

**APPALTI - BANDI - LEX SPECIALIS - VALUTAZIONE - OFFERTA TECNICA -
CRITERI ABNORMI E IRRAGIONEVOLI - CLAUSOLE IMMEDIATAMENTE
ESCLUDENTI**

I criteri di valutazione dell'offerta tecnica, qualora abnormi e irragionevoli, rientrano nell'ipotesi di "clausole immediatamente escludenti" in quanto rendono impossibile all'operatore economico il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara e, dunque, rendono impossibile formulare un'offerta consapevole.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 1350/2025

Publicato il 18/02/2025

N. 01350/2025REG.PROV.COLL.

N. 04898/2024 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 numero di registro generale 4898 del 2024, proposto da [REDACTED] S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 98992038BC, rappresentata e difesa dagli avvocati [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

FATTO e DIRITTO

1. Con avviso pubblico del giugno 2023, la ██████████ S.p.A. - ██████████ ██████████ ha indetto una gara pubblica, in modalità telematica e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dei servizi di pulizia e servizi accessori delle aree interne ed esterne all'aeroporto, per il triennio 2023-2026 e con un importo complessivo a base d'asta di euro 1.830.742,11.

1.1. All'esito delle operazioni di gara, con provvedimento del 29 gennaio 2024, l'appalto è stato aggiudicato al ██████████ con punti 87,9294, dei quali 69,9003 per l'offerta tecnica e 18,0291 per l'offerta economica (ribasso del 17%), mentre la ██████████ S.r.l., odierna appellante, si è classificata al quattordicesimo posto, con punti 75,5119, dei quali 48,4641 (riparametrato a 57,9938) per l'offerta tecnica e 17,5181 per l'offerta economica (ribasso del 16,05%).

1.2. Il criterio di aggiudicazione previsto dalla legge di gara era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con la possibilità di attribuire massimo 80 punti per l'offerta tecnica e massimo 20 punti per l'offerta economica.

1.3. L'attribuzione del punteggio relativo all'offerta tecnica era regolata da diversi criteri, indicati all'art. 4.1 del Disciplinare, tra cui il criterio A3 "*Dimensionamento della struttura operativa*", nonché, nell'ambito dello stesso, il subcriterio "A.3.1"*Incremento del monte ore annuo offerto e garantito per l'erogazione dei servizi ordinari di pulizia di base, rispetto a quanto previsto nel Capitolato Tecnico (80.594 ore/anno)*" e il subcriterio A.3.4 "*Incremento del monte ore giornaliero offerto e garantito per il servizio accessorio di altissima stagione, rispetto a quanto previsto dal Capitolato Tecnico (presidio bagni altissima stagione - minimo 5.520 h)*", da applicarsi utilizzando l'apposita formula prevista dallo stesso art. 4.1. del Disciplinare, secondo cui "*Relativamente ai criteri A.3.1 – A.3.4, il punteggio sarà assegnato attraverso la seguente formula: $P_i = (\text{Monte ore offerto} - \text{Monte ore min previsto}) / (\text{Monte ore max} - \text{Monte ore min previsto}) * \text{peso}$ Dove: $P_i = \text{Punteggio assegnato per la componente in oggetto al concorrente } i\text{-esimo}$ Monte ore offerto = monte ore offerto dal concorrente } i\text{-esimo per il servizio oggetto di valutazione; Monte ore min previsto = monte ore minimo previsto*

dal Capitolato Tecnico per il servizio oggetto di valutazione; Monte ore max = monte ore massimo offerto tra tutti i concorrenti; Peso = punteggio massimo attribuibile per il componente oggetto di valutazione”.

1.4. Con appositi “*chiarimenti*”, pubblicati sul sito istituzionale in data 7 agosto 2023, recepiti in rettifica della *lex specialis* di gara, la stazione appaltante aveva, però, precisato, quanto al primo dei citati sub criteri, che “*In luogo di: Incremento del monte ore annuo offerto e garantito per l'erogazione dei servizi ordinari di pulizia di base, rispetto a quanto previsto nel Capitolato Tecnico (80.594 ore/anno)*” doveva leggersi “*Monte ore annuo offerto e garantito per l'erogazione dei servizi ordinari di pulizia di base*” e, quanto al secondo dei citati sub criteri, che “*In luogo di: Incremento del monte ore giornaliero offerto e garantito per il servizio accessorio di altissima stagione, rispetto a quanto previsto dal Capitolato Tecnico (presidio bagni altissima stagione - minimo 5.520 h)*” doveva leggersi “*Monte ore annuo offerto e garantito per il servizio accessorio di altissima stagione*”.

Inoltre con gli stessi “*chiarimenti*” la stazione appaltante aveva precisato che la formula da utilizzare per l'applicazione di entrambi i citati sub criteri doveva leggersi nel senso che “ $Pi = (\text{Monte ore offerto} - \text{Monte ore min offerto}) / (\text{Monte ore max} - \text{Monte ore min offerto})$ ”
* peso Dove: $Pi = \text{Punteggio assegnato per la componente in oggetto al concorrente } i\text{-esimo}$
Monte ore offerto = monte ore offerto dal concorrente i -esimo per il servizio oggetto di valutazione; Monte ore min offerto = monte ore minimo offerto fra tutti i concorrenti per il servizio oggetto di valutazione; Monte ore max = monte ore massimo offerto tra tutti i concorrenti; Peso = punteggio massimo attribuibile per il componente oggetto di valutazione”, in tal modo sostituendo l'originario riferimento al monte ore minimo previsto a base di gara con il riferimento al “monte ore minimo offerto tra tutti i concorrenti”.

2. Con ricorso proposto innanzi al Tar per la Sardegna, [REDACTED] s.r.l. (per brevità anche [REDACTED]) ha impugnato gli esiti della procedura di gara, formulando ulteriori censure con ricorso per motivi aggiunti.

3. Il giudice di *prime cure* ha respinto il ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, giudicando peraltro la maggior parte delle censure inammissibili per mancato superamento della prova di resistenza.

3.1. In particolare con il primo motivo si erano censurati i sopra descritti sub criteri di valutazione e la relativa formula di calcolo sulla base del rilievo che gli stessi fossero stati irrispettivamente modificati in corso di gara, senza un formale intervento di annullamento e ripubblicazione della *lex specialis*, che avrebbe comportato la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte.

3.1.1. Il primo giudice ha disatteso tale motivo sulla base del rilievo che, come già evidenziato in sede cautelare, i “chiarimenti” cui faceva riferimento la ricorrente erano stati, in realtà, oggetto di apposita rettifica del capitolato tecnico e disciplinare di gara, che era stata debitamente e tempestivamente pubblicato sulla pagina dedicata del Sito internet della stessa stazione appaltante, per poi, a soli fini di chiarezza, essere inserita in una nota denominata “di chiarimento”.

Pertanto la stazione appaltante, avendo pubblicato la rettifica nelle stesse forme previste per l'atto rettificato, aveva pienamente rispettato il disposto dell'art. 74 del d.lgs. n. 50 del 2016.

3.2. Con il secondo motivo la ricorrente sosteneva che le modifiche alla legge di gara, cui si è fatto dianzi riferimento, anche a voler prescindere dalla forma utilizzata per decretarle, avessero introdotto dei criteri di formulazione e valutazione delle offerte tecniche perplessi e inattendibili, inficiando la correttezza del procedimento valutativo.

In particolare, in tesi attorea, la ricorrente evidenziava che:

- quanto al sub criterio A.3.1, mentre lo stesso era stato congegnato nel Disciplinare in modo da premiare l'incremento del monte ore annuo offerto dal concorrente rispetto al monte ore minimo previsto nel Capitolato tecnico (pari a ore 80.594 ore all'anno), con i chiarimenti del 7 agosto 2023 la stazione appaltante aveva trasformato il monte ore minimo “effettivamente lavorato” di 80.586 ore/anno previsto nel Capitolato in “un monte ore stimato in 80.594 ore/anno”;
- quanto al sub-criterio A.3.4., relativo al servizio accessorio di altissima stagione, mentre lo stesso era stato strutturato dal Capitolato in modo da premiare l'incremento del monte ore giornaliero offerto rispetto al quantitativo minimo previsto dal Capitolato di gara (ore

5.520), con i chiarimenti del 7 agosto 2023 la stazione appaltante aveva eliminato, anche in questo caso, l'originario riferimento al monte ore minimo previsto dal capitolato, con conseguenze analoghe a quelle sopra evidenziate;

- quanto alla formula applicativa di entrambi i sopra descritti sub criteri, mentre nella versione indicata nel Disciplinare essa indicava come elemento di calcolo il monte ore minimo stabilito dal Capitolato, in coerenza con il tenore dei sub criteri cui doveva trovare applicazione, con i chiarimenti del 7 agosto 2023 la stazione appaltante aveva sostituito l'originario richiamo al monte ore minimo previsto dal Capitolato con il "monte ore minimo offerto tra tutti i concorrenti" e proprio sulla base di tali mutamenti la ricorrente aveva offerto n. 86.878,75 ore annuali complessive (n. 6.200 in più rispetto all'originario monte ore indicato dal Capitolato di gara, che indicava il minimo di n. 80.586 ore), ottenendo un punteggio per questa voce pari a 0.4569 su un massimo di 7 punti, mentre per meritare i più alti punteggi conseguiti le concorrenti meglio collocate in graduatoria avrebbero dovuto offrire un numero di ore annue economicamente insostenibile ed esorbitante dalle necessità della stazione appaltante, come nel caso del Consorzio aggiudicatario, il quale, avendo conseguito per la voce in esame un punteggio di 6,4823, avrebbe dovuto offrire n. 169.758,96 all'anno.

3.2.1. Il giudice di *prime cure*, relativamente a detta censura, ha accolto l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa della stazione appaltante, la quale aveva evidenziato, per un verso, che parte ricorrente si era limitata a contestare la modifica dei criteri valutativi senza minimamente preoccuparsi di evidenziare "calcoli alla mano", come sarebbe stato suo onere, se e in che misura tale modifica avesse concretamente inciso sugli esiti di gara, il che, peraltro, era stato contestato dalla difesa delle controparti.

In particolare la difesa della stazione appaltante aveva evidenziato che, quand'anche fosse stata applicata la formula nella versione originaria, la ricorrente, a seguito della riparametrazione, avrebbe potuto aspirare un punteggio tecnico complessivamente non superiore a punti 64, ragion per cui, considerato che la sua offerta economica era stata

valutata 17,51 punti, il punteggio finale complessivo della stessa ricorrente non avrebbe potuto superare 81 punti circa, inferiore a quello dell'aggiudicatario e a quello di altri 4 concorrenti.

Il giudice di *prime cure* non ha al riguardo condiviso la principale obiezione sollevata, sul punto, dalla ricorrente, la quale aveva sostenuto che la prova di resistenza non fosse necessaria in quanto la censura in esame sarebbe stata proposta allo scopo di travolgere l'intera procedura di gara, dunque a tutela di un interesse strumentale alla formulazione di un'offerta nell'ambito della nuova gara, sulla base del rilievo che la prospettazione difensiva potesse essere fondatamente sostenibile solo a fronte di censure atte a stigmatizzare aspetti patologici realmente capaci di ostacolare lo svolgimento della gara e/o la corretta formulazione dell'offerta da parte dei concorrenti, i quali, peraltro, in simili casi, avrebbero avuto l'onere di impugnare direttamente la *lex specialis* di gara così gravemente viziata entro trenta giorni dalla pubblicazione della stessa, alla luce di un consolidato e condivisibile orientamento giurisprudenziale (sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2018 e n. 1/2003), laddove la ricorrente si era limitata a contestare le modalità di attribuzione di un determinato punteggio relativo all'offerta tecnica e aveva depositato il ricorso solo nel mese di febbraio 2024, dunque ben più di trenta giorni dopo la pubblicazione del chiarimento contestato sul sito istituzionale della stazione appaltante, intervenuto nel mese di agosto 2023.

3.3. Con la terza censura [REDACTED] aveva denunciato il fatto che, in violazione degli artt. 29, 77 e 216 del d.lgs. 50/2016, la stazione appaltante, prima, non aveva fatto precedere la nomina della commissione dalla pubblicazione dei relativi criteri di scelta e, poi, non aveva reso accessibili i *curricula* dei commissari nominati.

3.3.1. Il Tar ha giudicato infondata la censura per due ordini di ragioni, evidenziando come la normativa invocata non fosse applicabile agli appalti nei settori speciali e come detta violazione peraltro non potesse condurre *ex se* all'annullamento della gara.

3.4. Con il quarto motivo di ricorso [REDACTED] aveva contestato il fatto che, in violazione dell'art. 3.8 del Disciplinare di gara, nonché degli artt. 23 e 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, la stazione appaltante non avesse indicato nella legge di gara il costo della manodopera.

Il primo giudice ha giudicato la censura tardiva, perché avrebbe dovuto essere impugnata nei termini la *lex specialis* di gara, e comunque infondata, in quanto nella *lex specialis* di gara vi erano plurime indicazioni sul costo della manodopera.

3.5. Con l'atto di motivi aggiunti la ricorrente era tornata sulla questione relativa alla formula utilizzata dalla stazione appaltante per dare concreta applicazione ai sub criteri di valutazione A.3.1 e A.3.4, sostenendo che la linea difensiva tenuta sul punto dalla difesa comunale, invece di smentire le censure formulate nel ricorso introduttivo, avesse evidenziato nuovi elementi di illegittimità inficianti gli esiti di gara.

La ricorrente, in particolare, richiamava quanto affermato dalla difesa comunale con memoria del 23 febbraio 2024 riguardo al fatto che *“verosimilmente, al fine di rendere applicabile la formula di attribuzione del punteggio previsto a seguito della formale rettifica (...) anche all'offerta col monte orario più basso -che in tal caso avrebbe dovuto ricevere il punteggio di zero, atteso che il numeratore avrebbe dato zero- la Commissione ha probabilmente ritenuto di semplificare l'espressione di tale calcolo con la formula (monte ore offerto/monte ore massimo offerto) x 7, che garantisce punteggi e uno sviluppo proporzionale degli stessi pressoché analogo”*, per sostenere che, stando così le cose, [REDACTED] S.p.A, ai fini dell'attribuzione del punteggio di cui ai sub criteri A.3.1 e A.3.4, avrebbe utilizzato addirittura una terza formula matematica, diversa sia da quella leggibile nella versione originaria dalla legge di gara sia da quella successivamente introdotta con la modifica del 7 agosto 2023, riassumibile come *“Monte ore offerto/monte ore massimo offerto x 7”*, e questo benché la Commissione di gara avesse dichiarato a verbale di applicare la formula matematica originariamente indicata dalla *lex specialis*.

Sosteneva, inoltre, [REDACTED] che dalla memoria difensiva di [REDACTED] S.p.A emergava un ulteriore elemento di novità rappresentato dal fatto che, ai fini del calcolo dei punteggi relativi ai sub criteri A.3.1 e A.3.4, la Commissione avesse utilizzato - non già i valori indicati

dai concorrenti nei moduli facenti parte del progetto esecutivo allegato all'offerta tecnica, cioè il numero di ore complessivamente offerto, bensì- il valore indicato dai concorrenti stessi nel c.d. *file tech*, il che avrebbe implicato un ulteriore profilo di illegittimità perché il *file tech* non sarebbe stato dalla stazione appaltante aggiornato alle modifiche introdotte in corso di gara, per cui la ricorrente (al pari di altre concorrenti) avrebbe indicato il monte ore aggiuntivo rispetto al minimo posto a base di gara come inizialmente richiesto, a differenza di altre concorrenti, tra cui il Consorzio aggiudicatario, che avevano, invece, inserito nel modulo il numero complessivo di ore offerte annuali, il che avrebbe scorrettamente influito sull'attribuzione dei punteggi in quanto, se avesse, invece, indicato il numero di ore complessivamente offerte, la ricorrente avrebbe potuto conseguire un punteggio superiore.

3.5.1. La censura è stata ritenuta dal Tar inammissibile per difetto della prova di resistenza, in quanto, come evidenziato dalle difese di entrambe le controparti, la ricorrente aveva sul punto prodotto soltanto una tabella illustrativa della corrispondenza tra i punteggi attribuiti e quella che sarebbe stata "la terza formula" utilizzata dalla commissione, senza, però, sviluppare alcun ragionamento o deduzione illustrativa di quelli che sarebbero stati, invece, i diversi e più favorevoli punteggi scaturenti dall'invocata applicazione della seconda formula, cioè quella derivante dai cc.dd. "chiarimenti" ovvero dalla formula originariamente prevista dalla legge di gara.

Il Tar ha inoltre evidenziato, quanto al secondo profilo di doglianza, riferito, al mancato aggiornamento del modulo allegato al *file tech*, come neppure questo profilo di censura coglieva nel segno, in quanto, oltre al già evidenziato difetto della necessaria prova di resistenza, lo stesso non aveva tenuto conto del fatto che con il chiarimento n. 68.6 la stazione appaltante aveva precisato che "*il monte ore indicato al criterio tecnico A3.1 [e non già il mero incremento: n.d.r.] deve essere pari alla somma delle ore indicati ai moduli OT1+OT2+OT3+OT4+OT5*", con ciò facendo chiaramente riferimento al monte ore complessivamente offerto.

4. Avverso la sentenza di prime cure [REDACTED] ha formulato i seguenti tre motivi di appello

I) *Error in iudicando*. Violazione e falsa applicazione dell'art. 4 del Disciplinare. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. 50 del 2016. Violazione dell'art. 3 della l. 241 del 1990. Violazione dei principi di imparzialità, trasparenza, par condicio, buon andamento. Violazione del principio dell'autovincolo. Disparità di trattamento. Contraddittorietà e irragionevolezza. Violazione dell'art. 97 Cost.

Con tale motivo parte appellante critica la statuizione di *prime cure* nella parte in cui non aveva accolto la censura formulata avverso l'operato della stazione appaltante che, con i chiarimenti illegittimamente adottati, aveva modificato da un punto di vista sostanziale la *lex specialis* di gara.

In tesi di parte appellante la suddetta rettifica della legge di gara, resa nota unicamente tramite la pubblicazione sul sito istituzionale della [REDACTED], era del tutto illegittima e travolgeva l'intera gara, incidendo sulla complessiva valutazione delle offerte tecniche; pertanto detti chiarimenti, anche se avevano portato ad una asserita rettifica della *lex specialis* di gara, avrebbero dovuto comportare la ripubblicazione degli atti di gara e la riapertura di tutti i termini previsti dalla *lex specialis* per la partecipazione.

In tesi di parte appellante, se si fossero conosciute le reali condizioni della gara *de qua* (come poi seguite dall'amministrazione), gli operatori economici che avevano partecipato avrebbe calibrato diversamente la propria offerta, mentre altri operatori, inizialmente non interessati (anche in ragione, ad esempio, della fissazione del monte ore minimo da incrementare) avrebbero viceversa potuto partecipare alla gara se fossero stati messi in grado di conoscere, attraverso idonea pubblicazione, le reali richieste della stazione appaltante.

Peraltro la sentenza di *prime cure*, secondo la prospettazione attorea, sarebbe errata anche nel punto in cui aveva affermato che tutte le comunicazioni dovevano essere effettuate con pubblicazione sul sito, posto che tale comunicazione, cui si riferiva il disciplinare di gara, non poteva afferire alle modifiche sostanziali della *lex specialis* di gara.

II) *Error in iudicando*. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, in particolare dell'art 4 del Disciplinare. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. 50 del 2016. Violazione dell'art. 3 della l. 241 del 1990. Violazione dei principi di trasparenza e imparzialità. Disparità di trattamento. Violazione del principio dell'autovincolo. Contraddittorietà ed irragionevolezza. Violazione dell'art. 97 Cost. Difetto di motivazione.

Con il secondo originario motivo di ricorso, la ██████████ aveva rilevato che i criteri di valutazione delle offerte tecniche, come modificati dalla Stazione Appaltante, fossero del tutto perplessi ed inattendibili, inficiando così la correttezza del procedimento valutativo.

██████████ aveva puntualmente dimostrato, a partire dai valori offerti dalla società stessa e dai punteggi ad essa attribuiti, che i concorrenti che avevano ottenuto punteggi più alti avrebbero dovuto offrire un quantitativo di ore annue totalmente esorbitante le necessità della stazione appaltante e, ad ogni modo, economicamente insostenibile.

L'appellante, in relazione a tale censura, ha criticato la statuizione di inammissibilità resa dal primo giudice in riferimento al mancato superamento della prova di resistenza, sulla base del rilievo che con tale motivo si era censurata non la modifica dei criteri valutativi (di cui s'era detto nel primo motivo di diritto), quanto, invece, l'assoluta illogicità ed irragionevolezza della valutazione delle offerte tecniche operata dalla stazione appaltante, con specifico riferimento ai criteri A.3.1 e A.3.4. Ciò in quanto, in tesi, l'applicazione della formula aritmetica prevista dalla *lex specialis* al fine dell'attribuzione del punteggio previsto per i *sub criteri* citati aveva fatto emergere esiti totalmente illogici.

Peraltro, in tesi, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice di *prime cure*, nessun onere di impugnativa della *lex specialis* di gara gravava sull'esponente società, la quale, con il motivo di diritto di cui si tratta, si era limitata a contestare l'illogicità delle modalità di attribuzione del punteggio dei sub criteri A.3.1 e A.3.4, lamentando una totale inattendibilità dei risultati delle operazioni condotte dalla commissione e chiedendo per tali ragioni la caducazione dell'intera gara.

Peraltro la formula aritmetica utilizzata dalla stazione appaltante per l'attribuzione dei punteggi di cui ai criteri A.3.1 e A.3.4 non era stata quella dichiarata nel verbale di gara, quanto piuttosto una nuova ed ulteriore, introdotta arbitrariamente dalla commissione di cui non si trovava alcuna corrispondenza negli atti di gara.

Ed invero, in tesi di parte appellante, la stazione appaltante, a fronte delle censure sollevate dalla ██████████ nel secondo motivo di ricorso, e dovendo giustificare il proprio (confuso) operato, aveva dichiarato che i punteggi attribuiti per i sub criteri A.3.1 e A.3.4 erano il risultato dell'applicazione di una nuova formula aritmetica, diversa sia da quella originariamente prevista dal Disciplinare e dal Capitolato, sia da quella successivamente introdotta con la (illegittima) modifica del Disciplinare.

Nello specifico, la difesa della stazione appaltante nella memoria del 23.02.2024, aveva affermato che *“verosimilmente, al fine di rendere applicabile la formula di attribuzione del punteggio previsto a seguito della formale rettifica (...) anche all'offerta col monte orario più basso -che in tal caso avrebbe dovuto ricevere il punteggio di zero, atteso che il numeratore avrebbe dato zero- la Commissione ha probabilmente ritenuto di semplificare l'espressione di tale calcolo con la formula (monte ore offerto/monte ore massimo offerto) x 7, che garantisce punteggi e uno sviluppo proporzionale degli stessi pressoché analogo”*.

La stazione appaltante, nella prospettazione di parte appellante, dunque del tutto arbitrariamente aveva fatto applicazione di una formula matematica non prevista in alcuno degli atti di gara, in patente violazione del principio dell'autovincolo.

Avuto riguardo alle gravi illegittimità della *lex specialis* di gara, parte appellante afferma che la statuizione di *prime cure* era errata nel punto in cui aveva fatto riferimento al mancato assolvimento della prova di resistenza, sulla base del rilievo che, per pacifica giurisprudenza, la dimostrazione della prova di resistenza non rileva ai fini della realizzazione dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

In tesi attorea dunque l'arbitraria applicazione di una formula aritmetica non prevista in alcuno degli atti di gara da parte della commissione, in patente violazione del principio dell'autovincolo, avrebbe inciso direttamente su tutto il segmento di attribuzione dei

punteggi ed altresì sulla *lex specialis* di gara, dovendo dunque procedersi alla rinnovazione *ab origine* della stessa gara.

Peraltro parte appellante assume come in assenza di una corretta verbalizzazione da parte dell'amministrazione resistente, l'esponente società non aveva potuto neppure individuare la formula matematica utilizzata dai commissari al fine di calcolare e attribuire i punteggi quantitativi di cui ai punti A.3.1 e A.3.4; peraltro su tale specifico profilo di censura il Tar nulla aveva detto, conclamando altresì il vizio di omessa pronuncia.

III. *Error in iudicando*. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, in particolare dell'art 4 del Disciplinare. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. 50 del 2016. Violazione dell'art. 3 della l. 241 del 1990. Violazione dei principi di trasparenza e imparzialità. Disparità di trattamento. Violazione del principio dell'autovincolo. Contraddittorietà ed irragionevolezza. Violazione dell'art. 97 Cost. Difetto di motivazione. Con tale motivo parte appellante reitera la censura formulata *in prime cure*, riferita all'asserito mancato aggiornamento dei *file tech* rispetto alle modifiche intervenute in corso di gara con le quali, era stato espunto il riferimento ad un monte ore minimo tassativamente previsto dalla stazione appaltante, criticando al riguardo il capo della sentenza secondo cui “*neppure questo profilo di censura coglie nel segno, in quanto, oltre al già evidenziato difetto della necessaria prova di resistenza, lo stesso non tiene conto del fatto che con il chiarimento n. 68.6 la stazione appaltante aveva precisato che “il monte ore indicato al criterio tecnico A3.1 [e non già il mero incremento: n.d.r.] deve essere pari alla somma delle ore indicati ai moduli OT1+OT2+OT3+OT4+OT5”, con ciò facendo chiaramente riferimento al monte ore complessivamente offerto*”.

5. Si è costituito in resistenza il [REDACTED], con riproposizione delle censure di rito, ex art. 101 comma 2 c.p.a., assorbite dal giudice di *prime cure* ed assumendo l'inammissibilità del primo motivo di appello, in quanto riferito all'atto di rettifica, per violazione del divieto di *ius novorum*, di cui all'art. 104 c.p.a. posto che *in prime cure* erano stati formulati rilievi solo avverso i chiarimenti.

Ha inoltre eccepito che inammissibile, in quanto proposto solo con i motivi aggiunti, era il motivo riferito ai mancati aggiornamenti dei *file tech*, trattandosi di doglianza che avrebbe dovuto essere articolata già con il ricorso introduttivo.

6. Si è del pari costituito [REDACTED], assumendo come la contestazione in merito all'avventura rettifica del disciplinare e alla modifica della formula matematica per l'attribuzione dei punteggi sia, comunque, o inammissibile per difetto di interesse o irricevibile per tardività, così come ritualmente già dedotto in primo grado.

Ciò in quanto o l'appellante aveva formulato la propria offerta oraria senza tener conto della rettifica e, quindi, dando per buona e applicabile la prima formula prevista dal testo originario del disciplinare. E, per tale evenienza, si era ampiamente dimostrato che, anche facendo utilizzo della prima formula, l'appellante non avrebbe comunque superato la prova di resistenza, con conseguente inammissibilità del motivo.

Oppure, la rettifica del disciplinare e della formula avrebbe reso impossibile per la società appellante la formulazione di un'offerta seria e consapevole e, allora, il disciplinare e agli altri atti della procedura avrebbero dovuto essere impugnati immediatamente e, quindi, le censure svolte soltanto a seguito dell'aggiudicazione dovevano considerarsi irricevibili per tardività, non essendo certamente sostenibile un interesse alla caducazione della gara del tipo "*nell'interesse della legge*".

7. Le parti, in vista dell'udienza di discussione, hanno prodotto articolate memorie di discussione e di replica, insistendo nei rispettivi assunti.

8. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 17 ottobre 2024.

9. Ciò posto i tre motivi di appello possono essere esaminati congiuntamente, potendo gli stessi essere disattesi sulla base del rilievo del mancato assolvimento da parte dell'appellante della prova di resistenza, atta a portare all'aggiudicazione della gara in suo favore

Ciò in quanto nessuna delle censure formulate *in prime cure*, riproposte nell'odierna sede di appello – in cui non è stata reiterata la censura riferita alla mancata previsione nella *lex specialis* di gara dell'importo della manodopera - sono *ex se* idonee a determinare un

travolgimento dell'intera procedura di gara, ma al più di un segmento della medesima procedura di gara, per cui parte appellante sarebbe stata onerata dall'assolvimento della prova di resistenza, non potendo altrimenti l'annullamento del segmento della procedura di gara, in tesi affetto da illegittimità, portare alcun effetto utile per la parte, ove all'esito della reiterazione di detto segmento, l'appellante non possa comunque conseguire l'aggiudicazione.

9.1. Pertanto la sentenza di *prime cure* si regge sufficientemente sul rilievo secondo il quale, con riferimento a diverse censure, ha ritenuto che la ricorrente non avesse assolto all'onere probatorio circa il mancato superamento della prova di resistenza, rilievo questo da estendersi, ad avviso di questo giudice, anche in riferimento all'asserita illegittima modifica della *lex specialis* di gara – disattesa dal primo giudice - di cui all'odierno primo motivo di appello, come peraltro eccepito dalla stazione appaltante; ciò in quanto la statuizione di inammissibilità della censura deve normalmente precedere – salva l'applicazione del criterio della ragione più liquida – il vaglio della sua fondatezza.

Ed invero la norma positiva enucleabile dal combinato disposto degli artt. 76, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c., impone di risolvere le questioni processuali e di merito secondo l'ordine logico loro proprio, assumendo come prioritaria la definizione di quelle di rito rispetto a quelle di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali (nell'ordine, giurisdizione, competenza, capacità delle parti, *ius postulandi*, ricevibilità, contraddittorio, estinzione), rispetto alle condizioni dell'azione (tale fondamentale canone processuale è stato ribadito anche da Cons. Stato, ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10).

Giova pertanto al riguardo richiamare la giurisprudenza in materia secondo la quale nel giudizio amministrativo l'art. 101 c.p.a. (d.lgs. n. 104 del 2010) - che fa riferimento a "specifiche censure contro i capi della sentenza gravata" - deve essere coordinato con il principio di effetto devolutivo dell'appello, in base al quale è rimessa al giudice di secondo grado la completa cognizione del rapporto controverso, con integrazione - ove necessario -

della motivazione della sentenza appellata e senza che rilevino, pertanto, le eventuali carenze motivazionali di quest'ultima” (ex multis Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2021, n. 3308; 17 gennaio 2020, n. 430; 13 febbraio 2017, n. 609).

9.2. Ed invero per costante giurisprudenza il ricorso deve essere considerato inammissibile per carenza di interesse in tutte le ipotesi in cui l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo non sia in grado di arrecare alcun vantaggio all'interesse sostanziale del ricorrente (ex multis Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2024, n. 803).

In ragione di questi rilievi possono peraltro intendersi superate anche le ulteriori eccezioni preliminari di rito sollevate dalle appellate, dovendo decidersi la causa sulla base della ragione più liquida, in ossequio al superiore principio di economia dei mezzi processuali (Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5).

9.3. In tale prospettiva risulta errata la prospettazione di cui muove l'atto di appello, fondata sul rilievo che le censure formulate *in prime cure* erano volte alla caducazione della procedura di gara, ai fini della coltivazione dell'interesse strumentale alla riedizione della procedura, affinché questa fosse svolta nel rispetto dei principi fondamentali dell'evidenza pubblica, quali la trasparenza, la pubblicità, la *par condicio*, il legittimo affidamento, l'autovincolo, la libera concorrenza; principi che sarebbero stati invece, in tesi, platealmente violati dalla pubblica amministrazione nel procedimento di gara *de quo*, privando gli operatori economici interessati di un regolare svolgimento della procedura.

10. Ed invero, quanto al primo motivo di appello si condivide la prospettazione di parte appellante, peraltro non disconosciuta dal giudice di *prime cure* - secondo cui la stazione appaltante, lungi dal limitarsi all'emanazione di chiarimenti sulla *lex specialis* di gara aveva provveduto altresì alla rettifica della medesima *lex specialis* di gara, oggetto di pubblicazione sul sito della stazione appaltante - secondo la quale con i chiarimenti non può procedersi alla modifica sostanziale della *lex specialis* di gara.

10.1. È noto infatti come secondo la granitica giurisprudenza amministrativa i chiarimenti resi dalla stazione appaltante nel corso della procedura di gara sono ammissibili purché non

modifichino la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, cristallizzata nella *lex specialis*, avendo i medesimi una mera funzione di illustrazione delle regole già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni di gara. Gli stessi possono, infatti, costituire interpretazione autentica con cui l'Amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*: ciò è tuttavia consentito soltanto nelle ipotesi in cui non sia ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dall'amministrazione ed il tenore letterale delle clausole chiarite, in caso di contrasto dovendo darsi prevalenza alle clausole della *lex specialis* e al significato desumibile dal tenore delle stesse, per quello che oggettivamente prescrivono (ex multis Cons. Stato, sez. V, n. 4758 del 2020 e giurisprudenza ivi richiamata).

10.2. Peraltro, in disparte dal profilo di inammissibilità del primo motivo di appello - in quanto, in tesi del consorzio ██████████ non proposto *in prime cure*, con violazione del divieto di *ius novorum* ex art. 104 c.p.a. - formulato avverso l'atto di rettifica della *lex specialis* di gara, con cui si evidenzia che la pubblicazione della rettifica non era sufficiente, dovendo la modifica della legge di gara avvenire tramite pubblicazione sulla G.U., con riapertura dei termini di presentazione, delle offerte - occorre osservare che anche tale motivo, non sia idoneo né all'annullamento dell'aggiudicazione, né all'annullamento dell'intera procedura di gara.

10.2.1. Detto motivo infatti, determinando la reviviscenza della *lex specialis* di gara originaria, ovvero prima della formulazione dell'(illegittima) rettifica, non sarebbe *ex se* idoneo, in mancanza del superamento della prova di resistenza, in applicazione della medesima *lex specialis* di gara antecedente l'atto di rettifica, a determinare né un travolgimento del provvedimento di aggiudicazione, né un annullamento dell'intera procedura di gara, dovendo procedersi al più alla ripetizione della gara a partire dall'adozione dell'atto di rettifica.

10.3. Ed invero la prova di resistenza, in relazione a questo, come gli altri motivi di appello, con cui del pari si critica l'erronea applicazione ad opera della stazione appaltante della *lex specialis* di gara originaria, e comunque anche l'erronea applicazione della *lex specialis* di gara risultante dal provvedimento di rettifica, in quanto in tesi si era fatta applicazione di una terza formula ad opera della commissione, era necessaria al fine di addivenire all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, non potendo le censure formulate condurre all'annullamento dell'intera procedura di gara, ma al più alla ripetizione della gara a partire dal segmento in cui si erano consumate le dedotte illegittimità.

Pertanto era onere della parte ricorrente dimostrare *in prime cure* che, senza le dedotte illegittimità, si sarebbe aggiudicata la gara.

10.4 Detta prova di resistenza era del tutto esigibile, posto che le censure formulate, riferite all'attribuzione di punteggi all'offerta tecnica, erano riferibili non già all'applicazione di punteggi discrezionali da parte della commissione di gara, bensì a punteggi derivanti dall'applicazione di una formula matematica, in tesi di parte appellante modificata da parte della stazione appaltante con l'atto di rettifica/chiarimento e poi ulteriormente modificata ad opera della commissione giudicatrice.

La parte pertanto ben avrebbe dovuto e potuto dunque dimostrare che, applicando la formula prevista dalla *lex specialis* di gara originaria, non oggetto di alcuna impugnativa, si sarebbe aggiudicata la gara, avendo riguardo al punteggio dell'offerta tecnica, da assegnarsi alla luce della formula originaria, ovvero avrebbe potuto e dovuto dimostrare di potersi aggiudicare la gara in assenza delle ulteriori illegittimità dedotte con i motivi di ricorso, reiterati nella presente sede, ivi compresi i motivi riferiti al mancato aggiornamento dei *file tech*, in disparte dal rilievo di inammissibilità (*rectius* irricevibilità) formulato dalla controinteressata *in prime cure* e riproposto nell'odierna sede.

11. Detti rilievi valgono anche relativamente a quanto dedotto con il secondo motivo di appello con cui si reitera il secondo motivo del ricorso di *prime cure*, posto che l'asserita illogicità dei criteri fissati dalla stazione appaltante per l'attribuzione dei punteggi tecnici era

da intendersi riferita ai criteri fissati con l'atto di rettifica e non con la *lex specialis* di gara originaria.

Pertanto la statuizione di *prime cure*, in disparte da quanto evidenziato da parte della stazione appaltante circa la necessità di tempestiva impugnativa della *lex specialis* di gara quale risultante dall'atto di rettifica, risulta del tutto corretta in considerazione del rilievo che l'accoglimento della stessa non determinerebbe giammai l'annullamento dell'intera procedura di gara, ma solo del segmento della procedura di gara a partire dall'atto di rettifica.

Peraltro, ove mai detto motivo fosse da riferirsi ai criteri indicati nella *lex originaria* di gara – ma dalla formulazione del secondo motivo del ricorso di *prime cure* ciò deve escludersi – lo stesso avrebbe dovuto essere formulato con la tempestiva impugnativa della *lex specialis* di gara, ovvero entro trenta giorni dalla pubblicazione, in quanto in tesi impeditiva della stessa presentazione dell'offerta tecnica e del calcolo della convenienza tecnica ed economica.

11.1. Ed invero, come ricordato da Cons. Stato, Ad. Plen. 26 aprile 2018, n. 4, la giurisprudenza ha a più riprese puntualizzato che vanno fatte rientrare nel genus delle “*clausole immediatamente escludenti*” (da impugnarsi tempestivamente) le fattispecie di:

a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (Cons. Stato., sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);

b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3 del 2001);

c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135; id., sez.

III, 23 gennaio 2015, n. 293); e) clausole impositive di obblighi *contra ius* (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222); f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.); g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421).

11.2. Ciò posto la censura, over riferita alla lex originaria di gara, in quanto diretta a contestare l'assoluta abnormità e irragionevolezza dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, avrebbe impedito la stessa presentazione dell'offerta ovvero il calcolo della convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, rientrando pertanto nell'ipotesi sub c).

12. I rilievi precedentemente formulati circa il mancato superamento della prova di resistenza determinano l'assorbimento della censura riferita alla mancata verbalizzazione ad opera della stazione appaltante dei criteri seguiti per la valutazione delle offerte tecniche, in relazione alla quale pertanto non è ravvisabile il vizio di omessa pronuncia, avendo all'evidenza il primo giudice ritenuto di non dovere esaminare il motivo sotto questo ulteriore profilo, proprio per l'evidenziato mancato superamento della prova di resistenza, del tutto esigibile alla luce di quanto dianzi esposto.

13. L'appello va pertanto respinto, dovendosi confermare la sentenza di *prime cure*, sia pure in parte con diversa motivazione, dovendo il ricorso di *prime cure*, con specifico riferimento alle censure reiterate nella presente sede, ritenersi inammissibile.

14. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni, in considerazione dei motivi della decisione e della peculiarità della fattispecie, per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando la sentenza appellata, sia pure in parte con diversa motivazione.

Compensa le spese di lite

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Diana Caminiti

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO