



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 6526 del 2021, proposto da Gestione Servizi Integrati S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Clizia Calamita Di Tria, Domenico Gentile, Carlo Malinconico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Fabbro Food S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

nei confronti

Azienda di Servizi alla persona Istituti Milanesi Martinitt e Stelline e Pio Albergo Trivulzio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimo Meraviglia, Sabrina Allisio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 01637/2021, resa tra le parti relativa all'affidamento in concessione dei bar interni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fabbro Food S.p.A. e di Azienda di Servizi Alla persona Istituti Milanesi Martinitt e Stelline e Pio Albergo Trivulzio;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2021 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati viste le conclusioni delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con Determinazione n. AEP/20/2019 del 17.12.2019, l'Azienda di Servizi alla Persona Istituti Milanesi Martinitt e Stelline e Pio Albergo Trivulzio ha attivato una procedura per l'affidamento della concessione del servizio di gestione dei bar interni al Pio Albergo Trivulzio ed all'Istituto Frisia di Merate, per la durata di anni tre, mediante piattaforma telematica Sintel, per un importo annuo pari a € 394.851,00 (IVA esclusa), oneri della sicurezza da rischi interferenziali esclusi, e pari ad € 2.369.110,00 per il triennio, comprensivo dell'eventuale opzione di rinnovo per ulteriori tre anni, da aggiudicarsi secondo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il disciplinare di gara presentava un'incongruenza in relazione ai criteri di valutazione: a seguito di apposita richiesta di chiarimenti, la stazione appaltante ha fornito precisazioni in ordine alla previsione di 3 e non di 4 criteri di valutazione.

Alla procedura hanno preso parte Fabbro Food S.p.A. (gestore uscente) e Gestione dei Servizi Integrati s.r.l.

1.1 - All'esito delle operazioni di gara Gestione Servizi Integrati s.r.l. ha conseguito 96,81/100 punti complessivi, di cui 66,81/70 per l'offerta tecnica e 30/30 per l'offerta economica, mentre Fabbro Food S.p.A. ha ottenuto 95,04/100 punti complessivi, di cui 65,62/70 per l'offerta tecnica e 29,42/30 per l'offerta economica.

1.2 - Con determinazione n. AEP/84/2020, del 24 giugno 2020, la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione nei confronti di Gestione Servizi Integrati s.r.l..

2. - Con il ricorso di primo grado, seguito da motivi aggiunti, proposto dinanzi al TAR per la Lombardia, sede di Milano, la società Fabbro Food ha impugnato l'aggiudicazione in favore della controinteressata, odierna appellante, unitamente agli atti del procedimento, articolando tre motivi di impugnazione:

1) Violazione dell'art. 16 del disciplinare. Violazione dell'art. 26 del capitolato. Violazione dell'art. 171 d.lgs. 50/2016. Violazione delle prescrizioni minime di gara. Incompletezza dell'offerta.

Con tale doglianza, in estrema sintesi, la ricorrente ha dedotto che l'offerta presentata dalla Gestione Servizi Integrati avrebbe dovuto essere esclusa a causa della sua incompletezza, atteso che non sarebbero stati offerte talune categorie di prodotti.

In via subordinata, in caso di rigetto del primo motivo, la ricorrente ha proposto il secondo e terzo motivo di ricorso, con i quali ha fatto valere il proprio interesse strumentale alla ripetizione della procedura di gara.

2) Violazione dell'art. 18 del disciplinare. Violazione dell'art. 5 del capitolato. Violazione dell'art. 173 del d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 30 del d.lgs. 50/2016. Violazione del principio di pubblicità, trasparenza e par condicio.

Con tale censura, in estrema sintesi, la ricorrente ha sostenuto che la stazione appaltante avrebbe cambiato in corso di gara i criteri di valutazione facendo ricorso ai chiarimenti, senza provvedere alla rettifica del disciplinare e del capitolato pubblicando la modifica sulla Gazzetta Ufficiale.

3) Violazione dell'art. 173 del d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 30 del d.lgs. 50/2016. Violazione del principio di pubblicità, trasparenza e par condicio.

Con tale censura la ricorrente in primo grado ha dedotto, che il disciplinare di gara non recava l'indicazione dei sub-pesi e dei sub-punteggi in violazione del principio di trasparenza e pubblicità.

2.1 - Con i successivi motivi aggiunti la ricorrente ha censurato il giudizio di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria.

2.2 - Si sono costituite in primo grado la stazione appaltante e la controinteressata che hanno replicato alle doglianze proposte chiedendone il rigetto.

2.3 - Con ordinanza n. 1197/2020 il TAR ha accolto l'istanza cautelare; con ordinanza n. 6609/2020 questa Sezione ha respinto l'appello cautelare per mancanza

del requisito del *periculum in mora*.

3. - Con la sentenza appellata n. 1637/2021, il TAR ha esaminato soltanto i primi due motivi di impugnazione (quelli già scrutinati in sede cautelare), assorbendo gli altri.

Ha provveduto, però, a sovvertire l'ordine di trattazione delineato nel ricorso introduttivo del giudizio: ha esaminato dapprima il secondo motivo, relativo alla modifica dei criteri di valutazione delle offerte, e lo ha accolto; ha quindi esaminato il primo motivo, diretto ad ottenere l'esclusione della Gestione Servizi Integrati dalla gara a causa della asserita incompletezza dell'offerta, ed ha accolto anche tale censura.

Ha quindi rigettato la domanda risarcitoria.

In definitiva ha annullato sia il disciplinare di gara che il provvedimento di aggiudicazione.

4. - Avverso tale sentenza la società Gestione Servizi Integrati ha proposto appello contestando non soltanto il merito della decisione, ma anche l'ordine di trattazione delle doglianze, sostenendo che una volta annullata la gara, per effetto dell'accoglimento del secondo motivo, sarebbe difettato l'interesse a pronunciarsi sul primo motivo, diretto ad ottenere la propria esclusione dalla gara per incompletezza dell'offerta.

4.1 - La questione relativa all'ordine di trattazione delle censure ha costituito anche oggetto dell'appello incidentale proposto da Fabbro Food: quest'ultima ha lamentato, infatti, che il TAR non avrebbe seguito l'ordine di trattazione dei motivi indicati nel ricorso, sebbene fosse stato evidenziato che le doglianze dirette a far valere l'interesse strumentale erano state proposte in via subordinata.

4.2 - La stazione appaltante si è costituita in giudizio chiedendo l'accoglimento dell'appello.

4.3 - Con ordinanza n. 4571/2021 l'istanza cautelare è stata accolta ai fini della sollecita fissazione dell'udienza di merito.

4.4 - Le parti hanno depositato scritti difensivi ed in replica a sostegno delle rispettive tesi.

4.5 - Con ordinanza collegiale n. 7937 del 29 novembre 2021 la Sezione ha dichiarato la tardività della memoria di replica della società Fabbro Food, depositata

il 13 novembre 2021, ed ha rinviato la causa all'udienza pubblica del 21 dicembre 2021, nella quale la causa è stata trattenuta in decisione.

5. - L'appello va in parte accolto ed in parte va rigettato; l'appello incidentale va dichiarato improcedibile.

6. - Preliminarmente va dato atto che la Sezione ha già ritenuto tardiva la memoria di replica proposta da Fabbro Food S.r.l. contenente, tra l'altro, l'eccezione di inammissibilità della costituzione dell'Amministrazione soccombente in primo grado: di tale memoria va quindi disposto lo stralcio.

Ad ogni buon conto occorre rilevare che l'eccezione di inammissibilità ivi sollevata sarebbe comunque rilevabile d'ufficio, con conseguente irrilevanza della problematica relativa alla tempestività o meno del deposito della memoria portante l'eccezione in questione; in ogni caso l'eccezione sarebbe comunque infondata, in quanto l'Amministrazione ove soccombente, non è tenuta a proporre appello incidentale avverso la sentenza se non deve prospettare specifici motivi di impugnazione, ben potendo limitarsi alla costituzione aderendo alle conclusioni della controinteressata che ha proposto appello (cfr. Cons. Stato Sez. V, 12-03-2020, n. 1771).

6.1 - Alla luce di tale principio è irrilevante, oltre che infondata, la richiesta relativa allo stralcio delle note difensive depositate in prossimità della udienza del 21 dicembre 2021, che si limitano a richiamare la giurisprudenza su tale questione di rito ben conosciuta dal Collegio.

7. - Svolte queste precisazioni preliminari è possibile procedere ad esaminare il merito.

Ritiene il Collegio, per ragioni logiche, di dover esaminare prioritariamente l'appello principale partendo dalla disamina del capo 2.2) della sentenza (di accoglimento del primo motivo del ricorso di primo grado), relativo all'asserito mancato rispetto delle specifiche tecniche: in questo modo viene seguito il corretto ordine di trattazione dei motivi (Cons. Stato, A.P. n. 5/2015), così come articolato nel ricorso di primo grado.

7.1 - Il TAR ha ritenuto che:

“- il disciplinare di gara, nel prevedere il contenuto della relazione che ciascun concorrente deve presentare in relazione ai prodotti offerti, precisa che deve essere

illustrata una “proposta merceologica con descrizione della qualità e varietà dei prodotti proposti, (prodotti freschi, biologici, filiera corta, DOP, IGP, commercio equo e solidale) e Prodotti per particolari categorie di utenti che per salute, religione, cultura scelgono un regime alimentare particolare (diabetici, vegetariani, vegani)”;

- l'allegato n. 3 del capitolato reca le “specifiche tecniche relative alle tabelle dietetiche”, indicando i prodotti da fornire, con i relativi ingredienti e peso;

- per consolidata giurisprudenza (cfr. Tar Lombardia, sez. II, 23 marzo 2021, n. 762) le caratteristiche essenziali e indefettibili - ossia i requisiti minimi - delle prestazioni o del bene previste dalla lex specialis della gara costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, perché non è ammissibile che il contratto venga aggiudicato a un concorrente che non garantisca il minimo prestabilito della res richiesta, e non depone in senso contrario la circostanza che la lex specialis non disponga espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle pretese, risolvendosi tale difformità in un aliud pro alio che comporta, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di un'apposita comminatoria in tal senso (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5260);

- [...] il disciplinare e l'allegato 3 del capitolato precisano la necessità di formulare offerte tecniche rispettando determinati parametri quanto ai prodotti da offrire e alle loro caratteristiche, sicché non vi è spazio per interpretazioni estensive delle previsioni della lex specialis, pure prospettate dalle parti resistenti”.

7.2 - L'appellante ha dedotto l'erroneità in fatto della sentenza impugnata, sostenendo che l'offerta sarebbe stata conforme a quanto richiesto in sede di gara.

7.3 - La prospettazione dell'appellante è condivisibile.

L'appellante ha evidenziato che il TAR ha lamentato la presunta mancanza di prodotti (i) da filiera corta, (ii) derivanti da commercio equo e solidale, (iii) adatti agli utenti diabetici, precisando che sarebbe stato sufficiente esaminare con la dovuta attenzione la propria offerta per avvedersi che:

(i) erano stati previsti numerosi prodotti biologici da filiera corta (cfr. pagg. 8 e seguenti e 34 e seguenti del progetto GSI);

(ii) era stato previsto l'approvvigionamento di prodotti da commercio equo e solidale (cfr. pag. 10 progetto GSI);

(iii) erano stati inseriti prodotti vegetariani, vegani e per celiaci e per diabetici (cfr. progetto GSI, pagg. 44 e 47) facendosi riferimento all'utilizzo di prodotti utili per "intolleranze o patologie di ogni genere, e ad abitudini di carattere culturale o religiose, individuali o collettive" (es. dolcificanti, gelati di soia, pane arabo, ecc.).

7.4 - Quanto affermato dall'appellante trova riscontro dalla disamina della documentazione relativa alla sua offerta tecnica, sicchè risulta persuasiva la prospettazione dell'appellante, secondo cui, la Commissione di gara ha ben esaminato l'offerta tecnica ritenendola completa e soddisfacente dell'interesse della stazione appaltante.

In merito alla c.d. "filiera corta", nel verbale del 6 maggio 2020 la Commissione di gara ha correttamente rilevato che "la concorrente dichiara di possedere all'interno della propria struttura organizzativa un Ufficio Acquisti strutturato, privilegiando produttori e distributori a livello locale con riduzione del numero di intermediari tra produttore e consumatore"; in ogni caso, come puntualmente dedotto dall'appellante, i prodotti agroalimentari tradizionali rientrano nell'ambito della filiera corta diretta a valorizzare i prodotti del territorio.

Inoltre, correttamente l'appellante ha rilevato che non esiste la categoria di "prodotti per diabetici" (come invece accade, ad esempio, per i celiaci), in quanto tali pazienti devono semplicemente assumere prodotti poveri di zuccheri: vi rientrano, senz'altro, i prodotti contenuti nell'offerta dell'appellante quali quelli realizzati con farina integrale, ipocalorici, frutta e verdura, frullati, insalate ed i prodotti vegani (pagg. 25-27, 30, 32, 36-39); quanto ai succhi spremuti e freschi sono chiaramente previsti, vista la fornitura di spremiagrumi; sono state anche offerte bevande confezionate di agrumi (pagg. 6, 11, 27, 31 e 32).

Ritiene, dunque, il Collegio, che correttamente la Commissione abbia ritenuto completa l'offerta dell'appellante.

7.5 - Ne consegue che va riformato il capo di sentenza che ha accolto il primo motivo del ricorso di primo grado.

8. - Va ora esaminato il primo motivo di appello relativo all'impugnazione del capo 2.1) della sentenza, con cui è stato accolto il secondo motivo del ricorso di primo

grado.

Il TAR ha accolto la censura sostenendo che:

- per giurisprudenza consolidata, la stazione appaltante non può, in sede di chiarimenti, modificare le previsioni della legge di gara;
- le uniche fonti della procedura di gara sono costituite dal bando, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati, sicché i chiarimenti autointerpretativi della Stazione appaltante non possono né modificarle, né integrarle e quindi non possono essere vincolanti per la Commissione aggiudicatrice;
- la circostanza che la gara sia diretta all'aggiudicazione di una concessione non consente di derogare ai principi suindicati, atteso che l'art. 164 del d.l.vo 2016 n. 50 prevede l'applicazione alle concessioni non solo dei principi generali, ma anche della disciplina sulle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi;
- del resto, non sussistono limiti di compatibilità tra la disciplina richiamata e le caratteristiche tipiche della concessione da affidare, anche considerando che si tratta di principi posti a presidio della trasparenza e della par condicio tra tutti gli operatori del settore;
- nel caso di specie i chiarimenti hanno modificato sia i criteri di valutazione, sia la ripartizione dei punteggi, sicché essi hanno determinato un'illegittima modificazione ex post della disciplina di gara, non accompagnata da forme di pubblicazione coerenti con la disciplina degli artt. 72 e 73 del d.l.vo 2016 n. 50, atteso che i chiarimenti risultano pubblicati solo sulla piattaforma Sintel e sul sito dell'amministrazione;
- l'art. 18.1 del disciplinare prevedeva i seguenti quattro criteri di valutazione con i relativi punteggi: a) organizzazione del servizio, con assegnazione sino a 22 punti; b) prodotti offerti, con assegnazione sino a 20 punti; c) arredi e attrezzature, con assegnazione sino a 20 punti; d) proposte migliorative, con assegnazione sino a 8 punti;
- l'art. 5 del capitolato confermava la previsione del disciplinare, indicando come criteri di valutazione: A1) organizzazione del servizio; A2) prodotti offerti; A3) opere, arredi e attrezzature; A4) proposte migliorative;

- la somma dei punteggi massimi assegnabili era coerente con il riparto previsto di 70 punti per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica;
- con i chiarimenti la stazione appaltante ha espunto il criterio "arredi e attrezzature", riducendo a 3 i parametri di valutazione ed ha rimodulato i punteggi ad essi assegnati; ha previsto per il parametro "organizzazione del servizio" il punteggio massimo di 29 punti, per il criterio "prodotti offerti" il punteggio massimo di 28 e per il parametro "proposte migliorative" il punteggio massimo di 13;
- il chiarimento ha quindi modificato sostanzialmente i parametri di valutazione, riducendoli, con soppressione di uno dei criteri stabiliti dalla lex specialis e definendo ex novo i punteggi attribuibili a ciascuno dei tre criteri residui;
- secondo il TAR, quindi, non vi è stata una semplice correzione di errore materiale, ma un mutamento dei criteri di valutazione;
- la tesi dell'errore materiale non può fondarsi sull'art. 16.1 del disciplinare che, descrivendo il contenuto della busta B "offerta tecnica", prevede l'inserimento di una relazione dettagliata che descriva i seguenti elementi di valutazione tecnica: A1) organizzazione del servizio; A2) prodotti offerti; A4) proposte migliorative;
- la formulazione evidenzia solo che la relazione richiesta ai concorrenti non deve recare profili descrittivi relativi al parametro A3, ma non consente di ritenere che quest'ultimo non sia un parametro di valutazione, atteso che è chiaramente individuato come tale dal successivo art. 18.1 del disciplinare stesso e dall'art. 5 del capitolato;
- secondo il TAR, quindi i chiarimenti hanno illegittimamente modificato la lex specialis ed in particolare sia i criteri di valutazione, sia i punteggi ad essi assegnabili, senza rispettare le forme di pubblicità prescritte, fermo restando che la Commissione ha concretamente applicato i parametri stabiliti dai chiarimenti e non quelli previsti ab origine dal capitolato e dal disciplinare.

8.1 - L'appellante ha contestato tali statuizioni insistendo nel sostenere che, attraverso i chiarimenti, sarebbe stata eseguita esclusivamente una semplice correzione di errore materiale.

L'appellante ha quindi precisato che la stazione appaltante:

- si sarebbe limitata a correggere l'errore materiale prima della scadenza dei termini di presentazione delle offerte;
- nel caso di specie, sarebbe stata fornita adeguata pubblicità a tale correzione, ed i concorrenti avrebbero avuto a disposizione ben 33 giorni per presentare l'offerta;
- la modifica non avrebbe influenzato l'esito della gara, in quanto l'Amministrazione avrebbe conservato l'incidenza di ciascun peso ponderale nella valutazione finale;
- la ricorrente in primo grado non avrebbe subito alcuna lesione da tale modifica, alla quale, peraltro, avrebbe prestato acquiescenza.

8.2 - La prospettazione dell'appellante non può essere condivisa.

Innanzitutto è opportuno rilevare che per giurisprudenza pacifica la dimostrazione della prova di resistenza non rileva ai fini della realizzazione dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara (Cons. Stato, Sez III Cons. Stato Sez. III, 17/06/2021, n. 4683; id. nn. 2258 e 6035/2018; Cons. Stato, id. n. 6618/2020).

Il bando di gara o di concorso o la lettera di invito sono normalmente impugnabili con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, dovendo gli stessi essere considerati immediatamente impugnabili solo nel caso in cui contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione, con la conseguenza che la partecipazione alla gara e la presentazione della domanda non costituiscono acquiescenza e non impediscono la proposizione di un eventuale gravame (Cons. Stato Sez. V, 07/06/2021, n. 4301; Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1).

Pertanto, l'avvenuta presentazione dell'offerta nonostante la modifica dei criteri di valutazione delle offerte mediante semplici chiarimenti non impedisce alla parte interessata di far valere il vizio in sede giurisdizionale, al fine di ottenere la riedizione della procedura di gara.

Ne consegue che le eccezioni di inammissibilità della censura vanno respinte.

8.3 - Neppure risulta convincente la tesi del mero errore materiale: innanzitutto, come ha correttamente rilevato il TAR, vi è congruenza tra il disciplinare di gara (art. 18.1) ed il capitolato (art. 5); l'incongruenza sussiste con la previsione dell'art. 16 del disciplinare.

Sta di fatto che la stazione appaltante con il chiarimento a seguito di apposito quesito formulato da una concorrente, ha ridotto da quattro a tre i criteri di valutazione [A) “organizzazione del servizio” B) “prodotti offerti” C) “proposte migliorative”]; correlativamente l’Amministrazione ha ridistribuito i 70 punti per l’offerta tecnica, originariamente suddivisi in quattro categorie, sui tre elementi indicati nel chiarimento.

