

La sinteticità è un valore assoluto? Sì. Ma anche no. I limiti dimensionali dell'offerta tecnica.

di Marco Briccarello

Data di pubblicazione: 26-6-2024

I) Nessuna norma di rango primario, né nel codice degli appalti né in altra fonte legislativa, prescrive un limite specifico concernente il limite di pagine per la redazione dell'offerta tecnica o attribuisce alla stazione appaltante un potere in tal senso. Ne consegue che non può ritenersi illegittima l'aggiudicazione in favore di un operatore economico che ha redatto la relazione tecnica senza seguire le indicazioni fornite, in sede di chiarimenti, dalla stazione appaltante sui limiti dimensionali delle offerte.

II) I chiarimenti resi dalla stazione appaltante non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire integrazione o rettifica della lex specialis; possono, pertanto, rilevare solo se contribuiscono, con una mera operazione di interpretazione del testo (e non già con una integrazione dello stesso) a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della lex specialis un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso.

III) L'art. 101, comma 3 d. lgs. n. 36/23 distingue nettamente tra chiarimenti sul contenuto dell'offerta tecnica e modifica dell'offerta stessa, quest'ultima da ritenersi inammissibile.

N. 12303/2024REG.PROV.COLL.

N. 03636/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3636 del 2024, proposto da
COOPERATIVA SOCIALE NUOVA SAIR, in persona del legale rappresentante p.t., con

domicilio digitale presso gli indirizzi di posta elettronica certificata, come risultanti dai registri di giustizia, degli avvocati Fabio Cintioli, Paolo Giugliano e Melania Palatiello che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

contro

CITTA' DI GUIDONIA MONTECELIO, in persona del Sindaco p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'avvocata Antonella Auciello che la rappresenta e difende nel presente giudizio

nei confronti

- COOPERATIVA SOCIALE CONSORZIO VALCOMINO, in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'avv. Lio Sambucci che la rappresenta e difende nel presente giudizio;
- COMUNE DI MARCELLINA, in persona del Sindaco p.t. – non costituito in giudizio;
- COMUNE DI MONTEFLAVIO, in persona del Sindaco p.t. – non costituito in giudizio;
- COMUNE DI MONTELIBRETTI, in persona del Sindaco p.t. – non costituito in giudizio;
- COMUNE DI MONTORIO ROMANO, in persona del Sindaco p.t. – non costituito in giudizio;
- COMUNE DI MORICONE, in persona del Sindaco p.t. – non costituito in giudizio;
- COMUNE DI NEROLA, in persona del Sindaco p.t. – non costituito in giudizio;
- COMUNE DI PALOMBARA SABINA, in persona del Sindaco p.t. – non costituito in giudizio;
- COMUNE DI SANT'ANGELO ROMANO, in persona del Sindaco p.t. – non costituito in giudizio;

per l'annullamento

dei seguenti atti:

- determinazione dirigenziale n. 36 del 26/03/24 con cui la Città di Guidonia Montecelio ha disposto l'aggiudicazione, in favore della Cooperativa Sociale Consorzio Valcomino, della procedura negoziata senza bando, ai sensi dell'art. 50 comma 1 lett. e) d.lgs. n. 36 del 2023, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare per diversamente abili – distretto RM 5.2 (CIG: B0013C414B) ed ha disposto l'avvio d'urgenza dell'esecuzione dei servizi;
- nota prot. 0036761 del 02/04/24, con cui il Comune ha comunicato che con determinazione dirigenziale n. 36 del 26/03/24 è stata disposta l'aggiudicazione del servizio in favore della Cooperativa Sociale Consorzio Valcomino;
- ogni atto connesso, tra cui la richiesta di offerta della Città di Guidonia Montecelio n. 3941479, il disciplinare di gara, il capitolato di gara, la determina a contrarre n. 98 del 14/12/23, tutti i verbali della commissione giudicatrice e, in particolare, i verbali n. 1, 2 e 3 del 2024, la graduatoria di attribuzione dei punteggi nella parte in cui non esclude la Cooperativa Sociale Consorzio Valcomino e non colloca al primo posto la Cooperativa Sociale Nuova SAIR, la proposta di aggiudicazione formulata dal RUP, il chiarimento reso dalla Città di Guidonia Montecelio in data 19/01/24, la determinazione dirigenziale n. 38 del 28/03/24,

