

# L'impugnazione dell'esclusione dell'operatore dalla gara e la prova di resistenza

di Christian Corbi

Data di pubblicazione: 17-4-2025

*Il ricorso deve essere considerato inammissibile per carenza di interesse se l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo non arreca alcun vantaggio all'interesse sostanziale del ricorrente. In particolare, nell'ipotesi di impugnativa degli atti concernenti una gara di appalto, laddove non venga impugnata, nella ricorrenza dei relativi presupposti, la lex specialis di gara originaria, le censure formulate avverso i criteri vincolanti per la valutazione delle offerte tecniche, seguiti dalla stazione appaltante all'esito della – sia pure asserita illegittima - modifica della lex specialis di gara, devono essere in grado di superare la prova di resistenza, dovendosi dimostrare che senza le dedotte illegittimità, e quindi in applicazione di quanto in maniera vincolante statuito dalla lex originaria di gara, la parte ricorrente si sarebbe aggiudicata la gara. La mancata impugnazione tempestiva della lex specialis di gara iniziale preclude la possibilità di travolgere l'intera procedura di gara.*

*Il giudice di appello ben può rilevare d'ufficio la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, non potendosi ritenere che, sul punto, si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione; il giudice amministrativo, in qualsiasi stato e grado, ha il potere e il dovere di verificare se ricorrono le condizioni cui la legge subordina la possibilità che egli emetta una decisione nel merito, né l'eventuale inerzia di una delle parti in causa, nel rilevare una questione rilevabile d'ufficio, lo priva dei relativi poteri-doveri officiosi, atteso che la legge non prevede che la mancata presentazione di parte di un'eccezione processuale degradi la sua rilevabilità d'ufficio in irrilatabilità, che equivarrebbe a privarlo dell'autonomo dovere di verifica dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione.*

## Guida alla lettura

1. L'impugnazione del provvedimento di esclusione della gara non rileva ex se, ma deve essere coordinata con l'impugnazione dell'aggiudicazione, in quanto la mera illegittimità del primo provvedimento non consente l'automatica caducazione del secondo.

A tale ultimo fine, è infatti necessario che l'operatore economico provi che, ove l'agere dell'Amministrazione fosse stato legittimo - ossia qualora la stazione appaltante non avesse commesso i vizi denunciati nel ricorso - **esso non solo non sarebbe stato escluso, ma avrebbe conseguito l'aggiudicazione della gara.**

In altre parole, la **mera illegittimità del provvedimento di esclusione non può determinare**

**l'annullamento dell'aggiudicazione nelle ipotesi in cui, anche al netto del vizio che l'ha determinata, l'operatore economico non avrebbe conseguito il bene della vita.**

Diviene - quindi - condizione necessaria che **l'interessato fornisca la prova di resistenza, dimostrando in concreto che l'errore dell'Amministrazione gli ha impedito di conseguire l'aggiudicazione.**

Invero, l'illegittimità dell'esclusione dell'operatore economico dalla gara lo **esonera dalla prova di resistenza solo qualora quest'ultimo abbia articolato censure che, ove accolte, avrebbero determinato l'annullamento dell'intera gara.**

Di contro, **l'omesso superamento della prova di resistenza mina l'interesse del ricorrente ad agire e quindi l'interesse a impugnare gli atti di gara:** infatti, anche a fronte della caducazione del provvedimento di esclusione, della riammissione dello stesso alla gara e della valutazione dell'offerta, quest'ultimo non si collocherebbe utilmente in graduatoria. Di qui l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse.

Nel caso esaminato dalla pronuncia in commento, le doglianze articolate dal ricorrente riguardavano, tra le altre: a) l'incompetenza della commissione di gara, che avrebbe adottato il provvedimento di esclusione dell'operatore in luogo del R.U.P., con conseguente violazione dell'art. 31, comma 3, D. Lgs. 50/2016; b) la contestazione della metodologia seguita dalla commissione di gara per l'attribuzione dei punteggi, senza però specificazione in concreto del punteggio che lo stesso avrebbe conseguito, ove la stazione appaltante avesse seguito altra metodologia; c) la rettifica della *lex specialis* in corso di gara.

Ebbene, ha rilevato il Supremo Consesso che, pur essendo astrattamente condivisibile il motivo di cui al *sub a*), lo stesso si sarebbe tradotto, non avendo il ricorrente vinto la prova di resistenza (per non aver dimostrato che, in difetto di tali vizi, avrebbe conseguito l'aggiudicazione), in un accoglimento di carattere formale, come tale privo di qualsivoglia utilità pratica.

Del pari, la doglianza di cui al *sub b*) è stata dichiarata inammissibile, perché priva di "*calcoli alla mano*" da parte del ricorrente e quindi generica.

La doglianza di cui al *sub c*), invece, benchè in astratto condivisibile, è tardiva. Se infatti è vero che **la stazione appaltante può fornire, anche in corso di gara, chiarimenti rispetto al contenuto del bando, essi devono operare quale interpretazione autentica dello stesso, senza determinarne il mutamento o rettifica.**

Senonchè, tale vizio avrebbe dovuto indurre il ricorrente **all'impugnazione immediata del provvedimento di rettifica, atteso che esso, rendendo se non impossibile, ma difficoltoso, il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione della gara, costituisce clausola immediatamente escludente** (C.d.s., n. 4/2018, 6135/2011).

In conclusione, il difetto della prova di resistenza mina una delle due condizioni dell'azione,

ossia l'interesse ad agire e rende il ricorso inammissibile.

2. Se le considerazioni si qui svolte non imporrebbero ulteriori precisazioni ove adottate da parte del giudice amministrativo di primo grado, le stesse richiedono, invece, maggiore indugio, ove esposte dal giudice d'appello.

In altre parole, **occorre chiedersi se il giudice di seconde cure possa rilevare, d'ufficio, il difetto di una delle condizioni dell'azione (interesse ad agire)**, non in riferimento all'atto di appello, ma in sede di giudizio di secondo grado, del ricorso introduttivo del giudizio di prime cure, ovvero se l'omessa eccezione in appello della relativa eccezione ne abbia in ogni caso precluso il rilievo, essendosi su tale aspetto formato giudicato implicito.

A tal riguardo, ritiene il Consiglio di Stato che il **giudice di appello ben possa rilevare d'ufficio la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, non potendosi ritenere che, sul punto, si possa formare un giudicato implicito**, preclusivo alla deduzione officiosa della questione. Del resto, l'eventuale inerzia di una delle parti in causa non priva il giudice dei propri poteri officiosi, atteso che la legge non prevede che la mancata presentazione di parte di un'eccezione processuale degradi la sua rilevabilità d'ufficio in irrillevabilità.

3. La conclusione appena esposta risulta condivisibile, in quanto il processo amministrativo, ormai da anni, **non è più un giudizio sull'atto, ma sul rapporto sostanziale**, cosicché le pronunce processuali di primo e secondo grado non possono prescindere da esso, dovendosi al contrario verificare sempre la sussistenza dell'interesse della parte al conseguimento del bene della vita a esso sotteso.

**N. 01456/2025REG.PROV.COLL.**

**N. 04828/2024 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 numero di registro generale 4828 del 2024, proposto da L'Operosa S.p.A. Società Benefit Sia in proprio Che in Qualità di Mandatario del Costituendo Rti con La Veneta Servizi Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 98992038BC, rappresentata e difesa dall'avvocato Silvia Marzot, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

So.G.Aer. S.p.A. - Società Gestione Aeroporto Cagliari Elmas, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Lai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Consorzio Stabile Euro Global Service Grandi Appalti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Santi Dario Tomaselli, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

B & B Service Soc. Coop, Euro & Promos Fm Spa, Gemaservices S.r.l., Consorzio Stabile Lga Service Scarl Capogruppo Mandatario, Bsf S.r.l. – Mandante, Gestione Servizi Integrati S.r.l., Dussmann Service S.r.l., Issitalia A. Barbato S.r.l., Consorzio Stabile Impero, Consorzio G.I.S.A, Pfe Spa, Gioma Facility Management S.r.l., Cns Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperative, Papalini Spa, Fulgens Italia S.r.l., Colser Soc. Coop, Copernico Società Consortile per Azioni Capogruppo, Savet S.r.l. A Socio Unico (Mandante), Coopservice S. Coop. P. A., Pulitori ed Affini Spa, Ic Servizi Consorzio Stabile Arl, E.P.M. S.r.l. Mandataria Costituendo Rti, Multiservice - Società Cooperativa A Responsabilità Limitata (Mandante Rti), Velox Servizi S.r.l. (Capogruppo), Glh S.r.l. (Mandante), non costituiti in giudizio;

C.M. Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Tricamo, Andrea Ruffini, Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda) n. 00395/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di So.G.Aer. S.p.A. - Società Gestione Aeroporto Cagliari Elmas e di Consorzio Stabile Euro Global Service Grandi Appalti e di C.M. Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2024 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Silvia Marzot, Massimo Lai e Santi Dario Tomaselli.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

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

1.1. All'esito delle operazioni di gara, con provvedimento del 29 gennaio 2024, l'appalto è stato aggiudicato al Consorzio Stabile Euro Global Service Grandi Appalti con punti 87,9294, dei quali 69,9003 per l'offerta tecnica e 18,0291 per l'offerta economica (ribasso del 17%), mentre il R.T.I. tra L'Operosa S.p.A. Società Benefit e La Veneta Servizi S.p.A., odierno appellante (da qui in poi soltanto "Operosa"), ha conseguito un punteggio per l'offerta tecnica di 37,8364, inferiore alla soglia di sbarramento pari a 45 punti prevista dalla legge di gara, per cui non è stato ammesso alle successive fasi della procedura.

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

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

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

*accessorio di altissima stagione, rispetto a quanto previsto dal Capitolato Tecnico (presidio bagni altissima stagione - minimo 5.520 h)” doveva leggersi “Monte ore annuo offerto e garantito per il servizio accessorio di altissima stagione”.*

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

2. L'Operosa innanzi al Tar Sardegna impugnava il provvedimento ex art. 29 d.lgs. 50 del 2016 del 29 gennaio 2024, a firma dell'amministratore Delegato di Sogear S.p.A., con cui veniva comunicata alla ricorrente la sua esclusione dalla gara e l'aggiudicazione della stessa al Consorzio stabile Euro Global Service Grandi Appalti, nonché la nota prot. 205/2024 del 29 gennaio 2024 dell'amministratore Delegato di Sogear S.p.A. con cui veniva comunicato che, “*in esito alla procedura telematica del 17 gennaio 2024 avendo codesto concorrente conseguito un punteggio tecnico pari a 37,8364 inferiore al minimo ammissibile di 45 punti è stata disposta l'esclusione dell'offerta dalla procedura di gara*” nonché tutti gli atti presupposti nella parte atta a supportare la disposta esclusione, ivi compresi i chiarimenti resi dalla stazione appaltante.

3. Il Tar per la Sardegna, con sentenza della sez. II, 21 maggio 2024, n. 395 ha respinto il ricorso.

4. Il primo giudice ha in primo luogo disatteso la censura di incompetenza, fondata sul rilievo che l'esclusione non era stata disposta dal RUP, ma dalla commissione esaminatrice, sulla base del rilievo che l'amministratore delegato, superiore gerarchico del RUP, aveva provveduto a recepirne i rilievi.

4.1. Con il secondo motivo parte ricorrente contestava i punteggi che le erano stati attribuiti dalla commissione in relazione ai *sub criteri* sopra citati –rispettivamente 0.0005 e 0.0026 punti- avendo proposto per i servizi ordinari di pulizia di base n. 3748 ore annue aggiuntive e per il servizio accessorio di altissima stagione n. 1380 ore annue aggiuntive, rispetto a quanto indicato dalla legge di gara.

4.1.1. Il primo giudice ha al riguardo ritenuto inammissibile la censura fondata sull'illegittimità dei chiarimenti intervenuti, in quanto in tesi modificativi della *lex specialis* di gara, evidenziando che parte ricorrente si era limitata a contestare la modifica dei criteri valutativi senza evidenziare “*calcoli alla mano*”, come sarebbe stato suo onere, se e in che misura tale modifica avesse concretamente inciso sulla sua posizione, evidenziando peraltro che la medesima ricorrente sarebbe stata onerata, ove interessata alla ripetizione dell'intera

procedura di gara, stante i chiarimenti illegittimamente intervenuti, ad impugnare gli stessi entro il termine di trenta giorni dalla correlativa pubblicazione e non limitarsi a contestare la metodologia seguita per l'attribuzione dei punteggi.

4.1.2. Il medesimo rilievo di inammissibilità, per mancato superamento della prova di resistenza, è stato esteso dal primo giudice anche alla censura relativa alla riparametrazione dei punteggi in quanto effettuata sui criteri anziché sui subcriteri, pur considerando la censura comunque infondata nel merito, alla luce di quanto previsto dall'art. 4.1. del disciplinare di gara.

4.1.3. Il primo giudice ha inoltre ritenuto infondati anche gli ulteriori motivi sulle modalità di assegnazione dei punteggi, sulla base del rilievo che i chiarimenti cui faceva riferimento la ricorrente erano stati, in realtà, oggetto di apposita rettifica del capitolato tecnico e del disciplinare di gara, che era stata debitamente e tempestivamente pubblicata sulla pagina dedicata del sito internet della stessa stazione appaltante, per poi, a soli fini di chiarezza, essere inserita in una nota denominata "*di chiarimento*".

4.2. Il Tar ha disatteso anche la doglianza relativa alla violazione dell'art. 77 del d.l.gs. n. 50 del 2016, riferita alla mancata pubblicazione dei criteri per la scelta dei commissari prima della loro nomina, evidenziando come la stessa non sia applicabile agli appalti nei settori speciali e come detta violazione peraltro non potesse condurre *ex se* all'annullamento della gara.

4.3. Con il sesto motivo la ricorrente contestava il fatto che, in violazione dell'art. 3.8 del Disciplinare di gara, nonché degli artt. 23 e 95 del d.l.gs. n. 50 del 2016, la stazione appaltante non avesse indicato nella legge di gara il costo della manodopera.

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

4.4. Il Tar ha del pari giudicato inammissibili le censure formulate con il ricorso per motivi aggiunti, con cui si erano criticate le modalità di attribuzione dei punteggi, non avendo la ricorrente allegato alcun elemento in grado di corroborare la prova di resistenza.

5. Con il presente appello l'Operosa ha formulato, in otto motivi, le seguenti censure avverso la sentenza di *prime cure*:

l) *Erroris in iudicando*. Sulla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 34 della legge regionale n. 8 del 2018, dell'art. 31 e 77 del d.l.gs. 50 del 2016, e delle Linee Guida ANAC n. 3 Determinazione 11 ottobre 2017 n. 1007; dell'art. 3 della l. 241 del 1990. Lesione dei canoni di imparzialità di trattamento, eccesso di potere sotto vari profili. Violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, irrazionalità. Disparità di trattamento ingiustizia manifesta– Contraddittorietà – vizio di omessa motivazione.

Con tale primo motivo l'appellante critica la sentenza di *prime cure* nel punto in cui aveva ritenuto infondata la censura di incompetenza, articolata avverso il provvedimento di esclusione, fondata sul rilievo che l'operato della commissione era stato recepito dall'amministratore delegato, superiore gerarchico del RUP, assumendo che l'amministratore delegato si era limitato a vistare detto provvedimento ed il verbale e che comunque il provvedimento di esclusione rientrava nella competenza esclusiva del RUP, secondo il dettato normativo dell'art. 31 del dl.gs. n. 50 del 2016 come interpretato dalla costante giurisprudenza in materia.

Peraltro negli atti gravati mancava una volontà ricognitiva dell'A.D., che si era limitato a prendere atto delle risultanze del verbale.

L'Operosa richiama al riguardo la giurisprudenza secondo la quale, nonostante la valutazione delle offerte tecniche ed economiche compete alla commissione, la correlativa attività debba essere fatta propria dal RUP.

II) *Errores in iudicando* sul quarto motivo del ricorso introduttivo. Sulla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 4 del disciplinare, dell'art. 95 del d.lgs. 50 del 2016, dell'art. 3 della l. 241 del 1990 e delle Linee Guida ANAC n. 2. Lesione dei canoni di imparzialità di trattamento, eccesso di potere sotto vari profili. Violazione dell'art. 3 della Costituzione. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, irrazionalità. Disparità di trattamento ingiustizia manifesta– Contraddittorietà.

Con il secondo motivo di appello viene riproposto il quarto motivo del ricorso introduttivo, criticando il capo della sentenza che l'aveva rigettato sulla base del rilievo che i chiarimenti erano stati oggetto di apposita rettifica, pubblicata sul sito della stazione appaltante, evidenziando che in realtà detta pubblicazione non era sufficiente, dovendo la modifica della legge di gara avvenire tramite pubblicazione sulla G.U., come peraltro era avvenuto per la precedente rettifica.

Pertanto, in tesi di parte appellante, i chiarimenti della stazione appaltante avevano, nel caso *de quo*, ampiamente travalicato i limiti indicati dalla *lex di gara* e avrebbero dovuto comportare la ripubblicazione degli atti di gara e la riapertura di tutti i termini previsti dalla *lex specialis* per la partecipazione.

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

III) Sul primo motivo sul ricorso dei motivi aggiunti. *Errores in iudicando*. Sulla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 4 del disciplinare, dell'art. 95 del d.lgs. 50 del 2016, dell'art. 3 della l. 241 del 1990 e delle Linee Guida Anac n. 2. Lesione dei canoni di imparzialità di trattamento, eccesso di potere sotto vari profili. Violazione dell'art. 3 della Cost. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, irrazionalità. Disparità di trattamento ingiustizia manifesta– Contraddittorietà. Violazione della delibera ANAC 1084 del

21 novembre 2018. Incompetenza della commissione a modificare la *lex specialis* di gara. Vizio di omessa e/o carente motivazione. Eccesso di potere. Omessa motivazione.

Parimenti illegittimo era l'operato della stazione appaltante che si era concretizzato nell'adozione da parte della commissione di una formula matematica diversa da quella indicata nella stessa rettifica.

La stessa stazione appaltante nella memoria depositata *in prime cure* aveva affermato che *“Verosimilmente al fine di rendere applicabile la formula di attribuzione del punteggio prevista seguito della formale rettifica  $[(monte\ ore\ offerto - monte\ ore\ minimo\ offerto) / (monte\ ore\ massimo\ offerto - monte\ ore\ minimo\ offerto) * 7]$  anche all'offerta col monte orario più basso – che in tal caso avrebbe dovuto ricevere il punteggio di zero, atteso che il numeratore avrebbe dato zero - la Commissione ha probabilmente ritenuto corretto semplificare l'espressione di tale calcolo con la formula  $[(monte\ ore\ offerto / monte\ ore\ massimo\ offerto) * 7]$ , che garantisce punteggi e uno sviluppo proporzionale degli stessi pressoché sovrapponibile (identico sino al terzo decimale)”*.

La c.d. terza formula semplificata, indicata dalla SA in memoria della camera di consiglio del 28 febbraio 2024 – e che, peraltro, non trovava riscontro in nessun documento di gara – era stata quindi quella effettivamente utilizzata dalla commissione per la valutazione delle offerte tecniche –  $(monte\ ore\ offerto / monte\ ore\ massimo\ offerto) * 7$  - ed aveva prodotto, in tesi, una differente graduatoria. Secondo l'appellante sarebbe errato il capo della sentenza che aveva ritenuto che la censura fosse inammissibile per mancato superamento della prova di resistenza, sulla base del rilievo che nessuna prova di resistenza avrebbe dovuto essere fornita, atteso che i vizi indicati avrebbero portata caducatoria sull'intera procedura di gara, con conseguente annullamento del bando e del disciplinare.

IV) Errore *in iudicando* sul terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti Sulla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 4 del disciplinare, dell'art. 95 del d.lgs. 50 del 2016, dell'art. 3 della l. 241/1990. Lesione dei canoni di imparzialità di trattamento, eccesso di potere sotto vari profili. Violazione dell'art. 3 della Costituzione. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, irrazionalità. Disparità di trattamento ingiustizia manifesta– Contraddittorietà.

Con questo motivo viene riproposto il terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti sulla base del rilievo che Operosa aveva eccepito che la SA non aveva aggiornato i *file tech* con le modifiche introdotte in corso di gara, cosicché nei predetti moduli si valorizzava ancora, per i sub criteri A.31 e A3.4 , l'incremento del monte ore e non, invece, il monte ore totale del servizio; con ciò disorientando gli operatori economici, per cui vi era chi aveva deciso di attenersi a quanto stabilito dalla legge di gara e chi aveva fatto riferimento ai chiarimenti..

Critica al riguardo il capo della sentenza secondo cui *“neppure questo profilo di censura coglie nel segno, in quanto, oltre al già evidenziato difetto della necessaria prova di resistenza, lo stesso non tiene conto del fatto che con il chiarimento n. 68.6 la stazione appaltante aveva precisato che “il monte ore indicato al criterio tecnico A3.1 [e non già il mero incremento: n.d.r.] deve essere pari alla somma delle ore indicati ai moduli OT1+OT2+OT3+OT4+OT5”, con ciò facendo chiaramente riferimento al monte ore complessivamente offerto”*.

V) *Errores in iudicando* sul secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti. Sulla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 4 del disciplinare, dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, dell'art. 3 della l. 241 del 1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 6 della legge 241 del 1990, c.d. soccorso istruttorio. Eccesso di potere per carenza istruttoria e insufficienza istruttoria. Violazione del principio di collaborazione e buona fede ex art. 1, comma 2-bis della legge 241 del 1990. Violazione del principio del *favor participationis*. Violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, irrazionalità. Disparità di trattamento ingiustizia manifesta– Contraddittorietà. Sulla violazione della Delibera ANAC del 28/09/2022, n 447. Vizio di omessa motivazione.

Con tale motivo parte appellante critica il capo della sentenza che non aveva motivato in ordine al motivo di ricorso con cui si era lamentato che la commissione avesse illegittimamente fatto riferimento al valore indicato *nei file tech*, anziché nelle offerte tecniche, per cui la disomogenea compilazione degli atti di gara aveva comportato una irragionevole attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche – confermata, peraltro, anche dal II motivo del ricorso introduttivo.

Peraltro Operosa ripropone anche la censura fondata sul rilievo che la stazione appaltante avrebbe dovuto riscontrare, sulla base dell'offerta tecnica, l'erroneità del dato numerico da essa indicato nel *file tech*, riconducibile a mero errore materiale e suscettibile di correzione, sia con mera correzione dell'errore materiale ad opera della stessa stazione appaltante, che con soccorso procedimentale.

VI) *Errores in iudicando*. Sul secondo motivo del ricorso introduttivo. Sulla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 4 del disciplinare, dell'art. 95 del d.lgs. 50 del 2016, dell'art. 3 della l. 241 del 1990. Lesione dei canoni di imparzialità di trattamento, eccesso di potere sotto vari profili. Violazione dell'art. 3 della Costituzione. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, irrazionalità. Disparità di trattamento ingiustizia manifesta– Contraddittorietà – vizio di omessa motivazione.

In *prime cure* Operosa aveva lamentato che il punteggio minimale di 0.0005 e 0.0026 su 7 attribuibili per i sub criteri, A3.1 e A3.4 (lett. C verbale del 17 gennaio pag. 14) era irrazionale, con evidente travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, laddove il Tar si era limitato ad osservare l'inammissibilità della censura per difetto di interesse per non avere offerto un'adeguata prova di resistenza, evidenziando di avere fatto delle simulazioni benché non onerata, assumendo che con la formula originaria avrebbe ottenuto il punteggio di 47 superando la soglia di sbarramento, come pure avrebbe potuto superare detta soglia con la seconda e con la terza formula, ove la stazione appaltante avesse avuto riguardo alle ore offerte indicate nell'offerta tecnica.

Parte appellante critica la sentenza laddove aveva affermato che “*Ne può condividersi la principale obiezione sollevata, sul punto, dalla ricorrente, la quale sostiene che la prova di resistenza non sia necessaria in quanto la censura in esame sarebbe stata proposta allo scopo di travolgere l'intera procedura di gara, dunque a tutela di un interesse strumentale alla riedizione della stessa*” ...assumendo che per vizi caducatori dell'intera procedura di gara devono intendersi non solo quelli in grado di impedire lo svolgimento della procedura di gara o

la stessa presentazione delle offerte che afferiscono alle cause escludenti, ma anche ai vizi così gravi da portare all'annullamento totale o parziale della gara.

VII) Errore *in iudicando*. Sulla errata applicazione della riparametrazione dei punteggi riferita ai criteri anziché ai sub criteri. Sulla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 4.3 del disciplinare, dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, dell'art. 3 della L. 241/1990 e delle Linee Guida ANAC n. 2. Lesione dei canoni di imparzialità di trattamento, eccesso di potere sotto vari profili. Sulla violazione e/o falsa applicazione delle Linee-Guida dell'ANAC n. 2.0/OEPV (aggiornate alla delibera 424 del 2.5.2018), violazione del principio di massima partecipazione alle procedure selettive, difetto di istruttoria. Sulla omessa motivazione.

Con tale motivo parte appellante critica il capo della sentenza che aveva rigettato la censura sull'erronea riparametrazione dei punteggi perché operata sui criteri e non sui subcriteri, assumendo che ove la stazione appaltante avesse correttamente operato, avrebbe superato la soglia di sbarramento per cui era criticabile il capo della sentenza che aveva ritenuto la censura inammissibile, nonché il capo della sentenza che aveva ritenuto la censura infondata.

VIII) Sul quinto motivo del ricorso introduttivo. *Errores in iudicando*. Sulla nomina della commissione giudicatrice. Sulla violazione e falsa applicazione degli artt. 77, 78 e 216 comma 12 del d.lgs. 50/2016. Violazione del principio di trasparenza e buon andamento della pubblica amministrazione. Violazione dell'art. 97 Cost.

Con tale motivo viene sottoposto a critica il capo della sentenza che aveva disatteso la censura sulla mancata predeterminazione dei criteri per la nomina della commissione, in coerenza coi principi di cui all'art. 77 e dell'art. 216, comma 12, del d. lgs. n. 50/2016 e senza pubblicazione dei *curricula* sul profilo della committente.

Il primo giudice aveva rigettato la censura, *in primis* perché il richiamato art. 77 del d.lgs. n. 50/2016 non troverebbe applicazione agli appalti dei settori speciali - cui si ascriveva pacificamente la procedura in discussione - avente a oggetto la gestione del servizio aeroportuale.

In secondo luogo, secondo il primo giudice, la mancata pubblicazione dei criteri di nomina della commissione, secondo una costante e condivisibile interpretazione giurisprudenziale, non comporterebbe di per sé l'illegittimità degli atti di gara, restando onere del ricorrente dimostrare l'esistenza di un concreto collegamento eziologico tra la denunciata violazione formale e la correttezza delle operazioni di valutazione delle offerte.

Al riguardo parte appellante afferma, quanto al primo profilo, che il criterio indicato nell'art. 77 del Codice, in quanto espressione del principio di trasparenza e buona amministrazione, si applicherebbe anche nei settori speciali, e quanto al secondo profilo, di avere nel corpo dei ricorsi di *prime cure* evidenziato le numerose illegittimità cui era incorsa la commissione, come evidenziato altresì dall'utilizzo di una terza formula.

IX) *Errores in iudicando*. Sulla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 1, comma 1, e 3 della l. n. 241 del 1990, con precipuo riferimento ai principi di buon andamento,

economicità ed efficacia dell'azione amministrativa violazione e/o falsa applicazione degli artt. 23, co. 16, 26, co. 4, 30, co. 1, e art. 95, co. 1, d.lgs. n. 50 del 2016 violazione dei principi di *favor participationis* e libera concorrenza eccesso di potere sotto i concorrenti profili sintomatici del difetto di istruttoria.

Infine, in tesi di parte appellante, la gara doveva essere annullata per mancata indicazione del costo della manodopera, per cui sarebbe errato il capo della sentenza che aveva dichiarato tardiva la censura sulla base del rilievo che non verrebbe in considerazione una clausola escludente, e che comunque era errata la sentenza laddove aveva ritenuto la censura infondata, per avere la stazione appaltante indicato il monte ore annuo e nel progetto esecutivo il costo orario presunto; ciò sulla base del rilievo che il monte ore annuo era stato illegittimamente corretto con i chiarimenti.

6. Si sono costituite in resistenza So.G.Aer. S.p.A. e il consorzio Euro Global Service Grandi Appalti, deducendo preliminarmente l'inammissibilità sotto diversi profili delle censure articolate ed instando nel merito per il loro rigetto. In particolare la stazione appaltante ha evidenziato come l'appellante, anche applicando la prima formula indicata nella *lex specialis di gara* e tenendo conto delle ore indicate nell'offerta tecnica avrebbe potuto ottenere al più il punteggio di 41, inidoneo al superamento della prova di resistenza e che anche ove tale punteggio fosse stato oggetto di riparametrazione avrebbe potuto ottenere il punteggio di 54, che, sommati ai venti punti massimi dell'offerta economica avrebbe portato ad un punteggio di 74 punti, ovvero a 13 punti in meno dell'aggiudicataria.

La controinteressata ha inoltre eccepito l'inammissibilità del secondo motivo di appello per violazione del divieto di *ius novorum*, in quanto rivolto avverso l'atto di rettifica della *lex specialis di gara*, avendo *in prime cure* censurato i soli chiarimenti, assumendo inoltre che inammissibile in quanto proposto solo con i motivi aggiunti, era il motivo, formulato *in prime cure*, riferito ai mancati aggiornamenti dei *file tech*, trattandosi di doglianza che avrebbe dovuto essere articolata già con il ricorso introduttivo.

6.1. Si è costituita con una memoria di mero stile CM Service, cointeressata all'annullamento della procedura *de qua*, in relazione alla quale ha proposto autonomo appello.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 17 ottobre 2024 nella cui sede il collegio ha dato avviso alle parti, ex art. 73 comma 3 c.p.a., della sussistenza di possibili profili di inammissibilità delle censure per la parte rivolta avverso il provvedimento di esclusione, in considerazione del rilievo, che essendosi addivenuti al provvedimento di aggiudicazione, la parte era onerata dal fornire la prova che, anche ad applicare la *lex originaria di gara* ed epurando il punteggio assegnatole dalle asserite illegittimità operate dalla stazione appaltante e dalla commissione aggiudicatrice, avrebbe non solo superato la soglia di ammissione, con conseguente necessità di annullamento del provvedimento di esclusione, ma si sarebbe anche aggiudicata la gara.

8. Il collegio al riguardo, ribadendo quanto già evidenziato all'udienza di discussione, ritiene che le censure formulate *in prime cure*, anche nella sola parte diretta a contestare il provvedimento di esclusione, ivi compresa la censura di incompetenza riferita al

provvedimento di esclusione (riformulata con il primo motivo di appello), siano inammissibili per mancato superamento della prova di resistenza, nel senso di seguito specificato.

Ed invero è pacifico che anche dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo non può essere precluso al giudice di appello di rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, né può ritenersi che, sul punto, si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione; in sostanza il giudice amministrativo, in qualsiasi stato e grado, ha il potere e il dovere di verificare se ricorrono le condizioni cui la legge subordina la possibilità che egli emetta una decisione nel merito, né l'eventuale inerzia di una delle parti in causa, nel rilevare una questione rilevabile d'ufficio, lo priva dei relativi poteri-doveri officiosi, atteso che la legge non prevede che la mancata presentazione di parte di un'eccezione processuale degradi la sua rilevanza d'ufficio in irrivelabilità, che equivarrebbe a privarlo dell'autonomo dovere di verifica dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione (ex multis Cons. Stato, Ad. Plen. 26 aprile 2018, n. 4).

8.1. Ciò posto, anche nella parte riferita all'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione, la sentenza di *prime cure* si regge sufficientemente sui punti in cui il Tar ha fatto più volte riferimento al mancato assolvimento della prova di resistenza, ad avviso del collegio da estendersi a tutte le censure, come evidenziato dalla stazione appaltante, ad eccezione della censura riferita alla mancata indicazione nella *lex specialis* di gara dei costi della manodopera, nel senso di seguito specificato; ciò in quanto la statuizione di inammissibilità della censura deve normalmente precedere – salva l'applicazione del criterio della ragione più liquida – il vaglio della sua fondatezza.

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

8.2. Ciò posto giova richiamare la giurisprudenza in materia secondo la quale nel giudizio amministrativo l'art. 101 c.p.a. (d.lgs. n. 104 del 2010) - che fa riferimento a "specifiche censure contro i capi della sentenza gravata" - deve essere coordinato con il principio di effetto devolutivo dell'appello, in base al quale è rimessa al giudice di secondo grado la completa cognizione del rapporto controverso, con integrazione - ove necessario - della motivazione della sentenza appellata e senza che rilevino, pertanto, le eventuali carenze motivazionali di quest'ultima" (ex multis Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2021, n. 3308; 17 gennaio 2020, n. 430; 13 febbraio 2017, n. 609).

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

803).

8.3. Tutte le censure formulate *in prime cure* e riproposte nella presente sede, ad eccezione di quella formulata avverso la *lex specialis* di gara, riferita alla mancata indicazione dei costi della manodopera - che sola avrebbe potuto determinare l'annullamento dell'intera procedura di gara ove tempestivamente introdotta e fondata - oneravano la ricorrente dalla dimostrazione del superamento della prova di resistenza, non solo ai fini dell'annullamento dell'esclusione, ma anche dell'aggiudicazione, non potendo la parte ottenere alcuna utilità dall'annullamento dell'esclusione, senza travolgimento del provvedimento di aggiudicazione.

Infatti le censure formulate, ad eccezione di quella riferita alla mancata indicazione del costo della manodopera nella *lex specialis* di gara, non erano in grado di travolgere per intero la procedura di gara.

8.3.1. Come correttamente evidenziato dal primo giudice, *“né può condividersi la principale obiezione sollevata, sul punto, dalla ricorrente, la quale sostiene che la prova di resistenza non sia necessaria in quanto la censura in esame sarebbe stata proposta allo scopo di travolgere l'intera procedura di gara, dunque a tutela di un interesse strumentale alla riedizione della stessa. Difatti una simile prospettazione difensiva può essere fondatamente sostenibile solo a fronte di censure che stigmatizzino aspetti patologici realmente capaci di ostacolare lo svolgimento della gara e/o la corretta formulazione dell'offerta da parte dei concorrenti, i quali, peraltro, in simili casi, hanno l'onere di impugnare direttamente la lex specialis di gara così gravemente viziata entro trenta giorni dalla pubblicazione della stessa, questo alla luce di un consolidato e condivisibile orientamento giurisprudenziale che fa capo alle note sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2018 e n. 1/2003”*.

8.3.2. In tale prospettiva risulta errata la prospettazione di cui muove l'atto di appello, *expressis verbis*, riportata prima della formulazione dei motivi di appello ovvero che *“Punctum dolens dell'odierno appello– diretto alla caducazione della procedura di gara – attiene il fatto che la SA è intervenuta apportando delle rettifiche sostanziali degli atti di gara – plurime e circostanziate - in assenza delle garanzie di pubblicità dovute per il bando di gara, ovvero in Gazzetta Ufficiale, e in assenza di provvedimento assunto dall'Amministratore Delegato.*

*In particolare, la SA:*

*- ha modificato i sub criteri A3.1 e A3.4 – originariamente volto a premiare l'incremento del monte ore giornaliero (lett. F pag. 24) a favore del “monte ore” con il chiarimento 22 (lett. H pag. 11),*

*- ha modificato la formula attraverso la quale calcolare i punteggi dei sub criteri quantitativi A3.1 e A3.4 ed indicata nel disciplinare (doc. F pag. 27); per cui, mentre prima il monte ore minimo previsto era uguale al monte ore minimo previsto dal Capitolato, col chiarimento il monte ore minimo diventa il monte ore minimo offerto da tutti i concorrenti;*

*- ha modificato il monte ore minimo da 80.586 a 80.594 rispetto al criterio A3.1*

- ha modificato il capitulo tecnico (lett. G pag. 19) che prevedeva come riferimento il monte ore MINIMO effettivamente lavorato di 80.586 a favore di un monte ore STIMATO di 80.594 – cfr. chiarimento n 22 (lett. H pag. 11);

*Modifiche che il TAR della Sardegna – mediante l’odierna sentenza – ha ritenuto legittime in quanto pubblicate sulla pagina dedicata del sito internet della SA ed inserita in una nota denominata chiarimenti”.*

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

9. Ed invero il collegio condivide senz’altro la prospettazione di parte appellante, contenuta nel primo motivo di appello, laddove afferma, che l’art. 31 comma 3 del d.lgs. n. 50 del 2016, delineando la competenza residuale del RUP vada riferito anche al provvedimento di esclusione.

Come pacifico in giurisprudenza (per tutte si veda Consiglio di Stato sez. IV, 9 luglio 2020, n. 4401), ai sensi dell’art. 31 co. 3 del d.lgs. n. 50 del 2016: "Il RUP, ai sensi della l. 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti". La norma invero attribuisce al R.U.P. lo svolgimento dei "compiti", rimarcando dunque il ruolo centrale - di ausilio istruttorio e non solo - che l'organo in questione riveste nell'ambito delle procedure di gara, mentre la commissione giudicatrice è organo straordinario deputato ad un'attività di giudizio "consistente nella" e "limitata alla" "valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico in qualità di organo straordinario e temporaneo della stazione appaltante con funzioni istruttorie.

Come chiarito dalla giurisprudenza, ne deriva la competenza generale del R.U.P. a svolgere tutti i compiti (*id est*, ad adottare tutti gli atti della procedura), non soltanto operazioni di carattere materiale, ma anche attività giuridica esternata in veri e propri atti (Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020 n. 110; Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1104).

9.1. Ciò fermo rimanendo il rilievo che altra parte della giurisprudenza, (cui verosimilmente ha inteso fare applicazione il primo giudice nel respingere la censura), posto che il diritto positivo, con riferimento al provvedimento di esclusione dalla procedura, all’art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, individua nella "stazione appaltante" il soggetto tenuto ad adottare il provvedimento di esclusione dell'operatore economico (Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020 n. 110) ha ritenuto che *“la competenza all'esternazione dell'atto va ravvisata in capo all'organo della stazione appaltante che, istituzionalmente, assume la posizione apicale (sia in base ai principi del diritto societario che in base ai principi del diritto amministrativo, competente ad esprimere ed esternare la volontà dell'ente è l'organo di vertice)”* (Cons. giust. amm. Siciliana, sez. giur. 19 aprile 2021, n. 326 riferita peraltro ad una ipotesi in cui il provvedimento di esclusione risultava adottato e sottoscritto dal legale rappresentante della stazione appaltante, oltre che dal RUP della medesima).

9.2. Cionondimeno, la censura formulata da parte appellante, l'unica da intendersi riferita al solo provvedimento di esclusione, non potrebbe *ex se* portare anche all'annullamento dell'aggiudicazione, che ha superato ed assorbito il provvedimento di esclusione, alla luce dei precedenti rilievi relativi al mancato assolvimento della prova di resistenza.

9.3. Di qui il difetto di interesse dell'Operosa alla coltivazione di tale censura.

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

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

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

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

11. Ed invero la prova di resistenza, in relazione a questo, come gli altri motivi di appello - ad eccezione dell'ultimo - con cui del pari si critica l'erronea applicazione ad opera della stazione appaltante della *lex specialis* di gara originaria, e comunque anche l'erronea applicazione della *lex specialis* di gara risultante dal provvedimento di rettifica (cfr al riguardo il III motivo di appello) era necessaria al fine di addivenire all'annullamento del provvedimento di

aggiudicazione, non potendo le censure formulate condurre all'annullamento dell'intera procedura di gara, ma al più alla ripetizione della gara a partire dal segmento in cui si erano consumate le dedotte illegittimità.

11.1. Pertanto era onere della parte ricorrente dimostrare *in prime cure* che, senza le dedotte illegittimità, avrebbe non solo superato la soglia di sbarramento, ma si sarebbe altresì aggiudicata la gara.

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

La parte pertanto ben avrebbe dovuto e potuto dunque dimostrare che, applicando la formula prevista dalla *lex specialis* di gara originaria, non oggetto di alcuna impugnativa *in prime cure*, si sarebbe aggiudicata la gara, avendo riguardo al punteggio dell'offerta tecnica, da assegnarsi alla luce della formula originaria, ovvero avrebbe potuto e dovuto dimostrare di potersi aggiudicare la gara in assenza delle ulteriori illegittimità dedotte con i plurimi motivi di ricorso, reiterati nella presente sede.

11.2.1. Ciò in considerazione del rilievo che, sebbene la sua esclusione avesse determinato la mancata apertura della sua offerta economica, la ricorrente, venendo in rilievo una procedura di gara in via telematica, con produzione delle offerte a sistema, ben avrebbe potuto e dovuto produrre in giudizio detta offerta, al fine di consentire il calcolo del correlativo punteggio, alla quale peraltro nella *lex specialis* di gara era attribuito un valore residuale (venti punti massimi, a fronte degli ottanta punti assegnabili all'offerta tecnica).

11.3. Parte appellante non ha invero fornito detta prova, laddove la stazione appaltante ha allegato che anche assegnandole i venti punti massimi riferibili all'offerta economica e procedendo alla riparametrazione dei punteggi, la stessa non avrebbe superato la prova di resistenza.

11.4. Detti rilievi, giova ripeterlo, valgono per tutti i motivi di appello, ad eccezione dell'ultimo, non essendo le censure formulate in grado di portare all'annullamento dell'intera procedura di gara.

11.5. Gli stessi sono invero riferibili anche relativamente all'ottavo motivo di appello, con cui si censura la sentenza di *prime cure*, relativamente alla mancata predeterminazione dei criteri di nomina della commissione giudicatrice e alla mancata pubblicazione dei *curricula*.

Ed invero, sul punto si deve condividere l'orientamento giurisprudenziale indicato dal giudice di *prime cure*, di carattere assorbente, secondo cui la mancata pubblicazione dei criteri di nomina della commissione, secondo un costante e condivisibile interpretazione giurisprudenziale, non comporta di per sé l'illegittimità degli atti di gara, restando onere del

ricorrente dimostrare l'esistenza di un concreto collegamento eziologico tra la denunciata violazione formale e la correttezza delle operazioni di valutazione delle offerte.

11.5.1. Come già ritenuto da questa sezione, la mancata predeterminazione dei criteri di nomina della commissione valutatrice non vizia *ex se* la nomina, atteso che *“sebbene sia preferibile la previa incorporazione delle regole di procedura in un atto fonte della stazione appaltante, l'operato non diventa illegittimo per il sol fatto della mancata previa formalizzazione di dette regole. Occorre dimostrare che, in concreto, sono mancate le condizioni di trasparenza e competenza”* (Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2022, n. 7997; Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2019, n. 4865; conformemente, III, 4 novembre 2020, n. 6818 e V, 17 marzo 2022, n. 1936).

11.5.2. Né i rilievi formulati da parte appellante nel punto in cui ha evidenziato come nel corpo del ricorso di *prime cure* avesse dedotto le numerose illegittimità cui era incorsa la commissione (come ad es. l'utilizzo di una terza formula), sono in grado di portare all'annullamento dell'intera procedura di gara.

Ed invero, posto che le asserite illegittimità commesse dalla commissione giudicatrice sono riferibili a punteggi da assegnarsi non in via discrezionale, ma sulla base di una formula matematica, sarebbe stato ancora una volta onere della ricorrente dimostrare che, ove la commissione giudicatrice avesse correttamente applicato la formula matematica risultante dall'atto di rettifica, ovvero in ipotesi di ritenuta illegittimità dell'atto di rettifica, dalla *lex originaria* di gara, si sarebbe aggiudicata la gara, non potendo dette censure portare al travolgimento dell'intera procedura di gara, avuto riguardo al carattere non discrezionale dei punteggi da assegnarsi all'offerta tecnica posti a base delle articolate censure.

11.5.3. In tale ottica risulta pertanto non applicabile alla presente fattispecie l'affermazione giurisprudenziale secondo *“la quale devono ritenersi ammissibili le censure volte a contestare il procedimento di nomina della Commissione giudicatrice anche quando non sia stato dimostrato che la procedura, ove governata da una Commissione in differente composizione, avrebbe avuto un esito diverso, essendo pacifico che la prova di resistenza non debba essere offerta da colui che deduca vizi diretti ad ottenere l'annullamento e la successiva rinnovazione dell'intera procedura (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2019, n. 7557), non essendo, come innanzi precisato, le censure formulate, ad eccezione di quella riferita alla mancata indicazione nella *lex specialis* di gara dei costi della manodopera – in relazione alla quale, giova anticiparlo, si condivide la statuizione di irricevibilità di cui alla sentenza di *prime cure* – in grado di determinare l'annullamento dell'intera procedura di gara.*

12. Ciò posto, in considerazione dell'assorbimento dei precedenti rilievi relativamente a tutti i motivi di appello, ad eccezione dell'ultimo, può passarsi alla disamina di tale motivo.

12.1. Con tale motivo parte appellante assume come la gara debba essere annullata per mancata indicazione del costo della manodopera nella *lex specialis* di gara.

Pertanto in tesi sarebbe errato il capo della sentenza che aveva dichiarato tardiva la censura

non venendo in rilievo una clausola escludente.

In ogni caso la sentenza sarebbe errata anche laddove aveva ritenuto la censura infondata, per avere la stazione appaltante indicato il monte ore annuo e nel progetto esecutivo il costo orario presunto, sulla base del rilievo che il monte ore annuo era stato illegittimamente corretto con i chiarimenti.

12.2. Ed invero, premesso che la censura, nella parte diretta ad avversare la statuizione di infondatezza del motivo avrebbe del pari comportato l'assolvimento della prova di resistenza, in quanto diretta non già avverso la *lex specialis* di gara, ma avverso l'atto di rettifica/chiarimento, la statuizione di *prime cure* è del tutto condivisibile nella parte – di carattere assorbente, dovendo il vaglio della ricevibilità della censura precedere il vaglio della fondatezza - in cui, in applicazione di un pacifico orientamento giurisprudenziale, ha evidenziato che le clausole della *lex specialis* di gara, tali da impedire o da rendere estremamente difficoltosa la presentazione dell'offerta, debbano essere impugnate tempestivamente.

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

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

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

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

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135; id., sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293); e) clausole impositive di obblighi *contra ius* (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.); g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421).

12.2.2. Nell'ipotesi di specie senza dubbio la censura formulata da parte appellante avrebbe reso impossibile la presentazione dell'offerta, ovvero il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, per cui si verteva senza dubbio su una clausola escludente, da impugnare nei termini di rito dalla pubblicazione della *lex specialis* di gara, ai sensi dei noti principi di cui al citato della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2018 e dei precedenti ivi richiamati.

13. L'appello va pertanto respinto, dovendosi confermare la sentenza di *prime cure*, sia pure in parte con diversa motivazione, posto che il ricorso di primo grado andava dichiarato inammissibile, - oltre che irricevibile - e non solamente respinto.

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

P.Q.M.

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

Compensa le spese di lite.

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

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

Francesco Caringella, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

## **Guida alla lettura**

1. L'impugnazione del provvedimento di esclusione della gara non rileva *ex se*, ma deve essere coordinata con l'impugnazione dell'aggiudicazione, in quanto la mera illegittimità del primo provvedimento non consente l'automatica caducazione del secondo.

A tale ultimo fine, è infatti necessario che l'operatore economico provi che, ove l'*agere*

dell'Amministrazione fosse stato legittimo - ossia qualora la stazione appaltante non avesse commesso i vizi denunciati nel ricorso - **esso non solo non sarebbe stato escluso, ma avrebbe conseguito l'aggiudicazione della gara.**

In altre parole, la **mera illegittimità del provvedimento di esclusione non può determinare l'annullamento dell'aggiudicazione nelle ipotesi in cui, anche al netto del vizio che l'ha determinata, l'operatore economico non avrebbe conseguito il bene della vita.**

Diviene - quindi - condizione necessaria che **l'interessato fornisca la prova di resistenza, dimostrando in concreto che l'errore dell'Amministrazione gli ha impedito di conseguire l'aggiudicazione.**

Invero, l'illegittimità dell'esclusione dell'operatore economico dalla gara lo **esonera dalla prova di resistenza solo qualora quest'ultimo abbia articolato censure che, ove accolte, avrebbero determinato l'annullamento dell'intera gara.**

Di contro, **l'omesso superamento della prova di resistenza mina l'interesse del ricorrente ad agire e quindi l'interesse a impugnare gli atti di gara:** infatti, anche a fronte della caducazione del provvedimento di esclusione, della riammissione dello stesso alla gara e della valutazione dell'offerta, quest'ultimo non si collocherebbe utilmente in graduatoria. Di qui l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse.

Nel caso esaminato dalla pronuncia in commento, le doglianze articolate dal ricorrente riguardavano, tra le altre: a) l'incompetenza della commissione di gara, che avrebbe adottato il provvedimento di esclusione dell'operatore in luogo del R.U.P., con conseguente violazione dell'art. 31, comma 3, D. Lgs. 50/2016; b) la contestazione della metodologia seguita dalla commissione di gara per l'attribuzione dei punteggi, senza però specificazione in concreto del punteggio che lo stesso avrebbe conseguito, ove la stazione appaltante avesse seguito altra metodologia; c) la rettifica della *lex specialis* in corso di gara.

Ebbene, ha rilevato il Supremo Consesso che, pur essendo astrattamente condivisibile il motivo di cui al *sub a)*, lo stesso si sarebbe tradotto, non avendo il ricorrente vinto la prova di resistenza (per non aver dimostrato che, in difetto di tali vizi, avrebbe conseguito l'aggiudicazione), in un accoglimento di carattere formale, come tale privo di qualsivoglia utilità pratica.

Del pari, la doglianza di cui al *sub b)* è stata dichiarata inammissibile, perché priva di "*calcoli alla mano*" da parte del ricorrente e quindi generica.

La doglianza di cui al *sub c)*, invece, benchè in astratto condivisibile, è tardiva. Se infatti è vero che **la stazione appaltante può fornire, anche in corso di gara, chiarimenti rispetto al contenuto del bando, essi devono operare quale interpretazione autentica dello stesso, senza determinarne il mutamento o rettifica.**

Senonchè, tale vizio avrebbe dovuto indurre il ricorrente **all'impugnazione immediata del provvedimento di rettifica, atteso che esso, rendendo se non impossibile, ma**

**difficoltoso, il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione della gara, costituisce clausola immediatamente escludente (C.d.s., n. 4/2018, 6135/2011).**

In conclusione, il difetto della prova di resistenza mina una delle due condizioni dell'azione, ossia **l'interesse ad agire e rende il ricorso inammissibile.**

**2.** Se le considerazioni si qui svolte non imporrebbero ulteriori precisazioni ove adottate da parte del giudice amministrativo di primo grado, le stesse richiedono, invece, maggiore indugio, ove esposte dal giudice d'appello.

In altre parole, **occorre chiedersi se il giudice di seconde cure possa rilevare, d'ufficio, il difetto di una delle condizioni dell'azione (interesse ad agire)**, non in riferimento all'atto di appello, ma in sede di giudizio di secondo grado, del ricorso introduttivo del giudizio di prime cure, ovvero se l'omessa eccezione in appello della relativa eccezione ne abbia in ogni caso precluso il rilievo, essendosi su tale aspetto formato giudicato implicito.

A tal riguardo, ritiene il Consiglio di Stato che il **giudice di appello ben possa rilevare d'ufficio la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado, non potendosi ritenere che, sul punto, si possa formare un giudicato implicito**, preclusivo alla deduzione officiosa della questione. Del resto, l'eventuale inerzia di una delle parti in causa non priva il giudice dei propri poteri officiosi, atteso che la legge non prevede che la mancata presentazione di parte di un'eccezione processuale degradi la sua rilevabilità d'ufficio in irrivelabilità.

**3.** La conclusione appena esposta risulta condivisibile, in quanto il processo amministrativo, ormai da anni, **non è più un giudizio sull'atto, ma sul rapporto sostanziale**, cosicché le pronunce processuali di primo e secondo grado non possono prescindere da esso, dovendosi al contrario verificare sempre la sussistenza dell'interesse della parte al conseguimento del bene della vita a esso sotteso.