

# Esclusione dalla gara per inidoneità dell'offerta dal punto di vista tecnico. Contrasto con il principio di tassatività delle cause escludenti.

di Maddalena De Rosa

Data di pubblicazione: 13-9-2024

*L'esclusione dalla gara di un'impresa autrice di un'offerta giudicata inidonea dal punto di vista tecnico non si pone in contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, atteso che quest'ultimo riguarda il mancato rispetto di adempimenti relativi alla partecipazione alla gara che non abbiano base normativa espressa, e non già l'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta che erano stati richiesti per la partecipazione alla gara.*

Pubblicato il 28/08/2024

N. 07296/2024REG.PROV.COLL.

N. 02252/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2252 del 2024, proposto dalla società Eco Eridania s.p.a. in proprio ed in qualità di mandataria del R.t.i. costituendo con Zanetti, Boromi e

A2AreCyclinG, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9701776ED0, 9701777FA3, 970177807B, 970177914E, 9701780221, rappresentata e difesa dagli avvocati Paola Cairoli e Riccardo Salvini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Aria - Azienda regionale per l'innovazione e gli acquisti s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppina Squillace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione prima) n. 00376/2024, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Aria - Azienda regionale per l'innovazione e gli acquisti s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 luglio 2024 la consigliera Silvia Martino;

Viste le conclusioni delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. La società odierna appellante ha partecipato in r.t.i. alla gara denominata "ARIA\_2023\_060\_Procedura aperta multilotto ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del servizio di ritiro, trasporto e smaltimento rifiuti".

1.1. Con il ricorso di primo grado ha impugnato il capitolato di gara e l'esclusione del raggruppamento, motivata con riferimento alla mancanza dei requisiti tecnici minimi richiesti, sulla base di due mezzi di gravame (da pag. 6 a pag. 20).

1.2. Con motivi aggiunti, la società ha impugnato, altresì, la "dichiarazione di gara deserta per assenza di offerte tecniche valide".

2. Con la sentenza oggetto dell'odierna impugnativa il T.a.r. ha dichiarato il ricorso e i motivi aggiunti inammissibili e ha condannato la ricorrente al pagamento delle spese di lite.

3. L'appello della società, rimasta soccombente, è fondato sui seguenti motivi.

I. Error in iudicando, relativamente all'accoglimento dell'avversa eccezione di tardività, in ragione dell'erronea qualificazione delle clausole del bando di gara di cui al punto 2.1.1, 2.1.3, 2.1.5., 2.1.9., 2.1.10 del Capitolato tecnico, dispositive dell'esclusione dalla gara, quali immediatamente escludenti anziché nulle ex art. 83, comma 8, D.lgs. 50/2016 (punti 2 e 2.1. dell'impugnata sentenza).

Con il primo motivo del ricorso di primo grado l'odierna appellante ha sostenuto che le clausole del bando di gara di cui ai punti 2.1.1, 2.1.3, 2.1.5., 2.1.9., 2.1.10 del Capitolato tecnico sarebbero nulle in quanto dettate di là dai casi previsti al codice dei contratti vigente *ratione temporis* (d.lgs. n. 50/2016); affatto idonee ad individuare i requisiti minimi che l'offerta avrebbe dovuto avere per essere considerata, sussistendo le altre condizioni, meritevole di essere aggiudicata, essendo le predette clausole assolutamente irragionevoli, improvvisate, sproporzionate rispetto all'oggetto della gara e, pertanto, enucleate al di fuori del potere discrezionale spettante alla Stazione appaltante nella formulazione della *lex* di gara.

La società ha sottolineato che i requisiti relativi alla fornitura di specifici formati di contenitori e di taniche per i rifiuti indicati nel capitolato tecnico, pur essendo già stati indicati in precedenti gare, non erano comunque stati forniti dall'allora aggiudicatario – un r.t.i. nella cui compagine figuravano talune imprese facenti parte dell'odierno appellante – senza che il servizio avesse subito o subisca tuttora alcuna criticità a cui porre rimedio;

Non sono comunque presenti sul mercato contenitori dei formati richiesti a pena di nullità che siano conformi alla normativa ADR.

I requisiti in esame sarebbero irragionevoli e, in ogni caso, non avrebbero dovuto essere previsti a pena di esclusione.

Proprio tale previsione, peraltro, costituirebbe un *quid pluris* idoneo a ricomprendere la contestata previsione di gara nella categoria delle clausole nulle.

L'appellante ricorda, altresì, che la clausola escludente *contra legem* è nulla, ma tale nullità, se da un lato non si estende al provvedimento nel suo complesso (*vitiatur sed non vitiat*), dall'altro impedisce all'Amministrazione di porre in essere atti ulteriori che si fondino su quella clausola, rendendoli altrimenti illegittimi e quindi, annullabili secondo le regole ordinarie.

II. Error in iudicando, relativamente all'estensione dell'inammissibilità del primo motivo di ricorso al secondo motivo, relativo all'impugnazione del provvedimento di esclusione (punto 3 dell'impugnata sentenza) e ai motivi aggiunti, relativi all'impugnazione della dichiarazione di gara deserta (punti 4 e 6).

L'applicazione che delle suddette clausole ha fatto l'Ente – in particolare nel disporre l'esclusione dell'odierno appellante dalla gara con la nota prot. IA.2023.0058828 del 20 luglio 2023 – sarebbe pertanto affetta da illegittimità derivata.

4. Si è costituita in giudizio, per resistere, l'Azienda intimata.

5. Quest'ultima ha depositato una memoria di replica, in vista della pubblica udienza del 25 luglio 2024 alla quale l'appello è stato trattenuto per la decisione.

6. Giova richiamare il contenuto della disciplina di gara, nella parte di interesse.

6.1. Secondo l'art. 1 del capitolato tecnico, il servizio di cui trattasi comprende, tra l'altro:

? la fornitura di tutte le tipologie di contenitori dedicati alla raccolta dei rifiuti prodotti dai singoli Enti nel perimetro di gara;

? la fornitura di tutte le idonee attrezzature atte a garantire il regolare svolgimento del servizio.

Correlativamente, il par. 2 descrive, con riferimento a ciascun lotto, "gli elementi essenziali, i requisiti e le caratteristiche minime necessarie a pena di esclusione dalla gara".

Il par. 2.1. disciplina in particolare le "caratteristiche dei contenitori", precisando che si tratta di "caratteristiche minime".

7. Ciò posto, risulta evidente che i requisiti dei contenitori rappresentino caratteristiche minime del progetto posto a base di gara dall'Amministrazione il cui rispetto è stato esplicitamente previsto "a pena di esclusione".

Al riguardo, il Collegio osserva che – secondo la consolidata giurisprudenza – l'esclusione dalla gara di un'impresa autrice di un'offerta giudicata inidonea dal punto di vista tecnico non si pone in contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, atteso che quest'ultimo riguarda il mancato rispetto di adempimenti relativi alla partecipazione alla gara che non abbiano base normativa espressa, e non già l'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta che erano stati richiesti per la partecipazione alla gara (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809).

In materia la Sezione (sentenza 21 aprile 2022, n. 3024), ha rilevato che:

a) già nella fase antecedente all'introduzione nell'ordinamento dei contratti pubblici del principio di tassatività delle cause di esclusione (nell'art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, quale risultante dalla novella introdotta dall'art. 4, co. 2, lett. d), d.l. n. 70 del 2011), non si è mai dubitato dell'ampia facoltà intestata all'Amministrazione di individuare, nel rispetto della legge, il contenuto della disciplina delle procedure selettive (c.d. *lex specialis* della gara), quale ne fosse l'oggetto: reclutamenti di personale, contratti attivi e passivi, affidamento di beni e risorse pubbliche (così, Cons. Stato, Ad. plen. 25 febbraio 2014 n. 9, § 6.1);

b) successivamente all'introduzione della regola della tassatività delle cause di esclusione nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici, si è statuito che fossero legittime le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione (in senso sostanziale, perché posti a tutela di interessi imperativi, c.d. tassatività attenuata), anche di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dall'art. 46, comma 1 bis del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento

di esecuzione e delle leggi statali (Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 9, § 6.4; successivamente 16 ottobre 2020, n. 22);

c) conseguentemente, la norma contenuta nell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 non ha posto un divieto per la stazione appaltante di indicare nel bando le condizioni minime di partecipazione e i mezzi di prova, al fine di consentire la verifica, in via formale e sostanziale, delle capacità realizzative dell'impresa, nonché le competenze tecnico-professionali e le risorse umane, organiche all'impresa medesima, bensì ha regolamentato questo potere (Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020 n. 22, § 7).

Alla medesima conclusione conduce anche l'analisi della giurisprudenza che esclude l'ammissibilità del soccorso istruttorio in caso di mancanza di elementi essenziali dell'offerta tecnica, ponendosi in questo senso:

a) sia la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui, mediante il soccorso istruttorio, non è consentito all'amministrazione aggiudicatrice di ammettere qualsiasi rettifica a omissioni che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, devono portare all'esclusione dell'offerente, non potendosi in questo modo né avviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione fosse richiesta dai documenti dell'appalto, né giungere alla presentazione, da parte dell'offerente interessato, di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta (Corte di giustizia UE, sez. VIII, sentenza 28 febbraio 2018, nelle cause riunite C- 523/16 e C-536/16, MA.T.I. SUD Spa/Centostazioni Spa e Duemme SGR Spa/CNPR; id., sez. VIII, sentenza 10 maggio 2017, C-131/16, Archus);

b) sia la giurisprudenza nazionale, sviluppatasi in particolare sulla inapplicabilità del soccorso istruttorio alla fattispecie della esclusione dalla gara per mancata separata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale interni (Cons. Stato, Ad. plen., 20 marzo 2015, n. 3; successivamente alla previsione di puntuale disciplina di cui al combinato disposto degli artt. 95, comma 10 e 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 815 e sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1228).

7.1. A tale consolidata giurisprudenza ha dato seguito anche il d.lgs. n. 36 del 2023 che all'art. 10 prevede espressamente che "Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese" (comma 3).

Pertanto, le caratteristiche indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene previste dalla lex specialis di gara costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva.

Le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto a essi, legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, in quanto determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo negoziale.

In tal senso, già il richiamato art. 46, comma 1- bis del d.lgs. n. 163 del 2006 – che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione – esordiva affermando che “La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali [...]”.

7.2. Tenuto conto della effettiva portata del principio invocato dalla società appellante, correttamente il primo giudice ha rilevato che nello spettro morfologico delle clausole escludenti enucleate dalla giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato ad. plen., 26 aprile 2018, n.4), con conseguente onere di impugnazione immediata del bando di gara, rientrano anche le “clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale” (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671), “regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001)”, “disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980)”, e “condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293)”.

7.3. Nel caso in esame, pertanto, la società appellante per contestare le clausole relative alle caratteristiche minime dei contenitori richiesti dalla stazione appaltante (in quanto, a suo dire, non esistenti o, comunque, impossibili da reperire sul mercato), avrebbe dovuto impugnare immediatamente la disciplina di gara così concepita.

Diversamente opinando – come sottolineato dall'Amministrazione – l'invocata nullità delle clausole applicate in sede di gara si risolverebbe semplicemente nella volontà di offrire un bene difforme da quello richiesto dalla stazione appaltante.

La clausola contestata non è pertanto nulla ma avrebbe potuto, nella prospettiva dell'appellante, essere annullabile.

Tuttavia, in ragione della valenza escludente, essa avrebbe dovuto essere oggetto di impugnazione nel termine di decadenza decorrente dalla pubblicazione del bando.

Il che non è avvenuto.

8. Per le ragioni sin qui esposte l'appello deve essere respinto.

9. Le spese del grado seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la società appellante alla rifusione delle spese del grado in favore dell'Azienda regionale resistente, che liquida complessivamente in euro 6.000,00 (seimila/00), oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Lopilato, Presidente FF

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Rosario Carrano, Consigliere

### **Guida alla lettura**

Con la sentenza in commento, il Supremo Consesso ha affermato che **l'esclusione dalla gara di un operatore economico per la inidoneità tecnica dell'offerta non si pone in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione, qualora attenga alla accertata mancanza dei requisiti tecnici dell'offerta, che la *lex specialis* richiedeva per la partecipazione alla procedura di gara.**

Il Collegio osserva, infatti, come la consolidata giurisprudenza amministrativa ritenga che **il principio di tassatività delle cause escludenti riguardi il mancato rispetto di adempimenti relativi alla partecipazione alla gara che non abbiano base normativa e non già l'accertata carenza di requisiti tecnici dell'offerta, ritenuti necessari dalla stazione appaltante per la partecipazione alla gara.**

L'orientamento, del resto, è stato confermato anche dalla **Adunanza Plenaria n. 22 del 16 ottobre 2020**, che, in riferimento alla regola della tassatività delle cause di esclusione nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici (allora art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016), nello statuire la nullità parziale delle clausole escludenti in contrasto con la regola della

tassatività, in quanto tali da ritenersi come non apposte, ha riconosciuto, *incidenter tantum*, “la discrezionalità, comunque non illimitata né insindacabile, della pubblica amministrazione nel disporre ulteriori limitazioni alla partecipazione, integranti speciali requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnica che siano coerenti e proporzionati all’appalto”.

Tale principio, come evidenziato anche dalla sentenza in commento, è stato accolto pienamente **dall’art. 10 del nuovo Codice dei Contratti pubblici**, il quale consente alle Stazioni appaltanti ed agli enti concedenti di *introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico- professionale, attinenti e proporzionati all’oggetto del contratto*, seppur nel rispetto del *favor participationis* e compatibilmente all’esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l’accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese.

La norma riprende appieno il consolidato orientamento del Consiglio di Stato, anche per quanto concerne le conseguenze della violazione della regola della tassatività, stabilendo la **nullità parziale della *lex specialis***, in virtù del principio *utile per inutile non vitiatur*, dovendosi considerare come non apposte, e **l’integrazione di diritto del bando di gara con le clausole di esclusione previste dallo stesso codice agli artt. 94 e 95**.

Il generale principio del *favor participationis* trova espressione non soltanto nella limitazione delle cause di esclusione dalla gara e nella regola della rigorosa tassatività, ma **anche nel potenziamento dell’istituto del soccorso istruttorio di cui all’art. 101 del nuovo codice dei Contratti pubblici** (vecchio art. 83 comma 9, d.lgs. n. 50/2016).

L’istituto del soccorso istruttorio, sempre più ampliato nelle sue applicazioni pratiche, infatti si intreccia con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, in quanto, come precisato dall’ANAC, esso “*opera uno spostamento della operatività delle clausole di esclusione a valle del procedimento del soccorso istruttorio: ove vi sia una omissione, incompletezza, irregolarità della dichiarazione con carattere dell’essenzialità - da individuarsi come tale in applicazione della disciplina sulle cause tassative di esclusione - la stazione appaltante non può più procedere direttamente alla esclusione del concorrente ma deve prima avviare il procedimento volto alla sanatoria delle irregolarità rilevate.*”.

Deve concludersi quindi, alla luce delle considerazioni fatte, che l’esclusione dalla gara di un operatore economico possa essere disposta soltanto qualora ricorra una specifica causa di esclusione, espressamente e tassativamente prevista dalle norme del codice, e soltanto previa attivazione del procedimento di soccorso istruttorio.