Al criterio della lett. A) sono stati aggiunti 7 punti (passati da 22 a 29); al criterio della lett. B) sono stati aggiunti 8 punti (passati da 8 a 13); al criterio sub lett. C) sono stati aggiunti 5 punti (passati da 8 a 13): in questo modo la stazione appaltante ha sostanzialmente modificato la *lex specialis*, senza provvedere ad eseguire la rettifica degli atti di gara secondo le metodiche necessarie, e cioè mediante la ripubblicazione della *lex specialis*.

8.4 - I chiarimenti resi dalla stazione appaltante nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della *lex specialis* di gara (cfr., da ultimo, Cons. giust. amm. Sicilia, 08-10-2021, n. 841; id. 20 settembre 2021, n. 806, che richiama un'ampia giurisprudenza).

I chiarimenti della stazione appaltante, infatti, sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della *lex specialis*, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (cfr. Cons. Stato, IV, 15 dicembre 2020, n. 8031, che richiama anch'essa a corredo una vasta giurisprudenza).

8.5 - In ogni caso, come ha correttamente rilevato l’appellata, l’errore materiale non è emendabile con lo strumento dei chiarimenti, in quanto, secondo la giurisprudenza, “l’errore materiale o l’omissione commessa nella *lex specialis* richiede una apposita rettifica del bando e del disciplinare da parte della stazione appaltante fatta con le stesse forme di detti atti e non già con un semplice chiarimento del responsabile unico del procedimento” (TAR Lazio, Sez. III Quater,

6 dicembre 2018 n. 11828; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2017, n. 5162; Cons. Stato 7 gennaio 2021 n. 173).

È infatti pacifico in giurisprudenza che i chiarimenti non possono modificare gli atti di gara, pena l'illegittima disapplicazione della *lex specialis* (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 27 dicembre 2019 n. 8873).

Come ha giustamente sottolineato l'appellato, ricorrente in primo grado, l'errore materiale avrebbe richiesto un'apposita rettifica del bando e del disciplinare di gara da parte della stazione appaltante, fatta con le stesse forme di detti atti, e non già un semplice chiarimento, come invece avvenuto in concreto (Cons. Stato Sez. V, 08-11-2017, n. 5162; Cons. Stato, III, 10 maggio 2017, n. 2172, 3 aprile 2017, n. 1527, 26 agosto 2016, n. 3708; V, 23 settembre 2015, n. 4441, 28 maggio 2015, n. 2671, 8 aprile 2014, n. 1666).

In difetto di ciò non è consentito nemmeno all'amministrazione aggiudicatrice di disapplicare il regolamento imperativo della procedura di affidamento da essa stessa predisposto, ed al quale la stessa deve comunque sottostare (cfr., per tutte, Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

Il motivo va quindi rigettato.

8.6 - La conferma del capo di sentenza relativo al mutamento dei criteri di valutazione in corso di gara comporta l'annullamento degli atti di gara.

Ne consegue che possono assorbirsi gli ulteriori motivi riproposti in appello che mirano allo stesso risultato.

9. - L'appello incidentale va quindi dichiarato improcedibile. L'accoglimento del primo motivo di appello con conseguente rigetto del medesimo in primo grado fa venir meno l'interesse alla valutazione della questione dell'ordine di trattazione dei motivi avanzata da parte del ricorrente incidentale. Per il resto, quest'ultimo ha già conseguito il bene della vita cui aspirava in via subordinata, stante il rigetto della domanda proposta in via principale in primo grado.

10. – In conclusione, per i suesposti motivi l'appello principale va in parte accolto ed in parte va respinto come precisato in motivazione; l'appello incidentale va dichiarato improcedibile. La sentenza di primo grado va pertanto confermata, pur con diversa motivazione.

11. – Le spese del doppio grado vanno compensate tra le parti tenuto conto della particolarità della fattispecie esaminata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie in parte ed in parte respinge l'appello principale come precisato in motivazione, dichiara improcedibile l'appello incidentale e per l'effetto conferma la sentenza di primo grado con diversa motivazione.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO