

## **Sull'interpretazione della lex specialis e sul principio di gerarchia delle fonti**

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 21-2-2024

*Bene ha fatto, pertanto, il Tar ad applicare il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini dell'interpretazione delle clausole di una lex specialis di gara, vanno applicate le norme in tema di contratti e anzitutto il criterio letterale e quello sistematico, ex artt. 1362 e 1363 del codice civile, e che esclude che esse possano essere assoggettate a un procedimento ermeneutico in funzione integrativa, diretta a evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi, imponendo che la loro interpretazione si fondi sul significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione, e che, laddove il dato testuale presenti evidenti ambiguità, debba presceglersi, in forza del principio di favor participationis, il significato più favorevole al concorrente.*

Publicato il 13/02/2024

**N. 01439/2024REG.PROV.COLL.**

**N. 02276/2023 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 2276 del 2023, proposto da Polis Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9029709F94, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

***contro***

Unione di Comuni Città Territorio Val Vibrata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Manrico Ciafrè, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

***nei confronti***

La Formica Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Calamoneri, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (Sezione prima) n. 98/2023, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Unione di Comuni Città Territorio Val Vibrata;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di La Formica Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 18 luglio 2023 il Cons. Anna Bottiglieri e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. L'Unione di Comuni Città Territorio Val Vibrata indiceva una procedura pubblica per l'affidamento per trentasei mesi, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio del Centro Diurno Socio Educativo "Val Vibrata"; con atto del 30 novembre 2022, espletate le relative operazioni e verificata, ex art. 97 comma 3 d.lgs. 50/2016, la congruità dell'offerta di La Formica Società Cooperativa Sociale, prima classificata nella graduatoria di

gara, aggiudicava a questa la procedura.

2. Polis Società Cooperativa Sociale (di seguito, Polis), gestore uscente e seconda classificata, impugnava davanti al Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo l'aggiudicazione e gli atti presupposti e conseguenti, ivi compresi, occorrendo, gli atti indittivi della procedura e il provvedimento di nomina della commissione valutatrice. Sostenuto che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara stante le irregolarità e l'insostenibilità della sua offerta, avanzava domande demolitorie, di accertamento, ripristinatorie e risarcitorie, anche ai sensi degli artt. 122 e 124 Cod. proc. amm..

3. Con la sentenza in epigrafe, l'adito Tar, nella resistenza della stazione appaltante e dell'aggiudicataria, assorbiva l'eccezione di tardività del ricorso spiegata dalle parti resistenti e respingeva il ricorso nel merito; condannava Polis alle spese del giudizio.

4. Polis ha proposto appello.

Ha premesso che la sua offerta tecnica ha conseguito un punteggio più alto di quella della contro-interessata, che ha prevalso solo per l'anomalo ribasso sull'importo a base di gara contenuto nell'offerta economica (16,50%, contro il ribasso del 9,10% di Polis e dell'8,69% della terza classificata), che ha reso l'offerta, già incompleta, insostenibile.

Ha quindi dedotto avverso la sentenza gravata: 1) Errore di fatto e di diritto nella reiezione del primo motivo di ricorso e nel ritenere che la mancata produzione da parte della contro-interessata dell'elenco dei lavoratori da impiegare nell'esecuzione dell'appalto non integrasse la causa di esclusione prevista dall'art. 9, comma 1, n. 2, del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 9, comma 1, del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 59, comma 3, lett. a), del d.lgs. 50/2026; violazione e falsa applicazione dell'art. 7 del capitolato d'appalto; carenza istruttoria; 2) Erroneità nella derubricazione a mero requisito di esecuzione del contratto la dimostrazione del possesso, in capo al soggetto designato come coordinatore del servizio, delle competenze e delle esperienze prescritte dall'art. 8 del capitolato d'appalto; violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del capitolato d'appalto, in combinato disposto con l'art. 7 del capitolato stesso e con l'art. 9, comma 1, del disciplinare di gara; 3) Errore in fatto e in diritto nella reiezione del terzo e quarto motivo di ricorso; indeterminatezza dell'offerta progettuale della contro-interessata per omessa indicazione, nella sua offerta progettuale, del numero di ore lavorate dai dipendenti impiegati nell'erogazione del servizio; inammissibilità dell'offerta della contro-interessata per incompletezza e parzialità; violazione dell'art. 59, comma 3, lettera b), e 94, comma 1, lett. a), del d.lgs. 50/2016; indeterminatezza e indeterminabilità dell'offerta; incongruità dell'offerta, non essendo la contro-interessata in grado di coprire il servizio per le 47 settimane annue previste dalla *lex specialis*; violazione e falsa applicazione degli artt. 2, penultimo comma, e 3, comma 2, lett. a), del capitolato tecnico; illegittimità del giudizio di congruità e, per l'effetto, del provvedimento di aggiudicazione; 4) Erroneità nella reiezione del quinto motivo di ricorso; errata valutazione delle migliori offerte dalla contro-interessata; insostenibilità della sua offerta economica per mancata indicazione della stima dei costi delle migliori; 5) Errore in fatto e in diritto nella reiezione del sesto motivo di ricorso; inammissibilità e incompletezza dell'offerta della contro-interessata sotto il profilo del servizio di trasporto riferito agli utenti

disabili; violazione dell'art. 59, comma 3, lett. b), e 94, comma 1, lett. a), del d. lgs. 50/2016; falsa applicazione dell'art. 3 del capitolato; eccesso di potere per illegittima attribuzione alla contro-interessata del punteggio previsto dal *sub* criterio a.1.

Polis ha indi domandato la riforma della sentenza gravata, l'accoglimento delle domande rassegnate nell'atto introduttivo del giudizio, la vittoria in punto di spese di entrambi i gradi.

5. La stazione appaltante e la contro-interessata si sono costituite in resistenza. Hanno entrambe reiterato l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado assorbita dal Tar, sostenuto in ogni caso l'infondatezza dell'appello nel merito e rappresentato che l'aggiudicataria è stata immessa nel possesso del Centro il 10 marzo 2023, ha assorbito il personale del gestore uscente, ha avviato il servizio il 13 marzo 2023.

6. Alla camera di consiglio del 23 marzo 23 la domanda cautelare dell'appellante, su accordo delle parti, è stata abbinata al merito.

7. Nel prosieguo, tutte le parti hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie argomentazioni e la confutazione delle difese avverse.

8. La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 18 luglio 2023.

9. L'appello è infondato nel merito.

L'eccezione di improcedibilità per tardività del ricorso di primo grado, reiterata dalle parti resistenti, resta pertanto anche qui assorbita.

10. Il primo motivo di appello si dirige avverso il capo della sentenza gravata che ha respinto il primo motivo di ricorso, con cui Polis aveva sostenuto che la contro-interessata avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per non avere dichiarato e comprovato l'esperienza professionale maturata dal proprio personale nei modi prescritti dall'art. 9 del disciplinare di gara e dall'art. 7 del capitolato tecnico, e cioè con la produzione del documento "Elenco operatori".

10.1. Il Tar ha respinto la censura rilevando, in estrema sintesi: che l'art. 9 del disciplinare non ha previsto la sanzione espulsiva per l'omessa presentazione del predetto documento; che le sanzioni espulsive, per costante giurisprudenza, sono soggette a stretta interpretazione; che la legge di gara non ha previsto la valutazione e l'attribuzione di punteggio in relazione ai *curricula* e ai titoli e alle esperienze del personale da impiegare nel servizio, stabilendo esclusivamente di acquisire la volontà dell'offerente di ricollocare il personale del gestore uscente e, in mancanza, l'elenco operatori con una sommaria descrizione dei *curricula*, senza nulla precisare sul personale aggiuntivo, e ha rimandato alla fase di avvio del servizio la trasmissione dell'elenco del personale effettivamente impiegato con le relative qualifiche.

10.2. Polis sostiene l'erroneità di tali conclusioni.

Evidenza che l'art. 9 del disciplinare ha previsto che la "Busta B.zip-Offerta tecnica" dovesse contenesse a pena di esclusione entrambi i documenti "Progetto di intervento" ed "Elenco operatori", quest'ultimo con la sintetica descrizione dei *curricula*, disposizione non rispettata dalla contro-interessata, che si è limitata a produrre la sola dichiarazione di assorbimento del personale uscente, opzione che, però, non rende regolare l'offerta della contro-interessata. Ciò in quanto l'inciso "*in caso di ricollocazione è sufficiente la dichiarazione di assorbimento del personale del soggetto uscente*", che esentava nella predetta ipotesi dalla presentazione del documento "Elenco operatori", va riferito al solo caso in cui l'offerente intendesse avvalersi solo ed esclusivamente del personale del gestore uscente. La contro-interessata, invece, ha offerto un'organizzazione del personale completamente difforme da quella del soggetto uscente, in particolare offrendo dodici operatori contro i nove da assorbire, oltre quattro operatori aggiuntivi offerti come miglioria, per un totale di sedici elementi, e, quindi, di sette dipendenti aggiuntivi, sicchè avrebbe dovuto inserire nell'offerta tecnica, quanto meno, i nominativi e i *curricula* di questi ultimi.

Prosegue Polis sostenendo che l'art. 9 del disciplinare: sotto il profilo letterale, è norma scevra da qualsiasi incertezza; sotto il profilo sostanziale, riguarda la prova della qualificazione del personale offerto per l'erogazione di un servizio connotato da estrema delicatezza, quale è l'assistenza di persone con gravi disabilità psico-fisiche, e quindi afferisce a un requisito minimo della prestazione, il cui possesso va comprovato sin dalla presentazione dell'offerta, come confermato dall'art. 7, comma 1, del capitolato speciale, sicchè il relativo accertamento non può ritenersi rimandato alla fase di avvio del servizio, restando del tutto irrilevante che la legge di gara non abbia previsto, per i *curricula* e per i titoli e le esperienze del personale, l'attribuzione di punteggio. Pertanto, per Polis, l'offerta della contro-interessata è non solo violativa dell'art. 9 del disciplinare, ma anche indeterminata e indeterminabile, e quindi inammissibile ai sensi dell'art. 59, comma 3, lett. a), del d.lgs. 50/2016. A dimostrazione dell'assunto, Polis illustra come la sua offerta abbia rigorosamente rispettato la prescrizione in parola, anche indicando il numero delle ore settimanali di lavoro di ciascun dipendente.

10.3. Il motivo è infondato.

10.4. L'art. 9 del disciplinare esordisce prevedendo che la "BustaB.zip", relativa all'offerta tecnica, "*contiene, a pena di esclusione, i seguenti documenti: 1) PROGETTO DI INTERVENTO .... 2) ELENCO OPERATORI...*".

Prosegue disponendo che "*Il progetto deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nel capitolato, pena l'esclusione dalla procedura di gara, e illustra, con riferimento ai criteri e subcriteri di valutazione indicati nella tabella di cui al punto "ELEMENTO A - Offerta tecnica", con la stessa sequenza, i seguenti elementi: A1) Organizzazione complessiva del servizio e delle singole attività... A2) Quantità e qualità del materiale e delle attrezzature... A3) Metodologie organizzative individuate per realizzare il raccordo con i servizi erogati dal DSB di Nereto e da altre Istituzioni pubbliche... A4) Proposte migliorative...*" e che il documento "Elenco operatori" contiene "*la descrizione sintetica dei curricula (in caso di ricollocazione è sufficiente dichiarazione di assorbimento del personale del soggetto uscente)*".

Indi, la norma di disciplinare illustra il contenuto dei documenti, indicando espressamente

quello previsto a pena di esclusione.

In particolare, l'art. 9 in commento dispone, per il "Progetto di intervento", il rispetto delle "*caratteristiche minime stabilite nel capitolato*" stabilendo, per la violazione della prescrizione, la sanzione della "*esclusione dalla procedura di gara ...*"; nulla di simile prevede, invece, quanto al documento "Elenco operatori".

Questa prima notazione porta già ad escludere che, come sostiene Polis, la formulazione dell'art. 9 del disciplinare fosse chiara nell'imporre a pena di esclusione la produzione dell'elenco del personale nell'ambito dell'offerta tecnica.

La conclusione è poi rafforzata dal fatto che lo stesso articolo 9 esenta espressamente dalla sua presentazione l'offerente che dichiara, come ha fatto la contro-interessata, la volontà di assorbire il personale del gestore uscente.

Non rileva invece sul punto l'art. 7 del capitolato d'appalto pure invocato da Polis, secondo cui l'appaltatore "*dovrà destinare all'espletamento del servizio personale idoneo a svolgere tutte le mansioni e le funzioni richieste con il presente capitolato, nel rispetto degli standard gestionali previsti dalla normativa in vigore e un adeguato numero di operatori supplenti, da indicare in sede di offerta con le relative qualifiche professionali, titoli di studio ed esperienza*".

L'art. 7 del capitolato speciale, infatti, non è suscettibile di apportare elementi a sostegno della tesi spesa nel motivo in esame, sia perché esso, nel fare riferimento alle indicazioni da inserire obbligatoriamente nell'offerta tecnica, non può che rimandare al contenuto dell'art. 9 del disciplinare, norma che, pertanto, resta la regola cui fare riferimento per la risoluzione della questione in esame, sia tenuto conto del c.d. "principio della gerarchia delle fonti" delle procedure evidenziali, che, nell'ambito dell'autonomia e della peculiare funzione dei relativi atti indittivi, assegna al bando la fissazione delle regole di gara, al disciplinare l'enucleazione dei dettagli procedimentali, e al capitolato la sola eventuale integrazione delle disposizioni del bando, di regola con particolare riferimento agli aspetti tecnici, anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale (tra tante, Cons. Stato, V, 30 agosto 2022, n. 7573).

Quindi, calando tali coordinate nella fattispecie, il capitolato d'appalto viene piuttosto in evidenza per la diversa disposizione di cui all'art. 8, che stabilisce, tra altro, che "*L'aggiudicatario dovrà: ... fornire all'Ufficio sociale dell'ADS, prima dell'avvio del servizio, l'elenco nominativo con le rispettive qualifiche di tutto il personale che intende impiegare nell'attività, compreso quello per le eventuali sostituzioni*": corretta dunque l'affermazione del Tar che la trasmissione dell'elenco in parola, oltre a non essere corredata da specifica sanzione espulsiva, è rimandata alla fase di avvio del servizio.

Tanto chiarito, occorre ancora considerare che il disciplinare, nell'esentare dalla presentazione del documento in parola l'offerente che dichiara la volontà di assorbire il personale del gestore uscente, non condiziona l'esenzione, come afferma Polis, alla conservazione da parte dello stesso offerente di una organizzazione del personale identica a quella del gestore uscente. Una tale limitazione non si rinviene infatti né espressamente né implicitamente nell'art. 9 del disciplinare, che, pertanto, non esclude la possibilità di avvalersi

dell'esenzione in caso di integrazione dell'organico che si prevede di assorbire.

Va così escluso che possa predicarsi, come fa Polis, che la contro-interessata, che come detto ha dichiarato di voler assorbire il personale del gestore uscente, per non incorrere nella sanzione espulsiva avrebbe dovuto allegare alla propria offerta il documento "Elenco operatori" quanto meno in relazione al personale aggiuntivo offerto come migliore (complessivamente, sette unità).

La tesi di Polis è infatti una evidente manipolazione, a carattere integrativo, dell'art. 9 del disciplinare di gara.

Bene ha fatto, pertanto, il Tar ad applicare il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini dell'interpretazione delle clausole di una *lex specialis* di gara, vanno applicate le norme in materia di contratti e anzitutto il criterio letterale e quello sistematico, ex artt. 1362 e 1363 Cod. civ., e che esclude che esse possano essere assoggettate a un procedimento ermeneutico in funzione integrativa, diretta a evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi, imponendo che la loro interpretazione fondi sul significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione, e che, laddove il dato testuale presenti evidenti ambiguità, debba presceglersi, in forza del principio di *favor participationis*, il significato più favorevole al concorrente (tra tante, Cons. Stato, V, 29 novembre 2022, n. 10491; 4 ottobre 2022, n. 8481; 2 marzo 2022 n.1486; 6 agosto 2021, n. 5781; 8 aprile 2021, n. 2844; 8 gennaio 2021, n. 298; III, 24 novembre 2020, n. 7345; 15 febbraio 2021, n. 1322; VI, 6 marzo 2018, n. 1447; V, 27 maggio 2014, n. 2709).

Inoltre, è vero che la stessa giurisprudenza ammette che nel bando di gara possa non essere espressamente indicata una clausola di esclusione, essa potendo emergere anche laddove il bando o l'avviso indichino in modo palese e univoco un elemento essenziale di partecipazione, la cui carenza non può che condurre all'esclusione dalla gara.

Tuttavia, anche a voler ammettere che la professionalità del personale offerto rientri nella categoria dei requisiti minimi dell'affidamento per cui è causa, non si vede come l'offerta della contro-interessata possa ritenersi carente sotto tale profilo, dal momento che questa prevede l'impiego, oltre che di personale aggiuntivo, di tutto il personale riassorbibile di Polis (9 unità), gestore uscente del servizio.

Per la stessa ragione, va escluso che l'offerta della contro-interessata sia indeterminata e indeterminabile ai sensi dell'art. 59, comma 3, lett. a), del d.lgs. 50/2016.

Infine, è appena il caso di segnalare, per mera completezza, che il parametro rispetto al quale valutare la ritualità dell'offerta della contro-interessata è la *lex specialis* e non la documentazione presentata in gara dalle altre offerenti, ivi compresa Polis.

11. Con il secondo motivo Polis, che nel ricorso di primo grado aveva affermato che la contro-interessata avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per non avere dato prova che la figura indicata come coordinatore del servizio offerto possedesse i titoli e le competenze previste dall'art. 8 del capitolato, avversa il capo della sentenza di primo grado che ha

respinto tale censura rilevando che, alla luce del capitolato tecnico (art. 8), secondo cui *“L’Aggiudicatario dovrà nominare un proprio Coordinatore /Responsabile del servizio, in possesso di laurea ...”*, che l’elemento era pertanto rilevante in fase esecutiva e non come requisito di ammissione, e che comunque l’offerta della contro-interessata prevedeva espressamente tale figura.

La contestazione qui avanzata da Polis fonda sulle stesse argomentazioni su cui è basato il primo motivo (violazione dell’art. 8 del capitolato, letto in combinato disposto con l’art. 7 dello stesso capitolato e con l’art. 9 comma 1 del disciplinare).

Va pertanto respinta per le stesse ragioni rassegnate al capo che precede.

12. Il terzo motivo avversa la parte della sentenza di primo grado che ha respinto il terzo e il quarto motivo del ricorso di primo grado, tendenti a dimostrare l’indeterminatezza, l’indeterminabilità e comunque l’incongruità dell’offerta della contro-interessata.

12.1. Polis rammenta di avere denunciato in primo grado che l’offerta tecnica della contro-interessata:

- non ha individuato il monte ore del servizio, che è ricavabile parzialmente, contraddittoriamente e genericamente solo da alcuni dati dell’offerta economica (e segnatamente: dall’indicazione del numero di ore settimanali di ciascun dipendente impiegato nell’erogazione della prestazione, salvo i soggetti adibiti alla supervisione e al coordinamento; dal numero di ore annue di ciascun dipendente; dal costo orario di ciascun dipendente; dal costo annuo stimato per la remunerazione di ciascun lavoratore), la cui elaborazione porta a ritenere che il monte ore annuo sia notevolmente più elevato rispetto a quello indicato, con conseguente aggravio dei costi stimati di remunerazione del personale. Da cui la doverosità dell’esclusione dell’offerta, ai sensi dell’art. 59, comma 3, lett. b), e dell’art. 94, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/2016, ovvero per essere questa in perdita economica per un importo complessivamente pari a € 32.244,00, extra-costi che non trova copertura nell’esiguo utile di impresa ivi stimato, pari a € 1.669,46;

- si è impegnata a garantire l’utilizzo di quattro automezzi, dovendo quindi assumere almeno quattro autisti e altrettanti ausiliari, stante l’art. 3 del capitolato che obbliga l’aggiudicatario a garantire la presenza simultanea su ogni mezzo di entrambe tali figure, laddove, invece, nell’offerta economica, ha previsto di remunerare solo due autisti e un ausiliario, quest’ultimo peraltro per un numero di ore inferiore a quello degli autisti. L’offerta economica, quanto al servizio del trasporto, sarebbe quindi parziale e affetta da ulteriori perdite economiche (€ 133.668,00 per la remunerazione dei due ulteriori autisti; € 177.660,00 per la remunerazione dei tre ulteriori assistenti; € 5.922,00 per allineare il numero di ore dell’ausiliario a quello degli autisti).

Lamenta quindi Polis che il Tar abbia respinto le predette censure con le motivazioni che ha così sinteticamente ricostruito:

a) il disciplinare di gara e il capitolato non prevedevano l’indicazione nell’offerta tecnica del

numero di ore lavorate dal personale adibito all'esecuzione dell'appalto o un numero minimo di ore che gli operatori economici avrebbero dovuto garantire;

b) le deduzioni sull'incongruità dei costi per la remunerazione del personale fondavano su un "refuso dell'aggiudicataria", insuscettibile di pregiudicare la valutazione della credibilità e congruità dell'offerta;

c) il monte orario offerto dalla contro-interessata era, in ogni caso, idoneo a garantire l'erogazione del servizio;

d) le ulteriori voci di costo asseritamente non dichiarate erano frutto di un travisamento del contenuto dell'offerta progettuale dell'aggiudicataria, che si è impegnata a garantire la mera disponibilità di quattro automezzi, ma non il loro simultaneo utilizzo.

Ciò posto, Polis sostiene l'erroneità di ognuna delle predette conclusioni.

12.2. Il motivo è destituito di qualsiasi fondamento.

12.3. Quanto alla motivazione *sub a)*, sostiene Polis che l'indicazione del monte-ore di lavoro del personale è condizione essenziale, come l'esperienza professionale degli addetti al servizio in affidamento, per la valutazione dell'affidabilità delle offerte dei concorrenti in rapporto alla garanzia di erogazione del servizio stesso per le 47 settimane annue di apertura del Centro, sicchè il Tar avrebbe errato nel ritenere che la stazione appaltante, nella sua assenza, poteva vagliare l'attendibilità dell'offerta della contro-interessata.

Il rilievo non convince, perché di carattere meramente generico e assertivo, e come tale, se non inammissibile ai sensi dell'art. 101 comma 1 Cod. proc. amm., comunque insuscettibile di superare le osservazioni del Tar che, oltre a rilevare che la legge di gara non prevedeva l'indicazione nelle offerte del monte-ore in parola, ha chiarito le ragioni obiettive di tale scelta, osservando che *"... l'art. 7 del Capitolato, una volta individuate le figure professionali minime richieste, stabiliva che 'La quantità il monte ore e la tipologia del personale impiegato dovrà essere declinata in riferimento ai bisogni degli utenti e alle attività da svolgere e dovrà essere sempre proporzionata al numero degli utenti ammessi ed alle esigenze di tipo particolare e contingente che dovessero presentarsi nel corso della gestione, nel rispetto degli standard vigenti e di quanto proposto nel progetto tecnico-organizzativo.' Trattasi, in tutta evidenza, di un principio/criterio che l'Appaltatrice (cioè l'aggiudicataria) dovrà adottare in sede di esecuzione del contratto e che, per come è formulato, esclude a priori una preventiva, puntuale indicazione sia della quantità, che della tipologia che del monte ore del personale impiegato, trattandosi di elementi questi da modularsi (expressis verbis): '... in riferimento ai bisogni degli utenti e alle attività da svolgere e dovrà essere sempre proporzionata al numero degli utenti ammessi ed alle esigenze di tipo particolare e contingente che dovessero presentarsi nel corso della gestione, ...'"*.

12.4. Quanto alla motivazione *sub b)*, osserva Polis che il Tar non poteva attribuire a un errore materiale l'incongruenza emergente nell'offerta della contro-interessata tra il monte ore annuo evincibile dalla colonna "risorse umane" rispetto a quello riportato nella colonna "n.r.

ore annue”, costituendo la prima una dichiarazione negoziale imputabile all’offerente, e non un mero appunto a uso interno privo di valore vincolante, come ritenuto dal primo giudice.

La tesi non convince.

Per la giurisprudenza (Cons. Stato, V, 28 giugno 2022, n. 5344; 5 aprile 2022, n. 2529; 2 agosto 2021, n. 5638), l’errore materiale che non inficia l’offerta del concorrente deve sostanziarsi in un mero refuso materiale riconoscibile *ictu oculi* dalla lettura del documento d’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.

Sempre per la giurisprudenza, l’operazione di correzione dell’errore materiale deve fondarsi su elementi identificativi dell’errore desumibili dall’atto stesso, e non già da fonti esterne, quali atti chiarificatori o integrativi dell’offerta presentata in gara (Cons. Stato, V, 26 ottobre 2020, n. 6462; III, 24 febbraio 2020, n. 1347), potendo, peraltro, l’interprete fare ricorso a una, purché minima, attività interpretativa, finalizzata alla correzione di errori di scritturazione o di calcolo (Cons. Stato, V, 30 gennaio 2023, n.1034; n. 5344/2022, cit; III, 28 maggio 2014, n. 1487).

Ciò posto, la sentenza impugnata ha fatto corretta applicazione delle predette coordinate ermeneutiche.

In particolare, il Tar ha rilevato che:

*“Come risulta dalla somma delle ore di lavoro indicate nell’offerta economica dell’aggiudicataria, nella sezione ‘risorse umane’, e segnatamente nella colonna ‘nr. ore annue’, sono state offerte n. 14.113 ore di lavoro annue, che divise per 47 settimane risultano pari a più di 300 ore di lavoro settimanali. Appare, quindi, evidente che le 14.113 ore di lavoro annue offerte dall’esponente sono ampiamente sufficienti a garantire l’erogazione del servizio per 1.645 ore annue, così come le 300 ore settimanali offerte dall’esponente sono più che sufficienti a garantire l’erogazione del servizio per 35 ore settimanali.*

*Il calcolo del ricorrente, quindi, appare frutto di un refuso dell’aggiudicataria che nelle proprie difese dichiara che ‘i numeri riportati fra parentesi nello spazio dedicato alla descrizione di ciascuna figura professionale non indicano affatto il numero delle ore offerto dall’esponente ma costituiscono un mero appunto ad uso interno, che, per la verità, avrebbe dovuto essere cancellato nella stesura definitiva dell’offerta’.*

*La ricostruzione della controinteressata appare del tutto plausibile anche in considerazione del fatto che il controllo matematico dei dati previsti e richiesti dalla lex specialis confermava puntualmente la correttezza dei costi: infatti, moltiplicando, per ogni singola riga, il nr. di ore annue per la tariffa oraria applicata al personale e poi moltiplicando tale risultato per 3 (e cioè per il numero delle annualità previste dal bando), si perveniva all’importo inserito nella colonna*

*finale “Costo”, la cui correttezza era quindi pienamente verificata”.*

12.5. Quanto alla motivazione *sub c)*, Polis afferma che il Tar non avrebbe potuto affermare l'idoneità del monte orario offerto dalla contro-interessata a garantire l'erogazione del servizio per le 47 settimane annue senza porre a confronto le ore offerte dalla contro-interessata con le ore lavorate da ciascun addetto alle dipendenze del gestore uscente, che la *lex specialis* specificava in apposito allegato (n. 286 ore settimanali complessive). Per effettuare tale comparazione, e per pervenire alle ore settimanali complessive offerte dalla contro-interessata, Polis somma il numero di ore lavorate annualmente da ciascun lavoratore offerto e divide il risultato per le 47 settimane lavorative annue, pervenendo così, al netto delle figure del supervisore e del coordinatore non contemplate nel personale dipendente del gestore uscente, al numero di 294

Segnala quindi che alla differenza di otto ore come sopra calcolata (294 meno 286) vanno aggiunti i 2 lavoratori aggiuntivi e i 2 psicologi offerti dalla contro-interessata a titolo di miglioria, e conclude così che l'offerta di questa doveva essere esclusa in quanto o non idonea, mediante il personale offerto, all'erogazione del servizio per le 47 settimane annue, o comunque incapiante dal punto di vista economico.

La censura è destituita di qualsiasi fondamento.

Considerata la diversa organizzazione insita nelle due diverse gestioni, il Tar non era in alcun modo tenuto a confrontare il dato delle ore settimanali offerte dalla contro-interessata, che ha ricavato come visto dalla divisione delle ore annue della sua offerta per le 47 settimane di apertura del centro, con le ore settimanali lavorate alle dipendenze del gestore uscente, dato che non costituisce un parametro dell'affidabilità dell'offerta della contro-interessata per il solo fatto che alla legge di gara è allegata una tabella contenente l'identificazione, per qualifica, dei dipendenti di Polis, del CCNL di riferimento, dei livelli, della data di assunzione, degli scatti maturati e, infine, anche del loro monte ore settimanale, esposizione finalizzata esclusivamente a consentire agli offerenti di valutare l'eventuale assunzione dell'impegno a riassorbire il personale del gestore uscente.

12.6. Quanto alla motivazione *sub d)*, Polis ne afferma l'erroneità evidenziando che la *lex specialis* (art. 3 del capitolato), come confermato anche dal Tar, assume la previsione di almeno due trasporti in contemporanea, ciò che comporterebbe la necessità dell'utilizzo simultaneo di due autisti e due ausiliari, che l'offerta della contro-interessata non può garantire, avendo previsto due autisti ma un solo ausiliario, peraltro quest'ultimo in servizio per un numero di ore inferiore a quello degli autisti, da cui la parzialità e incompletezza dell'offerta rispetto a un requisito minimo, o, in alternativa, l'insostenibilità della stessa.

La censura, se non inammissibile ai sensi dell'art. 101 comma 1 Cod. proc. amm., quale mera ed evidente ripetizione delle doglianze di primo grado, non costituisce una reale confutazione delle motivazioni del Tar che, premesso che il capitolato richiedeva la disponibilità di 2 mezzi, ha osservato che *“la messa a disposizione di 4 mezzi non presume o implica l'organizzazione del trasporto con l'utilizzo contemporaneo degli stessi e, quindi, l'ipotizzato impiego di 4 autisti e 4 accompagnatori”*, soggiungendo che *“dalle disposizioni del capitolato si evince*

*solamente la eventuale necessità di 2 trasporti fatti in contemporanea e l'affidataria non descrive nell'ambito della sua autonomia organizzativa la gestione in contemporanea del trasporto con 4 mezzi, ma solo la loro disponibilità. Né per il tipo di mezzi messi a disposizione è richiesta una speciale abilitazione, potendosi garantire il servizio con la sola patente B da parte di qualsiasi operatore".*

Il rilievo vale, a maggior ragione, per la figura dell'ausiliario, ricopribile da qualsiasi figura professionale elencate nell'offerta della contro-interessata, atteso che l'art. 3 del capitolato tecnico non prescrive di dedicare al servizio di trasporto addetti esclusivi, limitandosi a richiedere che *"le attività di trasporto e accompagnamento dovranno essere svolte con personale in possesso di tutti i requisiti tecnico-professionali e di idoneità psico-fisica previsti dalle vigenti normative per lo svolgimento del servizio in oggetto"*.

13. Il quarto motivo si dirige avverso il capo della sentenza gravata che ha respinto il quinto motivo di ricorso, che denunciava l'illegittimità del giudizio di congruità e, in subordine, l'indeterminatezza dell'offerta della contro-interessata.

13.1. Nel pervenire alla qui contestata conclusione, il Tar ha richiamato il costante orientamento giurisprudenziale circa la discrezionalità tecnica del giudizio di congruità espresso dalle commissioni aggiudicatrici e la loro sottrazione al sindacato del giudice amministrativo, salvo il potere di questi di valutarne *ab externo* la irragionevolezza, la incongruità e soprattutto l'eventuale carenza di esaustività, e circa la finalità del procedimento di verifica di anomalia, tendente ad accertare la complessiva attendibilità e serietà dell'offerta mediante una valutazione globale e sintetica, operazione che non consente la parcellizzazione delle singole voci di costo e la caccia all'errore nella loro indicazione nel corpo dell'offerta.

Ha poi osservato che, nel caso di specie, la documentazione prodotta e le memorie depositate attestavano la presentazione da parte dell'aggiudicataria di idonee giustificazioni e della documentazione idonea a illustrare le modalità di stesura dell'offerta tecnica ed economica, i chiarimenti sul costo del lavoro e sul metodo adottato per calcolarlo, sui servizi aggiuntivi e migliorativi offerti (*basati "... per larga parte proprio sulle specifiche competenze e qualifiche del personale della scrivente e, segnatamente, del personale aggiuntivo rispetto a quello dedicato al servizio dal gestore uscente..."*) e sulla loro copertura economica nell'ambito delle varie voci dell'offerta economica.

Ha quindi rilevato che, per un verso, Polis non aveva prodotto in giudizio elementi idonei a scalfire la contestata valutazione discrezionale di congruità, neanche sotto il profilo dell'erroneità dei criteri utilizzati nella formulazione del giudizio, e che, per altro verso, nell'esprimere detto giudizio, il RUP si era avvalso del supporto della Commissione giudicatrice e si era basato sulla valutazione di tutti gli elementi dell'offerta, considerata nella sua globalità, nonché degli ulteriori elementi emersi nelle giustificazioni presentate dalla contro-interessata.

13.2. Polis afferma l'erroneità del predetto capo di sentenza sostenendo che il Tar non si sarebbe avveduto che la contro-interessata non ha minimamente stimato i costi delle onerose migliorie offerte (1. Presenza continuativa di due psicologi; 2. Attività di *fundraising* per

finanziare progetti per la vita indipendente o servizi di accoglienza temporanea; 3. Erogazione del servizio in caso di urgenti necessità anche al di fuori dell'orario di apertura del centro, mediante interventi domiciliari; 4. Realizzazione di eventi e attività culturali; 5. Corsi di educazione all'affettività e alla sessualità tenuti dallo psicologo e dall'educatore professionale; 6. Promozione di iniziative sportive sul territorio; 7. Implementazione di un sistema per la pianificazione, il controllo e la supervisione delle fasi nevralgiche dei servizi richiesti e offerti), sicchè, anche ammettendo che i costi degli psicologi per la migloria *sub* 1. possano trovare copertura secondo le giustificazioni presentate nel corso del procedimento di verifica dell'anomalia, gli altri costi resterebbero pur sempre ingiustificati e non coperti dall'esiguo utile stimato nell'offerta aggiudicataria.

### 13.3. Il motivo è inammissibile.

Invero, Polis non propone alcuna reale critica alle argomentazioni del Tar, che non solo ha richiamato il noto divieto, per il giudice amministrativo, di sostituire il giudizio di congruità della stazione appaltante con le proprie valutazioni, ma ha anche osservato che non vi era dimostrazione che, nella specie, l'Amministrazione fosse incorsa in errori nella formulazione di tale giudizio, e ha dato altresì conto dell'attività di verifica svolta da questa sulla documentazione e sulle giustificazioni prodotte dalla contro-interessata, che ha ritenuto utili a fornire, in particolare, chiarimenti sul costo del lavoro, voce rilevante per la gran parte delle considerate miglorie, e sul metodo adottato per calcolarlo.

Il Collegio può quindi limitarsi a rammentare che l'art. 101 comma 1 Cod. proc. amm. stabilisce che l'appellante deve indicare, tra altro, a pena di inammissibilità del gravame, "*le specifiche censure contro i capi della sentenza gravata*", e che, per consolidata giurisprudenza, la norma va interpretata nel senso che l'atto di appello, a pena di inammissibilità, non può limitarsi alla riproposizione degli argomenti dedotti in primo grado, bensì deve sempre contenere, accanto alla parte volitiva, una parte critica, a confutazione della sentenza impugnata, non trattandosi di un *novum iudicium* ma di una *revisio prioris instantiae*: a tal fine, pur non richiedendosi l'impiego di formule sacramentali, si esige comunque che l'appellante soddisfi l'onere specifico, che la norma pone a suo carico, di contestare l'*iter* argomentativo della sentenza gravata, che ponga il giudice di appello nelle condizioni di comprendere con chiarezza i principi, le norme e le ragioni per cui il giudice di prime cure avrebbe dovuto decidere diversamente (*ex multis*, Cons. Stato; IV, 23 febbraio 2022, n. 1287; VI, 7 gennaio 2022, n. 61; IV, 26 luglio 2021, n. 5534; II, 21 luglio 2021, n. 5504; V, 19 aprile 2021, n. 3159; VI, 8 aprile 2021, n. 2843; IV, 18 febbraio 2020, n. 1228), contestazione che, nel caso di specie, manca del tutto.

14. L'ultimo motivo di appello si dirige avverso il capo di sentenza che ha respinto il sesto motivo di ricorso, con cui Polis aveva dedotto che il personale offerto dalla contro-interessata era insufficiente a garantire il servizio trasporto per disabili con le modalità previste nel capitolato tecnico, da cui l'esclusione dalla gara o, quanto meno, l'illegittimità dei 4 punti da questa conseguiti per il criterio A.1, lett. a).

14.1. Il Tar ha respinto il sesto motivo di ricorso osservando preliminarmente che esso costituiva sostanzialmente la reiterazione delle stesse doglianze formulate in riferimento al

servizio di trasporto in generale offerto dalla contro-interessata, e ha quindi richiamato le considerazioni svolte su detti rilievi, ulteriormente osservando che *“i 4 mezzi messi a disposizione dalla controinteressata non richiedono una patente speciale per essere condotti, con la conseguenza che sia il ruolo di autista sia quello di assistente può ben essere ricoperto da altre figure professionali, a maggior ragione ove si consideri che il servizio di trasporto viene erogato solo negli orari di entrata e di uscita dal Centro ovvero in caso di specifiche esigenze e/o necessità, sempre previa apposita organizzazione, con conseguente possibilità di organizzare adeguatamente i turni e gli incombenti affidati al proprio personale”*.

14.2. Polis sostiene che le appena dette motivazioni, incentrate sulla non necessità del possesso di patenti e qualifiche speciali in capo al personale adibito al servizio in parola, sono “fuori fuoco”, perché il sesto motivo mirava a dimostrare l'insufficienza delle ore offerte dalla contro-interessata per effettuare il trasporto degli utenti con le modalità prescritte dal capitolato speciale (la presenza simultanea su ogni automezzo di un'autista e di un ausiliario), e, quindi, la mancata giustificazione del costo del lavoro o, in alternativa, il mancato rispetto di un requisito minimo previsto dal capitolato.

14.3. Il motivo è infondato.

Le chiarificazioni offerte da Polis rendono manifesto come esso costituisca la ripetizione di contestazioni già qui avanzate e negativamente esaminate.

Il Collegio può quindi limitarsi a richiamare le ragioni già esposte ai precedenti capi 12 e 13 in ordine alla non rilevabilità né di irregolarità, rispetto alla legge di gara, dell'offerta della contro-interessata quanto al servizio di trasporto, né di carenze o illogicità suscettibili di condurre all'annullamento della valutazione di congruità espressa sull'offerta all'esito del procedimento di cui all'art. 97, comma 3, del d.lgs. 50/2016.

15. In definitiva, nulla aggiungendo alle questioni come sopra trattate le ulteriori argomentazioni svolte da Polis nella memoria depositata in corso di causa, l'appello va respinto.

Le spese del grado, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna la parte appellante alla refusione in favore delle parti resistenti delle spese del grado, che liquida nella misura pari a € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00), oltre oneri di legge, per ciascuna di esse.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 18 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

## Guida alla lettura

Con la sentenza in rassegna, la V Sezione del Consiglio di Stato, ha ribadito i principi consolidati relativamente ai criteri di interpretazione della *lex specialis* di gara.

La vicenda oggetto della pronuncia in commento deriva dall'impugnazione, da parte della seconda classificata, dell'aggiudicazione dell'appalto nei confronti di altro operatore economico. La ricorrente assumeva che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per non aver comprovato e dichiarato l'esperienza professionale maturata dal proprio personale, come prescritto dal disciplinare di gara e dal capitolato tecnico.

Nel dirimere la questione, il Collegio ha, innanzitutto, rilevato l'assenza nella *lex specialis* di una clausola di esclusione per l'omessa dichiarazione concernente la pregressa esperienza professionale. In secondo luogo, ha ribadito l'applicabilità nelle procedure di gara, del criterio gerarchico. Con la conseguenza che le "fonti" di rango inferiore, non possano porsi in contrasto con quelle di rango superiore. In ragione del principio sopra richiamato, il capitolato d'appalto, collocandosi gerarchicamente al di sotto del disciplinare di gara, non può introdurre elementi di novità rispetto alla *lex specialis*, poiché sovraordinata.

Il Collegio, inoltre, ha chiarito che non possono essere effettuate interpretazioni manipolative e integrative della *lex specialis*, indicando i criteri cui attenersi per l'esegesi della legge di gara.

In linea generale, all'atto amministrativo sono applicabili per analogia le regole interpretative previste dal codice civile in materia di contratti, agli artt. 1362 e ss. In particolare, trattandosi di atti amministrativi, va privilegiato **il canone dell'interpretazione letterale**, senza attribuirvi significati impliciti o inespressi, che evidentemente sarebbero in contrasto con il principio stesso di legalità. Accanto all'interpretazione letterale, va tenuta presente **quella sistematica**.

Più precisamente, va tenuto presente che dall'atto amministrativo, specie quando si tratti di evitare conseguenze sfavorevoli per il privato, devono trarsi regole di comportamento certe e sicure, non ambigue.

L'art. 1362, comma 1, cod. civ. impone di ricercare la *“comune intenzione delle parti”* senza limitarsi al senso letterale delle parole; la giurisprudenza ha chiarito che il significato letterale costituisce criterio prioritario dell'operazione interpretativa cui vanno affiancati gli altri criteri – tra cui, in particolare, il criterio logico – sistematico di cui all'art. 1363 cod. civ. – se il testo dell'accordo era chiaro ma incoerente con altri indici rivelatori di una diversa volontà dei contraenti

Si precisa, peraltro, che qualora il criterio letterale risulti sufficiente a chiarire il risultato che le parti intendevano conseguire, l'operazione ermeneutica deve ritenersi utilmente, quanto definitivamente, conclusa.

Conseguentemente, nell'interpretare la legge di gara, occorre privilegiare il valore semantico delle proposizioni utilizzate nelle singole clausole evitando qualsiasi percorso ermeneutico che conduca all'integrazione delle regole di gara e per questa via faccia emergere **significati delle clausole ulteriori ed estranei** rispetto a quelli contenuti nel perimetro dei possibili significati delle disposizioni.

Nell'interpretazione dei bandi di gara assume carattere preminente la regola collegata all'interpretazione letterale, con esclusione di ogni ulteriore procedimento ermeneutico in caso di clausole assolutamente chiare; tuttavia, in caso di omissioni od ambiguità delle singole clausole, è necessario fare ricorso ad altri canoni ermeneutici, tra cui rilevano quelli dettati dall'art. 1363 cod. civ. dell'interpretazione complessiva delle clausole, le une per mezzo delle altre e dall'art. 1367 cod. civ., che, in ossequio al **principio di conservazione** degli atti giuridici, nel dubbio impone di seguire l'interpretazione che consente di mantenerne gli effetti, piuttosto che quella che ne determini la privazione.

In applicazione dei sopra ricordati principi, la Sezione ha, quindi concluso nei termini che seguono: *“ai fini dell'interpretazione delle clausole di una lex specialis di gara, vanno applicate le norme in tema di contratti e anzitutto il criterio letterale e quello sistematico, ex artt. 1362 e 1363 del codice civile, e che esclude che esse possano essere assoggettate a un procedimento ermeneutico in funzione integrativa, diretta a evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi, imponendo che la loro interpretazione si fondi sul significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione, e che, laddove il dato testuale presenti evidenti ambiguità, debba presceglersi, in forza del principio di favor participationis, il significato più favorevole al concorrente”*.