pubblicata in data 03/04/24, nella parte in cui, nel disporre la proroga del servizio in favore di Nuova SAIR fino all'08/04/24, conferma l'intervenuta aggiudicazione e l'avvio dell'esecuzione in data 09/04/24,

per la declaratoria, ai sensi degli articoli 121 e 122 c.p.a., dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, nelle more del giudizio, fra il Comune di Guidonia Montecelio e la Cooperativa Sociale Consorzio Valcomino, e per il subentro della ricorrente nel predetto contratto,

per la condanna, ai sensi degli articoli 30, 121, 122 e 124 c.p.a., al risarcimento del danno ingiusto, attraverso la reintegrazione in forma specifica e il subentro nel contratto e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio,

nonché per l'accertamento del diritto di accesso agli atti, previo annullamento ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., del diniego di accesso agli atti opposto dal Comune con nota del 19/03/24, con particolare riferimento alla trasmissione parziale (oscurata con omissis) dell'offerta tecnica della Cooperativa Sociale Consorzio Valcomino.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio degli enti in epigrafe indicati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2024 il dott. Michelangelo Francavilla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 04/04/24 e depositato in pari data, la Cooperativa Sociale Nuova Sair ha impugnato la determinazione dirigenziale n. 36 del 26/03/24, con cui la Città di Guidonia Montecelio ha disposto l'aggiudicazione, in favore della Cooperativa Sociale Consorzio Valcomino, della procedura negoziata senza bando, ai sensi dell'art. 50 comma 1, lett. e) d. lgs. n. 36 del 2023, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare per diversamente abili – distretto RM 5.2 (CIG: B0013C414B) ed ha disposto l'avvio d'urgenza dell'esecuzione dei servizi, la nota prot. 0036761 del 02/04/24, con cui il Comune ha comunicato che con determinazione dirigenziale n. 36 del 26/03/24 è stata disposta l'aggiudicazione del servizio in favore della Cooperativa Sociale Consorzio Valcomino, e ogni atto connesso, tra cui la richiesta di offerta della Città di Guidonia Montecelio n. 3941479, il disciplinare di gara, il capitolato di gara, la determina a contrarre n. 98 del 14/12/23, tutti i verbali della commissione giudicatrice e, in particolare, i verbali n. 1, 2 e 3 del 2024, la graduatoria di attribuzione dei punteggi nella parte in cui non esclude la Cooperativa Sociale Consorzio Valcomino e non

colloca al primo posto la Cooperativa Sociale Nuova SAIR, la proposta di aggiudicazione formulata dal RUP, il chiarimento reso dalla Città di Guidonia Montecelio in data 19/01/24, la determinazione dirigenziale n. 38 del 28/03/24, pubblicata in data 03/04/24, nella parte in cui, nel disporre la proroga del servizio in favore di Nuova SAIR fino all'08/04/24, conferma l'intervenuta aggiudicazione e l'avvio dell'esecuzione in data 09/04/24, ed ha chiesto la declaratoria, ai sensi degli articoli 121 e 122 c.p.a., dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, e il subentro nel contratto stesso e la condanna, ai sensi degli articoli 30, 121, 122 e 124 c.p.a., al risarcimento del danno ingiusto, attraverso la reintegrazione in forma specifica e, in subordine, per equivalente nonché l'accertamento del diritto di accesso agli atti, previo annullamento ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., del diniego di accesso agli atti opposto dal Comune con nota del 19/03/24, con particolare riferimento alla trasmissione parziale (oscurata con omissis) dell'offerta tecnica della Cooperativa Sociale Consorzio Valcomino.

Il Consorzio Valcomino soc. coop. sociale a r.l. e la Città di Guidonia Montecelio, costituitisi in giudizio con comparse depositate rispettivamente in date 06/04/24 e 15/04/24, hanno concluso per l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame.

Con ordinanza n. 1515/24 del 17/04/24 il Tribunale ha dato atto della rinuncia di parte ricorrente alla domanda ex art. 116 comma 2 c.p.a. ed ha fissato, per la definizione del giudizio, la pubblica udienza del 05/06/24.

Alla pubblica udienza del 05/06/24 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

La Cooperativa Sociale Nuova Sair impugna la determinazione dirigenziale n. 36 del 26/03/24, con cui la Città di Guidonia Montecelio ha disposto l'aggiudicazione, in favore della Cooperativa Sociale Consorzio Valcomino, della procedura negoziata senza bando, ai sensi dell'art. 50 comma 1 lett. e) d.lgs. n. 36 del 2023 per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare per diversamente abili – distretto RM 5.2 (CIG: B0013C414B) ed ha disposto l'avvio d'urgenza dell'esecuzione dei servizi, la nota prot. 0036761 del 02/04/24, con cui il Comune ha comunicato che con determinazione dirigenziale n. 36 del 26/03/24 è stata disposta l'aggiudicazione del servizio in favore della Cooperativa Sociale Consorzio Valcomino, e ogni atto connesso, tra cui la richiesta di offerta della Città di Guidonia Montecelio n. 3941479, il disciplinare di gara, il capitolato di gara, la determina a contrarre n. 98 del 14/12/23, tutti i verbali della commissione giudicatrice e, in particolare, i verbali n. 1, 2 e 3 del 2024, la graduatoria di attribuzione dei punteggi nella parte in cui non esclude la Cooperativa Sociale Consorzio Valcomino e non colloca al primo posto la Cooperativa Sociale Nuova SAIR, la proposta di aggiudicazione formulata dal RUP, il chiarimento reso dalla Città di Guidonia Montecelio in data 19/01/24, la determinazione dirigenziale n. 38 del 28/03/24, pubblicata in data 03/04/24, nella parte in cui, nel disporre la proroga del servizio in favore di Nuova SAIR fino all'08/04/24, conferma l'intervenuta aggiudicazione e l'avvio dell'esecuzione in data 09/04/24, e chiede la declaratoria, ai sensi degli articoli 121 e 122 c.p.a., dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, nelle more del giudizio, e il

subentro nel contratto stesso e la condanna, ai sensi degli articoli 30, 121, 122 e 124 c.p.a., al risarcimento del danno ingiusto, attraverso la reintegrazione in forma specifica e, in subordine, per equivalente nonché l'accertamento del diritto di accesso agli atti, previo annullamento ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., del diniego di accesso agli atti opposto dal Comune con nota del 19/03/24, con particolare riferimento alla trasmissione parziale (oscurata con omissis) dell'offerta tecnica della Cooperativa Sociale Consorzio Valcomino.

La ricorrente espone che:

- la Città di Guidonia Montecelio, in qualità di Comune capofila del Distretto socio sanitario RM 5.2, ha avviato una procedura negoziata sottosoglia senza bando, con richiesta di offerta pubblicata sulla piattaforma MEPA, ai sensi dell'art. 50 comma 1 lett. e) d.lgs. n. 36 del 2023, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare per persone diversamente abili;
- il criterio di selezione dell'offerta era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa con la previsione di 80 punti per la valutazione dell'offerta tecnica e 20 punti per l'offerta economica;
- in particolare, per quanto concerne l'offerta tecnica, ogni concorrente avrebbe dovuto produrre una relazione contenente *"...una proposta tecnico-organizzativa che illustra, con riferimento ai criteri e sub-criteri di valutazione indicati nella tabella di cui al successivo punto 17.1, i seguenti elementi: 1. Qualità organizzativa dell'impresa 2. Qualità del servizio. L'offerta tecnica deve rispettare, pena l'esclusione dalla procedura di gara, le caratteristiche minime stabilite nei documenti di gara, nel rispetto del principio di equivalenza"* (art. 15 del disciplinare di gara);
- al punto 2.2. del disciplinare era prevista la possibilità di formulare richieste di chiarimenti *"mediante la proposizione di quesiti scritti da inoltrare almeno 6(sei) giorni prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte in via telematica attraverso la sezione della Piattaforma riservata alle richieste di chiarimenti, previa registrazione alla Piattaforma stessa. [...] Le risposte alle richieste di chiarimenti presentate in tempo utile sono fornite in formato elettronico almeno 4 giorni prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, mediante pubblicazione delle richieste in forma anonima e delle relative risposte sulla Piattaforma www.acquistinretepa.it Si invitano i concorrenti a visionare costantemente tale sezione della Piattaforma o il sito istituzionale. Non viene fornita risposta alle richieste presentate con modalità diverse da quelle sopra indicate"*;
- la ricorrente, gestore uscente del servizio e partecipante alla gara, ha chiesto alla stazione appaltante *"di indicare il numero di pagine e il tipo di carattere da utilizzare per l'elaborazione dell'offerta progettuale"*;
- la stazione appaltante ha risposto al quesito evidenziando che *"l'offerta tecnica non dovrà superare le 10 pagine formato A4 con carattere Times New Roman 12 interlinea 1,0"* (chiarimento del 19/01/24);
- pertanto, la ricorrente, nel redigere l'offerta tecnica, si è attenuta a tali istruzioni;

- all'esito della gara, il Consorzio Valcomino si è classificato al primo posto con 86,23 punti mentre la ricorrente si è posizionata al secondo posto con 85,93 punti;
- a seguito di accesso agli atti, la ricorrente ha appreso che l'offerta tecnica della controinteressata non sarebbe stata redatta secondo le indicazioni della stazione appaltante in quanto risulta composta da 34 pagine formato A4;
- la gara è stata aggiudicata alla controinteressata.

Con le prime due censure, tra loro connesse, la ricorrente prospetta:

- la violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., 50, 70 e 73 d. lgs. n. 36/23 ed eccesso di potere sotto vari profili evidenziando che l'offerta tecnica presentata dalla controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto composta da 34 pagine formato A4 e, quindi, non rispettosa dei limiti imposti dalla stazione appaltante che avrebbe prescritto un numero massimo di 10 pagine formato A4 con carattere Times New Roman 12 interlinea 1,0; in ogni caso, l'offerta del Consorzio Valcomino avrebbe potuto essere valutata solo per le prime dieci pagine e, pertanto, non avrebbe potuto mai conseguire il punteggio ad essa effettivamente attribuito dalla stazione appaltante (prima doglianza);
- la violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., 1 l. n. 241/90, 1, 2, 3, 4, 5, 50, 70, 73 e 101 d. lgs. n. 36/23, violazione dei principi di legalità, concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza ed eccesso di potere sotto vari profili deducendo che la stazione appaltante avrebbe fornito un chiarimento che avrebbe alterato la *par condicio* tra i concorrenti laddove, in data 19/01/24, sulla piattaforma Mepa, la Città di Guidonia Montecelio avrebbe prescritto, per l'offerta tecnica, un limite dimensionale di 10 pagine formato A4 con carattere Times New Roman 12 interlinea 1,0. La ricorrente si sarebbe pedissequamente attenuta a tale limite con difficoltà, visti i molteplici criteri di valutazione dell'offerta stessa, mentre tali limitazioni non sarebbero state applicate nei confronti del controinteressato il che comporterebbe la violazione della *par condicio* e dei principi di buona fede, tutela del legittimo affidamento, accesso al mercato e concorrenza. In ogni caso, la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire alla ricorrente, tramite l'istituto del soccorso procedimentale previsto dall'art. 101 comma 3 d. lgs. n. 36/23, di "*meglio illustrare l'offerta formulata*" (pag. 12 dell'atto introduttivo: seconda doglianza).

I motivi sono infondati.

Va, innanzi tutto, rilevato che la procedura oggetto di gara è stata indetta con determina n. 98 del 14/12/23 e, pertanto, come previsto dagli artt. 225 comma 1 e 229 d. lgs. n. 36/23, è disciplinata dal decreto legislativo in esame.

L'art. 10 d. lgs. n. 36/23 sancisce il principio di tassatività delle clausole di esclusione previste dal codice, aventi effetto eterointegrativo della *lex specialis*, di talchè "*le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte*" (comma 2).

Nella fattispecie nessuna norma di rango primario, né nel codice degli appalti né in altra fonte

legislativa, prescrive un limite specifico concernente il limite di pagine per la redazione dell'offerta tecnica o attribuisce alla stazione appaltante un potere in tal senso.

Ne consegue che, come ha avuto modo di affermare la giurisprudenza in riferimento alla disciplina del d. lgs. n. 50/16, la clausola che prevede, addirittura, per la violazione dei limiti dimensionali, lo stralcio di una parte dell'offerta (possibilità ipotizzata dalla parte odierna ricorrente in alternativa alla più grave esclusione dalla gara) *“rappresenta una vera e propria sanzione espulsiva, in contrasto con il divieto di aggravamento degli oneri procedurali nonché con l'interesse della stessa Amministrazione a selezionare l'offerta migliore. Pertanto... una tale clausola, ove interpretata nel senso che la mancata osservanza di un parametro solo formale riferito ad una mera modalità redazionale di formulazione del testo, comporta l'esclusione dell'offerta indipendentemente dai suoi contenuti, è radicalmente nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ma, prima ancora, per violazione del principio di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., potendo consentire ad un'offerta qualitativamente peggiore o maggiormente onerosa di prevalere sull'offerta migliore per motivi che nulla hanno a che fare con l'interesse pubblico alla tutela della salute dei pazienti del Servizio sanitario pubblico ed alla ottimale allocazione delle risorse pubbliche né con il rispetto della libertà d'iniziativa economica privata e di concorrenza ma solo alla “comodità” d'esame dell'amministrazione”* (così espressamente Cons. Stato n. 4371/21; nello stesso senso Cons. Stato n. 7967/2020, n. 7787/2020 e n. 1451/2020).

Anche l'Anac con la delibera n. 402 del 26/05/21, resa nell'ambito di un parere di precontenzioso, ha evidenziato che *“come chiarito nella Nota illustrativa al bando tipo n. 1/2017, la limitazione dimensionale della relazione tecnica rappresenta una mera indicazione e non può costituire causa di esclusione dalla gara. L'indicazione dei limiti dimensionali della relazione tecnica, non dovrebbe dunque avere (e comunque non dovrebbe essere interpretata come avente) una natura prescrittiva. Ad una interpretazione in tal senso osta il già menzionato principio di tassatività delle cause di esclusione; come chiarito dalla giurisprudenza, in virtù di tale principio, l'esclusione può essere disposta solo in applicazione di una specifica causa indicata nel Cod[OMISSIS] dei contratti o di altre disposizioni di leggi vigenti, ma nessuna disposizione normativa correla l'esclusione dalla gara o altro tipo di sanzione al fatto che l'offerta sia formulata in un numero di pagine superiore a quello stabilito dalla lex specialis (cfr., Parere di precontenzioso delibera n. 819 del 26 settembre 2018)”*.

Per esigenza di completezza, il Collegio ritiene di dovere dare atto di un orientamento del Consiglio di Stato, in parte non del tutto sovrapponibile a quello ora riportato, secondo cui *“il superamento del limite massimo di pagine previsto dal disciplinare di gara per la redazione dei documenti componenti l'offerta è giusta ragione di censura del provvedimento di aggiudicazione solo se previsto a pena di esclusione dalla procedura di gara, e non invece nel caso in cui si preveda solamente che le pagine eccedenti non possano essere considerate dalla commissione “ai fini della valutazione dell'offerta”; in tale ultimo caso, infatti, il ricorrente deve fornire prova anche solo presuntiva - che la violazione si sia tradotta in un indebito vantaggio per il concorrente a danno dell'altro”* (così Cons. Stato n. 6857/2020; nello stesso senso anche Cons. Stato n. 7815/23, n. 8326/22, n. 5112/21).

Tale ultima impostazione (emersa in relazione all'applicazione del previgente d. lgs. n. 50/16),

nella parte in cui ammette astrattamente il potere della stazione appaltante di prescrivere un limite dimensionale massimo dell'offerta tecnica, a pena di esclusione dalla gara, ad avviso del Collegio non è compatibile con il principio di tassatività quale declinato dall'art. 10 d. lgs. n. 36/23.

In proposito, il Collegio ritiene che, nel nuovo codice, il principio di tassatività abbia una valenza ed un ambito applicativo più stringenti rispetto alla disciplina del previgente art. 83 comma 8 d. lgs. n. 50/16 (così anche TAR Lazio – Roma n. 140/24) il quale stabiliva che *“le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite... I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

Ciò è desumibile dalla collocazione del principio di tassatività tra i principi generali del nuovo codice (a differenza della disciplina previgente in cui la tassatività era trattata nell'ambito dei requisiti di ordine speciale) e dalla strumentalità della tassatività rispetto al fondamentale principio dell'accesso al mercato, di cui all'art. 3 d. lgs. n. 36/23; ne deriva che, nel nuovo codice, le deroghe al principio di tassatività devono essere interpretate restrittivamente e con maggior rigore rispetto alla disciplina previgente.

In ogni caso, e la considerazione è dirimente, in nessuna parte la *lex specialis* ha mai prescritto un limite dimensionale dell'offerta tecnica né, tanto, meno, ha previsto l'esclusione dalla gara per la violazione di tale onere formale.

Né, in contrario, può ritenersi rilevante quanto evidenziato dalla stazione appaltante nel chiarimento reso dalla stazione appaltante il 19/01/24 e richiamato nel ricorso.

Il chiarimento in esame, infatti, costituisce un'integrazione postuma della *lex specialis* da ritenersi inammissibile in quanto prescrive un onere formale non previsto dal disciplinare di gara.

Come ha avuto modo di affermare la giurisprudenza, i chiarimenti resi dalla stazione appaltante non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire integrazione o rettifica della *lex specialis*; possono, pertanto, rilevare solo se contribuiscono, con una mera operazione di interpretazione del testo (e non già con una integrazione dello stesso) a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della *lex specialis* un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso (Cons. Stato n. 1793/24, n. 1220/24, n. 59/24, n. 9254/23).

L'impostazione della parte ricorrente non può essere condivisa perché mira ad attribuire al chiarimento la natura di integrazione postuma della *lex specialis*, in contrasto con i principi di

pubblicità, trasparenza e *par condicio*, e, per di più, ne fa derivare un onere a pena di esclusione dalla gara in contrasto con il disposto dell'art. 10 d. lgs. n. 36/23.

Per altro, il chiarimento del 19/01/24, nel prevedere un limite massimo di pagine per l'offerta tecnica, non ha mai prospettato l'esistenza di una sanzione espulsiva per l'inosservanza dello stesso.

L'evidente inammissibilità di un chiarimento siffatto in funzione integrativa della *lex specialis* non consente di ritenere sussistente, in capo alla ricorrente, un affidamento meritevole di giuridica tutela né, per il medesimo motivo, di ritenere verificatasi, nella fattispecie, la violazione della *par condicio*.

Inaccoglibile, poi, risulta la richiesta di parte ricorrente avente ad oggetto l'attivazione, da parte della stazione appaltante, del soccorso procedimentale previsto dall'art. 101 comma 3 d. lgs. n. 36/23, al fine di "*meglio illustrare l'offerta formulata*" (pag. 12 dell'atto introduttivo).

Infatti, l'art. 101 comma 3 d. lgs. n. 36/23, stabilisce che "*la stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica*".

La disposizione in esame distingue nettamente tra chiarimenti sul contenuto dell'offerta tecnica e modifica dell'offerta stessa, quest'ultima da ritenersi inammissibile.

Quanto richiesto dalla ricorrente non rientra nell'ambito dei chiarimenti, in quanto l'offerta tecnica da essa presentata non presenta aspetti oscuri o meritevoli di approfondimento; in realtà, attraverso la "*specificazione dell'offerta tecnica*", invocata nell'atto introduttivo, la ricorrente mira ad ovviare agli inconvenienti del limite dimensionale che la stessa ha ritenuto di osservare il che è inammissibile in quanto tale "*specificazione*" finirebbe per comportare necessariamente un'integrazione sostanziale dell'offerta, come comprovato dal fatto che la ricorrente si aspetta, attraverso tale istituto, di conseguire un punteggio maggiore di quello già ottenuto.

Con la terza censura la ricorrente contesta la legittimità dell'accesso parziale concesso dalla stazione appaltante.

La doglianza è improcedibile, per sopravvenuta carenza d'interesse, avendo parte ricorrente rinunciato alla domanda ex art. 116 comma 2 c.p.a. come evidenziato nell'ordinanza n. 1515/24.

Per questi motivi il ricorso è, in parte, improcedibile e, per il resto, infondato.

La prevalente soccombenza della parte ricorrente giustifica la condanna della stessa al pagamento delle spese processuali il cui importo è liquidato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definendo il giudizio, così provvede:

- 1) dichiara il ricorso, in parte, improcedibile e, per il resto, lo respinge secondo quanto indicato in motivazione;
- 2) condanna la parte ricorrente a pagare, in favore della Città di Guidonia Montecelio e della Cooperativa Sociale Consorzio Valcomino, le spese del presente giudizio il cui importo, per ognuno dei due predetti enti resistenti, liquida in euro duemila/00, oltre iva e cpa come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Michelangelo Francavilla, Presidente FF, Estensore

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere

Giuseppe Licheri, Referendario

Guida alla lettura

La sentenza in rassegna affronta **tre questioni** di grande interesse nel contenzioso relativo alla contrattualistica pubblica.

Vediamole insieme.

I) La prima – e centrale – tematica su cui si è pronunciato il T.A.R. riguarda la cogenza o meno dei **limiti dimensionali dell'offerta tecnica** in relazione al principio di **tassatività delle cause di esclusione**, già previsto dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 e oggi ricompreso tra i "principi generali" del Codice ex art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023.

Tutti gli operatori del diritto sanno bene che progressivamente – e soprattutto in tempi recenti – la **sinteticità** ha assunto un ruolo cardine nel sistema giuridico. Basti pensare alle indicazioni rese al riguardo dapprima dalla Giustizia amministrativa (con il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167/2016, modificato il 16.10.2017) e poi dalla Giustizia ordinaria (con il d.m. 7.8.2023, n. 110, conforme alle prescrizioni del nuovo art. 121 c.p.c.). Oppure alle numerose direttive interne adottate da più Amministrazioni pubbliche per emanare atti chiari e sintetici. La linea è quindi tracciata e l'obiettivo è fissato: giungere quanto prima a una elevata "civiltà" del linguaggio processuale e procedimentale.

La domanda viene quindi spontanea: questo **vale anche per gli appalti pubblici?**

La risposta non è così semplice e scontata.

Nella vicenda in esame, a fronte della richiesta di un concorrente “*di indicare il numero di pagine e il tipo di carattere da utilizzare per l’elaborazione dell’offerta progettuale*”, la Stazione appaltante ha precisato – in sede di chiarimento – che la relazione tecnica non avrebbe dovuto superare le dieci pagine, indicando altresì l’interlinea, il carattere e le relative dimensioni da osservare.

Peraltro l’aggiudicatario non ha seguito tali indicazioni e ha presentato una relazione tecnica composta da 34 pagine.

Il concorrente che aveva chiesto il suddetto chiarimento, classificatosi secondo, non ci sta e impugna l’aggiudicazione davanti al T.A.R. sostenendo:

- per un verso, che l’aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara o che, quantomeno, la Stazione appaltante avrebbe dovuto limitare la valutazione dell’offerta alle sole prime dieci pagine;

- e, per altro verso, che la medesima Stazione appaltante, per non alterare la *par condicio* tra i concorrenti, avrebbe dovuto attivare il soccorso procedimentale per chiedere una migliore illustrazione dell’offerta contenuta nelle dieci pagine.

Il Collegio giudicante ha **respinto tale impostazione sulla scorta del principio di tassatività delle clausole di esclusione**, ora positivizzato dall’**art. 10 del d.lgs. n. 36/2023**, secondo cui (appunto) l’esclusione può essere disposta soltanto per motivi espressamente contemplati dalla legge o dalla *lex specialis* di gara (in sostanza, è precluso alla Stazione appaltante richiedere, ai fini dell’ammissione alla gara, adempimenti o prescrizioni privi di una base giuridica: per approfondimenti si vedano: - F. Caringella (cur.) Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici, Milano, 2023, sub art. 10; - L. Carbone, F. Caringella, G. Rovelli (cur.), Manuale dei contratti pubblici, Roma, 2024, cap. 3). Cosicché “*le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte*” (viene così recepita l’impostazione fatta propria già dal Cons. di Stato, Ad. Plen., 16.10.2020, n. 22). E poiché nella vicenda in esame **nessuna norma** di rango primario, né nel codice degli appalti né in altra fonte legislativa, prescrive **un limite specifico concernente il numero di pagine** per la redazione dell’offerta tecnica **o attribuisce alla stazione appaltante un potere in tal senso**, non vi erano ragioni per escludere l’offerta aggiudicataria.

Per quel che qui rileva, la sentenza in commento ha osservato che **nel d.lgs. n. 36/2023** il citato **principio di tassatività** delle cause di esclusione ha assunto una **valenza e un ambito applicativo più stringente** rispetto alla disciplina del d.lgs. n. 50/2016, come si evince:

-**a)** dalla ricomprensione del principio medesimo tra quelli **generali** del nuovo Codice (mentre nella disciplina previgente l’istituto era trattato solo nell’ambito dei requisiti di ordine speciale di cui all’art. 83 del d.lgs. n. 50/2016);

-b) e dalla **strumentalità** della stessa tassatività **rispetto** al principio (parimenti generale e) fondamentale dell'**accesso al mercato** (ex art. 3 del d.lgs. n. 36/2023).

Il che, secondo il T.A.R.:

- induce a condividere le conclusioni già fatte proprie da quell'orientamento giurisprudenziale – seguito anche dall'ANAC – secondo cui la legge di gara non può prevedere l'esclusione di un'offerta per violazione dei limiti dimensionali, né in via diretta né in forma “mediata” (ossia tramite lo stralcio della parte di relazione tecnica sovrabbondante). Questo perché un tale *modus operandi* della Stazione appaltante violerebbe – oltre che il richiamato principio di tassatività delle clausole di esclusione – anche (e in particolar modo) il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, poiché potrebbe verificarsi la prevalenza di un'offerta qualitativamente peggiore o economicamente più onerosa, ma rispettosa del vincolo dimensionale imposto dall'Amministrazione, su un'offerta tecnicamente valida ed economicamente conveniente che però sia stata redatta in modo formalmente non corretto (v., ad esempio, Cons. di Stato, Sez. III, 8.6.2021, n. 4371, nonché la delibera ANAC del 26.5.2021, n. 402);

- (e) consente di superare quell'altro orientamento giurisprudenziale secondo cui, invece, la legge di gara può prevedere l'esclusione delle offerte che superino il numero massimo di pagine individuato dalla Stazione appaltante. Per contro non è giusta ragione di censura dell'aggiudicazione la previsione dell'omessa valutazione delle pagine redatte in eccesso: in tale ultimo caso il concorrente deve allegare e dimostrare (anche solo presuntivamente) che vi è stato un indebito vantaggio per un'offerta a scapito dell'altra (v. Cons. di Stato, Sez. V, 18.8.2023, n. 7815).

-II) In secondo luogo la decisione in esame affronta il tema della **portata dei chiarimenti** resi dalla Stazione appaltante, ribadendo l'assunto – ormai assolutamente consolidato – per cui con tale strumento **si può non già integrare o rettificare le *lex specialis*, ma solo fornirne interpretazione**. Nel caso di specie, quindi, l'indicazione resa dalla Stazione appaltante in merito al numero di pagine che dovevano comporre l'offerta tecnica:

- non poteva avere alcuna portata precettiva e vincolante a pena di esclusione;

- e, stante la sua “*evidente inammissibilità*” (laddove intesa in tal senso), escludeva la sussistenza di qualsivoglia affidamento tutelabile in capo all'operatore economico ricorrente.

-III) Infine, l'ultimo tema affrontato dalla sentenza in rassegna attiene all'**applicazione del soccorso procedimentale**, ora previsto dall'art. 101 comma 3 del d.lgs. n. 36/2023.

In proposito il Collegio ricorda che la disposizione appena richiamata consente alla Stazione appaltante di chiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta quando essa presenti aspetti oscuri o comunque meritevoli di approfondimento. Circostanza questa che non può rinvenirsi nel caso – come quello che ha impegnato il T.A.R. – in cui il preteso soccorso procedimentale dovrebbe supplire *deficit* dell'offerta legati al numero di pagine che il concorrente ha ritenuto di osservare. Si verte cioè in un'ipotesi d'**integrazione sostanziale dell'offerta, non**

ammissibile per contrasto con i principi di pubblicità, trasparenza e *par condicio*.