

Publicato il 31/01/2023

N. 01055/2023REG.PROV.COLL.
N. 08706/2022 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8706 del 2022, proposto dalla società Cosmopol S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, corso del Rinascimento, 11,

contro

l'Azienda Ospedaliera Universitaria - A.O.U. dell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Nardone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

della società Rangers S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Paparella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 6881/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rangers S.r.l. e dell'A.O.U. dell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2023, il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso di prime cure Cosmopol ha impugnato gli atti afferenti alla procedura di gara per l'affidamento del servizio annuale, rinnovabile di un ulteriore anno, di vigilanza armata presso le strutture aziendali site nel centro storico di Napoli, conclusasi con la aggiudicazione in favore della S.r.l. Rangers.
2. Con articolata decisione il Tar periferico ha respinto le censure condensate nel ricorso e nei motivi aggiunti, confermando la legittimità del provvedimento di aggiudicazione, con condanna di Cosmopol alla refusione delle spese di lite.
3. Quest'ultima (seconda classificata e gestore uscente del servizio) è insorta chiedendo la riforma della pronuncia qui appellata, sulla base di tre motivi di censura, di seguiti riepilogati.
4. Per resistere alle istanze della parte appellante si sono costituite in giudizio la società controinteressata S.r.l. Rangers e l'Azienda Ospedaliera Universitaria – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.
5. A seguito della reiezione dell'istanza cautelare (ordinanza n. 5753 del 2022) la causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 26 gennaio 2023.

6. Il primo motivo di appello reitera i rilievi veicolati nel primo motivo del ricorso introduttivo, con i quali Cosmopol si era lamentata del fatto che Rangers, producendo una relazione tecnica di ben 84 facciate, redatta in più passaggi con caratteri e interlinea inferiori a quelli richiesti, si sarebbe avvalsa di uno spazio illustrativo delle proposte tecniche ben più ampio di quello concesso agli altri concorrenti, con ciò violando il principio di *par condicio* e di non discriminazione fra tutti i partecipanti della gara.

Osserva in questa sede la parte appellante che poiché la legge di gara nulla disponeva sul punto, legittimamente la stazione appaltante l'ha integrata a mezzo dei chiarimenti, il cui rispetto, d'altra parte, giammai può ripercuotersi in danno o a svantaggio delle imprese che ad essi si siano attenute, se non violando in radice i principi di *par condicio*, certezza delle regole di gara, trasparenza, correttezza e legittimo affidamento.

6.1. In linea con quanto già esaurientemente chiarito dal giudice di primo grado e ribadito da questa Sezione in fase cautelare, il Collegio ritiene che la censura sia infondata.

6.2. Merita infatti osservare che:

-- la disciplina di gara non contemplava alcuna prescrizione sui limiti dimensionali e per l'ipotesi del loro mancato rispetto nella redazione dell'offerta tecnica (v. art. 16 del disciplinare di gara, secondo capoverso);

-- i chiarimenti resi dalla stazione appaltante in corso di gara in risposta al quesito n. PI043151-22, pur introducendo *ex novo* indicazioni sui limiti dimensionali, ovvero sulla composizione e sul numero di facciate dell'offerta (“*file di testo di complessive n. 40 facciate massimo, in formato A4, con numerazione progressiva delle pagine, con carattere di scrittura minimo pari ad 11, con interlinea di 1,5*”), non sono stati accompagnati dalla previsione di alcuna sanzione (tantomeno quella espulsiva) applicabile per il caso della loro inosservanza autentica e, comunque, (contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante) hanno introdotto una prescrizione (il numero massimo di pagine) per nulla contenuta nell'originaria *lex specialis*;

-- pertanto, del tutto correttamente la Commissione di gara ha disapplicato, ossia ritenuto *tamquam non esset*, la prescrizione in questione, e lo ha fatto per tutti i concorrenti in gara, compresa l'odierna appellante;

