

Publicato il 13/09/2024

N. 07570/2024REG.PROV.COLL.
N. 00637/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 637 del 2024, proposto da Cooperativa Sociale C.T.R. Onlus, Cooperativa Sociale C.E.M.E.A. della Sardegna, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9907141F5F, rappresentate e difese dagli avvocati Marcello Vignolo, Massimo Massa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo Studio Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini n.30;

contro

Comune di Quartu Sant'Elena, 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

Nasce Un Sorriso Soc. Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angela Ferrara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

C.O.S.I. Società Cooperativa Sociale, Cosam Totus Tuus Società Cooperativa Sociale, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, sez. II, 22 gennaio 2024, n. 28, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Quartu Sant'Elena e di Nasce Un Sorriso Soc. Coop. Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2024 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Massa, Lai e Fortunato in dichiarata delega dell'Avv. Ferrara;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.La Cooperativa Sociale C.T.R. ONLUS e la Cooperativa Sociale C.E.M.E.A. della Sardegna, quali componenti di un costituendo RTI (d'ora in poi anche C.T.R.) hanno interposto appello avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, sez. II, 22 gennaio 2024, n. 28, che ha respinto il ricorso da esse proposto per l'annullamento della determinazione del Dirigente del Settore 1 Gabinetto - att. programma di mandato - pol. di genere - cultura - pubblica istruzione - sport del Comune di Quartu Sant'Elena, n. 1604 del 27.10.2023 (con il quale sono stati approvati i verbali della commissione di gara nn. 3, 4, 5 e 6 ed è stata aggiudicata alla cooperativa Nasce un Sorriso la procedura aperta per l'affidamento in appalto del servizio di assistenza educativa specialistica, a.s. 2023/2024, 2024/2025, 2025/2026), nonché di tutti gli atti di gara e, segnatamente per quanto possa occorrere, della determina del medesimo dirigente di settore, n. 903 del 29.6.2023 che ha indetto la gara, del bando, del Disciplinare, delle risposte

date dalla stazione appaltante il 10.8.2023 al quesito formulato da C.T.R. l'8.8.2023 e l'11.10.2023 al quesito formulato da altro offerente il 10.8.2023.

2. Il Comune di Quartu Sant'Elena aveva indetto la gara *de qua* con bando avviato alla pubblicazione il 29.6.2023.

2.1. Alla gara partecipavano, oltre all'aggiudicataria ed altre due imprese, del pari evocate in giudizio, anche il costituendo raggruppamento temporaneo composto da Cooperativa Sociale C.T.R. ONLUS e Cooperativa Sociale C.E.M.E.A..

Con il verbale n. 6 del 27.10.2023 la Commissione era addivenuta alla formazione della graduatoria che vedeva al primo posto la cooperativa Nasce un Sorriso con 92,53 punti (72,53 per l'offerta tecnica e 20 per quella economica), al secondo C.O.S.I. con 86,96 punti (73,60 per l'offerta tecnica e 13,36 per quella economica), al terzo Cosam Totus Tuus con 81,87 punti (61,87 per l'offerta tecnica e 20,00 per quella economica) e al quarto posto le odierne appellanti, con punti 80,01 (80 per l'offerta tecnica e 0,1 per l'offerta economica).

2.2. Con determinazione n. 1604 del 27.10.2023 la predetta graduatoria era stata approvata e la gara era stata aggiudicata alla cooperativa Nasce un Sorriso, mentre alle ricorrenti veniva assegnato il quarto posto.

2.3. Le odierne appellanti, ritenendo che la stazione appaltante avesse erroneamente applicato i criteri fissati dalla *lex specialis* per la determinazione del punteggio sull'offerta economica e che, avendo riguardo all'esatta interpretazione ed applicazione della *lex specialis* di gara, sarebbero risultate aggiudicatarie, hanno pertanto impugnato innanzi al Tar per la Sardegna gli atti della procedura di gara innanzi indicati, articolando avverso gli stessi, in tre motivi di ricorso, le seguenti censure:

- 1) Violazione degli articoli 3 e 11 del Disciplinare - Eccesso di potere per illogicità, manifesta irragionevolezza, contraddittorietà;
- 2) Violazione dell'articolo 11 del Disciplinare - Eccesso di potere per arbitrarietà, manifesta irragionevolezza e contraddittorietà;

- 3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 23 comma 16 e dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50 del 2016 - Violazione dell'art. 41 della Costituzione.
3. Il giudice di *prime cure*, con la sentenza innanzi citata, ha disatteso tutte le censure formulate, aderendo alla prospettazione del Comune.
4. Avverso tale sentenza le appellanti hanno formulato, in quattro motivi, le seguenti censure:
 - 1) Omessa pronunzia del Tar su un punto decisivo della controversia dedotto dalle ricorrenti - Violazione degli artt. 3 e 11 del Disciplinare;
 - 2) Violazione degli articoli 3 e 11 del Disciplinare - Eccesso di potere per illogicità, manifesta irragionevolezza, contraddittorietà;
 - 3) Violazione dell'articolo 11 del Disciplinare - Eccesso di potere per arbitrarietà, manifesta irragionevolezza e contraddittorietà;
 - 4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 23, comma 16 e dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. 50/2016 - Violazione dell'art. 41 della Costituzione.
5. Si sono costituiti in resistenza il Comune di Quartu Sant'Elena e l'aggiudicataria della gara, ovvero la Cooperativa sociale Nasce Un Sorriso, già costituiti *in prime cure*, instando per la reiezione dell'appello e dell'istanza cautelare.
6. La richiesta di tutela cautelare è stata disattesa, dapprima in sede monocratica, con decreto n. 262 del 2024, stante la comparazione degli opposti interessi e l'assenza di un pregiudizio di intensità e irreparabilità tale da giustificare la misura monocratica, avuto riguardo all'oggetto della procedura e poi, in sede collegiale con ordinanza n. 449 del 2024 sulla base dei seguenti rilievi: *“Ritenuto che nella comparazione degli opposti interessi debba darsi prevalenza a quello pubblico all'affidamento del servizio di cui è causa, anche in considerazione del rilievo che le censure formulate, postulando l'illegittimità della lex specialis di gara che ha individuato la parte non ribassabile della base d'asta, dando pertanto luogo all'interpretazione della medesima lex specialis ad opera della medesima stazione appaltante mediante i censurati chiarimenti ed all'asserita manipolazione della formula matematica per la valutazione dell'offerta economica, lungi dal comportare l'aggiudicazione*

in favore della parte appellante, già ricorrente in prime cure, dovrebbero condurre all'annullamento dell'intera procedura di gara che non risulta essere stata neppure richiesta ad opera della parte ai fini della tutela dell'interesse strumentale alla partecipazione alla rinnovata procedura".

7. In vista della trattazione di merito della causa, le parti hanno depositato memorie difensive dirette e di replica, ex art. 73 comma 1 c.p.a., insistendo nei rispettivi assunti.

In particolare parte appellante, nell'illustrare ulteriormente il proprio interesse all'impugnativa, avuto riguardo alla motivazione dell'ordinanza cautelare, ha precisato di avere in via principale formulato censure rivolte contro l'applicazione della *lex specialis* di gara e soltanto in via subordinata di avere impugnato detta *lex specialis*, che ben poteva essere emendata nel senso prospettato come conforme alla normativa in materia di appalti (artt. 23 comma 16 e 95 comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016) senza necessità di annullamento dell'intera procedura di gara.

8. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 9 maggio 2024.

DIRITTO

9. Viene in decisione l'appello avverso la sentenza in epigrafe indicata, che ha rigettato il ricorso proposto dalle odierne appellanti avverso gli atti della procedura di gara indetta dal Comune di Quartu Sant'Elena per l'affidamento del servizio di assistenza educativa specialistica, a.s. 2023/2024, 2024/2025, 2025/2026, culminata nell'aggiudicazione alla Nasce Un Sorriso Cooperativa sociale, procedura di gara in cui le appellanti, che aveva partecipato alla procedura quale costituendo RTI, si sono classificate quarte, alle spalle degli altri operatori economici partecipanti all'anzidetta procedura.

10. Segnatamente le appellanti innanzi al giudice di *prime cure* hanno sostenuto che la stazione appaltante avesse erroneamente interpretato la *lex specialis* di gara (art. 3 del Disciplinare) quanto alla determinazione della base d'asta da prendere in considerazione ai fini dell'attribuzione del punteggio dell'offerta

economica, come peraltro desumibile dalla formula matematica indicata nell'art. 11 del medesimo Disciplinare, con conseguente illegittimità pertanto dei chiarimenti al riguardo resi, chiedendo in subordine l'annullamento della *lex specialis* – ove da interpretarsi nel senso sostenuto dalla stazione appaltante - per quanto d'interesse, ovvero in senso emendativo.

10.1. Infatti le ricorrenti in alcun modo, neanche in subordine, hanno fatto riferimento al loro interesse strumentale alla rinnovazione della procedura di gara, avendo impugnato gli atti della procedura, ivi compresa la determinazione del dirigente responsabile del *Settore 1 Gabinetto - Att. programma di mandato - Pol. di genere - Cultura - Pubblica istruzione - Sport* n. 903/2023 di indizione della gara e di approvazione del bando e del Disciplinare solo in senso parziale (cfr. pag. 13 e ss. del ricorso di *prime cure* ed in particolare le conclusioni rassegnate in subordine nell'ultimo motivo del ricorso con cui si chiedeva che la “*determina 903/2023 e l'art. 3 del Disciplinare, limitatamente alle parti in cui qualificano come non soggetti a ribasso gli ipotetici costi di manodopera previsti dalla stazione appaltante, siano dichiarati nulli o, in tutti i casi, siano annullati dal Collegio perché illegittimi. Questo vizio travolge tutti gli atti successivi, sino alla determina n. 1604/2023, nella parte in cui hanno ritenuto che la base d'asta fosse limitata alla sola parte della tariffa oraria superiore ai costi di manodopera ipotizzati nel Disciplinare*”.

10.2. Le ricorrenti assumevano infatti *in prime cure* che la base d'asta che l'Amministrazione avrebbe dovuto considerare ai fini dell'attribuzione del punteggio per l'offerta economica doveva includere anche l'intero costo della manodopera previsto dalla stazione appaltante (ammontando quindi rispettivamente per gli educatori ad € 25,92 e per il coordinatore ad € 31,14) e non la sola parte indicata come non ribassabile di detta base d'asta nell'art. 3 del Disciplinare.

11. Il giudice di *prime cure* ha disatteso tutti i motivi di ricorso.

11.1. In particolare, quanto al primo motivo, fondato sull'errata interpretazione inerente l'individuazione della base d'asta, ha evidenziato che

l'art. 3 del Disciplinare aveva dato adito a dubbi interpretativi, non essendo chiaro ai concorrenti se la base d'asta dovesse ritenersi inclusiva anche del costo complessivo della manodopera, ovvero se dovesse a tal fine sottrarsi dalla tariffa totale il costo della manodopera non soggetto a ribasso, considerandosi quindi come base d'asta la restante somma di € 3,38 per gli educatori e di € 4,06 per il coordinatore, anziché l'intera tariffa oraria rispettivamente di € 25,92 e di € 31,14.

Anche C.T.R. aveva formulato all'Ente chiarimenti, ai quali il Comune aveva risposto, chiarendo espressamente che il ribasso doveva essere applicato sul solo importo eccedente il "*costo manodopera non soggetto a ribasso*" e che solo con riferimento a tale ribasso sarebbe stato attribuito il punteggio per l'offerta economica (vedi risposta pubblicata in data 10.8.2023).

A seguito di tale chiarimento, un'ulteriore richiesta di precisazioni era stata formulata in data 10.8.2023 da altra concorrente, al fine di comprendere se per "prezzo più basso offerto" e per "prezzo offerto" (pagina 15 del Disciplinare), si dovesse intendere il prezzo comprensivo del costo della manodopera non soggetto a ribasso, o l'importo eccedente il costo della manodopera non soggetto a ribasso.

A tale ulteriore quesito il Comune aveva risposto chiarendo ulteriormente che per "*prezzo più basso offerto*" e per "*prezzo offerto*" si doveva intendere l'importo, con ribasso percentuale, eccedente "*il costo della manodopera non soggetto a ribasso*".

Pertanto, secondo il primo giudice, sulla base del chiaro tenore di tali chiarimenti, certamente coerenti con il disposto letterale dell'art. 3 del Disciplinare, nessun dubbio sussisteva in ordine alla correttezza della base d'asta utilizzata dall'Amministrazione nell'attribuzione dei punteggi per l'offerta economica, avendo quindi parte ricorrente errato nel formulare un ribasso unico applicato sull'intero importo delle tariffe, comprensivo del costo della manodopera non soggetto a ribasso, nonostante le puntuali specificazioni in senso contrario rese dall'Ente, anche su sua richiesta.

Né secondo il primo giudice coglierebbe nel segno la tesi di parte ricorrente secondo cui la scelta operata dall'Amministrazione sarebbe illegittima, in quanto, non utilizzando l'intera base d'asta, ma solo una porzione di essa, nelle operazioni di assegnazione dei punteggi, si sarebbero alterate le proporzioni tra i valori delle diverse offerte economiche, rispetto a quanto previsto dal Disciplinare, avendo in realtà il Comune dimostrato in giudizio che attraverso l'operazione compiuta dalla Commissione si era garantita la rilevanza alla voce prezzo, come era volontà dell'Ente, e al contempo erano state mantenute le proporzioni tra i ribassi.

11.2. Parimenti è stata rigettata la seconda censura, articolata da parte ricorrente, relativa alla formula prevista nel Disciplinare per l'attribuzione del punteggio, basata sui prezzi offerti ($P_{min}/P*20$), e a quella invece utilizzata dalla Commissione, basata sui ribassi ($R/P_{max}*20$), sulla base del rilievo che il Comune aveva evidenziato in giudizio che la formula basata sui prezzi prevista dal Disciplinare era risultata inutilizzabile da un punto di vista matematico, atteso lo sconto pari al 100% sulla parte di tariffa ribassabile proposto da due concorrenti.

Pertanto la Commissione aveva deciso di utilizzare, ai fini dell'attribuzione del punteggio, anziché la formula basata sui "prezzi", la corrispondente e sovrapponibile formula basata sui "ribassi", al contrario della prima invece utilizzabile matematicamente; ciò senza sconfessare la *ratio* e le regole stabilite nel Disciplinare sul punto, atteso che *la lex specialis* basava l'assegnazione del punteggio per l'offerta economica sul criterio della Proporzionalità Inversa Interdipendente, che può essere alternativamente realizzato sia comparando i prezzi offerti che i ribassi, considerando quindi o il prezzo minore ($P_{min}/P*20$), laddove possibile, ovvero il maggiore ribasso ($R/P_{max}*20$), come avvenuto nel caso in esame a fronte dell'impossibilità di utilizzare il primo criterio.

La sovrapponibilità dei due criteri si evincerebbe dalla circostanza che sarebbe evidente che il ribasso più elevato corrisponde al prezzo più basso e che, nella

formula usata basata sui ribassi, denominatore e numeratore sono invertiti rispetto alla formula basata sul prezzo perché la premialità viene attribuita al crescere del ribasso, che tuttavia corrisponde comunque alla parallela diminuzione del prezzo, nel pieno rispetto quindi del principio della Proporzionalità Inversa Interdipendente, attuato anziché attraverso la valorizzazione del prezzo decrescente, mediante il rilievo dato al ribasso crescente.

Peraltro, lo stesso art. 11 punto B) del Disciplinare prevedeva che il punteggio massimo di 20 punti sarebbe stato assegnato al ribasso più elevato, unico dato reale a disposizione della Commissione e che corrispondeva al prezzo più basso.

Il primo giudice ha inoltre evidenziato che, se con il criterio della Proporzionalità Inversa Interdipendente applicato ai ribassi, parte ricorrente aveva ottenuto il punteggio di 0,1, nel caso si fosse utilizzata la diversa formula basata sui prezzi offerti (quantificati nell'esaminare il primo motivo di impugnazione), le ricorrenti non avrebbero comunque ottenuto un punteggio idoneo a sovvertire i risultati della procedura e quindi a superare la prova di resistenza, collocandosi prime anziché quarte in graduatoria; ciò in quanto l'Amministrazione aveva dimostrato in giudizio che - ipotizzando a vantaggio di parte ricorrente che l'offerta della prima graduata non contenesse un ribasso unico del 100% (tale da rendere inutilizzabile la formula $P_{min}/P*20$), ma in ipotesi del solo 95%, corrispondente a un "prezzo" offerto (per la parte ribassabile, come da Disciplinare) di euro 0,17 con riguardo alla tariffa educatori e di euro 0,23 per quella del coordinatore - usando la formula $P_m/P*20$ prevista dal Disciplinare e basata sui prezzi, le ricorrenti avrebbero ottenuto un punteggio che non avrebbe comunque consentito loro di aggiudicarsi la gara.

11.3. Priva di pregio è stata poi ritenuta l'ultima censura articolata dalle ricorrenti, relativa all'asserita illegittimità delle clausole che impongono a pena di esclusione il divieto di ribasso sui costi di manodopera da parte delle

imprese concorrenti ad una gara, atteso che nel caso in esame nessuna esclusione era stata prevista dal Comune in tal senso nella *lex specialis*, discutendosi solamente delle scelte contenute nel Disciplinare in ordine all'attribuzione dei punteggi delle offerte economiche.

12. Con il primo motivo di appello viene lamentata l'erroneità della sentenza di *prime cure*, sulla base del rilievo che il Tar, nell'esaminare il primo motivo di ricorso, riferito all'erronea interpretazione dell'art. 3 del Disciplinare, aveva omesso di pronunciarsi su quanto dedotto relativamente alla correlativa lettura con l'art. 11 del Disciplinare, riferito alla formula matematica indicata per la valutazione delle offerte economiche, dalla quale era evincibile che doveva farsi riferimento non al ribasso sulla parte non ribassabile dell'offerta oraria, ma all'intera base d'asta ovvero al prezzo offerto.

Applicando tali criteri, l'appellante si sarebbe posizionata prima in graduatoria, laddove la stazione appaltante aveva manipolato le prescrizioni del Disciplinare di gara, senza peraltro avvedersi di avere applicato criteri non omogenei, avendo diverse imprese fatto riferimento non al ribasso sulla tariffa oraria non ribassabile, ma al prezzo offerto, prendendo a riferimento l'intera base d'asta indicata nel Disciplinare.

13. Con il secondo motivo si deduce l'erroneità della sentenza, laddove aveva interpretato il Disciplinare di gara alla luce degli illegittimi chiarimenti resi, contrastanti con la stessa lettera del Disciplinare che, nel riferirsi alla base d'asta, aveva riguardo all'intera tariffa oraria per gli educatori e per il coordinatore.

Peraltro parte appellante evidenzia che i chiarimenti erano stati resi a ridosso del termine ultimo per la presentazione delle offerte, in violazione della *lex specialis*, che prevedeva che gli stessi dovessero essere resi al più tardi sei giorni prima, non rilevando che detta censura non fosse stata articolata *in prime cure*, non essendo i chiarimenti illegittimi sottoposti ad onere di impugnazione, secondo la giurisprudenza in materia.

Inoltre, secondo la prospettazione attorea, applicando la formula matematica descritta nel Disciplinare e sostituendo al simbolo P il prezzo orario risultante dall'offerta della concorrente e al simbolo Pm il prezzo più basso offerto (che per nessuna delle offerte era pari a zero, al contrario di quanto avevano ritenuto illogicamente l'Amministrazione e il Tar), si giungeva in tutti i casi al risultato corretto, e quindi all'aggiudicazione della gara in proprio favore.

14. Con il terzo motivo di appello si assume che l'art. 11, a pag. 15 del Disciplinare, imponeva alla stazione appaltante di assegnare il punteggio secondo la formula $P_{min} / P \times 20$, ovvero la formula normalmente in uso quando si deve utilizzare come elemento di riferimento il prezzo e non il ribasso.

Applicando questa medesima formula, ma utilizzando i ribassi anziché il prezzo, come aveva fatto la commissione, si arriverebbe però a risultati paradossali secondo cui il ribasso più elevato (più vantaggioso per l'amministrazione e corrispondente a un prezzo più basso) otterrebbe meno punti del ribasso inferiore (meno vantaggioso per la stazione appaltante, e corrispondente a un prezzo più alto). Infatti il ribasso maggiore otterrebbe venti punti, come in effetti vuole il Disciplinare, ma tutti gli altri otterrebbero un punteggio maggiore che potrebbe addirittura aggirarsi nell'ordine delle migliaia.

La commissione resasi conto di questa assurdità, invece di trarne elementi per rendersi conto d'aver commesso un errore nell'assumere i valori di partenza, però, aveva cercato di rimediare, aggravando il vizio, ovvero invece d'utilizzare la formula del Disciplinare, l'aveva rovesciata.

Il primo giudice al riguardo, secondo parte appellante, aveva erroneamente fatto riferimento a quanto evidenziato dal Comune in giudizio, ovvero *“che la formula basata sui prezzi prevista dal Disciplinare è risultata nel caso in esame concretamente inutilizzabile da un punto di vista matematico, atteso lo sconto pari al 100% sulla parte di tariffa proposto da due concorrenti”*.

Questa premessa di partenza, in tesi attorea, sarebbe totalmente errata: nulla impediva di utilizzare il prezzo orario, esattamente come previsto dal Disciplinare, e il ribasso del 100% da parte della controinteressata (che, pacificamente, era limitato alla parte di prezzo orario dichiarata non ribassabile, e quindi a poco più di tre euro) quindi un prezzo di € 22,54, che nessuna ragione logica, aritmetica o giuridica impediva di utilizzare al posto giusto (e cioè a quello riservato al prezzo più basso) nella formula del Disciplinare.

Inoltre, aggiunge C.T.R., se davvero la formula del Disciplinare non fosse stata applicabile, la stazione appaltante avrebbe dovuto annullare l'intera gara, non potendo la commissione manipolare la *lex specialis* di gara.

Dire che i due criteri fossero sovrapponibili e che, addirittura, ciò si evincesse intuitivamente solo perché in entrambi l'offerta economica migliore aveva più punti di quella peggiore e, in entrambe, la migliore aveva 20 punti, senza considerare in quale misura incidesse sul punteggio delle altre concorrenti la differenza di prezzo, secondo parte appellante sarebbe affermazione palesemente errata, illogica e illegittima.

Nella prospettazione di parte appellante:

a) non era vero affatto che, applicando il criterio del prezzo, C.T.R. non avrebbe superato la prova di resistenza, in quanto utilizzando nella formula il prezzo orario, C.T.R. avrebbe vinto la gara con punti 97,48, mentre la controinteressata si sarebbe classificata terza con punti 92,53;

b) non esisterebbe alcuna ragione logica, giuridica o letterale per cui per prezzo del servizio si dovesse considerare soltanto € 0,17 con riguardo alla tariffa educatori ed € 0,23 per quella del coordinatore (valori che, già da soli, apparirebbero manifestamente assurdi), e non quello intero, rispettivamente, di € 25,79 e di € 30,98 che corrispondono al prezzo orario offerto da C.T.R.

Dagli articoli 16 e 17 del Capitolato emergerebbe, in tesi attorea, un ulteriore dato interpretativo: la legge di gara utilizza sempre l'espressione "*prezzo*" o "*prezzo offerto*" quando si riferisce alla tariffa oraria degli operatori; utilizza

invece i termini “*importo contrattuale*” quando vuol indicare il complessivo costo del servizio prestato dall'appaltatrice. Così, per esempio, l'art 16 comma 1 del Capitolato stabilisce che “*L'offerta economica deve presentarsi secondo le modalità previste nel Disciplinare di gara. Il prezzo è fisso ed invariabile per tutta la durata della fornitura del servizio; fatta salva la revisione dei prezzi di cui al successivo art. 17...*”.

15. Con il quarto motivo di appello, reiterando la terza censura del ricorso di *prime cure*, si assume infine che l'art. 3 del Disciplinare e, prima ancora, la tabella del quadro economico di spesa riportata a pag. 5 e poi ancora a pag. 10 della determinazione 903/2023, sarebbero viziati nella parte in cui dichiarano non soggetto a ribasso il costo della manodopera ipotizzato dalla stazione appaltante. Proprio questo vizio sarebbe, in tesi, all'origine dei successivi atti illegittimi.

Secondo queste clausole, il costo della manodopera che la stazione appaltante aveva l'onere d'indicare ai sensi dell'art. 23, comma 16, d.lgs. 50 del 2016 costituirebbe anche un valore minimo al di sotto del quale le offerte sarebbero vietate. Queste previsioni, in tesi di parte appellante (con richiamo alla sentenza n. 5665 del 9 giugno 2023 di questa sezione) sarebbero senz'altro viziate.

Il giudice di *prime cure* non aveva colto che il principio affermato da questo Consiglio di Stato con l'indicata sentenza e invocato nel caso concreto dalle appellanti non riguardava soltanto l'eventuale legittimità di un'esclusione, ma anche l'estensione che si doveva dare alla nozione di base d'asta e, in particolare, la possibilità di scorporare (o, in altri termini, la necessità d'incorporare) dalla stessa base d'asta anche la parte del prezzo che la stazione appaltante, illegittimamente, aveva qualificato come non soggetta al ribasso.

Il costo del lavoro non poteva essere escluso dal ribasso. Qualsiasi clausola che presupponesse tale scorporo illegittimo sarebbe a sua volta viziosa e dovrebbe essere annullata.

16. Ciò posto, nell'esaminare i motivi di appello, occorre precisare in via preliminare, che - come evidenziato in sede cautelare, con motivazione da

valere, anche ai sensi dell'art. 73 comma 3 c.p.a., come avviso di rito - ove le censure formulate in via principale, con cui si deduce l'erronea interpretazione della *lex specialis* di gara fossero ritenute infondate, ne conseguirebbe l'inammissibilità delle censure del ricorso di *prime cure*, volte avverso le previsioni della *lex specialis* di gara e la determina di indizione della gara, nella parte relativa all'approvazione del Disciplinare, posto che, come di seguito precisato, giammai potrebbe pervenirsi ad un annullamento parziale della *lex specialis* di gara, in applicazione della regola *vitiatur se non vitiat*, da valere solo rispetto alle clausole violative del principio di tassatività della clausole di esclusione da considerarsi nulle, principio che nell'ipotesi di specie non risulta in alcun modo violato.

17. Ciò posto i primi due motivi di appello, in quanto fondati su presupposti connessi, possono essere esaminati congiuntamente ed in via prioritaria, sottendendo il terzo motivo non solo un profilo di erronea applicazione della *lex specialis* di gara, ma anche un profilo di possibile illegittimità della stessa, ed investendo espressamente il quarto motivo di appello, peraltro relativo a censura formulata in via subordinata, il profilo della illegittimità della *lex specialis* di gara.

18. Prima di procedere alla disamina dei motivi giova richiamare la giurisprudenza in materia di interpretazione della *lex specialis* di gara e di chiarimenti resi dalla stazione appaltante.

18. Secondo la costante giurisprudenza in materia condivisa da questa Sezione (ex multis Cons. Stato, Sez. V, 31 ottobre 2022, n. 9386; Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2021, n. 2710), nelle gare pubbliche, nell'interpretazione della *lex specialis* di gara, devono trovare applicazione le norme in materia di contratti, e dunque anzitutto i criteri letterale e sistematico previsti dagli artt. 1362 e 1363 cod. civ..

18.1. Ciò significa che, ai fini di tale interpretazione, devono essere applicate anche le regole di cui all'art. 1363 cod. civ., con la conseguenza che le clausole previste si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo ad esse il

senso che risulta dal complesso dell'atto. Pertanto se un'aporia tra i vari documenti costituenti la *lex specialis* impedisce l'interpretazione in termini strettamente letterali, è proprio la tutela dei principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti che conduce all'interpretazione complessiva o sistematica delle varie clausole.

Le preminenti esigenze di certezza, connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti, impongono pertanto in primo luogo di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale.

18.2. Secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara, aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; Sez. V, 15 aprile 2004, n. 2162; Ssez. V, 12 settembre 2017, n. 4307).

Deve pertanto reputarsi preferibile, a tutela dell'affidamento dei destinatari e dei canoni di trasparenza e di "*par condicio*", l'interpretazione letterale delle previsioni contenute nella legge di gara, evitando che in sede interpretativa si possano integrare le regole di gara, palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale (Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3093).

19. Per quanto concerne la portata dei chiarimenti va richiamata la costante giurisprudenza in materia secondo la quale i chiarimenti debbono rispettare "il limite del carattere necessariamente non integrativo né modificativo della disposizione di gara oggetto di interpretazione (limite che deriva dai principi di trasparenza, pubblicità e "*par condicio*" nelle gare di appalto di matrice comunitaria della regolarità delle procedure di affidamento)", che impone che "il chiarimento non possa forzare e andare oltre il possibile ambito semantico

della clausola secondo uno dei suoi possibili significati” (Cons. Stato, sez. III, 23 novembre 2022, n. 10301, così anche Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2024 n.1793).

19.1. Nel caso in cui invece al chiarimento sia riconosciuta una portata novativa si deve “dare prevalenza alle clausole della *lex specialis* ed al significato desumibile dal tenore delle stesse, per quello che oggettivamente prescrivono” (Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2021 n. 2260; così anche Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2024 n. 802, che si riferisce allo stesso come “consolidato principio”, rispetto al quale si discosta, Cons. Stato, sez. V, 1 settembre 2023 n. 8127). E ciò indipendentemente dall’impugnazione degli stessi, atteso che “i chiarimenti resi nel corso di una gara d’appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della *lex specialis*” (Cons. St., sez. V, 7 settembre 2022 n.7793).

Visto quindi che i chiarimenti possono avere solo una portata interpretativa e non innovativa, la soluzione del caso non può basarsi sul chiarimento stesso ma richiede di previamente interpretare la legge di gara (per poi stabilire il trattamento da riservare al chiarimento).

20. Ciò posto, va osservato che l’art. 3 del Disciplinare di gara (*Valore dell’appalto e importo soggetto al ribasso*) prevede *expressis verbis* : “*Importo annuo presunto: € 706.375,95 IVA inclusa;*

Importo per tutta la durata dell’appalto (periodo contrattuale da Settembre 2023 al termine dell’anno scolastico 2025/2026): € 2.585.335,98 IVA inclusa;

Base d’asta:

Tariffa oraria educatori € 25,92 + IVA di legge per ogni ora di servizio prestato (di cui € 22,54 costo manodopera non soggetto a ribasso);

Tariffa Oraria Coordinatore € 31,14 + IVA di legge per ogni ora di servizio prestato (di cui € 27,08 costo manodopera non soggetto a ribasso)”.

20.1. Pertanto detta prescrizione, in coerenza peraltro con la sua rubrica, da un lato fa riferimento al valore dell’appalto, ovvero all’importo contrattuale,

sia annuale, che per l'intera durata del periodo, rispetto al quale assume rilievo la base d'asta, ovvero il costo orario preso in considerazione dell'amministrazione per la determinazione dell'importo contrattuale, per altro verso fa *expressis verbis* riferimento all'importo ribassabile, escludendo dalla base d'asta - ai fini della valorizzazione del punteggio dell'offerta economica, secondo quanto di seguito precisato - l'importo della manodopera corrispondente ai valori minimi stabiliti nelle tabella ministeriali, ai sensi dell'art. 23 comma 16 c.p.a..

20.2. La circostanza che, ai fini della determinazione del punteggio dell'offerta economica, dovesse aversi riguardo al ribasso offerto, da valutare rispetto all'importo ribassabile della base d'asta, quale individuato dall'Amministrazione, anziché essere disatteso, come ritenuto da parte appellante, è confermato dalla prescrizione dell'art. 11 del Disciplinare di gara nella parte in cui precisa che *“I 20 punti relativi all'offerta economica verranno assegnati secondo la formula seguente, precisato che non saranno ammesse offerte al rialzo: Il punteggio massimo disponibile di 20 punti è assegnato al ribasso più elevato (e quindi al prezzo più basso) non anomalo, come segue. [...].”*

20.2.1. Ed invero anche la lettera di tale prescrizione della *lex specialis* di gara, letta unitamente al precedente art. 3, che indicava *expressis verbis* quale fosse l'importo suscettibile di ribasso ai fini della valorizzazione dell'offerta economica, conferma che l'attribuzione del punteggio dovesse essere calibrata sul ribasso più alto, corrispondente al prezzo più basso, per cui si deve ritenere che quanto si è voluto fare riferimento al prezzo più basso, nell'indicazione della formula matematica – peraltro errata essendosi invertito numeratore e denominatore - si sia inteso il ribasso più alto, da determinarsi alla luce del precedente art. 3.

20.2.2. Ciò è confermato dal riferimento contenuto nella prescrizione del medesimo art. 11 al ribasso più alto *“non anomalo”*, essendo stata la soglia di non anomalia individuata dall'Amministrazione, scorporando, ai fini della

determinazione del punteggio dell'offerta economica, il costo del lavoro desumibile dalle tabelle ministeriale ex art. 23 comma 16 c.p.a.

20.2.3. Il dato certo ed inequivocabile, evincibile dall'indicata prescrizione dell'art. 11 del Disciplinare di gara, era pertanto, come ritenuto dal primo giudice, che il punteggio massimo da attribuire all'offerta economica, ovvero i 20 punti, dovesse essere attribuito al ribasso più alto, da intendersi peraltro, giova precisare, come “*ribasso non anomalo*”, dato questo in alcun modo contrastante con la previsione dell'art. 3 della *lex specialis* di gara, ma confermativa della stessa, laddove ha *expressis verbis* indicato il costo del lavoro non ribassabile (ai soli fini della valorizzazione dell'offerta economica).

20.3. Alla luce del dato letterale e tenuto conto delle complessive previsioni della *lex specialis* di gara, da coordinare tra loro attraverso una interpretazione sistematica, nonché dei chiarimenti offerti dalla Stazione appaltante, per assicurare il pieno soddisfacimento dell'obiettivo perseguito attraverso l'individuazione del criterio prescelto per la valorizzazione dell'offerta economica, si deve ritenere che ai fini della determinazione del correlativo punteggio, come correttamente ritenuto dal giudice di *prime cure*, dovesse aversi riguardo alla parte non ribassabile del costo della manodopera, come individuato nella stessa *lex specialis*.

21. Ciò posto i primi due motivi di appello non colgono nel segno.

Alcuna omessa pronuncia è infatti da ravvisarsi nella motivazione resa dal primo giudice in ordine alla lettura coordinata degli artt. 3 e 11 della *lex specialis* di gara, posto che il primo giudice ha analizzato congiuntamente i motivi di ricorso, ritenendo corretta l'interpretazione ed applicazione operata dalla stazione appaltante, quale desumibile dai chiarimenti resi dalla stessa, in quanto del tutto conformi all'espressione letterale della medesima *lex specialis*.

21.1. Ed invero per costante giurisprudenza, al fine di configurare il vizio di omessa pronuncia non è sufficiente la mancanza di una pronuncia esplicita da parte del giudice, ma è essenziale che manchi totalmente un provvedimento che sia indispensabile per risolvere il caso concreto; detta situazione non si

verifica allorché la decisione adottata comporta il rifiuto della pretesa avanzata dalla parte, anche se manca una motivazione specifica in merito. Si presume una implicita reiezione quando la pretesa avanzata nella domanda non esaminata esplicitamente risulta incompatibile con il ragionamento logico-giuridico della decisione (in termini Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2024, n. 2821).

21.2. E peraltro del pari noto che nel giudizio amministrativo l'art. 101 c.p.a. - 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 e/o correzione - 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).

Deve infatti al riguardo applicarsi l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, a fronte di una motivazione effettivamente individuabile come tale nell'ambito della sentenza, l'eventuale vizio motivazionale non dà luogo a invalidità, né perciò a rinvio ex art. 105, comma 1, cod. proc. amm., ed è superato di per sé dall'effetto devolutivo dell'appello, che comporta l'esame delle questioni controverse da parte del giudice dell'impugnazione nella misura in cui devolute dalle parti in ragione delle critiche (anche motivazionali) rivolte alla sentenza (Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2021, n. 3308; 17 gennaio 2020, n. 430; 13 febbraio 2017, n. 609), nonché di quelle rilevabili d'ufficio dallo stesso giudice di appello.

21.2.1. Pertanto le conclusioni cui è giunto il primo giudice nell'interpretazione della *lex specialis* di gara, devono intendersi corrette, avuto riguardo anche alle precisazioni contenute nella presente sentenza.

21.3. Deve inoltre ritenersi che, come già affermato dal primo giudice, i due chiarimenti formulati dalla stazione appaltante sul criterio da seguire nella formulazione dell'offerta economica, siano del tutto legittimi, in quanto non a

carattere novativo, nel senso dianzi precisato, ma perfettamente conformi al dato letterale della *lex specialis* di gara e alla sua *ratio*, quale desumibile dal combinato disposto degli artt. 3 e 11 del Disciplinare.

21.3.1. Né rileva che i secondi chiarimenti siano stati resi oltre il termine di sei giorni prima della presentazione delle offerte, quale indicato nel Disciplinare di gara, in primo luogo in quanto gli stessi non hanno fatto altro che confermare la precisazione di cui ai primi chiarimenti, resi, su richiesta della medesima parte appellante a ridosso della loro formulazione, ovvero molto tempo prima del termine minimo di sei giorni indicato nella *lex specialis* di gara, ed in secondo luogo perché, anche in assenza di detti chiarimenti, l'interpretazione della *lex specialis* non poteva che essere quella fatta propria dalla stazione appaltante nella valutazione delle offerte economiche, in quanto del tutto conforme al combinato disposto degli artt. 3 e 11 del Disciplinare, nel senso innanzi indicato, dovendosi dare prevalenza, nella lettura dell'art. 11 alla previsione secondo la quale *“Il punteggio massimo disponibile di 20 punti è assegnato al ribasso più elevato (e quindi al prezzo più basso) non anomalo”*.

22. Il terzo motivo di appello, riferito alla manipolazione della formula matematica operata dalla stazione appaltante, è invece parzialmente inammissibile, secondo quanto di seguito precisato, in quanto all'evidenza era detta formula a non essere coerente con il criterio scelto dalla stazione appaltante ai fini della valorizzazione dell'offerta economica, come calibrato sul ribasso più alto non anomalo, ai sensi del medesimo art. 11, da determinarsi alla luce del precedente art. 3 del Disciplinare.

22.1. Pertanto l'Amministrazione, al contrario di quanto ritenuto da parte appellante, giammai avrebbe potuto applicare tale formula avendo riguardo al prezzo offerto (correlato al ribasso sull'intera base d'asta), ma avrebbe dovuto semmai annullare l'intera gara, onde rendere coerente la formula matematica con il criterio prescelto per la valorizzazione dell'offerta economica.

23. Ed invero non si condivide sul punto la motivazione resa dal primo giudice in considerazione del rilievo che per consolidata giurisprudenza, la *lex*

specialis di una procedura pubblica costituisce un vincolo da cui l'amministrazione non può sottrarsi: in particolare, per effetto del rigoroso principio formale che la assiste, a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (*ex multis*, Cons. Stato, V, 29 settembre 2015, n. 4441; III, 20 aprile 2015, n. 1993; VI, 15 dicembre 2014, n. 6154), le prescrizioni ivi stabilite impegnano non solo i privati interessati, ma, ancora prima, la stessa amministrazione, che non conserva margini di discrezionalità nella loro concreta attuazione, né può disapplicarle, neppure quando alcune di queste regole risultino inopportune o incongrue o comunque superate, fatta salva naturalmente, in tale ultimo caso, la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela (tra tante, Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1604; 13 settembre 2016, n. 3859; 28 aprile 2014, n. 2201; 30 settembre 2010, n. 7217; 22 marzo 2010, n. 1652; Ad. plen., 25 aprile 2014, n. 9).

24. Cionostante deve pervenirsi, come evidenziato in sede cautelare, ad una declaratoria di inammissibilità della censura, posto che C.T.R. non ha in alcun modo richiesto l'annullamento dell'intera procedura di gara, come evincibile dalla piana lettura del ricorso di *prime cure* e dalle conclusioni rassegnate relativamente al secondo e al terzo motivo.

24.1. Pertanto alcun rilievo ha il riferimento operato da parte appellante nel secondo motivo di appello alla considerazione che la stazione appaltante, una volta resasi conto dell'impossibilità di applicazione matematica della formula indicata nel Disciplinare di gara, avrebbe dovuto semmai annullare la gara, posto che l'annullamento dell'intera procedura di gara non è stato chiesto da parte appellante, né potrebbe essere richiesto in sede di appello, stante la violazione del divieto dei *nova*, ex art. 104 comma 1 c.p.a..

Secondo un orientamento ormai tradizionale, infatti, il divieto di motivi nuovi in appello nell'ambito del processo amministrativo costituisce la logica conseguenza dell'onere di specificità di quelli di impugnazione (in primo grado) del provvedimento amministrativo, e più in generale dell'onere di specificazione della domanda da parte di chi agisce in giudizio ed è pertanto

riferibile, come nella fattispecie *de qua* all'attore (il ricorrente) e non anche al convenuto (la parte resistente o il controinteressato) (ex multis Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2022, n. 5796).

24.2. La circostanza che parte appellante non abbia inteso in alcun modo tutelare, neanche in via subordinata, l'interesse strumentale alla reiterazione della procedura di gara, è vieppiù dimostrata da quanto affermato dalla stessa nella memoria di discussione, nel punto in cui, prendendo posizione sulla motivazione dell'ordinanza cautelare, ha precisato di avere richiesto l'annullamento della *lex specialis* di gara solo in senso emendativo.

24.2.1. Né rileva la circostanza che il primo giudice non abbia individuato detto profilo di inammissibilità della doglianza, limitandosi a ritenere legittimo l'operato della P.A., in quanto, come noto, l'inammissibilità (anche parziale) del ricorso di primo grado è estranea alla nozione di "eccezione non rilevabile d'ufficio", sicché la stessa oltre ad essere deducibile per la prima volta in appello, anche mediante semplice difesa, non risultando preclusa dal divieto di *ius novorum*, è soggetta anche al potere officioso del giudice di secondo grado (ex multis Cons. Stato, Sez. III, ordinanza 7 novembre 2017, n. 5138; Cons. Stato, sez. VI, 5 settembre 2017 n. 4196; Cons. Cons. Stato, sez. VI, 22 febbraio 2013, n. 1094; Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2007, n. 4924).

24.2.2. Pertanto il terzo motivo di appello è in *parte qua* inammissibile, non potendo dal suo accoglimento derivare l'accoglimento della censura formulata *in prime cure*, in quanto, una volta ritenuta erronea la formula matematica indicata nel Disciplinare di gara, poiché contrastante con il combinato disposto degli artt. 3 e 11 del Disciplinare, intesi a valorizzare il ribasso non anomalo, ovvero con scorporo della parte ritenuta non ribassabile della base d'asta, alcuna utilità potrebbe conseguire parte appellante dalla censura riferita all'illegittimo operato dell'Amministrazione, che aveva manipolato la formula matematica, al fine di renderla coerente con le indicate previsioni della *lex specialis* di gara, non avendo mai richiesto l'annullamento dell'intera procedura

di gara, ma avendo sempre rivendicato un asserito diritto all'aggiudicazione della stessa.

24.2.3. Infatti C.T.R. con il secondo motivo del ricorso di prime cure aveva evidenziato che il rovesciamento del rapporto tra numeratore e denominatore costituiva autonomo vizio che doveva portare *“all'annullamento di tutti gli atti impugnati, a partire dal verbale n. 5 sino alla determina n. 1604/2023 che ha approvato gli atti di gara, e alla riassegnazione dei punteggi secondo le regole del Disciplinare”*.

Pertanto, constatato che la formula matematica era erronea perché distonica rispetto alle previsioni degli artt. 3 e 11 del Disciplinare, quali innanzi ricostruite, in alcun modo questo collegio potrebbe pervenire ad un annullamento dell'intera procedura di gara, trattandosi di una pronuncia *ultra petita*, violativa del disposto dell'art. 112 c.p.c. di corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

24.3. Né peraltro depongono ai fini dell'accoglimento del motivo, ossia dell'applicazione della formula matematica, nel senso inteso da parte appellante, gli altri disposti della *lex specialis* di gara, ovvero l'art. 16 del Disciplinare, da cui si evince come nell'offerta economica dovesse essere indicato tanto l'importo contrattuale, quanto il ribasso offerto (che non poteva che essere determinato ai sensi del combinato disposto degli artt. 3 e 11 del medesimo Disciplinare) e come ai fini dell'indicazione del costo della manodopera l'importo indicato come non ribassabile dall'Amministrazione non rilevasse assolutamente ai fini dell'esclusione delle offerte economiche ad esse non conformi, dovendo comunque detto costo essere stimato ai sensi dell'art. 95 comma 10 c.p.a.

Infatti l'indicato art. 16 così prescrive *“La busta “Offerta economica” dovrà contenere un ribasso unico percentuale che si applicherà all'importo posto a base di gara (da cui andava peraltro scorporato l'importo non ribassabile, ai sensi del precedente art. 3) “L'offerta va presentata secondo le seguenti modalità: a) il ribasso in percentuale deve essere inserito nell'apposito spazio messo a disposizione sulla piattaforma Sardegna CAT. Tale indicazione è necessaria ma non è prevista a pena di esclusione.*

b) il medesimo ribasso deve altresì essere inserito su apposito modulo (utilizzando, preferibilmente, il modello contenuto nel file denominato Allegato 3 – Modello offerta economica, messo a disposizione dalla stazione appaltante come allegato al presente Disciplinare oppure un modulo avente gli stessi contenuti) che dovrà contenere, a pena di esclusione, quanto segue:

- 1) il ribasso offerto, in cifre ed in lettere, da applicare all'importo a base d'asta;*
- 2) la stima dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 95, comma 10 del Codice. Detti costi relativi alla sicurezza connessi con l'attività d'impresa dovranno risultare congrui rispetto all'entità e le caratteristiche delle prestazioni oggetto dell'appalto.*
- 3) la stima dei costi della manodopera, ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice.*

In caso di eventuale divergenza tra l'importo indicato nel documento allegato e sottoscritto e l'importo indicato nell'apposito spazio sulla piattaforma, prevarrà il primo. In caso di discordanza tra il prezzo indicato e le relative indicazioni in cifre e in lettere verrà preso in considerazione l'importo più favorevole per l'amministrazione, salvi macroscopici refusi”.

24.4. Dalla lettura di tale prescrizione si evince che dovendo comunque essere stimati i costi dalla manodopera, ex art. 95 comma 10 d.lgs. 50 del 2016, l'indicazione di un costo inferiore ai minimi indicati dalla stazione appaltante come importo non ribassabile, lungi dal comportare l'esclusione dell'operatore economico – non essendo in alcuna parte del Disciplinare prevista detta esclusione – avrebbe potuto rilevare semmai come presunzione di anomalia dell'offerta, con conseguente sottoposizione alla relativa verifica.

24.5. Ciò, fermo restando che ai fini della determinazione del ribasso da prendere in considerazione nella determinazione del punteggio dell'offerta economica si doveva avere riguardo all'importo non ribassabile, di cui al combinato disposto degli artt. 3 e 11 del Disciplinare di gara, come innanzi interpretati.

24.5.1. Ed invero l'Amministrazione nel determinare l'importo non ribassabile della base d'asta non ha assolutamente inteso prevedere un importo minimo del costo della manodopera a pena di esclusione, ma ha inteso valorizzare il

solo ribasso ritenuto presuntivamente non anomalo, perché calibrato sui soli costi eccedenti l'importo della tabella ministeriali ex art. 23 comma 16 c.p.a., nell'ottica non solo di premialità delle offerte corrispondenti a tale soglia presuntivamente non anomala, ma anche ai fini dell'attribuzione di tutti i 20 punti dell'offerta economica, non altrimenti utilizzabili ove la stessa fosse stata valutata avendo riguardo all'intero importo della base d'asta, secondo la formula ritenuta applicabile da parte appellante, che avrebbe determinato, come palesato anche dai calcoli effettuati dalla stazione appaltante, un inevitabile schiacciamento verso l'alto dei punteggi da assegnarsi all'offerta economica, con la conseguenza che l'aggiudicataria sarebbe stata individuata avuto pressoché esclusivo riguardo ai punteggi dell'offerta tecnica.

24.5.2. Infatti la stazione appaltante prescegliendo il criterio della valorizzazione del ribasso più alto, calibrato avuto riguardo all'importo non ribassabile, come da essa determinato, ha evidentemente inteso utilizzare tutti i venti punti dell'offerta economica, in applicazione di quell'orientamento giurisprudenziale, seppure non univoco, seguito da questo Consiglio di Stato, secondo il quale nell'ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è necessario che nell'assegnazione dei punteggi venga utilizzato tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta (così Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2020, n 2356, Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081).

25. Il quarto motivo di appello, con cui si censura il capo della sentenza che ha rigettato l'ultimo motivo di ricorso, riferito all'impugnativa in via subordinata della disciplina di gara (art. 3 del Disciplinare e relativi atti presupposti), ove da interpretare conformemente alla prospettazione della stazione appaltante, ovvero con calibrazione dei punteggi dell'offerta economica sulla parte non ribassabile della base d'asta, va invece dichiarato inammissibile posto che la prescrizione della *lex specialis* di gara *de qua agitur*, come peraltro precisato dal

primo giudice, non era riferita ad un adempimento previsto a pena di esclusione.

25.1. Pertanto l'annullamento dell'indicata prescrizione, lungi dal poter essere limitato alla clausola contestata, secondo il principio *vitiatur sed non vitiat* proprio delle clausole violative della prescrizione dell'art. 83 comma 8 d.l.gs. n. 50 del 2016, non potrebbe che determinare l'annullamento dell'intera procedura di gara, non potendo essere consentito, al di fuori dell'applicazione di tale principio, un intervento manipolativo sulla *lex specialis* di gara.

25.2. Conformemente all'insegnamento della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 22 del 2020 del Consiglio di Stato, (solo) le clausole violative del principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83 comma 8 d.l.gs. 50 del 2016 devono ritenersi affetta da nullità, e pertanto da considerare come non apposte e quindi disapplicabili, poiché finiscono per integrare un requisito ulteriore rispetto a quelli espressamente previsti dagli artt. 80 e 83 del Codice dei contratti pubblici, cosa non consentita dall'ordinamento, che anzi in tal caso prevede la sanzione massima della nullità.

Detto stigma di nullità è tale per cui la clausola in tal senso viziata è da intendersi come "non apposta" a tutti gli effetti di legge, quindi inefficace *e tamquam non esset*, senza alcun onere di doverla impugnare, dovendosi semmai impugnare gli atti conseguenti che ne facciano applicazione (Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2023, n. 1055).

25.2.1. La declaratoria di nullità colpisce pertanto le clausole con le quali l'amministrazione impone ai concorrenti adempimenti o prescrizioni ai fini dell'ammissione alla procedura di gara che non trovano alcuna base giuridica nelle norme del Codice dei contratti pubblici o in altre disposizioni di legge vigenti (ex multis Cons. Stato, sez V, 3 maggio 2022 n. 3452; Cons. Stato, sez. V, 08 gennaio 2021, n. 290; Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2020, n. 7257 e giurisprudenza ivi richiamata; Ad. plen. 7 giugno 2012, n. 21; 16 ottobre 2013, n. 23; 25 febbraio 2014, n. 9).

25.3. Nell'ipotesi di specie, non potendo la clausola contestata da parte appellante essere considerata nulla ma al più illegittima, non può operare il riferimento operato da parte appellante al condivisibile principio affermato da questa Sezione con l'invocata sentenza 9 giugno 2023, n. 5665 con cui si è riformata la sentenza di *prime cure* che, in accoglimento del ricorso proposto dalla seconda graduata aveva, ritenuto che la prima graduata fosse da escludere per incongruità dell'offerta per avere indicato, in riferimento ad una fattispecie sottoposta alla disciplina del d.lgs. n. 50 del 2016, un costo della manodopera inferiore all'importo indicato come non ribassabile nella *lex specialis* di gara, evidenziando come “L'art. 23 comma 16, invocato dall'appellante a sostegno delle proprie ragioni, dispone che “I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso”. I costi della sicurezza e solo quelli.

Al fine di leggere e applicare correttamente la clausola della lex specialis, è significativo richiamare, solo quale supporto interpretativo, l'art. 41 comma 14 del d.lgs. 36/2023 che, significativamente, opera una netta “inversione di rotta” rispetto al d.lgs. 50/2016 laddove dispone: “14. Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”.

Persino nel “nuovo Codice”, che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1 comma 2 lett. t) della l. 78/2022, ha previsto “in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso” è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale così armonizzando il criterio di delega con l'art. 41 della Costituzione”.

25.4. Né avuto riguardo a quanto evidenziato, ovvero alla circostanza che parte appellante non ha richiesto l'annullamento dell'intera procedura di gara, può valere il riferimento all'illegittimità della procedura di gara fondato sul

richiamo a quella parte, resa *incidenter tantum*, dell'indicata sentenza n. 5665 del 2023 secondo la quale “*d'altronde, non è superfluo osservare che, a supporre corretto l'argomentare del Tar si arriverebbe (come si è arrivati) a considerare che la gara sia stata indetta solo per vagliare il ribasso sulla voce “spese generali”, ciò che costituisce un assurdo logico prima che una ricostruzione in diritto non condivisibile*”.

25.5. In conclusione il quarto motivo di appello, così come il terzo motivo di appello, nella parte in cui viene lamentata l'illegittima manipolazione della formula matematica ad opera della commissione di gara, sono pertanto inammissibili, in quanto relativi a motivi del ricorso di *prime cure* da ritenersi inammissibili per difetto di interesse, potendo comportare il loro accoglimento solo l'annullamento dell'intera procedura di gara, domanda in alcun modo formulata da parte appellante.

25.5.1. I restanti motivi di appello sono invece infondati.

26. Sussistono nondimeno, avuto riguardo alla parziale pronuncia in rito ed alla peculiarità della fattispecie, eccezionali e gravi ragioni per compensare integralmente fra 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, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara inammissibile, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto, in parte respinge ed in parte dichiara inammissibile il ricorso di primo grado.

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 9 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Diana Caminiti

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO