

N. 02789/2025REG.PROV.COLL.

N. 06572/2024 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 6572 del 2024, proposto da Sodexo Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A016E08FCB, rappresentata e difesa dall'avvocato Mariangela Di Giandomenico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Friuli Venezia Giulia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Beatrice Croppo, Marina Pisani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Proges Societa' Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Paviotti, Fabrizio Paviotti, con domicilio eletto presso lo studio Roberto Paviotti in Udine, via Duodo, 52; Codess Friuli Venezia Giulia Cooperativa Sociale Onlus in proprio e in Qualità di

Mandante del Costituendo Rti, Comune di Trieste, Comune di Udine, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, sez. I, n. 271/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Friuli Venezia Giulia e di Proges Societa' Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2024 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Mariangela Di Giandomenico e Beatrice Croppo e dato atto che l'avvocato Roberto Paviotti ha depositato istanza di passaggio in decisione senza discussione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con Decreto n. 44079/GRFVG del 29.09.2023, la Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia, tramite la Centrale Unica di Committenza regionale (di seguito "CUC"), dava avvio alla gara europea a procedura aperta, ex art. 71 del d.lgs. 36/2023, per la stipula di Convenzioni aventi ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione dei nidi d'infanzia delle Amministrazioni della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia.

1.1. Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ex art. 108,

comma 2, d.lgs. 36/2023, calcolata mediante l'attribuzione di massimo 90 punti all'offerta tecnica, con soglia di sbarramento di 54 punti per accedere alla fase successiva, e massimo 10 punti all'offerta economica.

1.2. La documentazione di gara prevedeva, a seguito dell'aggiudicazione, la stipula di una Convenzione ex art. 26 l. 488/1999 tra il Servizio CUC e l'operatore economico aggiudicatario di ogni lotto della gara.

1.3. La durata della Convenzione veniva fissata in 12 mesi, a decorrere dalla data in essa indicata, mentre per i contratti attuativi della Convenzione, emessi durante la validità della stessa, era prevista una durata pari a 4 anni educativi, prorogabili per una durata pari ad ulteriori 2 anni educativi.

1.4. Il valore globale stimato al netto di IVA complessivamente per tutti i lotti era pari ad euro 22.017,502,40 e per il solo lotto 2 era pari ad euro 3.219.840,00, con un valore globale stimato di euro 5.473.728,00, tenendo conto dell'opzione di proroga di euro 1.609.920,00 e del quinto d'obbligo di euro 643.968,00.

1.5. Alla procedura di cui trattasi la stazione appaltante stabiliva di applicare l'inversione procedimentale (art. 107, comma 3, D.lgs. n. 36/2023).

1.6. Espletate le procedure di apertura delle offerte economiche e data lettura dei punteggi tecnici, per il lotto n. 2 è stata formulata la seguente graduatoria (come da verbale n. 3): 1. RTI Proges-Codess con un punteggio di 99,94/100; 2. Sodexo Italia S.p.a., con un punteggio di 92,50/100; 3. Orsa soc. coop. sociale con un punteggio di 77,919/100.

1.6. Per il lotto n. 2 risultava pertanto aggiudicatario il RTI Proges-Codess in forza del decreto n. 20439 del 30.04.2024.

2. Con ricorso promosso innanzi al Tar per il Friuli Venezia Giulia Sodexo Italia S.p.A. (d'ora in poi anche semplicemente Sodexo), impugnava l'aggiudicazione a

favore del RTI costituendo, formato da Proges Società Cooperativa Sociale (capogruppo mandataria) e Codess Friuli Venezia Giulia Cooperativa Sociale Onlus (impresa mandante), del lotto n. 2 della suddetta gara, in cui rientra la gestione dei due nidi aziendali della regione, rispettivamente “il Girotondo” con sede in Udine e “La Bacchetta magica” con sede in Trieste.

2.1. Venivano impugnati altresì gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali.

2.2. Con successivo ricorso per motivi aggiunti Sodexo impugnava tutta la documentazione resa nota dalla CUC il 13.5.2024, nonché l’offerta tecnica, non oscurata del RTI controinteressato, inviata il 23.5.2024.

3. Il Tar friulano, con sentenza resa in forma semplificata, ex art. 60 c.p.a, della sez. I, 24 luglio 2024, n. 271, all’esito della camera di consiglio fissata per la trattazione dell’incidente cautelare, ha respinto sia il ricorso introduttivo che il ricorso per motivi aggiunti, incentrati su quattro censure, due delle quali a carattere escludente, una relativa all’attribuzione dei punteggi dell’offerta tecnica, in tesi idonea a vincere la prova di resistenza, e l’altra relativa all’asserita incongruità dell’offerta economica dell’aggiudicataria.

4. Con il presente atto di appello Sodexo, nell’impugnare i capi della sentenza che hanno respinto le censure articolate *in prime cure*, ha articolato i seguenti motivi:

I) *Error in iudicando* – Difetto di motivazione e travisamento dei fatti e censure di diritto. Superamento dei limiti del sindacato del G.A. – Erroneità della Sentenza che non accoglie il I motivo di ricorso. Violazione e falsa applicazione degli artt. 16 e 18 del disciplinare di gara. Violazione degli artt. 13 lett. a) e 21.1 del Capitolato. Carenza dei requisiti minimi dell’offerta - Violazione e falsa applicazione degli artt. 13 e 20 della l.r. n. 20/2005 e dell’art. 37 del Regolamento adottato con decreto del Pres. della regione n. 230 del 4.10.2011. Violazione e falsa applicazione dell’art. 14 del

disciplinare e dell'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023 relativamente al soccorso istruttorio. Eccesso di potere per contraddittorietà e irragionevolezza manifeste - Violazione della *par condicio* e del principio di concorrenza – sviamento – difetto di motivazione e istruttoria;

II) *Error in iudicando*. Difetto di motivazione, travisamento dei fatti e delle censure – Sulla erroneità della sentenza che respinge il II motivo di ricorso - Violazione e falsa applicazione dell'art. 21, punto 3 e 4 del capitolato. Violazione e falsa applicazione dell'art. 13 della legge regionale n. 20/2005 e dell'art. 11 del Regolamento adottato con decreto del Presidente della Regione n. 230 del 4.10.2011. Obbligo di esclusione dell'offerta per mancato rispetto di requisiti minimi del servizio e delle prescrizioni di gara;

III) Difetto di motivazione ed errore manifesto - Sull'erroneità della sentenza che rigetta il III motivo di ricorso. In via subordinata. Violazione e falsa applicazione dell'art. 18.1 del Disciplinare di gara con riferimento al *sub-criterio* 2.3. e 1.2. Irragionevole e errata attribuzione dei punteggi relativamente ai predetti sub-criteri. Eccesso di potere per illogicità manifesta nell'attribuzione del punteggio. Difetto di motivazione e istruttoria.

IV) *Error in iudicando* – Difetto di motivazione e istruttoria e travisamento dei fatti – Sulla erroneità della sentenza che respinge il IV motivo. Violazione e falsa applicazione dell'art. 110 del d.lgs. n. 36/2023. Illogica e irragionevole valutazione dell'anomalia dell'offerta. Difetto di motivazione e istruttoria. Incongruità dell'offerta.

Ciò posto, la società appellante ha richiesto non solo l'annullamento dell'aggiudicazione ma anche la declaratoria d'inefficacia della Convenzione, ex artt. 121 e 122 c.p.a., con conseguente risarcimento in forma specifica, con subentro nel

contratto e affidamento di Sodexo nella Convenzione *medio tempore* stipulata in favore dell'RTI Proges-Codess per l'intero periodo di durata previsto dalla *lex specialis* o, in subordine il risarcimento del danno per equivalente, ai sensi dell'art. 124 c.p.a..

5. Si sono costituiti in resistenza la regione e Proges Società Cooperativa Sociale (in seguito Proges), instando per il rigetto dell'appello con articolate memorie difensive.

6. In vista dell'udienza pubblica parte appellante ha prodotto articolata memoria difensiva, ex art. 73 comma 1 c.p.a, cui le controparti hanno replicato.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 28 novembre 2024.

DIRITTO

8. Viene in decisione l'appello avverso la sentenza in epigrafe indicata, con cui il Tar friulano ha respinto il ricorso proposto da Sodexo, seconda graduata nel lotto n. 2 della procedura aperta, indetta dalla regione Friuli Venezia Giulia, ex art. 71 del d.lgs. 36/2023, per la stipula di Convenzioni aventi ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione dei nidi d'infanzia delle Amministrazioni della medesima regione, avverso il provvedimento di aggiudicazione in favore del Rti Proges-Codess.

9. Segnatamente parte appellante critica i capi della sentenza che hanno respinto tutte e quattro le censure formulate *in prime cure*, due delle quali - riformulate con i primi due motivi di appello – a carattere escludente, una – riproposta con il terzo motivo - in tesi idonea a vincere la prova di resistenza - riferita all'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica e un'ultima censura – riproposta con il quarto motivo - relativa all'asserita incongruità economica dell'offerta dell'aggiudicataria.

10. Con il primo motivo di appello Sodexo critica la sentenza di *prime cure* laddove aveva respinto il primo motivo di ricorso, con il quale si era censurato il

provvedimento di aggiudicazione sul presupposto che fosse stata violata dalla stazione appaltante la normativa sul soccorso istruttorio e l'art. 14 del disciplinare di gara, consentendo all'RTI Proges Codess – attraverso ben tre richieste di chiarimenti - di integrare l'offerta tecnica, carente - quanto al requisito minimo previsto dalla *lex specialis* di gara - dei requisiti che doveva possedere il coordinatore pedagogico.

10.1. Con tale motivo si era inoltre censurato il provvedimento anche sull'ulteriore presupposto che il coordinatore pedagogico, indicato nell'offerta tecnica dell'RTI aggiudicatario, fosse, in ogni caso, anche considerando quanto emergeva dai chiarimenti forniti alla S.A., carente dei requisiti minimi previsti dal disciplinare di gara, dal capitolato speciale e dalla normativa regionale e regolamentare adottata della Regione in materia di asili nido.

11. Il primo giudice, nel disattendere tale motivo, ha ritenuto che i chiarimenti chiesti e forniti erano volti unicamente a specificare la portata di elementi già contenuti nell'offerta tecnica presentata da quest'ultima e che in alcun modo l'offerta fosse stata integrata, avendo specificato che per il "Nido di Trieste", la coordinatrice (pedagogica) è "la dott.ssa (...) Laurea magistrale in Psicologia conseguita presso l'Università di Trieste, ha esperienza educativa e di coordinamento pedagogico in Servizi 0-6 dal 2002 ad oggi. (...).

La CUC, ritenendo non sufficientemente esplicitativa dell'esperienza maturata l'indicazione fornita dal RTI controinteressato nella propria offerta tecnica, in quanto i servizi 0-6, ancorché astrattamente comprensivi anche di quello del "nido d'infanzia", non offriva, per l'appunto, immediata evidenza della specifica esperienza maturata nel servizio oggetto d'appalto, riferito ai soli asili nido, chiedeva chiarimenti in merito.

Da qui, secondo il Tar, l'interlocuzione avviata con il medesimo, che non troverebbe limiti "quantitativi", posto che la norma stabilisce che *"la stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica (...)"* (art. 101, comma 3, d.lgs. n. 36/2023; in senso analogo art. 14, comma 6, Disciplinare di gara), consentendo di interloquire con l'operatore economico interessato per le volte necessarie a chiarire, per l'appunto, i contenuti dell'offerta che aveva avuto il proprio epilogo, ritenuto soddisfacente delle esigenze sottese al suo avvio e alle reiterate richieste di precisazioni, con l'invio da parte del RTI controinteressato della nota in data 27 febbraio 2024.

Pertanto in alcun modo era stato espletato il soccorso istruttorio sull'offerta tecnica, vertendosi su una mera richiesta di chiarimenti, riconducibile al soccorso procedimentale, ammesso dalla giurisprudenza già nel vigore del codice previgente. Il Tar ha ritenuto privo di fondamento anche il secondo profilo di doglianza, riferito all'assenza del prescritto requisito, del pari contenuto nel primo motivo di ricorso, rilevando che in esito all'ultima richiesta di chiarimenti il RTI aveva precisato che *"Nella Regione Friuli Venezia Giulia Proges lavora con un "sistema di coordinamento pedagogico" tale per cui nei servizi in gestione il coordinamento è affidato ad uno staff costituito da un responsabile pedagogico territoriale che funge da responsabile di commessa per quanto attiene all'esecuzione dei contratti e da un ulteriore coordinatore pedagogico che coadiuva tutte le funzioni proprie del profilo professionale come definito dalla normativa in vigore, assicurando: sia un lavoro collegiale utile al confronto professionale, all'accrescimento reciproco delle competenze e alla costruzione di un sistema delle conoscenze centrato su risorse non isolate e univoche; sia la massima stabilità nel presidio degli appalti, assicurando l'autosostituibilità delle figure deputate, in caso di eventi contingenti, a garanzia della continuità di relazione e interfaccia nei confronti delle committenze, delle famiglie e dei gruppi di lavoro."*

Inoltre, il RTI ulteriormente chiariva che *«L'attività della Dott.ssa (...) si è sviluppata negli anni scolastici 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024 ed è tuttora in essere»* e che *«La documentazione a comprova consiste nella lettera di incarico che si allega alla presente, sottoscritta come Cooperativa Ambra (incorporata da Proges nell'anno 2022), nella quale risulta conferita e accettata la funzione attribuita. Tale documento non è stato prodotto in precedenza dal momento che non se ne rilevava l'utilità avendo già documentato l'esperienza attraverso il CV firmato dalla professionista e inoltrato in via ufficiale dal datore di lavoro»*.

L'allegato accluso comprovava, inoltre, secondo il Tar, il conferimento alla professionista in questione dell'incarico di coordinatore pedagogico territoriale, a far data dal 1° settembre 2021, svolto in *staff* con la Responsabile pedagogica regionale presso i nidi di San Martino e San Vito al Tagliamento, avvalorando, dunque, quanto emergente dal CV allegato alla nota in data 5 febbraio 2024 (I riscontro chiarimenti) con cui il RTI controinteressato aveva confermato il possesso del requisito richiesto. Specificava inoltre il primo giudice che l'incarico si sostanziava nello svolgimento di mansioni di per sé eloquenti (*“programmazione educativa e pedagogica; monitoraggio e verifica dei processi interni al servizio; pianificazione e coordinamento della formazione e della supervisione tecnico-metodologica; ... supervisione tecnico metodologica dei gruppi di lavoro*).

La circostanza che l'incarico di coordinatore pedagogico fosse stato svolto in *staff* pertanto, secondo il primo giudice, non starebbe assolutamente a significare un *minus* rispetto al richiesto requisito minimo della *“esperienza professionale documentata pari almeno a 24 mesi (...) nella gestione di servizi di nidi d'infanzia in qualità di coordinatore pedagogico”*, dovendo essere ricondotto al *“sistema di coordinamento pedagogico”* che caratterizza le modalità di erogazione del servizio da parte del RTI controinteressato e di cui il medesimo aveva offerto intellegibile descrizione all'indicato par. 2.1 della propria offerta.

