

**APPALTI: Bando, disciplinare di gara e capitolato speciale d'appalto – Distinzione – Contrasti tra le disposizioni in essi contenute – Vanno di regola risolti mediante il rapporto gerarchico che tra di essi intercorre.**

**Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2023, n. 565**

1. “[...] E’ noto a questo Collegio il rapporto tra bando, disciplinare di gara e capitolato speciale d’appalto, in ordine all’autonomia di tali provvedimenti ed alla propria peculiare funzione nell’economia della procedura, il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando. La giurisprudenza, in maniera condivisa, ha sostenuto che tali atti determinano insieme la *lex specialis* della gara [...], in tal modo sottolineando il carattere vincolante che (tutte) quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell’amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall’art. 97 Cost [...]”.

2. “[...] Quanto agli eventuali contrasti tra le singole disposizioni della *lex specialis* ed alla loro risoluzione, la giurisprudenza ha stabilito che tra tali atti sussiste una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara [...], laddove però le disposizioni del capitolato speciale e del disciplinare possono solo integrare, ma non modificare le prime [...]”..

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Autoservizi Colella s.r.l. e del Comune di Segni;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2022 il Cons. Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati De Simone e Sabene;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Autoservizi Colella s.r.l. proponeva ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio avverso la procedura di gara indetta nell’interesse del Comune di Segni, per l’affidamento dell’appalto del servizio di trasporto degli alunni della scuola dell’infanzia, nel periodo dal settembre 2021 al giugno 2025.

L’appalto, del valore complessivo di euro 299.427,82 al netto di IVA e oneri della sicurezza, doveva essere aggiudicato con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa, con l’attribuzione di massimo 60 punti per l’offerta tecnica e massimo 40 punti per l’offerta economica.

La gara veniva aggiudicata alla società An Baratta Tour s.r.l.s., che aveva riportato un punteggio di 72, 18, contro i 65, 00 punti conseguiti dalla ricorrente, seconda in graduatoria. La ricorrente chiedeva che venisse accertata l'illegittimità della gara, con annullamento degli atti, perché la Commissione, sulla base di quanto stabilito dall'art. 17 del Disciplinare, aveva previsto l'assegnazione di 70 punti per l'offerta tecnica e di 30 punti per l'offerta economica, quando, invece, il Bando ne aveva previsto, rispettivamente, punti 60 e 40.

2. Con sentenza n. 12810 del 2021, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio accoglieva il ricorso, disponendo l'annullamento degli atti di gara, con conseguente obbligo di rinnovazione della procedura.

Il Tribunale adito riteneva fondata la censura relativa alla contraddittorietà della *lex specialis*, assumendo che il Bando recava il riparto dei punteggi nella misura di 60 e 40, mentre il Disciplinare di gara indicava la ripartizione in 70 e 30. Sussistendo un insanabile contrasto tra Bando e Disciplinare, non superabile in via interpretativa, l'intera gara si era svolta sulla base di un vizio che ne comprometteva irrimediabilmente la legittimità.

3. Con ricorso in appello, illustrato anche con memorie, notificato nei termini e nelle forme di rito, An Baratta Tour s.r.l.s. ha impugnato la suddetta pronuncia, chiedendone l'integrale riforma, censurando, con il primo mezzo, la decisione nella parte in cui ha ritenuto l'esistenza di un contrasto tra gli atti di gara, insanabile in via interpretativa. Con il secondo mezzo, ha lamentato: *"Error in iudicando: erroneità della sentenza per intrinseca illogicità della motivazione; violazione di legge. Mancata corrispondenza tra bando e disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 50/2016, art. 72. Violazione della ripartizione dei punteggi rispetto ai criteri indicati nel bando di gara; eccesso di potere"*.

4. Si è costituita la società Autoservizi Colella s.r.l. chiedendo il rigetto dell'appello.

5. Si è costituito in resistenza il Comune di Segni.

6. Con ordinanza n. 1026 del 2022, questa Sezione ha respinto la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza del Tribunale amministrativo regionale di accoglimento del ricorso di primo grado, presentata in via incidentale dalla parte appellante.

7. All'udienza del 20 ottobre 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

8. Preliminarmente, il Collegio rileva l'infondatezza della censura di inammissibilità del ricorso di primo grado, proposta dall'appellante con memoria del 3 ottobre 2022.

An Baratta Tour s.r.l.s. lamenta che la società aggiudicataria non avrebbe impugnato nei termini il Bando di gara e il Disciplinare, onere processuale a cui avrebbe dovuto ottemperare, avendo dedotto

nella sostanza una clausola escludente in ragione dell'insanabile contrasto tra i documenti di gara, tale da determinare carenze di dati essenziali per formulare l'offerta.

8.1. In disparte l'inammissibilità della suddetta eccezione, in quanto proposta per la prima volta con memoria in data 3.10.2022, la stessa non ha pregio.

Il Collegio rammenta l'indirizzo della giurisprudenza amministrativa che, in più occasioni, ha precisato il carattere immediatamente escludente, ai fini della immediata impugnazione, delle clausole, che è stato ragionevolmente individuato: a) nelle clausole impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ai fini della partecipazione; b) nelle regole procedurali che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons. Stato, Ad. plen. 7 aprile 2011, n. 3); c) nelle disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara oppure prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato, sez.V, 24 febbraio 2003, n. 980); d) nelle condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso o non conveniente (Cons.Stato, sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293); e) nelle clausole impositive di obblighi *contra ius*; f) nei bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, oppure che presentino formule matematiche del tutto errate; g) negli 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). Tali ipotesi sono tutte accomunate dal fatto di impedire in modo macroscopico, ovvero di rendere estremamente ed inutilmente difficoltoso, ad un operatore economico di formulare un'offerta corretta, adeguata e consapevole, configurandosi pertanto come una concreta ed effettiva lesione dell'interesse legittimo dell'impresa a concorrere con altri operatori per l'aggiudicazione di una commessa pubblica. E' stato affermato (Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1331; C.G.A.R.S. 20 dicembre 2016, n. 474) che tra le clausole da considerarsi immediatamente escludenti rientrano anche quelle che prevedono un importo a base d'asta insufficiente alla copertura dei costi, inidoneo cioè ad assicurare ad un'impresa un sia pur minimo margine di utilità o addirittura tale da imporre l'esecuzione della stessa in perdita (ciò in quanto l'amministrazione, nel perseguimento del suo interesse all'ottenimento della prestazione alle condizioni più favorevoli, deve contemperare tale interesse con l'esigenza di garantire l'utilità effettiva del confronto concorrenziale, cfr. Cons. Stato, sez. III, 21 febbraio 2019, n. 513), aggiungendosi al riguardo che il carattere escludente di una siffatta clausola deve essere verificato e apprezzato in concreto, cioè anche in relazione allo specifico punto di vista dell'impresa e della sua specifica organizzazione imprenditoriale (Cons. Stato, sez. III, 21 febbraio 2019, n. 513).

8.2. Applicando tali principi alla fattispecie in esame, deve escludersi che la contestata discordanza tra il Bando ed il Disciplinare di gara integri le caratteristiche di una clausola escludente. Il concorrente era in grado di presentare la domanda di partecipazione alla gara, sulla base delle condizioni previste dal bando, e quindi di presentare una offerta congrua, idonea e competitiva, essendogli consentito successivamente di agire in giudizio, in esito alla procedura, e quindi a seguito dell'esercizio dei poteri discrezionali della Stazione appaltante. Siffatta partecipazione, invero, rappresenta un indice serio della portata non escludente delle clausole contestate (Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2019, n. 8088).

9. Passando all'esame dell'appello, con il primo motivo si denuncia l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui il Collegio ha ritenuto l'esistenza di un contrasto tra gli atti di gara, insanabile in via interpretativa. Secondo l'appellante, il Bando di per sé deve recare il solo criterio dell'aggiudicazione, mentre le modalità di assegnazione del punteggio devono trovare disciplina negli altri atti della *lex specialis*.

La contestata differenza tra Bando e Disciplinare non atterrebbe al criterio di aggiudicazione di per sé, che sarebbe nella specie il medesimo in entrambe le componenti della *lex specialis*: vale a dire quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior apporto qualità prezzo. La discrasia, secondo la ricorrente, attiene al rapporto punti tecnici – punti economici nell'ambito del criterio di aggiudicazione in questione. Ciò in quanto, né la Determina a contrarre, né il Bando pubblicato in Gazzetta Ufficiale, né, ancora, quello pubblicato nella Gazzetta dell'Unione Europea recherebbero una esatta ripartizione del punteggio tecnico-economico. Il motivo di ricorso proposto dalla società Autoservizi Colella s.r.l. farebbe leva non già sul contrasto tra provvedimento pubblicato in GURI/GUE e il Disciplinare, ma su una incongruenza tra quest'ultimo e il documento, denominato Bando e pubblicato sul sito *internet* del Comune, in cui effettivamente viene riportata l'erronea indicazione della ripartizione del punteggio 40-60. Ma tale discrasia, secondo l'esponente, non avrebbe rilevanza giuridica, trattandosi di un mero refuso privo di implicazioni, anche in ragione dell'assenza del medesimo errore in tutti gli altri atti ufficiali (GUE e GURI nonché alla Determina a contrarre). Tale incertezza sarebbe stata, in via interpretativa, certamente superabile.

L'appellante precisa, inoltre, che la ricorrente non ha allegato alcun argomento in ordine alla maggiore *chance* che la stessa conseguirebbe in caso di riedizione della procedura, tenuto conto dell'esiguità dello scarto di punteggio economico tra la prima e la seconda offerta classificata (meno di 1 punto) e dunque, anche se il peso specifico dell'elemento economico sia ipoteticamente aumentato da 30 a 40 punti sul totale, a parità di punteggio tecnico, non vi sarebbe stata alcuna influenza sugli esiti della gara.

10. Con il secondo mezzo, si denuncia l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui si è ritenuta l'ammissibilità del motivo proposto dalla ricorrente, atteso che il T.A.R. svilupperebbe un argomento mai esposto, ossia che è sulla base della ripartizione del punteggio del Bando (diversa da quella del Disciplinare) che i concorrenti avrebbero calibrato le offerte. L'appellante sostiene che il Bando di per sé non ha disposto nulla su come sarebbero state valutate le offerte, se non la ripartizione tra punti economici e punti tecnici, dovendo invece desumere tali criteri dal Disciplinare. Pertanto, i concorrenti, nel calibrare l'offerta, hanno dovuto necessariamente fare riferimento al Disciplinare, quale unica fonte delle modalità di assegnazione del punteggio. Quanto, invece, alla c.d. prova di resistenza, il giudice di prima istanza avrebbe erroneamente aderito all'indirizzo che ammette la caducazione della gara a prescindere dell'allegazione che il ricorrente, all'esito della nuova gara, abbia *chancedi* aggiudicarsi la nuova procedura. Secondo la ricorrente, invece, allorché la procedura sia conclusa e si domandi l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, il concorrente deve provare di essere titolare di un interesse specifico, che la giurisprudenza individua o nella prospettiva dell'affidamento della commessa pubblica o nel rinnovamento dell'intero procedimento selettivo. Se l'operatore economico ricorrente persegue l'aggiudicazione del contratto, egli è tenuto a dimostrare che, dall'auspicato accoglimento del gravame, ritrarrebbe il vantaggio concreto dell'aggiudicazione in suo favore.

11. I motivi di ricorso vanno esaminati congiuntamente in quanto inerenti alla medesima questione.

11.1. Le critiche sono infondate.

Dalle emergenze processuali si evince che la società appellante non contesta che nel Bando di gara è stato espressamente previsto un punteggio di massimo 60 punti per l'offerta tecnica e di 40 punti per l'offerta economica, mentre nel Disciplinare è stato indicato un criterio differente di attribuzione del punteggio, per un massimo di 70 punti per l'offerta tecnica e di 30 punti per quella economica, ma, con le esposte censure, sostiene l'irrilevanza di tale distonia.

Il Collegio rileva, invece, che nel caso in esame emerge all'evidenza che la legge di gara ha introdotto due criteri antitetici per l'individuazione dei punteggi. La palese contraddittorietà delle diverse previsioni contenute nel Disciplinare e nel Bando, hanno reso incerta la *lex specialis* di gara su un punto di rilevante importanza, quale è il criterio di individuazione dell'attribuzione del punteggio sull'offerta economica e tecnica. Tale contraddittorietà ha carattere assorbente, senza che questo giudice debba palesare quale sarebbe stata la formula da scegliere, per non invadere la sfera di competenza discrezionale della Stazione appaltante, cui spetta decidere la regola di gara, con i soli limiti della logicità e della chiarezza, presupposto, quest'ultimo, mancante nella disciplina della procedura per cui è causa.

Contrariamente a quanto assunto dall'appellante, non può essere messa in dubbio la confusione ingenerata dalle diverse disposizioni, così come non può condividersi l'assunto secondo cui tale contraddittorietà sarebbe un mero refuso, risolvibile agevolmente in via interpretativa, anche perchè tale errore non sarebbe stato riportato in tutti gli atti ufficiali. Questo argomento difensivo depone invero in senso contrario, atteso che proprio tale circostanza è idonea a determinare ulteriore confusione nella legge di gara, introducendo due criteri antitetici per l'aggiudicazione della procedura che non hanno trovato addirittura riscontro in tutti gli atti ufficiali. Né è utile a diversamente opinare, la circostanza, pure valorizzata dall'appellante, secondo cui il Bando pubblicato in Gazzetta, al pari di quello pubblicato sul sito del Comune, contenevano l'espresso riferimento all'art. 95 del d.lgs. 50 del 2016, da cui desumere che il tetto massimo per il punteggio economico stabilito dalla legge era del 30%.

La contraddittorietà, al contrario, è evidente.

11.2. La società appellante, al fine di sostenere la scarsa rilevanza di tale distonia, richiama la costante giurisprudenza sul tema, che ha individuato la gerarchia interna degli atti che concorrono a formare la *regola iuris* della procedura di gara.

E' noto a questo Collegio il rapporto tra bando, disciplinare di gara e capitolato speciale d'appalto, in ordine all'autonomia di tali provvedimenti ed alla propria peculiare funzione nell'economia della procedura, il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando. La giurisprudenza, in maniera condivisa, ha sostenuto che tali atti determinano insieme la *lex specialis* della gara (Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981; Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2010, n. 3311), in tal modo sottolineando il carattere vincolante che (tutte) quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall'art. 97 Cost.

Quanto agli eventuali contrasti tra le singole disposizioni della *lex specialis* ed alla loro risoluzione, la giurisprudenza ha stabilito che tra tali atti sussiste una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297; Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2010, n. 3963), laddove però le disposizioni del capitolato speciale e del disciplinare possono solo integrare, ma non modificare le prime (Cons. Stato, sez. III, 29 aprile 2015 n. 2186; Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439).

Tali principi, nella specie, sono applicabili con il chiarimento da ultimo precisato (...*laddove però le disposizioni del capitolato speciale e del disciplinare possono solo integrare ma non modificare*

*le prime*), atteso che l'insanabile contrasto tra Bando e Disciplinare di gara, in ordine al criterio dell'attribuzione del punteggio, non consente di superare la confusione sulla disciplina a cui fare riferimento, in spregio ai doveri di chiarezza, espressione del più generale principio di buona fede, a cui deve attenersi l'amministrazione, e la cui violazione comporta, in applicazione del principio di autoresponsabilità, che le conseguenze derivanti da disposizioni contraddittorie non possono ricadere sul concorrente che, in modo inconsapevole, abbia fatto affidamento sulle stesse (Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497).

Nel caso in esame, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, una lettura idonea a superare l'ambiguità non è possibile. Gli atti di gara non sono stati redatti in modo lineare, essendo evidente la contraddizione tra Bando e Disciplinare, che non può essere ritenuta né un refuso, né un errore.

11.3. Vanno respinte anche le censure relative all'assunto difetto di interesse della società Autoservizi Colella s.r.l. alla riedizione della gara, non avendo la stessa provato la sussistenza di concrete *chances* di aggiudicazione.

Ciò in quanto, sulla tematica in esame, questa Sezione ha già osservato che, allorchè le censure proposte sono dirette ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura e non il conseguimento di una immediata collocazione utile nella graduatoria impugnata, non sussiste in capo al deducente l'onere di fornire alcuna prova di resistenza (Cons. Stato, sez.III, 2.3.2018, n. 1312; Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2018, n. 1335; Cons. Stato, sez. VI, 1.4.2016, n. 1288); ciò soprattutto nelle ipotesi, come quella oggetto di causa, in cui è lo stesso assetto di regole disciplinari sulla cui base si è svolta la selezione che è scarsamente intellegibile e non consente, pertanto, di criticare il confronto competitivo. L'*utilitas* che in ipotesi siffatte la parte ricorrente in giudizio può ritrarre è quella della rinnovazione della gara, interesse strumentale che la Corte di Giustizia UE riconosce, nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici, come meritevole di tutela per esigenze di effettività (cfr. sentenza Puligienica, Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13). Appare evidente che, in ipotesi di accoglimento del ricorso, ne deriva come effetto una radicale caducazione della gara, tale da rendere del tutto imprevedibili gli scenari della futura e rinnovata competizione: in tale evenienza, la prova di resistenza risulterebbe vana se riferita alla vecchia gara, e del tutto astratta e congetturale se rapportata ad una nuova procedura della quale si ignorano i contenuti minimi di riferimento.

12. In definitiva, l'appello va respinto, e la sentenza impugnata va confermata.

Tenuto conto delle ragioni della decisione e della peculiarità della vicenda processuale, le spese di lite del grado vanno interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del grado.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO