artt. 97, 41 e 43 Cost.), nonché all'eludibile **tutela dei principi di concorrenza e di par condicio tra gli operatori economici** che prendono parte alla procedura concorsuale (v. artt. 101 e 102 TFUE).

Conseguenza diretta dell'applicazione di tali tutele è la garanzia dei principi generali della **immodificabilità e della non ambiguità dell'offerta**, posti a tutela della imparzialità e trasparenza nell'agire della Stazione appaltante.

Il Collegio rileva che i suddetti principi vanno coniugati con l'indirizzo condiviso della giurisprudenza di settore secondo cui, in applicazione del **principio di autoreponsabilità**, ciascuno dei concorrenti "*sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione*" (Cons. Stato, Ad. pl. 25 febbraio 2014, n. 9). Per altro verso, all'operatore che partecipa a pubblici appalti è richiesto un **grado di professionalità e di diligenza superiore alla media**: una diligenza che non

riguarda solo l'esecuzione del contratto, ma anche le fasi prodromiche e genetiche, tra cui, in primo luogo, quella della redazione degli atti necessari alla partecipazione alla gara (Cons. Stato, n. 448 del 2022).

Dai suddetti rilievi, il Collegio ne fa conseguire che:

a) il primo Giudice ha fatto buon governo dei principi declinati dalla *lex specialis*, finalizzati proprio all'utilizzo, per l'esecuzione del servizio, di automezzi idonei a beneficiare dei c.d. *incentivi ambientali*;

b) l'invocata applicazione del *principio del risultato* e del *principio della fiducia* non può consentire all'Amministrazione di violare i criteri che rappresentano il sestante delle procedure di gara, ossia **la tutela della concorrenza e la *par condicio competitorum***.

Ed invero, se l'Amministrazione deve tendere al miglior risultato possibile, in difesa dell'interesse pubblico, tale risultato deve essere comunque il più *virtuoso* e viene raggiunto selezionando gli operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali espressione di una affidabilità che su di essi dovrà essere riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento.

Proprio quest'ultimo passaggio argomentativo costituisce lo spunto più interessante della sentenza in commento che – ancorché reiterativo, nel tenore, di altra pronuncia (cfr. TAR Sicilia, Catania, III, 12 dicembre 2023, n. 3738) – consente al Collegio di tratteggiare, sullo sfondo, un rapporto di *coessenzialità* tra *risultato*, inteso come *fine*, e *concorrenza* intesa come *metodo*.

La **preminenza del principio di risultato sembra trovare, quindi, soprattutto nella fase di scelta del contraente, un evidente limite di contemperamento nel principio della concorrenza cd. *nel mercato***, funzionale, cioè, non tanto (e non più) alla mera garanzia dei partecipanti, quanto, in ottica pubblicistica, alla individuazione dell'offerta migliore.