12. Parte appellante con il primo motivo critica l'*iter* logico seguito dal primo giudice sulla base del rilievo che non era stato esattamente intesa la censura formulata:

(i) sia quanto n quanto era stata violata la normativa sul soccorso relativo all'offerta tecnica, avendo l'aggiudicatario integrato, mediante i chiarimenti la propria offerta tecnica, al fine di sostenere l'esistenza di un requisito, quello del coordinatore pedagogico con esperienza nei servizi nidi, richiesta dalla *lex specialis* a pena di esclusione (requisito tuttavia insussistente);

(ii) sia in quanto, sotto altro profilo, il RTI risultava carente del requisito minimo previsto dalla *lex specialis* relativo alla presenza del coordinatore pedagogico per nidi di infanzia con determinata esperienza, non avendo indicato il RTI in offerta una risorsa avente detto requisito, come emerso dai chiarimenti e dalla documentazione fornita.

12.1. Infatti, in tesi di parte appellante, secondo quanto previsto nella *lex specialis*, in perfetta aderenza a quanto prescritto dall'art. 20, comma 2 della l.r. Friuli n. 20/05, deve essere espressamente indicata la figura del coordinatore pedagogico. Il ruolo svolto dal coordinatore pedagogico per la gestione del servizio è infatti essenziale e, difatti, la legge di gara individua in maniera precisa le caratteristiche e l'esperienza minima che tale professionista deve avere a pena di esclusione dalla gara (art. 21.1 del Capitolato). Detta figura doveva essere individuata in offerta nominativamente.

12.2. Ciò posto, secondo parte appellante, non sarebbe corretto quanto affermato in sentenza, ovvero che i chiarimenti "chiesti e forniti" dal RTI erano volti unicamente a specificare la portata di elementi già contenuti nell'offerta tecnica del RTI, in quanto nell'offerta presentata si era specificato che la dott.ssa individuata dal RTI Proges - Codess aveva un'esperienza differente, in quanto riferita a "*servizi 06 dal 2002 ad oggi*", evidentemente riferendosi al servizio prestato come coordinatore

pedagogico nella sezioni primavera dalla scuola dell'infanzia, poi indicate nel CV prodotto all'esito della prima richiesta di chiarimenti, che non sarebbero i medesimi servizi richiesti dalla *lex specialis* come requisito minimo.

12.3. Infatti la *lex specialis* richiedeva di avere una esperienza per servizi di infanzia 3 mesi – 3 anni, mentre indicare la fascia di servizi 0-6 non assolverebbe al requisito; né sarebbe corretto affermare, come ritenuto dal primo giudice, avuto riguardo a quanto previsto dall'art. 2 del d.lgs. n. 65/2017, come peraltro rilevato dalla commissione di gara nel verbale n. 8, riferito alla prima richiesta di chiarimenti, che altrimenti non sarebbe stata formulata, che l'esperienza nei servizi 0-6 potrebbe essere comprensiva di quella relativa ai nidi d'infanzia, *expressis verbis* richiesta dalla *lex specialis* di gara.

12.4. La commissione di gara, peraltro neppure dopo la prima risposta ai chiarimenti formulati, con allegato *curriculum* dal quale si evinceva l'esperienza della dott.ssa indicata come coordinatrice pedagogica nelle sezioni primavera della scuola dell'infanzia, riteneva integrato il requisito, come risultante dalla seconda richiesta di chiarimenti, da cui si evinceva che la CUC aveva ritenuto che l'esperienza maturata come coordinatore pedagogico per la sezione primavera della scuola dell'infanzia (2/3) non equivalesse all'esperienza di coordinamento pedagogico nei nidi di infanzia (da 3 mesi a 3 anni).

12.5. A questo punto, secondo parte appellante: i) il contenuto della dichiarazione resa in gara era stato chiarito nel senso che l'esperienza di coordinamento pedagogico del profilo indicato in offerta risultava riferita alla sezione primavera della scuola dell'infanzia; ii) era altresì chiaro che il requisito non era stato comprovato in quanto la sezione primavera della scuola dell'infanzia è servizio diverso dal nido, per stessa ammissione della CUC.

12.5.1. Nonostante ciò determinasse, in tesi attorea, la necessità di escludere l'offerta, la CUC aveva continuato a chiedere chiarimenti, in violazione delle norme sul soccorso di cui all'art. 101 comma 3 del Codice e in violazione della *lex specialis* (art. 14 del disciplinare).

12.6. In violazione delle norme e dei principi sul soccorso in gara, la CUC tuttavia invitava il RTI a voler meglio precisare quanto indicato nel CV, documento esterno alla documentazione di gara, con riferimento ad ulteriore attività, ossia “*all'attività di coordinatrice psico-pedagogica di supporto della responsabile pedagogica Regione Friuli per Proges, presso i nidi d'infanzia di San Vito e di San Martino al Tagliamento (UD), in cosa consista tale attività*” (II richiesta di chiarimenti).

Il RTI, in risposta, il 20.2.24 affermava che l'esperienza maturata presso i menzionati nidi consisteva in attività di supporto al coordinatore pedagogico, ciò che non corrispondeva alla dichiarazione resa in gara e al requisito richiesto dalla *lex specialis* di gara.

Il 23.2.2024 la CUC, pur rilevando che non fosse stata fornita alcuna documentazione a comprova della predetta esperienza, arrivava a chiedere ulteriori chiarimenti (III chiarimenti), relativamente all'attività di supporto al coordinatore pedagogico, pur non essendo attività dichiarata in gara e non corrispondente al requisito.

Infine il RTI, in risposta, allegava la lettera di incarico della cooperativa Ambra, priva di data certa e a firma autografa, in cui si affermava che la dott.ssa avrebbe svolto attività di coordinamento pedagogico in staff con la responsabile pedagogica della Regione Friuli.

12.6.1. Dunque, a differenza di quanto ritenuto dal primo giudice, secondo parte appellante, sarebbe evidente la violazione delle norme del Codice di cui all'art. 101

comma 3 d.lgs. n. 36 del 2023, sul soccorso procedimentale in quanto la dichiarazione resa in gara era ambigua e non sufficiente perché non chiariva, facendo riferimento a servizi 0-6, l'effettiva pregressa esperienza nei nidi di infanzia come coordinatore pedagogico e per chiarire il contenuto di questa dichiarazione non solo si era dovuto fare ricorso a documenti esterni, ma dagli stessi era emerso che l'esperienza era riferita a sezioni primavera della scuola dell'infanzia, e non ai nidi.

12.6.2. Le successive richieste non erano poi più volte a chiarire quanto dichiarato in gara, essendosi concentrate su altri passaggi contenuti nel CV, esterno all'offerta. L'integrazione, in tesi attorea sarebbe evidente e non poteva considerarsi sufficiente, come affermato in sentenza, la dichiarazione resa in gara, perché ciò vorrebbe dire che nemmeno la richiesta di chiarimenti era necessaria.

Da ciò, in tesi, l'erroneità della sentenza, non potendosi ammettere la sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione, avendo la CUC già deciso che lo svolgimento dei servizi presso le sezioni primavera non integrava il requisito richiesto.

12.6.3. La CUC aveva in tal modo violato l'art. 14 del disciplinare e l'art. 101, comma 3 del d.lgs. n. 36/2023 che precluderebbe la possibilità di integrare l'offerta tecnica e le dichiarazioni in essa contenute, per cui sul punto sarebbe irrilevante la giurisprudenza citata dal primo giudice circa la possibilità di chiedere chiarimenti sull'offerta tecnica, avendo la giurisprudenza del Consiglio di Stato chiarito che, ove infatti la stazione appaltante richieda solo dei chiarimenti, senza necessità di dover attingere a documenti esterni all'offerta, si può parlare di soccorso procedimentale, mentre ove sia invece necessaria la produzione di ulteriori documenti, si ricade nel soccorso istruttorio, non ammesso per l'offerta tecnica.

12.7. Peraltro, secondo parte appellante, la sentenza sarebbe errata anche laddove aveva ritenuto che il RTI Proges avesse dimostrato il requisito richiesto, posto che sarebbe stato travisato il contenuto della disciplina di gara che, al pari della normativa di riferimento, non prevede un coordinatore a supporto o in staff o un sistema di coordinamento pedagogico.

Inoltre l'attività di supporto o di supplenza, svolta solo in assenza della coordinatrice effettiva, indicata in esito alla seconda richiesta di chiarimenti nonché nel curriculum prodotto con i primi chiarimenti, secondo parte appellante, sarebbe diversa dall'attività di coordinamento in staff indicata in esito ai terzi chiarimenti, che peraltro, in tesi attorea, non troverebbe riscontro nel Regolamento n. 230/2011.

Una diversa interpretazione sulla valutazione dell'esperienza minima pertanto, secondo la prospettazione di parte appellante, violerebbe la *par condicio* degli altri concorrenti che invece avevano indicato il nominativo di un professionista che effettivamente aveva svolto il ruolo di coordinatore pedagogico nei nidi di infanzia, designato nelle precedenti gare come il professionista preposto ed effettivo a svolgere il ruolo. In ragione di ciò, il coordinamento pedagogico *in staff* della dott.ssa prescelta, riportato nella lettera di incarico della Cooperativa Ambra, non sarebbe idoneo a comprovare il possesso del requisito. E di ciò non si era avveduta la CUC né il Tar.

12.8. Peraltro, come già indicato nel giudizio di primo grado, il Tar e la CUC avevano fondato l'ammissione del RTI su una lettera di incarico a firma autografa e priva di data certa.

12.9. Pertanto, sulla base di questi soli rilievi, secondo parte appellante, il RTI Proges avrebbe dovuto essere escluso in quanto privo – con riferimento al coordinatore pedagogico prescelto per il nido di Trieste – del requisito minimo.

13. Ciò posto deve precisarsi che il presente motivo, ove fondato, sia *ex se* idoneo a definire il presente contenzioso.

13.1. Ciò in applicazione del costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale la carenza di uno degli elementi dell'offerta ritenuti essenziali dalla *lex specialis* ben legittima l'esclusione dell'offerta carente, senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di tassatività delle cause d'esclusione positivizzato in passato dall'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2020, n.960; Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2019, n. 1247; 30 aprile 2018, n. 2587; 14 aprile 2016, n. 1494) ed ora dall'art. 10 d.lgs. 36 del 2023.

Ed invero, secondo quanto di recente precisato da Cons. Stato, sez. IV, n. 7296 del 2024 (resa in relazione a fattispecie disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016 ma con richiamo al d.lgs. n. 36 del 2023) l'esclusione dalla gara di un'impresa autrice di un'offerta giudicata inidonea dal punto di vista tecnico non si pone in contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, atteso che quest'ultimo riguarda il mancato rispetto di adempimenti relativi alla partecipazione alla gara che non abbiano base normativa espressa e non già l'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta, richiesti per la partecipazione alla gara. Ciò trova conferma anche nel dettato dell'art. 10, terzo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023.

Pertanto, le caratteristiche indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene previste dalla *lex specialis* di gara costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, con conseguente onere dell'operatore di impugnativa immediata della medesima *lex specialis*. Le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto a essi, legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta

nell'attribuzione del punteggio, in quanto determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo negoziale.

14. Ciò posto occorre precisare che dagli atti di causa e da quanto in particolare allegato dalla regione in *prime cure* risulta quanto di seguito specificato.

14.1. L'art. 21 del Capitolato speciale rubricato "Personale" prevede al comma 1 che lo svolgimento delle attività di cui ai singoli ordinativi di fornitura debba essere assicurato dall'appaltatore con proprio personale in possesso delle necessarie qualifiche professionali, previste dalla normativa nazionale e regionale, e idoneo a svolgere le attività e le funzioni assegnate per l'espletamento a regola d'arte di tutte le prestazioni dal Capitolato medesimo.

14.2. Il successivo comma 6, individua le figure professionali necessarie per l'espletamento del servizio.

14.2.1. Tra queste figure vi è quella del coordinatore pedagogico (previsto dall'art. 20 comma 1 l.r. lett. b) l. r. 18 agosto 2005, n. 20) quale responsabile tecnico-organizzativo del nido, distinto dal coordinatore del servizio, che è la figura professionale che assume il ruolo di referente del servizio e dei rapporti con l'utenza, con l'amministrazione e con i soggetti del territorio.

14.2.2. Il successivo art. 21.1 del capitolato speciale, al comma 3, rubricato "*Titoli e qualifiche professionali*", stabilisce, quali devono essere i requisiti minimi che il personale incaricato dall'operatore economico deve possedere per lo svolgimento dei compiti propri dei singoli profili professionali.

14.3. Per il coordinatore pedagogico i requisiti minimi sono così individuati:

- *possesso di uno dei titoli di studio di cui all'Allegato sub 5), lettera A);*

- *esperienza professionale documentata pari almeno a 24 mesi anche non continuativi nel periodo compreso tra il 01.09.2018 e la data di presentazione delle offerte, nella gestione di servizi di nidi d'infanzia in qualità di coordinatore pedagogico.*

14.4. Il Disciplinare di gara (cfr. all. 2 fasc. Tar) a sua volta ha previsto che la figura del coordinatore pedagogico fosse oggetto anche di valutazione dell'offerta tecnica, secondo quanto previsto dal criterio di valutazione n. 2.1.

14.5. I titoli di studio e il possesso dell'esperienza professionale del coordinatore pedagogico designato andavano indicati – tanto ai fini dell'integrazione dei requisiti minimi dell'offerta tecnica, quanto ai fini della valutazione dell'offerta tecnica – nella medesima offerta tecnica, senza necessità di produzione del *curriculum vitae*, secondo quanto del resto precisato dalla stazione appaltante.

15. Ciò posto, secondo quanto risultante dagli atti e confermato dalla stessa regione, va rimarcato, quanto alla figura del coordinatore pedagogico, che prima di procedere alla valutazione, la commissione di gara si era trovata nella necessità di chiedere alcuni chiarimenti con riguardo a quanto dichiarato dagli operatori economici con riferimento alla figura del coordinatore pedagogico, essendo tra l'altro detta figura oggetto di valutazione per l'attribuzione del punteggio di cui al sub criterio 2.1. del disciplinare di gara denominato “*Professionalità, funzioni e monte ore settimanale del coordinatore pedagogico*”.

In particolare, nella maggior parte delle relazioni non emergeva chiaramente se quanto dichiarato dai concorrenti in termini di esperienza professionale del coordinatore pedagogico si riferisse: 1) all'esperienza ulteriore rispetto ai 24 mesi richiesti quale requisito minimo; 2) ad una esperienza da coordinatore pedagogico e non da coordinatore di servizio; 3) ovvero se tale esperienza fosse stata di fatto maturata in servizi di nidi d'infanzia o in altre tipologie di servizi.

15.1. Con riferimento in particolare al lotto n. 2 la commissione rilevava la necessità di acquisire chiarimenti nei confronti della maggior parte di concorrenti al lotto (cfr. Verbale di seduta riservata n. 8 all. 15 fasc. Tar).

15.2 In particolare, per quanto riguarda la posizione dell'appellata ed aggiudicataria Proges la commissione riscontrava che la figura individuata per l'incarico di coordinatore pedagogico per il nido d'infanzia di Trieste risultava in possesso di un'esperienza educativa e di coordinamento pedagogico in servizi 0-6 dal 2002 ad oggi, ma non emergeva il possesso dell'esperienza professionale - pari almeno a 24 mesi anche non continuativi nel periodo compreso tra il 01.09.2018 e la data di presentazione delle offerte (18/12/2023) - con particolare riferimento alla gestione di servizi di nidi d'infanzia (cfr. offerta tecnica all. 42 fasc. Tar).

15.3. Con nota prot. n. 0065141 del 31.01.2024 veniva quindi formulata dalla commissione una richiesta di chiarimenti (all. 48 fasc. Tar), che la concorrente riscontrava con una dichiarazione resa ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000, con cui *sic et simpliciter* dichiarava possedere i requisiti previsti dal capitolato speciale di gara, rimandando al *curriculum* allegato, senza peraltro specificare da quale parte del curriculum potesse evincersi la suddetta esperienza (all. 49 fasc. Tar).

15.4. Dalla lettura del *curriculum vitae*, la commissione riteneva come il requisito non potesse ritenersi integrato con riguardo all'esperienza ivi indicata, maturata come coordinatore pedagogico nelle sezioni primavera; tuttavia riteneva meritevole di maggior approfondimento l'esperienza dichiarata come coordinatrice psico-pedagogica di supporto presso nidi d'infanzia (cfr. Verbale n. 11 all. 18 fasc. Tar) e pertanto con nota prot. n. del 0101425/P del 16.02.2024 (all. 50 fasc. Tar) chiedeva, con una seconda richiesta di chiarimenti, di precisare meglio l'attività di

coordinatrice psico-pedagogica di supporto della responsabile pedagogica Regione Friuli per Proges, presso i nidi d'infanzia di San Vito e di San Martino al Tagliamento (UD), l'impegno orario dedicato e il periodo preciso in cui tale attività era stata svolta.

15.5. Con nota pervenuta in data 20.02.2024 (all. 51 fasc. TAR) il RTI Proges dichiarava che *“con riferimento all'attività di coordinatrice psico-pedagogica di supporto della responsabile pedagogica Regione Friuli, essa consiste nel supporto nella definizione delle progettualità dei nidi e nella loro traduzione operativa, data la specifica competenza psicopedagogica della professionista, nella funzione di referenza pedagogica territoriale in caso di assenza di ... e nella definizione di comuni percorsi formativi, di aggiornamento e supervisione pedagogica. L'attività è stata svolta lungo il biennio di riferimento. L'impiego orario è stato variabile a seconda dei periodi sempre nell'ambito delle 24 ore settimanali da contratto”*.

15.6. Con nota prot. n. del 0121108/P del 23.02.2024 (all. 52 fasc. Tar) la stazione appaltante rilevava che in merito alle attività svolte presso i nidi d'infanzia di San Vito e di San Martino al Tagliamento, risultava indicato l'impegno orario dedicato, ma non il periodo preciso in cui l'attività sarebbe stata svolta e non era stata fornita documentazione a comprova dell'esperienza e come comunque dovesse essere meglio precisato in cosa consistesse l'indicata attività.

15.7. Con nota pervenuta in data 27.02.2024 (all. 53 fasc. Tar) il RTI Proges riscontrava detta richiesta e produceva la lettera di incarico, sottoscritta come Cooperativa Ambra (incorporata da Proges nell'anno 2022), nella quale risultava conferita e accettata la funzione attribuita, precisando che il documento non era stato prodotto in precedenza dal momento che non se ne rilevava l'utilità avendo già documentato l'esperienza attraverso il CV firmato dalla professionista e inoltrato in via ufficiale dal datore di lavoro.

15.8. Alla luce di tale ennesimo chiarimento, la commissione dava atto che il RTI Proges aveva confermato il possesso dell'esperienza almeno biennale nel ruolo di coordinatore pedagogico in capo alla figura professionale indicata per ricoprire tale ruolo (cfr. Verbale n. 14 all. 21 fasc. 'Tar).

16. Ciò posto, il collegio ritiene che il motivo di appello sia fondato sia quanto alla violazione della normativa sul soccorso istruttorio, sia quanto alla mancata dimostrazione del possesso dei prescritti requisiti in capo al coordinatore pedagogico prescelto per il nido di Trieste dal RTI Proges (richiesta specificatamente le richieste di chiarimenti riferite alla comprova dei requisiti e non semplicemente all'attestazione del possesso di detti requisiti).

17. Quanto al primo profilo occorre osservare che l'istituto del soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6 l. n. 241 del 1990), ad una fondamentale principio antiformalistico che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati. Con riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano - laddove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti - in inutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa.

In tale prospettiva, la regola - che traduce operativamente un canone di leale cooperazione e di reciproco affidamento tra le stazioni appaltanti o gli enti concedenti e gli operatori economici (cfr. art. 1, comma 2 *bis* l. n. 241 del 1990) - ha visto riconosciuta (ed accresciuta) la sua centralità nel nuovo Codice dei contratti pubblici – applicabile *ratione temporis* alla fattispecie de qua - il quale vi dedica una autonoma e più articolata disposizione (art. 101 d.lgs. n. 36 del 2023) superando

talune incertezze maturate nella prassi operativa (in tal senso Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2023 n. 7870).

17.1. La giurisprudenza ha peraltro affermato, nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, la natura perentoria del termine per l'integrazione della documentazione, a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, ai fini di un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda (su tutte, cfr. Cons. Stato, V, 22 agosto 2016, n. 3667; 22 ottobre 2015, n. 4849; 18 maggio 2015, n. 2504; III, 21 gennaio 2015, n. 189; incidentalmente anche Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16), orientamento questo ribadito nella sentenza di questa sezione V, 29 maggio 2019, n. 3592 (con la quale si è precisato che la detta interpretazione risulta "coerente, oltreché con la *ratio*, anche con la lettera dell'attuale art. 83, comma 9, il quale esprime prevede: "*in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara*"; né ciò determina alcuna aporia o irragionevolezza del sistema, stante la necessaria certezza e rapidità del sub-procedimento di soccorso istruttorio, nonché la specificità del perimetro che ne costituisce l'oggetto, prescindendosi - in tale fase - dall'effettiva e sostanziale integrazione dei requisiti, di cui semplicemente si richiede di fornire documentazione probatoria o adeguata dichiarazione)" (così Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2020, n. 399; si veda sul punto anche Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2022, n. 11250).

17.2. Inoltre, secondo quanto già ritenuto da questa sezione nel citato precedente (21 agosto 2023 n. 7870), ripreso dalla successiva giurisprudenza, è possibile distinguere tra:

a) soccorso integrativo o completivo (comma 1, lettera a) dell'art. 101 d.lgs. n. 36 del 2023 cit., non difforme dall'art. 83, comma 9), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa

necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico);

b) soccorso sanante (comma 1 lettera b), anche qui non difforme dall'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50 del 2016), che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili);

c) soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3), che - recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale - abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di apportarvi qualunque modifica;

d) soccorso correttivo (comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi - rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva - prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne

inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell'anonimato e sostanziale della immodificabilità contenutistica.

17.2.1. La norma del nuovo codice inoltre si cura di precisare (offrendo, con ciò, espressa soluzione positiva a talune ipotesi controverse) che sono soccorribili (purché, in tal caso, documentabili con atti di data certa, anteriore al termine di presentazione delle offerte): a) la mancata presentazione della garanzia provvisoria; b) l'omessa allegazione del contratto di avvalimento; b) la carenza dell'impegno al conferimento, per i concorrenti partecipanti in forma di raggruppamento costituendo, del mandato collettivo speciale.

18. Quanto al soccorso sull'offerta tecnica estrinsecantesi nella richiesta di chiarimenti, sub specie di soccorso procedimentale, la giurisprudenza formatasi nel vigore del previgente codice (d.lgs. 50 del 2016) ha avuto modo di precisare:

- in linea generale è ammessa la "rettifica di eventuali errori di scritturazione o di calcolo, a condizione, però, che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta" (Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2018, n. 7039);

- in questa direzione: "il "soccorso procedimentale" ... consiste nella possibilità di richiedere al concorrente di fornire ... chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente superando le eventuali ambiguità dell'offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell'offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta" (Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2022, n. 8481);

- più in particolare: il "soccorso c.d. procedimentale ... abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta

tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di apportarvi qualunque modifica" (Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870);

- pertanto: simili chiarimenti o "puntualizzazioni di elementi dell'offerta" non possono tradursi in una operazione di "integrazione o modificazione postuma dell'offerta". Non debbono in altre parole essere apportate "correzioni" nell'offerta medesima (Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680);

- ciò non solo per ragioni di *par condicio competitorum* ma anche in forza di un "principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, secondo cui ciascuno di essi sopporta le conseguenze degli eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione" (Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2023, n. 1482);

- in conclusione: "Nel caso di incompletezza e indeterminatezza dell'offerta è esclusa la possibilità di ricorso al cd. soccorso istruttorio" (Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2023, n. 1482, cit.);

- "ove infatti la stazione appaltante richieda solo dei chiarimenti senza necessità di dover attingere a documenti esterni all'offerta si può parlare di soccorso procedimentale (ammesso anche con riguardo all'offerta tecnica: cfr. Cons. Stato, n. 324 del 2023), mentre ove sia invece necessaria la produzione di ulteriori documenti si ricade nel soccorso istruttorio, non ammesso per l'offerta tecnica" (Cons. Stato, sez. V, 20 maggio 2024 n. 4472).

18.1. Ciò posto va precisato che, come chiarito di recente da questa Sezione (Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2023, n. 9541) anche nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (per tutte cfr. sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680) è consolidata nel senso che la mera richiesta volta ad ottenere delucidazioni sulla interpretazione dell'offerta tecnica non comporta che i chiarimenti resi costituiscano una modifica dell'offerta presentata in gara, se essi sono limitati a specificare la portata di elementi già interamente contenuti nella stessa offerta.

18.2. La giurisprudenza, anche di questa sezione, con richiamo alla giurisprudenza eurounitaria, ha ritenuto inoltre ammissibile il soccorso istruttorio sull'offerta tecnica a fronte di imprecisioni degli atti di gara (Cons. Stato, sez. V, 09 gennaio 2024 n. 295; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2020, n. 2146, secondo cui “Sul soccorso istruttorio relativo ad elementi dell’offerta si è pronunciata la Corte di Giustizia dell’Unione europea (nella sentenza sez. VIII, 10 maggio 2017, nella causa C-131/16 Archus) enunciando le seguenti regole :a) consentire all’amministrazione di chiedere ad un candidato la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d’oneri, chiarimenti, violerebbe il principio della *par condicio* (poiché sembrerebbe che, ove il privato rispondesse positivamente, l’amministrazione abbia con questi negoziato l’offerta in via riservata); b) non è in contrasto con il principio della *par condicio* tra i concorrenti la richiesta di correzione o completamento dell’offerta su singoli punti, qualora l’offerta necessiti in modo evidente di un chiarimento o qualora si tratti di correggere errori materiali manifesti, fatto salvo il rispetto di alcuni requisiti; c) una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un’informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell’appalto, se non nel caso in cui essi siano

indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta". Va aggiunto l'ulteriore principio enunciato dalla Corte di Giustizia (nella sentenza sez. VI, 2 giugno 2016, nella causa C-27/15 Pippo Pizzo), secondo cui (par. 51): "...il principio di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice".

18.3. Nel nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 36 del 2023, la richiesta di chiarimenti sull'offerta tecnica è testualmente prevista, come innanzi anticipato, all'art. 101, comma 3 (che trova la propria origine nella giurisprudenza eurounitaria, secondo quanto desumibile dalla Relazione al codice) a mente del quale *"La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica"*.

18.4. L'art. 14 del disciplinare di gara, a sua volta in merito ai chiarimenti prescrive, *“La CUC può sempre chiedere chiarimenti sui contenuti dell’offerta tecnica e dell’offerta economica e su ogni loro allegato. L’operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine di cinque giorni. I chiarimenti resi dall’operatore economico non possono modificare il contenuto dell’offerta”*.

18.5. Con riferimento ai termini indicati dalla stazione appaltante per esitare la richiesta di chiarimenti, la recente giurisprudenza ha precisato come possa essere superato, senza effetti invalidanti, quello previsto dalla stazione appaltante, ove inferiore a quello massimo previsto *ex lege*, ma non tale ultimo termine (Tar Campania, Napoli, sez. III, 07 novembre 2024 n. 5965; nel caso di specie si è ritenuto che essendo il termine massimo di legge per rendere chiarimenti sui contenuti dell’offerta tecnica fissato, ex art. 101, comma 3, del d.lgs. n. 36 del 2023, in dieci giorni, la dichiarazione resa dall’aggiudicataria sul possesso delle licenze, pur essendo stata resa oltre i cinque giorni assegnati dalla stazione appaltante, si era posta nell’alveo dei dieci giorni di legge).

18.6. Ciò in quanto il principio di perentorietà dei termini assegnati al concorrente in sede di soccorso istruttorio nel corso di gara, deve essere letto nell’ottica del concorrente principio di risultato scolpito nell’art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, in modo da rendere intollerabile lo sforamento del termine massimo di legge previsto per l’integrazione documentale – termine che, appunto, la stessa legge ha ritenuto di per sé compatibile con le esigenze di speditezza e tempestività delle operazioni di gara – ma da consentire, viceversa, che non abbia rilievo invalidante lo sforamento del termine assegnato dalla stazione appaltante contenuto in quello massimo di legge: tanto al fine di evitare che l’annullamento delle operazioni di gara possa essere ancorato ad irregolarità di mera valenza formale, quando il dettato di legge sia sostanzialmente rispettato.

19. Ciò posto, anche non volendosi dare seguito alla censura sollevata da parte appellante, secondo la quale nell'ipotesi di specie la stazione appaltante, in violazione della giurisprudenza formatasi sul soccorso procedimentale, aveva di fatto consentito l'integrazione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, consentendo di attingere da elementi estranei all'offerta (*curriculum vitae* e lettera di incarico) l'attestazione circa il necessario possesso dei requisiti da parte della coordinatrice pedagogica prescelta per il nido di Trieste, in considerazione del rilievo che vertendo il requisito tecnico minimo nell'ipotesi di specie non sul servizio oggetto di gara e sul correlativo progetto tecnico, ma sulla pregressa esperienza professionale, di cui occorreva accertare la sussistenza, la censura coglie nel segno laddove parte appellante ribadisce che, avuto riguardo alla non satisfattività della risposta alla prima richiesta di chiarimenti come eterointegrata dal curriculum, la CUC avrebbe dovuto escludere il RTI Proges.

19.1. Va in primo luogo precisato come la prima richiesta di chiarimenti si sia resa necessaria, avuto riguardo all'ambiguità presente nell'offerta tecnica del RTI Proges - Codess, riferita, per l'asilo nido di Trieste, genericamente ai servizi 0-6, ovvero al complessivo sistema integrato di istruzione ed educazione dalla nascita fino alla prima infanzia (di cui al d.lgs. 13 aprile 2017 n. 65, comprensivo anche delle scuole dell'infanzia ex art. 2 comma 5), laddove la legge di gara, non oggetto di impugnativa *in pare qua*, richiedeva che l'esperienza specifica fosse stata maturata nei soli asili nido, oggetto di gara, contemplati specificatamente dell'art. 2 comma 3 lett. a) del citato d.lgs. 65 del 2017,

19.2. Ciò posto, all'esito della risposta alla prima richiesta di chiarimenti, avendo la CUC in ogni caso non ritenuto integrato il requisito con riferimento all'esperienza maturata come coordinatore pedagogico nelle sezioni primavera della scuola

dell'infanzia e non essendo chiaro in cosa consistesse l'esperienza maturata come coordinatrice pedagogica di supporto alla responsabile pedagogico Regione Friuli per Proges presso i nidi di infanzia di San Vito e di San Martino al Tagliamento, la stessa, anziché formulare una seconda richiesta di chiarimenti, reiterata poi con una terza richiesta di chiarimenti, in palese violazione di quanto prescritto dall'art. 101 comma 3 d.lgs. n. 36 del 2023 e dall'art. 14 del disciplinare di gara - che assegnano un unico termine per l'evasione della risposta ai chiarimenti - avrebbe dovuto escludere il RTI Proges, non essendo configurabili i chiarimenti sui chiarimenti, che peraltro porterebbero ad eludere il termine massimo previsto dall'art. 101 comma 3 c.p.a. , da ritenersi, come innanzi precisato, invalicabile.

19.2.1. Pertanto non può assegnarsi all'avverbio “sempre” contenuto nell'art. 101 comma 3 d.lgs. n. 36 del 2023, peraltro in spregio al principio del risultato, codificato dall'art. 1 ed avente una pregnante valenza ermeneutica relativamente alle altre norme del codice, ai sensi dell'art. 4, il significato attribuito dal primo giudice, inteso come possibile e, in tesi, illimitata reiterabilità della richiesta di chiarimenti, dovendosi lo stesso semmai intendersi equipollente a “in ogni caso”.

19.2.2. Ciò in disparte dal rilievo che detta normativa deve essere letta in correlazione non solo con il principio del risultato, ma anche con il principio della fiducia, di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, il quale ultimo, come noto, assume portata bidirezionale, nonché in correlazione con il principio della buona fede, di cui al successivo art. 5, avente dal pari portata bidirezionale, i quali nel loro complesso non possono che condurre alla valorizzazione del principio di autoresponsabilità gravante sugli operatori economici.

20. Peraltro, ferma restando l'assorbente di tali rilievi, idonei *ex se* a determinare l'esclusione del RTI Proges - Codess, più volte preannunciata con la richiesta di

chiarimenti, cui però non si è dato seguito, reiterando più volte detta richiesta, appare corretto anche il secondo profilo di doglianza sollevato da parte appellante, non potendosi ritenere che, pure all'esito dell'ennesima (terza) richiesta di chiarimenti il RTI Proges abbia dato la comprova, *expressis verbis* richiesta dalla CUC con tutte le richieste - non oggetto di impugnativa incidentale ad opera di Proges - circa la sussistenza del prescritto requisito (*esperienza professionale documentata pari almeno a 24 mesi anche non continuativi nel periodo compreso tra il 01.09.2018 e la data di presentazione delle offerte, nella gestione di servizi di nidi d'infanzia in qualità di coordinatore pedagogico*).

20.1. Ed invero la detta esperienza non emergeva certamente dall'offerta tecnica, ove il RTI Proges aveva precisato: *“Per il Nido di Udine: La coordinatrice pedagogica di Codess FVG è la dott.ssa ..Laurea in Pedagogia, esperienza pluridecennale nel ruolo di coordinamento pedagogico di nidi d'infanzia.*

Per il Nido di Trieste: La coordinatrice di Proges è la dott.ssa..., Laurea Magistrale in psicologia conseguita presso l'Università di Trieste, ha esperienza educativa e di coordinamento pedagogico in servizi 06 dal 2002 ad oggi...”.

20.2. La circostanza che la *lex specialis* di gara fosse chiara in ordine al requisito richiesto e che il RTI Proges - Codess avesse consapevolezza che l'esperienza richiesta fosse da riferirsi al servizio svolto come coordinatrice pedagogica nei nidi di infanzia è confermata dal rilievo che per il nido di Udine fosse stata indicata una coordinatrice in possesso di questa specifica esperienza.

20.3. Si deve pertanto ritenere, alla luce di quanto poi indicato anche nel *curriculum vitae* della dott.ssa prescelta per il nido di Trieste, che il RTI Proges, nel fare riferimento all'esperienza acquisita come coordinatrice pedagogica nei servizi 06, avesse inteso fare riferimento al servizio reso nelle sezioni primavera delle scuole dell'infanzia, come dedotto da parte appellante, dovendo le sezioni primavera

intendersi come aggregazione alla scuola dell'infanzia, secondo il chiaro tenore letterale dell'art. 2 comma 3 del d.lgs. 13 aprile 2017 n. 65, lett b): *“sezioni primavera, di cui all'articolo 1, comma 630, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, che accolgono bambine e bambini tra ventiquattro e trentasei mesi di età e favoriscono la continuità del percorso educativo da zero a sei anni di età. Esse rispondono a specifiche funzioni di cura, educazione e istruzione con modalità adeguate ai tempi e agli stili di sviluppo e di apprendimento delle bambine e dei bambini nella fascia di età considerata. Esse sono aggregate, di norma, alle scuole per l'infanzia statali o paritarie o inserite nei Poli per l'infanzia”* laddove i nidi e micronidi sono previsti alla lett.

a) del medesimo comma 3 *“nidi e micronidi che accolgono le bambine e i bambini tra tre e trentasei mesi di età e concorrono con le famiglie alla loro cura, educazione e socializzazione, promuovendone il benessere e lo sviluppo dell'identità, dell'autonomia e delle competenze. Presentano modalità organizzative e di funzionamento diversificate in relazione ai tempi di apertura del servizio e alla loro capacità ricettiva, assicurando il pasto e il riposo e operano in continuità con la scuola dell'infanzia”*.

20.4. Peraltro, come del pari dedotto da parte appellante, la circostanza che l'esperienza acquisita come coordinatrice pedagogica dovesse intendersi diversa dall'esperienza acquisita come coordinatrice pedagogica di supporto al responsabile pedagogico presso i nidi d'infanzia di San Vito e San Martino a Tagliamento è dimostrata dal rilievo che per contro, con riferimento al servizio reso presso le sezioni primavera, si era specificato che il ruolo rivestito era proprio quello di coordinatrice pedagogica.

20.5. Né tale ambiguità, ravvisata dalla CUC che pertanto, richiedeva chiarimenti in proposito, domandando che fosse comprovato il requisito richiesto *expressis verbis* dalla *lex specialis* di gara (cfr. nota Prot. n. 0101425-P-GEN d.d. 16.02.24, all. n. 50 fascicolo regione di primo grado) poteva intendersi dissipata all'esito della

risposta a tali chiarimenti, avendo il RTI Proges semplicemente dedotto che si trattava di supporto nella definizione della progettualità dei nidi, nella loro traduzione operativa, e nella funzione di supplenza nella referenza pedagogico territoriale in ipotesi di assenza della titolare e nella definizione di comuni percorsi formativi (all. 51), tanto è vero che la CUC inviava in data 23 febbraio 2024 un'ulteriore richiesta di chiarimenti, sia in merito all'attività effettivamente svolta, sia in merito al periodo di riferimento (all. n. 52).

20.6. Peraltro colgono nel segno i rilevati di parte appellante secondo i quali neppure all'esito della risposta a tale ennesima richiesta di chiarimenti, il RTI Proges, al contrario di quanto ritenuto dalla stazione appaltante e condiviso dal primo giudice, avesse comprovato il possesso dei requisiti richiesti posto che:

- la lettera di incarico trasmessa ai fini dell'ennesima richiesta della comprova del requisito (all. n. 53) fa per la prima volta riferimento ad un'attività di coordinamento pedagogico in staff, che richiama un concetto di prestazione paritetica, laddove nella precedente nota di chiarimento si era parlato di attività di "supporto" e di "sostituzione" al responsabile pedagogico, riferendosi ad attività svolta in posizione non prettamente paritetica con il responsabile pedagogico;
- detta lettera dovendo assolvere non solo alla descrizione del possesso del requisito, ma alla sua comprova, espressamente richiesta dalla CUC, non ha adempiuto a tale funzione in quanto sottoscritta in firma autografa e senza alcuna data certa.

20.6.1. Ed invero, come chiarito da Consiglio di Stato, sez. IV, 01 febbraio 2024 n. 1046, la data certa consiste nella prova della formazione di un documento in un determinato arco temporale o nella prova della sua esistenza anteriormente ad uno specifico evento o una specifica data, spesso necessaria a fini probatori. I metodi per ottenere la data certa su un documento sono: apposizione di autentica presso un

notaio; invio tramite servizio postale; registrazione presso un ufficio pubblico; invio tramite posta elettronica certificata (PEC); apposizione della marca temporale, laddove dalla documentazione in atti non si evince la sussistenza di alcuno di questi presupposti.

21. Né tali rilievi possono essere superati, al contrario di quanto ritenuto dalle appellate, in assenza di idonea prova circa l'attività effettivamente svolta, secondo quanto in precedenza specificato, con il richiamo al concetto di equivalenza.

21.1. E' pur vero che la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. III, 9 maggio 2024, n. 4155) ha ritenuto il principio di equivalenza estensibile anche ai requisiti minimi qualificati come obbligatori dalla disciplina di gara, ma ciò ha fatto sulla scorta di un approccio "funzionale", ossia con riferimento a fattispecie in cui dalla stessa *lex specialis* (al di là di alcuni casi in cui era già quest'ultima a richiamare l'applicabilità del principio *de quo* anche ai requisiti tecnici minimi) emergeva che determinate caratteristiche tecniche erano richieste al fine di assicurare all'Amministrazione il perseguimento di determinate finalità, e dunque poteva ammettersi la prova che queste ultime fossero soddisfatte anche attraverso prodotti o prestazioni aventi caratteristiche tecniche differenti da quelle richieste (cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 6 settembre 2023, n. 8189). In tali ultimi casi, l'estensione in via giurisprudenziale dell'ambito di applicazione del principio di equivalenza, ancorché in sé e per sé non confliggente con il diritto europeo, trova fondamento – a ben vedere – non già nelle esigenze pro-concorrenziali perseguite dal citato articolo 42, par. 6, della direttiva 2014/24/UE, ma nel più generale principio del *favor participationis* (e, difatti, trova il limite del rispetto della *par condicio* tra i concorrenti, che si verificherebbe laddove fosse consentito a un concorrente di offrire *aliud pro alio*).

21.2. Peraltro nell'ipotesi di specie, ferma restando la non applicabilità del concetto di equivalenza al servizio reso come coordinatore pedagogico nelle sezioni primavera, avendo la *lex specialis* riferito l'esperienza professionale pregressa *expressis verbis* agli asilo nido ed avendo la stessa stazione appaltante nella prima richiesta di chiarimenti – non oggetto di impugnativa in via incidentale da parte del RTI Proges – escluso che l'esperienza minima richiesta potesse intendersi integrata in relazione al servizio reso nelle sezioni primavera, avuto riguardo a quanto innanzi evidenziato non si può ritenere che sia stata fornita la comprova dell'effettiva equipollenza fra il servizio reso come coordinatrice pedagogica di supporto negli asili nido e quello di coordinatrice pedagogica richiesto dalla *lex specialis* e che detta funzione corrispondesse a quanto consentito dall'art. 26 l.r. n. 20/2005 ove si fa riferimento ad un'attività paritetica di coordinamento fra più gestori del servizio.

21.3. Ciò fermo restando l'assorbimento del rilievo circa la violazione delle regole sull'espletamento del soccorso istruttorio, sub specie di richiesta di chiarimenti sull'offerta tecnica, idoneo *ex se* a determinare l'esclusione del RTI Proges – Codess, secondo quanto innanzi precisato.

22. In conclusione l'appello va accolto, su tali rilievi, con assorbimento degli ulteriori motivi di appello, con conseguente accoglimento del ricorso di primo grado e annullamento del provvedimento di aggiudicazione in favore del RTI Proges – Codess.

23. Va del pari accolta la domanda di subentro - previa declaratoria di inefficacia della Convenzione già stipulata e degli eventuali contratti attuativi stipulati nelle more - ex art. 122 c.p.a., per l'intero periodo previsto dalla *lex specialis* di gara di durata della Convenzione e dei contratti attuativi, subordinatamente alla verifica del possesso dei requisiti e alla verifica della congruità dell'offerta economica, ove non

effettuate, a far data dal 1 luglio 2025, onde consentire per un verso dette verifiche e per altro verso, ove siano stati stipulati i contratti attuativi, la continuità della prestazione del servizio fino alla fine dell'anno educativo, già iniziato alla data di introito della causa *de qua*.

24. È infatti noto che negli appalti relativi ad affidamento dei servizi il subentro per l'intero periodo di durata del contratto previsto dalla *lex specialis* di gara integra una forma di tutela in forma specifica a carattere integralmente satisfattorio, ai fini del conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto (art. 124 comma 1, prima parte c.p.a.).

Ciò comporta, in caso di accoglimento, la declaratoria di inefficacia del contratto, che peraltro può essere modulata, quanto alla decorrenza, dal giudice, ex art. 122 c.p.a. avuto riguardo agli interessi delle parti.

24.1. Ed invero, come precisato da questa sezione (Cons. Stato se, V, 26 gennaio 2021, n. 786) l'inefficacia del contratto a valle dell'annullamento dell'aggiudicazione non è un'inefficacia rimediale da nullità, ma un'inefficacia speciale ed elastica da risoluzione giudiziale; lo dimostrano il carattere non originario e genetico della vicenda, in uno con la discrezionalità valutativa del giudice.

Pertanto è possibile per il giudice della cognizione adottare diverse determinazioni in merito alla dichiarazione di inefficacia e al diritto di subentro del ricorrente vittorioso che ne abbia fatto richiesta, che siano più o meno conformative della successiva attività amministrativa.

25. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo alla peculiarità e alla parziale novità delle questioni trattate, 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, lo accoglie e per l'effetto in riforma della sentenza appellata e in accoglimento del ricorso di primo grado:

- 1) annulla il provvedimento di aggiudicazione in favore del RTI Proges – Codess;
- 2) dispone il subentro di parte appellante nella Convenzione di cui è causa e nei relativi contratti attuativi, ove stipulati, previa declaratoria di inefficacia degli stessi, per la medesima durata di cui alla legge di gara, a far data dal 1 luglio 2025, subordinatamente alla verifica del possesso dei requisiti e alla verifica della congruità dell'offerta economica, ove non effettuate.

Compensa le spese di lite del doppio grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Diana Caminiti

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO