

## Sul rapporto fra gli atti che concorrono a formare la *lex specialis* della gara pubblica

di Elena Cogo

Data di pubblicazione: 22-3-2021

1. Le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e soltanto dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara ovvero abbia quantomeno manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura. Invero, importano l'onere dell'immediata impugnazione solo le clausole del bando considerate "immediatamente escludenti", vale a dire quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse dei concorrenti siccome atte a precludere per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale un'utile partecipazione alla gara (1).

2. Il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale sono connotati ciascuno da una propria autonomia e da una propria peculiare funzione nell'economia della procedura, il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara e il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando. Tuttavia essi costituiscono, insieme, la *lex specialis* della gara, in tal modo assumendo carattere vincolante non solo nei confronti dei concorrenti ma anche dell'Amministrazione appaltante, in attuazione dei principi enunciati dall'articolo 97 della Carta costituzionale. Quanto agli eventuali contrasti interni tra le singole disposizioni della *lex specialis* e alla loro risoluzione, fra i ricordati atti sussiste nondimeno una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara, laddove le disposizioni del capitolato speciale possono integrare ma non modificare le prime (2).

(1) Conforme Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1595; id., sez. V, 8 gennaio 2021, n. 284; id., sez. III, 28 settembre 2020, n. 5706; id. sez. V, 12 aprile 2019, n. 2387; id., A.P., 26 aprile 2018, n. 4, id., sez. VI, 7 marzo 2018, n. 1469; id., V, 26 giugno 2017, n. 3110; id., sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; id., A.P., 7 aprile 2011, n. 4; id., sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293; id., sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282; id., sez. V, 25 giugno 2014, n. 3203; id., sez. IV, 7 novembre 2012 n. 5671; id., A.P., 29 gennaio 2003, n. 1. In senso contrario, ad esempio, T.A.R. Roma, Lazio, sez. III, 7 maggio 2020, n. 4808; T.A.R. Venezia, Veneto, sez. I, 3 maggio 2018, n. 477.

(2) Conforme T.A.R. Brescia, Lombardia, sez. I, 10 febbraio 2021, n. 143; id., sez. I, 6 maggio 2020, n. 334; T.A.R. Roma, Lazio, sez. I, 18 settembre 2019, n. 11067; Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2018, n. 6721; id., sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497; id., sez. V, 9 ottobre 2015, n. 4684; id., sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; id. sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; id., sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364; id. 11 luglio 2013, n. 3735; id., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1769; id., sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439; id., sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297; id., sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981; id. 23 giugno 2010, n. 3963; id., sez. V, 23 giugno 2010, n. 3963; id. 25 maggio

2010, n. 3311; id., 12 dicembre 2009, n. 7792.

## Guida alla lettura

Nuovamente il Consiglio di Stato torna a confrontarsi con **il tema dei rapporti fra gli atti che concorrono a formare la legge di gara.**

Prima di affrontare il *thema decidendum* giova esaminare taluni elementi in fatto che hanno portato alla sentenza che si commenta.

La vicenda all'origine della pronuncia qui pubblicata prende le mosse dall'atto di indizione, da parte di una Asl, di una gara pubblica volta all'affidamento del servizio assistenziale triennale per la gestione della residenzialità e semi residenzialità psichiatrica, con possibile rinnovo per un ulteriore anno.

Secondo le regole della gara, che prevedevano la suddivisione in quattro lotti relativi a diversi ambiti territoriali della stessa Asl, l'offerta sarebbe stata calcolata in base al criterio dell'offerta economica più vantaggiosa. In particolare, sarebbero stati attribuibili un valore massimo di 70 all'offerta tecnica e un valore massimo di 30 all'offerta economica.

Il Disciplinare di gara individuava, nell'art. 3, il criterio per calcolare il valore economico dell'offerta nel valore al ribasso delle offerte e rinviava, nell'art. 4, per la formula da utilizzare ai fini del calcolo all'art. 18 del Capitolato di gara; ma, in verità, tale norma non conteneva formula alcuna, questa essendo prevista nell'art. 19 del Capitolato.

Alla procedura selettiva partecipavano sei concorrenti fra i quali una Cooperativa Sociale e un'Ati. All'esito della selezione, la prima si aggiudicava il lotto 3 con il punteggio di 99,01, di cui 70,00 punti per l'offerta tecnica e 29,01 per l'offerta economica; l'Ati raggiungeva il punteggio di 95,44, di cui 65,82 per l'offerta tecnica e 29,62 per l'offerta economica.

Così essendosi collocata al secondo posto della graduatoria, l'Ati si determinava a contestare, innanzi al Tar Campania, sede di Napoli, la delibera che sanciva la mancata aggiudicazione della gara in suo favore, stante la ritenuta presenza di diversi profili di illegittimità lesivi della propria sfera giuridica.

Assumeva a sostegno del ricorso, anzitutto, la violazione degli articoli 3 e 4 del Disciplinare di gara e, di conseguenza dell'art. 18 del Capitolato cui l'art. 4 faceva rinvio. Invero, tali

disposizioni individuavano il criterio del valore del ribasso delle offerte economiche, ma tale criterio veniva disatteso dall'art. 19 del Capitolato di gara in favore di quello del valore assoluto delle stesse. Richiamava, poi, l'autolimito imposto con la lettura del verbale di gara durante una seduta pubblica dal Presidente della commissione di gara, che individuava il criterio di calcolo dell'offerta economica nella formula prevista nell'art. 18 del Capitolato di gara. Infine, deduceva l'illegittimità dell'art. 19 del Capitolato atteso il contrasto sia con le citate disposizioni della *lex specialis* di gara sia con l'autolimito.

Con sentenza 17 luglio 2020, n. 3182, il Tribunale Amministrativo Regionale di Napoli accoglieva parzialmente il ricorso annullando l'aggiudicazione del lotto 1 e disponendo la riedizione della intera gara.

Interponeva appello avverso la pronuncia la Stazione appaltante deducendo l'erroneità della medesima nelle parti in cui non aveva riconosciuto l'irricevibilità del ricorso di primo grado, l'illegittimità dell'applicazione della formula prevista dall'art. 19 del Capitolato tecnico nonché la contraddittorietà insita nella *lex specialis* della gara, quanto al profilo del criterio di valutazione dell'offerta economica.

Si costituiva in giudizio la concorrente aggiudicataria sostenendo la fondatezza nel merito dell'appello, ma nel contempo riproponendo l'eccezione processuale di tardività dell'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

Con la pronuncia *de qua* la Terza Sezione del Consiglio di Stato respinge il gravame confermando la pronuncia del giudice di prime cure.

Narrata brevemente la fattispecie oggetto della pronuncia che occupa, ben si può comprendere come sia pregiudiziale interrogarsi in merito alla **connotazione "immediatamente" escludente ovvero non escludente delle clausole della *lex specialis* di gara pubblica recanti il criterio di valutazione delle offerte e la formula matematica individuata per scegliere l'offerta economicamente più vantaggiosa.**

Tale è, invero, la *quaestio iuris* sottesa all'eccezione di tardività dell'impugnazione dell'atto di aggiudicazione riproposta dalla appellata.

Ebbene, il predetto quesito non è meramente speculativo atteso che l'esatta individuazione della portata – escludente o non escludente – delle clausole della *lex specialis* di gara reca con sé conseguenze di non poco momento sotto il profilo della tutela processuale. Invero, con riguardo alle prime clausole sussiste l'onere di immediata impugnazione, mentre le seconde devono essere impugunate unitamente all'atto lesivo.

La risposta a tale interrogativo rappresenta, con palmare evidenza, la premessa logica prima ancora che giuridica per affrontare le ulteriori questioni che la vicenda impone di indagare. Invero, solo laddove si acclari la connotazione non escludente delle clausole di cui trattasi, si potrà addivenire alla risoluzione della eccezione proposta dalla aggiudicataria e avrà quindi senso interrogarsi sulla fondatezza nel merito del gravame proposto.

E' chiaro infatti che l'aggiudicataria ha sollevato l'eccezione di tardività assumendo la natura "*immediatamente*" escludente delle clausole oggetto di contestazione.

Il Consiglio di Stato ritiene non suscettibile di positiva valutazione il motivo dell'appello che solleva l'eccezione di tardiva proposizione del ricorso.

E a tale conclusione perviene muovendo dai principi di diritto affermati dalle fondamentali pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 29 gennaio 2003, n. 1 e 7 aprile 2011, n. 4, seguite da altra pronuncia della stessa Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9, che, come noto, sono stati variamente interpretati dalla giurisprudenza a proposito della maggiore o minore portata da attribuire alla nozione di "*clausole del bando immediatamente escludenti*".

Principi in ossequio ai quali le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e soltanto dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara ovvero quantomeno abbia espresso formalmente il proprio interesse alla procedura selettiva.

Invero, importano l'onere di immediata impugnazione le clausole considerate "*immediatamente escludenti*" ossia quelle che, con assoluta e oggettiva certezza, incidono direttamente sull'interesse dei concorrenti in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara. Si tratta di clausole afferenti ai requisiti di partecipazione *ex se* ostativi all'ammissione dell'interessato ovvero, al più, di clausole che impongono ai fini della partecipazione oneri o termini procedurali o adempimenti propedeutici di impossibile soddisfazione o manifestamente incomprensibili o ancora del tutto spropositati rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, ingenerando difficoltà o impossibilità di formulare un'offerta consapevole e competitiva.

Le restanti clausole, siccome non immediatamente lesive, devono essere impugnate, secondo la regola generale della impugnazione, "*a valle*" insieme all'atto che definisce la gara e identifica in concreto il soggetto negativamente inciso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva. Invero, a fronte di una clausola illegittima della *lex specialis* di gara, ma non impeditiva della partecipazione, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale e, quindi, in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare.

Tali clausole postulano la preventiva partecipazione alla gara, ma la partecipazione stessa non impedisce ai concorrenti di dedurre comunque il carattere lesivo delle disposizioni del bando in sede di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

Presupposto necessario dell'onere di immediata impugnazione delle clausole della *lex specialis* è, dunque, l'impossibilità per l'impresa interessata di partecipare alla procedura selettiva.

Richiamati i suddetti principi giurisdizionali, il Consiglio di Stato, nella pronuncia in commento, fa espressa adesione ai medesimi senza riserva alcuna.

Ne fa quindi applicazione alla fattispecie che ha dato origine alla vicenda *de qua* concludendo come non sia revocabile in dubbio che **il criterio di valutazione delle offerte e la formula matematica individuata per la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa – ove non escluda in modo assoluto la formulazione dell'offerta stessa – non abbiano portata escludente ma impingano solo sul punteggio alle medesime attribuito**. Dal che, la relativa impugnazione è ammessa soltanto nel momento in cui con l'aggiudicazione dell'affidamento ad altro concorrente si sia concretizzata la lesione.

Ancora, argomenta che ai fini dell'individuazione della natura non escludente della clausole delle *lex specialis* quel che assume rilievo determinante è **la non immediata lesione della sfera giuridica del concorrente**, a nulla valendo la ragione sottesa alla dedotta censura del criterio di calcolo da applicare alle offerte pervenute per l'individuazione di quella economicamente più vantaggiosa, atteso che questi avrebbe potuto in ogni caso aggiudicarsi la gara.

Infine, osserva come la contraddittorietà della formula per l'attribuzione del punteggio afferente all'offerta economica non abbia impedito a tutti i concorrenti di presentare un'offerta, di tal che **non si è concretizzato il presupposto in presenza del quale possa dirsi evocabile un onere di immediata impugnazione della clausola, vale a dire l'impossibilità di partecipare alla procedura selettiva**.

In definitiva, le clausole che attengono alla distribuzione dei punteggi per la valutazione dell'offerta economica, dunque, non appaiono in alcun modo rapportabili al concetto di "*clausole escludenti*", nel senso che non sembrano configurabili quali oggettivi impedimenti alla formulazione di un'offerta consapevole e ponderata.

Sciolto in senso positivo il dubbio preliminare intorno alla qualificazione delle clausole della *lex specialis* di cui trattasi e superata l'eccezione di tardività dell'impugnazione sollevata dall'aggiudicataria, si può dunque proseguire con l'illustrazione della seconda *quaestio iuris* posta all'attenzione della Terza Sezione, che ruota intorno al **rapporto esistente tra bando di gara, disciplinare e capitolato speciale nei contratti pubblici e ai modi per risolvere l'eventuale contrasto fra i tre tipi di atti che formano la *lex specialis* di gara**. Più precisamente, quest'ultimo profilo impone di interrogarsi su quale criterio soccorra in presenza di antinomie fra le prescrizioni contenute nella *lex specialis* e, in definitiva, su quale disposizione sia destinata a prevalere.

Nella fattispecie *de qua*, infatti, le diverse previsioni contenute nella legge di gara relative alla formula da utilizzare per individuare il punteggio da assegnare all'offerta economica hanno determinato incertezza nella regola della procedura, di tal che si è posta l'esigenza di fare chiarezza e di indicare la sicura disciplina da applicare, salvando ove possibile la procedura selettiva svoltasi.

Quanto al rapporto tra bando di gara, disciplinare e capitolato speciale, la Terza Sezione

richiama la costante giurisprudenza amministrativa la quale ha individuato **la gerarchia interna degli atti che concorrono a formare le fonti della procedura di gara**. Ed invero, siffatta giurisprudenza ha chiarito che pur se il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale siano connotati ciascuno da una propria autonomia e da una peculiare funzione nell'economia della procedura, il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara e il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando con particolare riferimento, di norma, agli aspetti tecnici anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale, **tutti insieme costituiscono la *lex specialis* della gara**. In tal modo si sottolinea il carattere vincolante che tutte quelle disposizioni assumono nei confronti sia dei concorrenti sia anche dell'Amministrazione appaltante. Quest'ultima è tenuta a dare piena e integrale attuazione non potendo disapplicarle, in omaggio ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento postulati dall'art. 97 della Costituzione e al più generale principio di buona fede, neppure qualora esse risultino inopportunamente e incongruamente formulate, salva la possibilità di procedere in autotutela al loro annullamento.

Quanto alle eventuali discrasie interne che possono sorgere fra le singole disposizioni della *lex specialis* e alla loro risoluzione, è stato osservato, da parte della medesima giurisprudenza, che i ricordati atti presentino nondimeno **una gerarchia differenziata** preordinata a dirimere i contrasti stessi, in un contesto di evidenza pubblica caratterizzato, anche nella predisposizione della *lex specialis* da una sviluppata procedimentalizzazione, **che vede in linea di massima prevalere le prescrizioni contenute nel bando di gara**, laddove le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare ma non modificare le prime.

Venendo alla vicenda *de qua*, il Consiglio di Stato constata che è evidente la confusione ingenerata da una legge di gara che ha introdotto due criteri antitetici per l'individuazione del valore dell'offerta economica, ma che i principi di diritto testè richiamati non possono trovare pratica applicazione.

Invero, l'impossibilità di superare la contraddittorietà delle disposizioni sulla formula utilizzata per calcolare il valore dell'offerta economica più vantaggiosa è determinata dal fatto che lo stesso Capitolato prevede regole non conformi, il che aggrava la confusione in ordine alla disciplina cui avere riguardo.

Giova rilevare che sussiste in capo all'Amministrazione che indice la gara un obbligo di chiarezza, espressione del più generale principio di buona fede. La violazione di tale obbligo reca con sè, in virtù del principio di autoresponsabilità, che le conseguenze derivanti dalla presenza di clausole contraddittorie nella *lex specialis* di gara non possano ricadere sul concorrente che abbia incolpevolmente riposto affidamento su di esse.

E ciò anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla P.A. di operare in modo chiaro e lineare così da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative.

Tutte le disposizioni che in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara per la scelta del contraente, siano esse contenute nel bando ovvero nella lettera d'invito e nei loro allegati (disciplinare e capitolato), concorrono a formarne la

disciplina e ne costituiscono, insieme, la *lex specialis*.

Di tal che, in caso di oscurità ed equivocità o erroneità riconducibili alla Stazione appaltante, un corretto rapporto tra Amministrazione e privato, improntato al rispetto dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa, di imparzialità e di buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto di cui all'art. 1337 c.c., **impone che della disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede, interpretando la clausola per ciò che essa espressamente afferma** e che il concorrente sia dispensato dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche e integrative, ulteriori e inespressi significati.

Il Consiglio di Stato conclude nel senso che **una lettura idonea a superare l'ambiguità non sia possibile** nel caso che occupa.

Gli atti della gara *de qua* sono stati redatti in modo non lineare nel loro insieme, pur essendo singolarmente considerati di pacifica comprensione.

L'evidente contraddittorietà tra due norme del Capitolato non può essere liquidata semplicisticamente come frutto di un mero errore. Appare infatti arduo – anche ove si acceda alla tesi del refuso –, condividere la conclusione dell'appellante, secondo cui non è dubbio che ad essere “palesamente” sbagliata sia la formula dell'art. 18 del Capitolato – la cui rubrica evidenzia però come la norma prescriva il “*Criterio di valutazione delle offerte*” – mentre a dover essere inequivocabilmente seguito sarebbe il successivo art. 19, che però introduce la “*Descrizione dell'offerta tecnica*”, come indica la sua rubrica.

Nella vicenda *de qua* si tratta non di disposizioni poco chiare di cui deve essere compresa la portata, ma di contrasto fra regole predisposte dalla *lex specialis* di gara.

***Rebus sic stantibus*, non può trovare applicazione neppure il principio elaborato da una pacifica giurisprudenza amministrativa** secondo cui l'interpretazione della *lex specialis* soggiace, **similmente a quella di tutti gli atti amministrativi, alle regole stabilite per i contratti di diritto privato dagli articoli 1362 e ss. del codice civile**, fra le quali assume rilievo preminente quella collegata all'interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, fermo restando, per un verso, che il giudice deve in ogni caso ricostruire l'intento perseguito dall'Amministrazione e il potere concretamente esercitato alla stregua del contenuto complessivo dell'atto (c.d. interpretazione sistematica) e, per altro verso, che gli effetti del provvedimento, in virtù del criterio di interpretazione di buona fede, ex art. 1366 c.c., devono essere individuati solo alla stregua di quel che il destinatario possa ragionevolmente intendere.

Di tal che, il Consiglio di Stato non potendo salvare la procedura selettiva espletatasi opta per l'annullamento dell'intera gara.

**Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7495 del 2020, proposto dalla Asl Na 2 Nord, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Mario R. Spasiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

***contro***

la Cooperativa Stella Società Cooperativa Sociale, Consorzio Matrix Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio, nonché;

***nei confronti***

della Cooperativa Sociale Elleuno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vincenzo Cannizzaro e Luciana Caroli, e con questi elettivamente domiciliata presso il loro Studio in Roma, Corso d'Italia, n. 106, del Rti Consorzio Italia Coop. Soc. Consortile, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio,

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, sez. V, 17 luglio 2020, n. 3182, che ha annullato la delibera di aggiudicazione alla Cooperativa Sociale Elleuno S.C.S. del lotto 3 della gara, divisa in quattro lotti, per l'affidamento del servizio assistenziale per la gestione della residenzialità e semi residenzialità psichiatriche.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto in costituzione in giudizio della Cooperativa Sociale Elleuno S.C.S.;

Vista la memoria depositata dalla Asl Na 2 Nord in data 29 gennaio 2021;

Viste le memorie depositate dalla Cooperativa Sociale Elleuno S.C.S. in date 19 ottobre 2020 e 1 febbraio 2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore dell'udienza del giorno 18 febbraio 2021, tenutasi in videoconferenza con collegamento da remoto ai sensi dell'articolo 25, d.l. 28 ottobre 2020 n. 137, il Consigliere Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

## FATTO

1. L'Ati Stella (Cooperativa Stella Società Cooperativa Sociale insieme a Consorzio Matrix Cooperativa Sociale) ha impugnato dinanzi al Tar Napoli la delibera del Direttore Generale della Asl Na 2 Nord n. 893 del 4 luglio 2019, con la quale è stato aggiudicato, alla Cooperativa Sociale Elleuno S.C.S., il lotto 3 della gara, divisa in quattro lotti, per l'affidamento del servizio assistenziale per la gestione della residenzialità e semi residenzialità psichiatriche.

La gara era stata indetta dalla stazione appaltante con delibera n. 241 del 2018 e prevedeva 4 lotti, relativi a diversi ambiti territoriali della stessa Asl, per l'affidamento dei servizi assistenziali per una durata di 3 anni, con possibile rinnovo per un ulteriore anno.

L'offerta sarebbe stata calcolata secondo il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa e, in particolare, sarebbe stato attribuibile all'offerta tecnica un valore massimo di 70, mentre all'offerta economica un valore massimo di 30.

Il criterio per calcolare il valore economico dell'offerta veniva individuato, dall'art. 3 del Disciplinare di gara, nel valore al ribasso delle offerte e, per la formula da utilizzare per il calcolo, l'art. 4 del Disciplinare rinviava all'art. 18 del Capitolato di gara che, in realtà, non conteneva alcuna formula, che era invece contenuta all'art. 19 del Capitolato stesso.

Il citato art. 19 disponeva che: "Il Punteggio attribuito alle offerte economiche verrà calcolato sulla base della seguente formula:

$$Pe (i) = 30 \times Val \text{ min} / Val \text{ i-esima}$$

Dove:

Pe (i)= Punteggio Economico assegnabile a ciascuna offerta

Val min = Il valore complessivo dell'offerta più bassa tra le offerte ritenute valide presentate dalle ditte concorrenti;

Vai i-esima = Il Valore complessivo dell'offerta presentata dalla ditta concorrente i-esima".

La società ricorrente in primo grado ha impugnato l'aggiudicazione sulla base di diversi argomenti.

Ha in primo luogo dedotto la violazione degli artt. 3 e 4 del Disciplinare di gara e, di conseguenza dell'art. 18 del Capitolato a cui l'art. 4 rinviava, in quanto queste disposizioni individuavano il criterio del valore del ribasso delle offerte economiche, che veniva disatteso dall'art. 19 del Capitolato di gara, che, invece, utilizzava il valore assoluto delle offerte.

Ha poi richiamato l'autolimita che il Presidente della commissione di gara avrebbe imposto, dando lettura del verbale di gara durante la seduta pubblica del 27 giugno 2019, che individuava il criterio di calcolo dell'offerta economica nella formula contenuta all'art. 18 del Capitolato di gara.

Ha inoltre dedotto l'illegittimità dell'art. 19 del Capitolato che contrastava, sia con le altre citate disposizioni della lex specialis di gara, che con l'autolimita imposto dalla lettura del verbale.

2. Con sentenza 17 luglio 2020, n. 3182, la sez. V del Tar Campania, sede di Napoli, ha parzialmente accolto il ricorso Cooperativa Stella Società Cooperativa Sociale, Consorzio Matrix Cooperativa Sociale ed ha annullato l'aggiudicazione del lotto 1 ed ha disposto la riedizione della gara.

3. La sentenza del Tar Napoli n. 3182 del 2020 è stata impugnata dalla Asl Na 2 Nord, con appello notificato e depositato in data 28 settembre 2020.

La Asl ha rilevato l'erroneità della sentenza di primo grado nelle parti in cui non ha riconosciuto l'irricevibilità del ricorso di primo grado e ha ritenuto illegittima l'applicazione della formula prevista dall'art. 19 del Capitolato tecnico nonché contraddittoria la lex specialis di gara, nella parte relativa al criterio di valutazione dell'offerta economica.

4. Si è costituita in giudizio la Cooperativa Sociale Elleuno S.C.S., che ha sostenuto la fondatezza, nel merito, dell'appello.

5. All'udienza del 18 febbraio 2021, tenutasi in videoconferenza con collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25, d.l. 28 ottobre 2020 n. 137, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, la Cooperativa Stella Società Cooperativa Sociale, Consorzio Matrix Cooperativa Sociale (d'ora in poi, Cooperativa Stella), ha impugnato dinanzi al Tar Napoli la delibera del Direttore Generale della Asl Na 2 Nord n. 893 del 4 luglio 2019, con la quale è stato aggiudicato, alla Cooperativa Sociale Elleuno S.C.S. (d'ora in poi, Elleuno), il lotto 3 del servizio assistenziale triennale per la gestione delle residenzialità e semiresidenzialità psichiatriche.

In particolare, la gara, alla quale hanno partecipato sei concorrenti, è stata aggiudicata alla Elleuno con il punteggio complessivo di 99,01 (di cui 70,00 punti per l'offerta tecnica e 29,01 punti per l'offerta economica); al secondo posto si è classificata la Cooperativa Stella con 95,44 punti (di cui 65,82 punti per l'offerta tecnica e 29,62 punti per l'offerta economica).

Con la sentenza 17 luglio 2020, n. 3182 il Tar Napoli ha respinto il ricorso nella parte volta all'individuazione e applicazione della formula per l'attribuzione del punteggio afferente all'offerta economica, ritenendo non condivisibile l'assunto della ricorrente che vorrebbe applicata la sommatoria in termini percentuali - e non assoluti - dei singoli ribassi offerti.

Il giudice di primo grado ha invece giudicato fondato il terzo motivo di ricorso, con il quale è stata dedotta l'illegittimità della formula prevista dall'art. 19 del Capitolato tecnico, in concreto applicata dalla Commissione di gara, sul rilievo che la stessa finirebbe per determinare un sostanziale appiattimento dei punteggi attribuiti alle offerte economiche, con la conseguente impossibilità di utilizzare la gran parte dei trenta punti disponibili per la valutazione dell'offerta economica. Detta conclusione determinerebbe l'illegittimità della formula di cui all'art. 19 del Capitolato tecnico, stante lo "svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta". Ha chiarito il Tar che nel caso in cui l'incidenza dei costi fissi, in generale, e del costo del lavoro, in particolare, sul valore complessivo dell'affidamento è elevata, anche differenziali non eccessivi tra l'importo a base d'asta e le offerte effettivamente proposte - dovendo essere rapportati alla quota dei costi del servizio effettivamente ribassabili - finiscono per rivestire un peso determinante nei rapporti concorrenziali tra le imprese, in funzione dell'esigenza di premiare l'offerta in grado di compendiare il miglior rapporto qualità-prezzo.

Il Tar ha ritenuto altresì fondato il quinto motivo di ricorso, nella parte in cui la ricorrente denuncia, ai fini della riedizione della procedura di gara, non solo la illegittimità dell'art. 19 del Capitolato, nel senso dinanzi precisato, ma anche la contraddittorietà della *lex specialis* di gara, in ordine alla individuazione della formula da applicare per l'attribuzione dei punteggi per l'offerta economica.

La sentenza è stata impugnata dalla Asl Na 2.

La questione sottesa al gravame è la formula concretamente da applicare per l'individuazione del punteggio da assegnare all'offerta economica, anche alla luce di differenti disposizioni contenute nella *lex specialis* di gara, che possono aver determinato incertezza nella regola della procedura.

2. Preliminarmente il Collegio ritiene non suscettibile di positiva valutazione il motivo che ripropone l'eccezione di tardiva impugnazione della *lex specialis* di gara.

Soccorre sul punto la granitica giurisprudenza del Consiglio di Stato (A.P., 26 aprile 2018, n. 4; id. 29 gennaio 2003, n. 1; id. 7 aprile 2011, n. 4), correttamente richiamata dal giudice di primo grado, secondo cui le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impuginate unitamente al provvedimento lesivo e solo dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura.

Infatti, comportano l'onere dell'immediata impugnazione solo le clausole del bando considerate "immediatamente escludenti", ovvero solo quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse dei concorrenti in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara (Cons. Stato,

sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1595; id., sez. V, 8 gennaio 2021, n. 284).

Si tratta di clausole riguardanti requisiti di partecipazione ex se ostativi all'ammissione dell'interessato o, al più, di clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, dovendo, invece, le rimanenti clausole essere impugnate insieme all'atto che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto negativamente inciso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2387; id., sez. VI, 7 marzo 2018, n.1469; id., sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180). La partecipazione alla gara stessa, infatti, non impedisce ai concorrenti di dedurre comunque il carattere lesivo delle disposizioni del bando in sede di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

In applicazione di tale postulato, e con precipuo riferimento al caso di specie, è evidente che il criterio di valutazione delle offerte e la formula matematica individuata per scegliere l'offerta economicamente più vantaggiosa – ove non escluda in modo assoluto la formulazione dell'offerta stessa – non hanno portata escludente ma impingono solo sul punteggio attribuito alle stesse, con la conseguenza che la relativa impugnazione è ammessa soltanto nel momento in cui, con l'aggiudicazione della gara ad altro concorrente, si è concretizzata la lesione. Sotto questo profilo non rileva la ragione posta alla base della dedotta censura del criterio di calcolo dell'offerta, rilevante essendo solo il profilo della non immediata lesione della sfera giuridica del concorrente, che avrebbe potuto aggiudicarsi la gara anche con detta formula. Aggiungasi che la contraddittorietà della formula non ha impedito a tutti i concorrenti di presentare una offerta, con la conseguenza che non si è concretizzato il presupposto che onera alla immediata impugnazione della clausola del bando, id est l'impossibilità di partecipare alla procedura.

3. Come si è detto sub 1, il giudice di primo grado ha accolto il ricorso sia per irragionevolezza della formula utilizzata (individuata all'art. 19 del Capitolato) per calcolare l'offerta economica, che finisce per comportare lo svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta; sia per contraddittorietà tra i diversi criteri a tal fine previsti dalla lex specialis di gara.

Rileva il Collegio che entrambi i profili di illegittimità accertati dal Tar Napoli hanno come conseguenza il rifacimento dell'intera gara, con la conseguenza che a questo giudice è sufficiente accertare la corretta statuizione in ordine ad uno di essi per respingere l'appello principale.

Il Collegio condivide con il giudice di primo grado la palese contraddittorietà delle diverse previsioni contenute nel Disciplinare e nel Capitolato, che hanno reso incerta la lex specialis di gara su un punto di rilevante importanza quale è il criterio di individuazione dell'offerta economica, facendosi in alcuni casi riferimento alla sommatoria dei ribassi e, in altri, al prezzo.

Tale contraddittorietà assume carattere assorbente, senza che questo giudice debba palesare quale sarebbe stata la formula da scegliere, per non invadere una sfera di competenza discrezionale della stazione appaltante, cui spetta decidere la regola di gara, con i soli limiti

della logicità e della chiarezza, presupposto, quest'ultimo, mancante nella disciplina della procedura di cui è causa.

Ed invero, anche aderendo all'assunto della appellante, secondo cui la scelta della formula utilizzata rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, che deve verificarne la ragionevolezza ex ante – e, quindi, in astratto – e non ex post – e, dunque, a seguito della formulazione della graduatoria – certo è che la regola di gara deve essere chiara e non suscettibile di ingenerare confusione.

Nella specie, l'indicazione del criterio di calcolo dell'offerta economica era contenuta: a) all'art. 3, punto 3.5 del Disciplinare, secondo cui "l'individuazione dell'offerta economica più bassa a cui attribuire il relativo punteggio economico avverrà tenendo conto, per ciascun lotto, della sommatoria dei ribassi praticati per ogni offerta contenuta all'interno del lotto di partecipazione"; b) all'art. 4 del Disciplinare ("criterio di aggiudicazione") secondo cui "per i criteri di valutazione delle offerte e l'attribuzione dei relativi punteggi tecnici/economici, si rimanda all'art. 18 del Capitolato Speciale d'Appalto ..."; c) all'art. 18 del Capitolato, recante "criteri di valutazione delle offerte", secondo cui la determinazione del punteggio da assegnare all'offerta economica "verrà effettuata utilizzando la seguente formula di cui all'allegato P del d.P.R. n. 207 del 2010. Ai fini della valutazione delle offerte, i punteggi saranno espressi in cifre decimali e l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sarà effettuata con il metodo aggregativo compensatore di cui all'allegato P del d.P.R. n. 207 del 2010 in ragione di quella più favorevole per l'amministrazione attraverso l'assegnazione dei punteggi determinati con la seguente formula:  $C(a)$  sommatoria di  $[W_i * V(a)_i]$ "; d) all'art. 19 dello stesso Capitolato, recante "descrizione dell'offerta tecnica", che dopo aver dedicato circa 5 pagine alla descrizione del calcolo dell'offerta tecnica indica la formula di attribuzione dell'offerta economica che avrebbe dovuto aver luogo tenendo conto, per ciascun lotto, della sommatoria dei ribassi in termini assoluti – e non percentuali – praticati per ciascuna delle sottovoci indicate per il lotto di partecipazione.

Vale evidenziare, senza peraltro che tale annotazione sia rilevante al fine del decidere, che la Commissione di gara ha applicato il criterio previsto dall'art. 19 del Capitolato nonostante, per propria autodeterminazione, avesse previsto di fare riferimento alla formula introdotta dal precedente art. 18. Tanto si evince dal verbale della seduta del 27 giugno 2019, in cui si dà atto che il presidente comunicava "agli astanti che la determinazione del punteggio da assegnare all'offerta economica sarà applicata la formula prevista dall'art. 18 del Capitolato Speciale d'Appalto" e altresì ricordava che l'individuazione dell'offerta economica più bassa a cui attribuire il relativo punteggio economico sarebbe avvenuta "tenendo conto, per ciascun lotto, della sommatoria dei ribassi praticati per ogni tariffa contenuta nel lotto di partecipazione".

Contrariamente a quanto assume l'appellante, non è dubbia la confusione ingenerata dalle diverse previsioni, così come non può liquidarsi tale contraddittorietà come frutto di un mero rifiuto dovuto al "copia e incolla" di una parte di altro capitolato riferito a diversa gara. Si tratta, infatti, di una spiegazione della confusione che regna nella disciplina di gara, che fa intendere il perché della stessa ma che non la supera.

Il criterio di valutazione dell'offerta economica è infatti contenuto sia nella norma del Capitolato (art. 18, richiamato dall'art. 4 del Disciplinare, che allo stesso "rimanda" per i "criteri di valutazione delle offerte e l'attribuzione dei relativi punteggi tecnico/economici") dedicata ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica ed economica che nell'articolo (19) dello stesso Capitolato riservato alla descrizione dell'"offerta tecnica".

Evidente, dunque, la confusione provocata da una non lineare legge di gara, che ha introdotto due criteri antitetici per l'individuazione del valore dell'offerta economica.

Al fine di salvare la procedura di gara indicando la sicura disciplina alla stessa applicabile non servirebbe richiamare la costante giurisprudenza di questo giudice, che ha individuato la gerarchia interna degli atti che concorrono a formare la regola della gara.

Ed invero, la giurisprudenza del giudice amministrativo ha chiarito che benché il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto abbiano ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura, il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando, tutti insieme costituiscono la *lex specialis* della gara (Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; id., sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981; id. 25 maggio 2010, n. 3311; id. 12 dicembre 2009, n. 7792), in tal modo sottolineandosi il carattere vincolante che (tutte) quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall'art. 97).

Quanto agli eventuali contrasti (interni) tra le singole disposizioni della *lex specialis* ed alla loro risoluzione, è stato osservato che tra i ricordati atti sussiste nondimeno una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297; id. 23 giugno 2010, n. 3963), laddove le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare le prime (Cons. Stato, sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; id. 11 luglio 2013, n. 3735; id., sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439).

Nella specie, i suddetti principi non possono però trovare pratica applicazione.

L'impossibilità di superare la contraddittorietà delle disposizioni sulla formula da applicare per individuare il valore dell'offerta economica è determinata dal fatto che è lo stesso Capitolato a prevedere regole non conformi, e ciò aggrava la confusione in ordine alla disciplina cui fare riferimento.

Ed invero, sussiste in capo all'amministrazione che indice la gara l'obbligo di chiarezza (espressione del più generale principio di buona fede), la cui violazione comporta – in applicazione del principio di autoresponsabilità – che le conseguenze derivanti dalla presenza di clausole contraddittorie nella *lex specialis* di gara non possono ricadere sul concorrente che, in modo incolpevole, abbia fatto affidamento su di esse (Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497).

Tutte le disposizioni che in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la

conclusione della gara per la scelta del contraente, siano esse contenute nel bando ovvero nella lettera d'invito e nei loro allegati (disciplinare e capitolato), concorrono a formarne la disciplina e ne costituiscono, nel loro insieme, la *lex specialis*, per cui in caso di oscurità ed equivocità o erroneità attribuibile alla stazione appaltante, un corretto rapporto tra amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità e di quello specifico enunciato nell'art. 1337 c.c., che presidia con la buona fede lo svolgimento delle trattative e la formazione del contratto, impone che di quella disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede, interpretandola per ciò che essa espressamente dice, restando il concorrente dispensato dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati (C.g.a. 20 dicembre 2010, n. 1515).

Venendo al caso di specie, una lettura idonea a superare l'ambiguità non è possibile.

Gli atti della gara in questione sono stati redatti in modo non lineare nel loro insieme – pur essendo di pacifica comprensione presi nella loro singolarità – senza che l'evidente distonia tra due norme del Capitolato possa essere liquidata semplicisticamente come frutto di un mero errore.

Resta infatti difficile, anche accedendo alla tesi del rifiuto, arrivare alla conclusione dell'appellante, secondo cui non è dubbio che ad essere “palesamente” sbagliata è la formula dell'art. 18 del Capitolato - la cui rubrica, rileva il Collegio, evidenzia però che la norma reca il “criterio di valutazione delle offerte” - mentre a dover essere inequivocabilmente seguito sarebbe il successivo art. 19, che però - sottolinea ancora il Collegio - introduce la “Descrizione dell'offerta tecnica” (come indica la sua rubrica).

Stando così le cose non può trovare neanche applicazione il principio, elaborato da una pacifica giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui l'interpretazione della *lex specialis* soggiace, come per tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss., tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, fermo restando, per un verso, che il giudice deve in ogni caso ricostruire l'intento perseguito dall'amministrazione ed il potere concretamente esercitato sulla base del contenuto complessivo dell'atto (c.d. interpretazione sistematica) e, per altro verso, che gli effetti del provvedimento, in virtù del criterio di interpretazione di buona fede, ex art. 1366 c.c., devono essere individuati solo in base di ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere (Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364; id., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1769).

Nel caso all'esame del Collegio non si tratta, infatti, di disposizioni poco chiare di cui va capita la portata, ma di contrasto tra regole dettate dalla *lex specialis* di gara.

4. Come si è detto, la fondatezza del rilievo del giudice di primo grado in ordine alla “confusione” ingenerata dalla *lex specialis* con riferimento alla formula utilizzata per calcolare l'offerta economica esonera questo giudice dall'esame dell'ulteriore vizio riscontrato dal Tar Napoli, comportando entrambi i profili di illegittimità l'annullamento dell'intera gara.

Giova peraltro sottolineare che tale esito comporta che i concorrenti diversi dall'aggiudicatario assumono la veste di cointeressati, avendo una nuova chances di aggiudicarsi l'appalto partecipando ad una nuova gara, con la conseguenza che agli stessi il ricorso in primo grado (e, quindi, l'appello) – comunque ammissibile, essendo stato notificato all'aggiudicatario –, con riferimento a tali motivi, non doveva essere notificato.

5. L'appello, nei diversi motivi in cui si sviluppa, deve quindi essere respinto, con conseguente conferma della appellata sentenza del Tar Napoli, che aveva annullato la procedura di gara.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese e degli onorari del giudizio, che liquida in € 3.000,00 (euro tremila).

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2021, tenutasi in videoconferenza con collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137.