-- i chiarimenti e le Faq, d'altra parte, non sono idonei ad integrare o modificare la legge di gara (v. Cons. Stato, sez. V, n. 3492 del 2022; sez. I, parere n. 1275 del 2021; sez. III, n. 904 del 2021 e n. 64 del 2022). Essi, avendo natura meramente illustrativa delle regole della disciplina di gara, sono ammissibili nei limiti in cui, pur svolgendo la funzione di interpretazione autentica della *lex specialis*, non modificano la disciplina ivi dettata per lo svolgimento della procedura selettiva; se, viceversa, si pongono in contrasto con le regole della gara, la stazione appaltante deve dare prevalenza alle clausole della *lex specialis* e al significato desumibile dal tenore letterale delle stesse (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, nn. 7793 e 2260 del 2021; sez. III, n. 64 del 2022);

-- come ben chiarito dal primo giudice, nel caso in esame i chiarimenti non hanno assunto *“un'efficacia esplicativa di una prescrizione di gara, nel senso di limitarsi ad illustrare il contenuto per quanto concerne aspetti in essa già presenti, ma hanno introdotto un “quid novi” che “ha comportato una inammissibile modificazione sostanziale della lex specialis rispetto al suo originario contenuto precettivo”*;

-- il precedente giurisprudenziale, apparentemente difforme, citato dalla parte appellante (sentenza del Cons. Stato, sez. V, n. 6939 del 2022), fa riferimento al diverso caso in cui il disciplinare di gara prevedeva espressamente il divieto per la Commissione di gara di esaminare le facciate ulteriori a quelle previste come limite massimo. Nel caso qui al vaglio, è il caso di ribadire, il disciplinare di gara non ha previsto alcuna sanzione per il caso del mancato rispetto dei limiti dimensionali dell'offerta tecnica;

-- aggiungasi che la prescrizione inerente al numero massimo di pagine, oltre a poter dar luogo a esclusione solo se espressamente previsto dalla legge di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 298 del 2021; n. 6857 del 2021; n. 577 del 2020), richiede sempre la specifica prova, a carico di chi invoca la illegittimità della

aggiudicazione, del vantaggio competitivo conseguito da un concorrente in danno degli altri per effetto dell'eccedenza dimensionale dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V n. 6857 del 2021 e n. 999 del 2021);

-- questa ipotesi di prova risulta in radice contraddetta, nel caso di specie, dalla duplice circostanza che nessuna delle ditte partecipanti si è attenuta strettamente ai parametri indicati dalla S.A.; e che la stessa Cosmopol ha presentato una relazione tecnica aggiuntiva (composta da n° 11 facciate) utile ai fini dell'attribuzione dei punteggi e come tale valutata dalla Commissione;

-- il *modus agendi* di Cosmopol, oltre ad inficiare la tesi del vantaggio competitivo di cui si sarebbe giovata Rangers e delle pretese violazioni del principio di parità e non discriminazione (v. Cons. Stato, sez. III, n. 10878 del 2022), espone la censura all'eccezione di inammissibilità per violazione del principio del *nemo potest venire contra factum proprium* (eccezione ritualmente sollevata in primo grado dalla stazione appaltante nella memoria di costituzione e quindi certamente delibabile in questa sede);

-- risulta infatti pacifico che la relazione tecnica prodotta dall'appellante superava il numero massimo di pagine stabilito dal chiarimento, mentre è vano il tentativo della stessa parte appellante di differenziare la propria posizione da quella della controinteressata poiché, anche a voler ritenere che nel caso dell'appellata le pagine in più costituissero un "*mero allegato*" della relazione tecnica, non è possibile escludere che detta integrazione abbia inciso — come del resto assume l'appellata Rangers S.r.l. — sull'attribuzione dei punteggi in relazione a specifici criteri di valutazione dell'offerta tecnica, così come l'istante assume essere avvenuto per la controinteressata;

-- non hanno pregio, dunque, le deduzioni svolte da Cosmopol per dimostrare la supposta diversa portata che le sue integrazioni avrebbero assunto rispetto a quelle introdotte da Rangers. Come ben chiarito dal primo giudice, con motivazione non confutata dalle allegazioni contenute nell'atto di appello, non sono "*comunque predicabili differenze di tipo "qualitativo", come tali implicanti eccezioni dipendenti dallo specifico contenuto delle porzioni eccedenti: non solo, infatti,*

nessun riferimento in tal senso è rinvenibile nella lex specialis, così come nemmeno nella nota di chiarimenti; ma, seguendo l'impostazione di Cosmopol, si determinerebbe una situazione di opinabilità ed ambiguità in ordine al contenuto richiesto dal bando per l'offerta tecnica - tra l'altro imponendone un esame puntuale già in fase di verifica dei requisiti di ammissione - con conseguenziale oggettiva incertezza circa l'effettività di prescrizioni poste a pena di estromissione, in quanto afferenti alle modalità di compilazione dell'offerta, in palese distonia con il principio di tassatività delle cause di esclusione, da ritenersi operante anche con riferimento alla chiarezza e trasparenza di specifiche prescrizioni espulsive' (pagg. 9 - 13 della sentenza).

6.3. In conclusione, la censura sin qui esaminata non può trovare accoglimento né ai fini dell'esclusione della controinteressata dalla procedura selettiva, né ai fini di una decurtazione di punteggio, né tanto meno ai fini di una obbligatoria ripetizione della gara (profilo del quale l'appellante lamenta l'omesso esame da parte del T.A.R., ma del quale, specie alla stregua di quanto fin qui rilevato, davvero non si vede come possa predicarsi la fondatezza).

7. Con il secondo mezzo di impugnazione Cosmopol deduce la violazione dell'art. 95 del d.lgs 50/2016, sostenendo che l'offerta economica presentata da Rangers non sarebbe conforme a quanto prescritto dal disciplinare di gara (art. 16) nella parte in cui esso imponeva ai concorrenti di formulare e presentare in gara la propria offerta economica mediante la compilazione a sistema dell'apposita scheda resa disponibile on line integrante la Busta C; e di inserire ai fini della compilazione della predetta Busta C (e quindi dell'offerta economica) anche le pertinenti spiegazioni *“in merito agli elementi costitutivi dell'offerta”*.

Rangers avrebbe mancato di allegare, appunto, le spiegazioni preventive *“in merito agli elementi costitutivi”* della propria offerta economica.

7.1. Il motivo è infondato.

L'art. 17 del disciplinare ha previsto da parte dei concorrenti la presentazione:
a) di una *“dichiarazione ai sensi dell'art. 95 comma 10 del D. Lgs. n. 50/2016, nella quale la ditta dovrà indicare 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"; b) di "Spiegazioni ex art. 97 commi 1 e 4 D.L.gs. n. 50/2016, ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta. Sulla base delle suddette spiegazioni sarà valutata la congruità delle offerte che risultassero anormalmente basse, ai sensi dell'art. 97, comma 3 D. Lgs. n. 50/2016".

7.2. Ebbene, il Collegio condivide i rilievi delle parti intimiate in ordine alla insussistenza di una clausola espulsiva specificamente collegata al mancato assolvimento dell'onere di produzione della documentazione di cui alla busta "C", contenente i giustificativi dell'offerta. Ritiene inoltre che detta misura espulsiva non sia ricavabile neppure in via interpretativa, ovvero da una lettura sistematica della legge di gara.

7.3. E' vero infatti che il disciplinare ha previsto che *"Saranno escluse tutte le offerte redatte o inviate in modo difforme da quello prescritto nel presente disciplinare di gara"* (punto 13 del disciplinare); ma è altresì vero che la *lex specialis* ha connotato tali spiegazioni come *"eventual"*, condizionandone l'allegazione al solo caso in cui le stesse fossero *"ritenute pertinenti"* da parte del loro proponente, così rimettendo a quest'ultimo la loro stessa individuazione.

7.4. Non solo, ma il medesimo disciplinare, al punto 21, rubricato *"verifica di anomalia delle offerte"*, terzo capoverso, ha previsto, riportando quanto stabilito dall'art. 97, comma 5, Codice dei Contratti, che è il RUP, in sede di verifica delle offerte, a richiedere *"per iscritto al concorrente la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni, se del caso indicando le componenti specifiche dell'offerta ritenute anomale. A tal fine, assegna un termine non inferiore a quindici giorni dal ricevimento della richiesta"*.

7.5. Dunque, quest'ultima previsione ha correttamente ricollocato nella fase di verifica dell'anomalia dell'offerta l'adempimento dell'onere di produzione dei giustificativi, in linea con le previsioni del codice appalti, il che induce a devalutare la perentorietà dell'obbligo introdotto, in via anticipata, nella fase di presentazione dell'offerta economica, più correttamente interpretabile alla

stregua di una mera facoltà rimessa alla valutazione discrezionale del concorrente.

7.6. Oltre a condividersi quanto osservato dal primo giudice in ordine all'afferenza delle spiegazioni *de quibus* non alla fase di valutazione delle offerte ma a quella di verifica della congruità dell'offerta effettuata nei confronti del solo aggiudicatario, nonché all'assenza nell'attuale disciplina (a differenza di quanto avvenuto in passato) di un generale obbligo di inserimento nell'offerta delle predette spiegazioni in via preventiva, si può aggiungere che, se anche una tale clausola fosse stata contenuta nel Disciplinare di gara e sanzionata con l'esclusione dalla procedura - come l'appellante insiste nel sostenere -, essa sarebbe risultata nulla per violazione della regola della tassatività delle cause di esclusione *ex* articolo 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 (in tal senso essendo decisiva proprio la scelta del legislatore di escludere, rispetto a pregressa normativa, un obbligo di inserimento delle spiegazioni "preventive" a carico dei concorrenti), e quindi del tutto correttamente sarebbe stata non applicata dalla Commissione di gara.

7.7. Il principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 83, comma 8, del D. Lgs. n. 50 del 2016, importa infatti che le prescrizioni a pena di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti "*sono comunque nulle*"; e 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 (v. Cons. Stato, ad. plen., n. 22 del 2020).

7.8. Rileva infine osservare, sotto altro punto di vista, che, specularmente a quanto già eccepito con riferimento al primo motivo di appello, anche Cosmopol non ha allegato l'enunciazione degli elementi identificativi dell'offerta economica (la parte richiama il doc. 6 allegato il 7 ottobre 2022, dal quale nulla si desume sul punto) , il che, nuovamente, espone la censura

all'eccezione di inammissibilità per violazione del principio del *nemo potest venire contra factum proprium* e vanifica *in toto* la doglianza relativa alla pretesa violazione del principio di parità e non discriminazione.

8. Con il terzo motivo di appello, Cosmopol censura la sentenza di primo grado lì dove non ha accolto i motivi aggiunti afferenti alla valutazione dell'offerta tecnica.

8.1. L'appellante evidenzia come anomalo il fatto che per ogni criterio valutativo l'offerta di Rangers abbia sempre ricevuto una preferenza premiale, pur a fronte di elementi offerti da Cosmopol platealmente più rispondenti al relativo specifico criterio dettato dalla norma di gara. Sostiene che questa attribuzione preferenziale sarebbe avvenuta in modo “*metodico*” e “*preconcetto*”, al deliberato fine di capovolgere il vantaggio acquisito da Cosmopol attraverso l'offerta economica; e, ripercorrendo i sette parametri tecnici, segnala, analiticamente, i singoli elementi di maggior pregio tecnico che avrebbero dovuto far prevalere la sua offerta su quella di Rangers.

8.2. Il motivo non può essere accolto.

8.3. Come noto, secondo consolidato indirizzo giurisprudenziale, al fine di contrastare il giudizio della commissione giudicatrice e far emergere suoi vizi di incoerenza e illogicità non è sufficiente evidenziare la mera non condivisibilità delle valutazioni da questa espresse, ma occorre fornire prova della loro macroscopica e del tutto manifesta inattendibilità, ovvero della loro evidente irragionevolezza e/o illogicità.

8.4. Nel caso di specie, il Collegio non ritiene che le allegazioni della parte appellante attingano ad un sufficiente grado di concludenza e compiutezza nella dimostrazione di questi indici di incongruenza.

8.5. Il solo confronto tra le allegazioni formulate da Cosmopol nell'atto di appello e le controdeduzioni proposte in replica da Rangers nella comparsa di costituzione rende la chiara misura della oggettiva opinabilità della materia esaminata e della conseguente incertezza del rovesciamento dei giudizi che la

parte appellante rivendica, al contrario, come esito necessitato, in quanto pienamente rispondente a criteri di logica ed evidenza.

8.6. A rendere arduo e sostanzialmente insondabile in sede giudiziale - per i limiti che connotano questa tipologia di scrutinio - l'accertamento della fattispecie di ingiustificata disparità di trattamento, concorre il fatto che la ricorrente non lamenta che gli stessi elementi delle due offerte tecniche siano stati apprezzati in modo inspiegabilmente diverso dalla commissione di gara; ma pretende di porre a confronto componenti ed aspetti di offerte tecniche differenti tra di loro dal punto di vista qualitativo. Ciò che si sollecita in questa sede giurisdizionale è dunque un'operazione di apprezzamento complessivo degli articolati contenuti delle due offerte, funzionale ad un successivo raffronto comparativo delle stesse e, in ultima analisi, ad una rideterminazione conclusiva dei punteggi.

8.7. Senonché, una simile impostazione argomentativa sconta il limite del carattere parziale dei profili tecnici censurati, ai quali Rangers ne contrappone altri che, nell'ambito del medesimo parametro, per specifica rilevanza, giustificerebbero la diversificazione dei giudizi operata dalla Commissione, motivando quel bilanciamento degli elementi qualitativi che, a giudizio della stessa, ha concorso a determinare il punteggio.

Non si tratta di un sindacato, dunque, finalizzato a contestare profili circoscritti e limitati, a parità di tutte le altre circostanze - *ceteris paribus* - ma di un sindacato volto ad innescare un diverso bilanciamento della totalità dei profili qualitativi integrati nel singolo parametro tecnico.

8.8. Non vi è dubbio che una tale tipologia di sindacato giurisdizionale va ben oltre i limiti ammessi dal consolidato indirizzo interpretativo del giudice amministrativo e, senza trovare supporto in elementi di chiara e manifesta evidenza, trasmoda in un'inammissibile invasione o sostituzione nell'attività tecnico-discrezionale riservata all'autorità amministrativa, secondo quanto condivisibilmente sostenuto dal giudice di primo grado.

8.9. Le rassegnate considerazioni si condensano nella conclusiva valutazione espressa dal primo giudice secondo la quale nel caso di specie l'istante non ha evidenziato la sussistenza di quei macroscopici profili di travisamento, errore o irragionevolezza, evidenti *ictu oculi*, i quali solo possono legittimare un sindacato del giudice *in subiecta materia*, essendosi limitato a esternare una propria personale e soggettiva non condivisione dei giudizi formulati dalla Commissione, per di più in una logica “comparativa” tra le due offerte che è estranea al corretto funzionamento delle procedure selettive, laddove — con la sola eccezione del caso in cui la legge di gara preveda il ricorso al metodo del confronto a coppie — all'esame delle offerte tecniche e all'attribuzione dei relativi punteggi si procede in via autonoma e “assoluta”, e non previo raffronto con le offerte di altri concorrenti.

8.10. Pure l'affermazione secondo cui la stazione appaltante avrebbe voluto indebitamente favorire la controinteressata, “premiandola” sull'offerta tecnica in modo da annullare gli effetti della maggior convenienza dell'offerta economica dell'odierna appellante (la quale, dunque, avrebbe dovuto essere conosciuta o presunta dall'Amministrazione) risulta sfornita di un affidabile supporto indiziario, non potendo questo desumersi dalla semplice circostanza che all'offerta di Rangers S.r.l. sia stato attribuito sempre il punteggio massimo per tutte le voci dell'offerta tecnica (come sottolinea l'appellante, quasi a voler sostenere, in apparente contraddizione con quanto poco prima dedotto, una irragionevolezza della valutazione di detta offerta in termini generali, e non con riguardo a specifiche voci oggetto di valutazione).

9. Per quanto esposto, l'appello va respinto, assorbite le eccezioni preliminari reiterate dalle parti appellate.

10. Le spese di lite seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna la parte appellante a rifondere in favore delle due parti appellate le spese di lite che liquida per ciascuna di esse in € 4.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO