

APPALTI: TAR Lazio - Roma, Sezione Quinta, Sentenza 25 ottobre 2023, n. 15844.

1.- Processo amministrativo – Appalto - Ricorso principale e ricorso incidentale -Priorità di esame del gravame principale - Ragioni.

2.-Appalti -Idoneità professionale ex art. 83, comma 1, lett. a) del d. lgs. n. 50/2016 -Iscrizione al registro della CCIA -Sufficienza.

3. -Appalti -Idoneità professionale ex art. 83, comma 1, lett. a) del d. lgs. n. 50/2016 -Coerenza tra le attività indicate nell'iscrizione alla CCIA e l'oggetto dell'appalto -Valutazione complessiva e sostanziale -Sufficienza.

4. -Appalti -Avvalimento -Oggetto -Reale messa a disposizione delle risorse aziendali -Sufficienza.

1. Quando a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, due offerenti presentano ricorsi tesi alla reciproca esclusione, ciascuno di essi ha interesse ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto: da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura; d'altro lato, in caso di esclusione di tutti i concorrenti ed avvio di una nuova procedura ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e quindi ottenere indirettamente l'appalto.

In tal modo, è stata riaffermata la giuridica rilevanza di interessi legittimi “eterogenei” nello svolgimento delle gare pubbliche di appalto, essendo stato ritenuto meritevole di tutela sia l'interesse legittimo “finale” ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, sia l'interesse legittimo “strumentale” alla partecipazione ad un eventuale procedimento di gara rinnovato e ciò in quanto l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare gli atti del procedimento e di avviare un nuovo procedimento di affidamento dell'appalto.

Ne consegue che – non potendo l'accoglimento del gravame incidentale determinare l'improcedibilità del gravame principale, continuando ad esistere in capo al ricorrente principale, in caso di fondatezza dell'incidentale, la titolarità dell'interesse legittimo strumentale alla eventuale rinnovazione della gara, anche nel caso in cui alla stessa abbiano partecipato altre imprese, estranee al rapporto processuale – il rapporto di priorità logica tra ricorso principale ed incidentale deve essere rivisto rispetto a quanto ritenuto dalla giurisprudenza sinora prevalente, nel senso che il ricorso principale, integrato dai motivi aggiunti, deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale (Cons. Stato, Sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4431).

In altri termini, l'*ordo questionum* impone di dare priorità al gravame principale e ciò in quanto, mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali.

Infatti, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sulla legittimità (*rectius*: sulla non illegittimità sulla base dei motivi dedotti) della aggiudicazione controversa, il controinteressato, vale a dire l'aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all'accoglimento del ricorso incidentale (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V, 4 aprile 2023, n.5663).

2. Costituisce approdo pacifico quello secondo il quale l'idoneità professionale prescritta dall'art. 83, comma 1, lett. a) del d. lgs. n. 50/2016 è volta alla dimostrazione che l'impresa è validamente costituita ed esercita nel settore di attività economica o nel segmento di mercato o professionale in cui rientrano le prestazioni oggetto del contratto da affidare.

La funzione assegnata all'iscrizione al registro della CCIA, ossia la prova dell'esistenza e della concreta operatività del soggetto imprenditoriale e delle attività prevalenti svolte, realizza appieno la finalità perseguita dal requisito in parola.

Si richiama, al riguardo, l'insegnamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato che, in fattispecie similare, ha affermato che "*nell'impostazione del codice dei contratti pubblici del 2016, l'iscrizione camerale è assunta a requisito di idoneità professionale (art. 83, comma 1, lett. a), e 3), anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma 1, e la sua funzione sostanziale è stata individuata in quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico*" (Cons. Stato, Sez. III, 8 novembre 2017, n. 5170; Cons. Stato, Sez. V, 25 luglio 2019, n. 5257).

3. La prescritta coerenza tra le attività indicate nell'iscrizione alla Camera di Commercio e l'oggetto dell'appalto dev'essere valutata complessivamente ed in modo sostanziale - anche alla luce delle indicazioni contenute nel nuovo codice dei contratti pubblici (cfr. la *Relazione illustrativa* al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) - e non può essere richiesta la perfetta coincidenza tra le prime e il secondo. Orbene, poste tali coordinate ermeneutiche, risulta evidente che la verifica del possesso del requisito di idoneità professionale di cui trattasi impone esclusivamente una valutazione di compatibilità in senso lato.

La indicata corrispondenza non può intendersi, infatti, nel senso di una perfetta e assoluta sovrapposibilità tra tutte le singole componenti dei due termini di riferimento (il che porterebbe ad ammettere in gara i soli operatori aventi un oggetto pienamente speculare, se non identico, rispetto a tutti i contenuti del servizio da affidarsi, con conseguente ingiustificata restrizione della platea dei partecipanti), ma va accertata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, in virtù di una considerazione non già atomistica, parcellizzata e frazionata, ma globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto. L'interesse pubblico tutelato da tale disciplina normativa non è, infatti, la creazione ed il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, ma piuttosto quello di assicurare l'accesso al mercato (nel contemperamento con i principi della massima partecipazione e concorrenzialità) anche ai concorrenti per i quali è possibile pervenire ad un giudizio di globale affidabilità professionale (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 8 novembre 2017, n. 5170; id. 10 novembre 2017, n. 5182; Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2018, n. 796).

4. Nella ipotesi di avvalimento della certificazione di qualità è indispensabile che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata la propria organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di acquisire la certificazione stessa (Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2017 n. 3710; id. 18 marzo 2019 n. 1730).

Ciò che dunque costituisce oggetto di verifica in sede di avvalimento è la sola reale messa a disposizione delle risorse aziendali, ma non anche l'esecuzione diretta delle prestazioni da parte dell'ausiliaria.

Quello che è, dunque, essenziale è verificare l'effettiva sussistenza della causa concreta del contratto di avvalimento al fine di accertare se l'operazione negoziale arrechi effettivamente il possesso di quei requisiti di cui la concorrente è priva sì da garantire la stazione appaltante sull'affidabilità dell'aggiudicatario in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto.

Visti il ricorso, il ricorso incidentale, i rispettivi motivi aggiunti ed i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto previdenziale e del r.t.i. La Sorgente Società Cooperativa Sociale - Società Cooperativa Sociale Co.La.P. O.N.L.U.S.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2023 la dott.ssa Ida Tascone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con l'odierno ricorso il Consorzio Valcomino Soc. Coop. a r.l., in raggruppamento con le società Servizi Integrati S.r.l. ed Electra Impianti S.r.l., classificatosi al secondo posto nella graduatoria definitiva di gara, ha impugnato l'aggiudicazione della procedura aperta di affidamento della "Gestione integrata con la formula "Global Service" dei servizi di ospitalità della Casa Albergo ex Inpdap di Monteporzio Catone", della durata di 36 mesi (prorogabili di ulteriori 12 mesi) e del valore complessivo di € 8.550.581,76", articolando il gravame con tre distinti motivi di seguito indicati:

- 1) *"Violazione e falsa applicazione degli artt. 8, 8.1., lett. a) e 8.4 del Disciplinare di gara, dell'art. 1 del Capitolato Tecnico e degli artt. 59 e 83 l. Lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere; difetto di istruttoria e motivazione; illogicità"*;
- 2) *"Violazione e falsa applicazione degli artt. 8, 8.2, 8.3 e 9 del Disciplinare di gara, e degli artt. 59, 83, 89 d. lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere; difetto di istruttoria e motivazione; illogicità"*;
- 3) *"Violazione e falsa applicazione dell'art. 8.1 lett. b) del Disciplinare di gara. Violazione dell'art. 2 d.m. 274/1997 e degli artt. 59, 83, 89 d.lgs. n. 50/2016. Violazione dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere; difetto di istruttoria e motivazione; illogicità"*.

La ricorrente principale lamenta che la disposta aggiudicazione sarebbe affetta da illegittimità per vizi afferenti principalmente ai requisiti di partecipazione alla gara della mandataria del r.t.i. aggiudicatario, Cooperativa Sociale La Sorgente, assumendo la inidoneità della stessa a svolgere l'attività dedotta in appalto sulla scorta delle risultanze della certificazione CCIAA, nonché per l'asserita "inconsistenza" della sua struttura aziendale, tenuto conto del ricorso all'avvalimento "totalitario" a comprova dei requisiti tecnici richiesti.

A seguito dell'ostensione in versione integrale della offerta tecnica dell'aggiudicatario, in ottemperanza a quanto disposto da questo Tribunale con l'ordinanza collegiale del 3 maggio 2023 n. 7526, il r.t.i. ricorrente con l'atto per motivi aggiunti ha ampliato le ragioni di gravame come segue:

- 4) *Violazione dell'art. 80, co. 5 lett. f bis) d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 15 del Disciplinare. Violazione dell'art. 80, co. 5 lett. c bis) d.lgs. n. 50/2016. Violazione dell'art. 105 d.lgs. n. 50/2016. Violazione dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere; difetto di istruttoria; illogicità manifesta; perplessità.*

5) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 16, 18.3. e 4 par. 15 e 16 del Disciplinare. Violazione dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere; difetto di istruttoria; contraddittorietà; illogicità manifesta; perplessità.*

La ricorrente principale critica l'operato della stazione appaltante per non aver escluso l'odierno controinteressato, il quale, con la propria condotta, avrebbe integrato la fattispecie di "false dichiarazioni ai sensi dell'art. 80, co. 5 lett. f bis) del d.lgs. n. 50/2016" nonché ai sensi degli artt. 7 e 15 del disciplinare. Evidenzia, infatti, che a fronte delle prestazioni assunte dalla mandataria, con riferimento all'elaborato tecnico prodotto in merito al proprio contingente di risorse umane ed all'esperienza maturata nel settore, la cooperativa La Sorgente presenterebbe – in concreto – un solo dipendente nel suo organigramma.

Deduce, infine, la incertezza e indeterminatezza dell'offerta del r.t.i. aggiudicatario che risulterebbe condizionata nella misura in cui determina il monte ore in base al numero di presenze effettive nella struttura dichiarando, nel contempo, che tale monte ore potrebbe subire modifiche nell'ipotesi di presenze inferiori al numero di 80 utenti ospiti della struttura.

Il raggruppamento aggiudicatario r.t.i. La Sorgente, a sua volta, con ricorso incidentale ha parimenti contestato l'operato della stazione appaltante censurando l'ammissione in gara del concorrente r.t.i. Valcomino in base ai seguenti motivi:

1) *Violazione e/o falsa applicazione artt. 29, 30, 48, 59, 80, 83, d.lgs. n. 50/2016, della Direttiva 2014/24/UE; Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Violazione e falsa applicazione artt. 1, 3, 10, 10-bis, 21-octies, 21-nonies, della legge n. 241/1990; degli artt. 3 e 97 Cost., nonché dei principi parità di trattamento, parità di condizioni, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa, buon andamento, tutela della concorrenza, di economicità, di efficacia, proporzionalità, ragionevolezza; conflitto di interessi; difetto di istruttoria; difetto di motivazione, travisamento dei fatti; falsità dei presupposti; eccesso di potere, contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza; sviamento.*

2) *Violazione e/o falsa applicazione artt. artt. 29, 30, 48, 59, 80, 83, 89 d.lgs. n. 50/2016, della Direttiva 2014/24/UE; Violazione e falsa applicazione della lex specialis; art. 9 del Disciplinare di gara. Violazione artt. 1362 e ss. cod. civ. Violazione e falsa applicazione artt. 1, 3, 10, 10-bis, 21-octies, 21-nonies, della legge n. 241/1990; degli artt. 3 e 97 Cost., nonché dei principi parità di trattamento, parità di condizioni, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa, buon andamento, tutela della concorrenza, di economicità, di efficacia, proporzionalità, ragionevolezza; favor participationis; conflitto di interessi; difetto di istruttoria; difetto di motivazione, travisamento dei fatti; falsità dei presupposti; eccesso di potere, contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza; sviamento.*

3) *Violazione e/o falsa applicazione artt. artt. 29, 30, 48, 59, 80, 83, 89 d.lgs. 50/2016, della Direttiva 2014/24/UE; Violazione e falsa applicazione della lex specialis; art. 8.3 del Disciplinare di gara. Violazione artt. 1362 e ss. cod. civ. Violazione e falsa applicazione artt. 1, 3, 10, 10-bis, 21-octies, 21-nonies, della legge n. 241/1990; degli artt. 3 e 97 Cost., nonché dei principi parità di trattamento, parità di condizioni, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa, buon andamento, tutela della concorrenza, di economicità, di efficacia, proporzionalità, ragionevolezza; favor participationis; conflitto di interessi; difetto di istruttoria; difetto di motivazione, travisamento dei fatti; falsità dei presupposti; eccesso di potere, contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza; sviamento.*

4) *Violazione e/o falsa applicazione artt. artt. 29, 30, 48, 59, 80, 83, 89, 95, 97, 140, 142, 143 d.lgs. 50/2016, della Direttiva 2014/24/UE; Violazione e falsa applicazione della lex specialis; Violazione e falsa applicazione del d. lgs. 81/2008. Violazione e falsa applicazione artt. 1, 3, 10, 10-bis, 21-octies, 21- nonies, della legge n. 241/1990; degli artt. 3 e 97 Cost., nonché dei principi parità di trattamento, parità di condizioni, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa, buon andamento, tutela della concorrenza, di economicità, di efficacia, proporzionalità, ragionevolezza; favor participationis; conflitto di interessi; difetto di istruttoria; difetto di motivazione, travisamento dei fatti; falsità dei presupposti; eccesso di potere, contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza; sviamento.*

Il ricorrente incidentale articola, in sintesi, motivi di gravame rispetto alle previsioni della *lex specialis* che risultano speculari a quelli articolati dalla ricorrente principale, denunciando i medesimi profili di censura scaturenti dalle prescrizioni del disciplinare di gara in punto di dimostrazione del possesso dei requisiti di idoneità professionale, di avvalimento ed esecuzione diretta da parte dell'impresa ausiliaria e di certificazioni di qualità, qualora interpretate in senso restrittivo come dedotto dal r.t.i. Valcomino.

Con ricorso per motivi aggiunti, il r.t.i. controinteressato, esaminata l'offerta tecnica del ricorrente principale, a seguito dell'ostensione integrale disposta con l'ordinanza istruttoria adottata da questo Tribunale in data 26 maggio 2023, n.8989, articola due ulteriori motivi:

1) *Violazione parte VI lett. b del disciplinare di gara. Violazione dei principi di parità e di non discriminazione fra i partecipanti alla gara. Violazione degli artt. 30, 68, 95 del Codice dei Contratti. Artt. 3 e 97 della Costituzione. Art. 1 l. n. 241/90.*

2) *Violazione e falsa applicazione degli art. 16 e 18.3. Violazione art. 97 Cost. Violazione dell'art. 59, comma 3, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria; contraddittorietà; illogicità manifesta; perplessità; esclusione offerta.*

Il ricorrente incidentale lamenta, *in primis*, il superamento del limite dimensionale stabilito nella *lex specialis* con riguardo all'elaborato tecnico, la cui estensione è prevista in 50 pagine, redatte secondo i caratteri e l'interlinea dettati nel disciplinare.

Deduce, altresì, che l'ammissione dell'offerta della ricorrente principale risulterebbe inficiata dal medesimo vizio di incertezza ed indeterminazione dell'offerta, che sembrerebbe affliggere – secondo la prospettazione contenuta nell'atto di motivi aggiunti – la sua offerta economica, in quanto risulterebbe condizionata alla presenza o meno di ospiti in condizione di 'parziale autosufficienza', e dunque necessitanti di maggior assistenza rispetto agli ospiti della struttura totalmente autosufficienti.

L'Istituto previdenziale, ritualmente costituitosi con documentazione e memorie difensive, ha puntualmente controdedotto ai profili di censura svolti sia da parte ricorrente che da parte della controinteressata ed ha chiesto, nel merito, il rigetto dell'atto introduttivo del giudizio e del ricorso incidentale, in uno con i rispettivi motivi aggiunti, in quanto inammissibili ed infondati.

All'udienza pubblica dell'11 ottobre 2023, in vista della quale le parti si sono scambiate ulteriori memorie e repliche, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il Collegio ritiene preliminarmente di affrontare la questione relativa all'ordine di esame dei ricorsi, principale ed incidentale.

L'ordine di trattazione del ricorso incidentale escludente e del ricorso principale ha, a lungo, impegnato i giudici nazionali e la stessa Corte Europea di Giustizia, la quale - con la sentenza del 5 settembre 2019 C- 333/18 del 9 settembre 2019 - ha rilevato che *“L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi”*.

Ha osservato, infatti, la Corte che, quando a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, due offerenti presentano ricorsi tesi alla reciproca esclusione, ciascuno di essi ha interesse ad ottenere

l'aggiudicazione dell'appalto: da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura; d'altro lato, in caso di esclusione di tutti i concorrenti ed avvio di una nuova procedura ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e quindi ottenere indirettamente l'appalto.

Pertanto deve trovare applicazione il principio vincolante *“secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati in linea di principio equivalenti, si traduce, per i giudici investiti di tali ricorsi, nell'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso per esclusione principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente”* soggiungendo che *“il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, come pure il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi nonché la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, non sono rilevanti”*.

In tal modo, è stata riaffermata la giuridica rilevanza di interessi legittimi “eterogenei” nello svolgimento delle gare pubbliche di appalto, essendo stato ritenuto meritevole di tutela sia l'interesse legittimo “finale” ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, sia l'interesse legittimo “strumentale” alla partecipazione ad un eventuale procedimento di gara rinnovato e ciò in quanto l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare gli atti del procedimento e di avviare un nuovo procedimento di affidamento dell'appalto.

Ne consegue che – non potendo l'accoglimento del gravame incidentale determinare l'improcedibilità del gravame principale, continuando ad esistere in capo al ricorrente principale, in caso di fondatezza dell'incidentale, la titolarità dell'interesse legittimo strumentale alla eventuale rinnovazione della gara, anche nel caso in cui alla stessa abbiano partecipato altre imprese, estranee al rapporto processuale – il rapporto di priorità logica tra ricorso principale ed incidentale deve essere rivisto rispetto a quanto ritenuto dalla giurisprudenza sinora prevalente, nel senso che il ricorso principale, integrato dai motivi aggiunti, deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale (Cons. Stato, Sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4431).

In altri termini, l'*ordo questionum* impone di dare priorità al gravame principale e ciò in quanto, mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali.

Infatti, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sulla legittimità (*rectius*: sulla non illegittimità sulla base dei motivi dedotti) della aggiudicazione

controversa, il controinteressato, vale a dire l'aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all'accoglimento del ricorso incidentale (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V, 4 aprile 2023, n.5663).

Occorre, quindi, procedere al preliminare esame del ricorso principale.

Con riferimento alle censure contenute nei motivi dedotti in via principale dal r.t.i. ricorrente il Collegio ritiene che le stesse non meritino accoglimento.

Con il primo motivo parte ricorrente lamenta la sostanziale inidoneità della mandataria del raggruppamento controinteressato ad assumere, oltre alla prestazione principale costituita dai servizi alla persona, le prestazioni secondarie riferite ai servizi di ristorazione e connesse alla gestione della struttura.

In particolare, dall'estratto della visura camerale emergerebbe che l'attività prevalente è rappresentata dall'"*assistenza sociale non residenziale rivolta ad anziani e soggetti in stato di necessità*", con conseguente carenza in capo alla mandataria La Sorgente del prescritto requisito di idoneità professionale

- per non essere i servizi di ristorazione e manutenzione compresi nell'oggetto sociale,
- per essere l'attività principale svolta da La Sorgente di 'assistenza sociale non residenziale', mentre i servizi oggetto dell'appalto avrebbero natura 'residenziale',
- per essere espressamente escluse dal decalogo delle attività contemplate nella visura CCIAA le professioni sanitarie, viceversa dedotte quali prestazioni principali nell'oggetto dell'appalto.

Tale motivo di gravame non merita accoglimento per le ragioni che seguono.

L'art. 8 del disciplinare di gara enuncia i requisiti di partecipazione e, segnatamente, indica quale requisito di idoneità professionale "*l'essere iscritti nel registro della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura per attività coerenti con quelle oggetto di appalto*".

Costituisce approdo pacifico quello secondo il quale l'idoneità professionale prescritta dall'art. 83, comma 1, lett. a) del d. lgs. n. 50/2016 è volta alla dimostrazione che l'impresa è validamente costituita ed esercita nel settore di attività economica o nel segmento di mercato o professionale in cui rientrano le prestazioni oggetto del contratto da affidare.

La funzione assegnata all'iscrizione al registro della CCIA, ossia la prova dell'esistenza e della concreta operatività del soggetto imprenditoriale e delle attività prevalenti svolte, realizza appieno la finalità perseguita dal requisito in parola.

Si richiama, al riguardo, l'insegnamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato che, in fattispecie similare, ha affermato che "*nell'impostazione del codice dei contratti pubblici del 2016, l'iscrizione camerale è assunta a requisito di idoneità professionale (art. 83, comma 1, lett. a), e 3), anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico professionale ed economico-*

finanziaria dei partecipanti alla gara di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma 1, e la sua funzione sostanziale è stata individuata in quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico” (Cons. Stato, Sez. III, 8 novembre 2017, n. 5170; Cons. Stato, Sez. V, 25 luglio 2019, n. 5257).

La prescritta coerenza tra le attività indicate nell'iscrizione alla Camera di Commercio e l'oggetto dell'appalto dev'essere valutata complessivamente ed in modo sostanziale - anche alla luce delle indicazioni contenute nel nuovo codice dei contratti pubblici (cfr. la *Relazione illustrativa* al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) - e non può essere richiesta la perfetta coincidenza tra le prime e il secondo. Orbene, poste tali coordinate ermeneutiche, risulta evidente che la verifica del possesso del requisito di idoneità professionale di cui trattasi impone esclusivamente una valutazione di compatibilità in senso lato.

La indicata corrispondenza non può intendersi, infatti, nel senso di una perfetta e assoluta sovrapposibilità tra tutte le singole componenti dei due termini di riferimento (il che porterebbe ad ammettere in gara i soli operatori aventi un oggetto pienamente speculare, se non identico, rispetto a tutti i contenuti del servizio da affidarsi, con conseguente ingiustificata restrizione della platea dei partecipanti), ma va accertata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, in virtù di una considerazione non già atomistica, parcellizzata e frazionata, ma globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto. L'interesse pubblico tutelato da tale disciplina normativa non è, infatti, la creazione ed il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, ma piuttosto quello di assicurare l'accesso al mercato (nel contemperamento con i principi della massima partecipazione e concorrenzialità) anche ai concorrenti per i quali è possibile pervenire ad un giudizio di globale affidabilità professionale (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 8 novembre 2017, n. 5170; id. 10 novembre 2017, n. 5182; Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2018, n. 796).

Peraltro, quando il disciplinare – che costituisce regola di organizzazione della procedura di gara – richieda non il possesso di iscrizione per attività coincidente con quella oggetto dell'appalto, ma più semplicemente l'iscrizione «*per attività coerenti con quelle oggetto della presente procedura di gara*», anche l'interpretazione di tale clausola deve orientare nel senso sopra anticipato, ossia per una verifica di mera compatibilità tra i due parametri (e non di una esatta corrispondenza) (Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2023 n. 529).

Nel caso di specie, in presenza di una chiara lettera della *lex specialis* che richiede espressamente una iscrizione CCIAA per attività coerenti (e non coincidenti) con quelle oggetto dell'appalto, appare evidente come la certificazione CCIAA compri il possesso da parte dell'aggiudicatario del

requisito di idoneità professionale chiesto dalla disciplina speciale e, dunque, della capacità di agire della società, ossia di acquisire diritti ed assumere obbligazioni per le attività comprese nell'oggetto sociale, come declinate nel certificato camerale e coerenti con quelle dedotte in appalto.

Ed infatti, ai sensi dell'art. 2193 c.c. (*"Efficacia dell'iscrizione"*) si prevede che *«i fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione, se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi da chi è obbligato a richiederne l'iscrizione, a meno che questi provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza»*.

Ciò posto, la giurisprudenza ha, in tal senso, affermato che l'individuazione ontologica della tipologia di azienda può avvenire solo attraverso l'attività principale o prevalente, in concreto espletata e documentata dall'iscrizione alla Camera di Commercio, non rilevando quanto riportato nell'oggetto sociale. Tali principi si desumono dal quadro normativo applicabile in materia di iscrizione nel registro delle imprese (cfr. in particolare, art. 2188 c.c.; art. 8 della l. 28 dicembre 1993, n. 580; d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581, recante il regolamento di attuazione del detto art. 8; d.m. del Ministero Sviluppo Economico, pubblicato in G.U.R.I. n. 260/13 S.O. n. 76, laddove dispone che ogni impresa che eserciti un'attività sul territorio nazionale deve sempre dichiarare la propria attività prevalente d'impresa, indicando, per ogni descrizione di attività la data di riferimento, ovvero di effettivo inizio, modifica, cessazione, nonché la descrizione dell'attività primaria e dell'eventuale attività secondaria *"effettivamente esercitata"*).

Ecco allora che la valutazione di coerenza va condotta tra le 'attività' comprese nell'oggetto sociale, come descritte nel certificato camerale rispetto a quelle dedotte in appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2023 n. 529; Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 24 gennaio 2023, n. 116, nella parte in cui chiarisce che deve ritenersi soddisfatto il requisito dell'attinenza all'oggetto contrattuale se tra le attività dell'impresa risultanti dall'iscrizione figurano un'attività *"coerente"* con l'oggetto dell'appalto, sia essa prevalente o secondaria).

Con il secondo motivo di ricorso il r.t.i. Valcomino rileva come la mandataria La Sorgente sia sfornita di tutti i requisiti di qualificazione richiesti dalla *lex specialis* per le prestazioni dalla stessa assunte sottolineando l'ampio ricorso all'avvalimento mediante l'indicazione di tre imprese ausiliarie (Consorzio Solco Ravenna Coop. Sociale, Colibrì Società Cooperativa, Impresa Ravelli S.r.l.).

Orbene, l'art. 9 del disciplinare di gara ammette il ricorso all'avvalimento per le certificazioni di qualità, prescrivendo che *«Il ricorso all'avvalimento per le certificazioni di cui al paragrafo 8.3, punto 1, lett. b), c), d), e), f), e per l'attestazione SOA di cui alla lett. g) e h) comporta che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata, ai fini dell'esecuzione dell'appalto le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del*

requisito di qualità. ... (omissis)...6. Ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria. ... (omissis)... Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati».

Quanto alla disciplina normativa, l'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici stabilisce che: *«L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.»*

Secondo il r.t.i. ricorrente la peculiare competenza professionale implicata dalle disposizioni di gara imporrebbe un obbligo di esecuzione diretta dei servizi da parte dell'ausiliaria, non garantita nel caso di specie.

Senonché, tale tesi contrasta con il costante indirizzo ermeneutico in forza del quale con l'avvalimento l'operatore non intende associare altri a sé nell'esecuzione del contratto di affidamento, ma esclusivamente acquisire in prestito risorse altrui per svolgere, in proprio, la prestazione a favore

della stazione appaltante (cfr. art. 89, commi 8 e 9, d. lgs. n. 50/2016) e si scontra con un principio fondamentale di origine eurolunitaria regolatore del mercato dei pubblici affidamenti, volto a favorire l'accesso di nuovi operatori sul mercato, nonché delle micro, piccole e medie imprese.

Passando all'esame del caso di specie, due sono le figure di avvalimento cui ha fatto ricorso l'aggiudicataria nella procedura di gara in esame: avvalimento di garanzia e avvalimento delle certificazioni di qualità.

Come è noto, l'avvalimento di garanzia, che riguarda la capacità economica e finanziaria (solidità finanziaria data dalla messa a disposizione del fatturato globale e del fatturato specifico) serve a rassicurare la stazione appaltante sulla capacità della parte di far fronte alle obbligazioni derivanti dal contratto e, quindi, come tale non richiede di essere riferito a beni capitali descritti e individuati con precisione (*ex multis*: Cons. Stato, Sez. III, 4 gennaio 2021 n. 68).

Con riguardo all'avvalimento delle certificazioni di qualità, la cui legittimità è confermata dalla recente giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 502), si osserva che *“giurisprudenza prevalente, dopo alcuni contrari avvisi, ne ammette oramai pacificamente l'ammissibilità (ex multis, Cons. Stato, Ad. plen. 4 novembre 2016, n. 23; Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2017, n. 3710; id. 17 maggio 2018, n. 2953; Cons. Stato, Sez. III, 8 ottobre 2018, n. 5765; Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2018, n. 5287; id. 20 novembre 2018, n. 6551; id. 18 marzo 2019, n. 1730), in particolare rilevando, come di recente, che “I certificati rilasciati da organismi indipendenti di cui all'art. 87 del Codice dei contratti pubblici sono pur sempre attinenti a capacità tecniche e professionali dell'impresa, così come definite dall'art. 58, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE (“requisiti per garantire che gli operatori economici possiedono le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità”), di modo che, ai sensi del successivo art. 63, ben possono essere oggetto di avvalimento” (Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2021, n. 6271)”*.

È stato, in proposito, osservato che nella ipotesi di avvalimento della certificazione di qualità è indispensabile che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata la propria organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di acquisire la certificazione stessa (Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2017 n. 3710; id. 18 marzo 2019 n. 1730).

Ciò che dunque costituisce oggetto di verifica in sede di avvalimento è la sola reale messa a disposizione delle risorse aziendali, ma non anche l'esecuzione diretta delle prestazioni da parte dell'ausiliaria giacché, comunque, *«Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara»* (art. 89, comma 8, citato) e *«la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa ...l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto»* (art. 89, comma 9, citato).

Ed infatti la prescrizione dell'esecuzione diretta del servizio da parte dell'ausiliaria non può che essere di stretta interpretazione, come si desume dalla sentenza della Corte di Giustizia 7 aprile 2016, C-324/14, che rimanda al giudice nazionale la verifica dei presupposti per ritenere integrato il ricorso all'ordinario avvalimento o per esigere l'esecuzione diretta da parte dell'ausiliaria, e, soprattutto, la necessità di evitare il sovvertimento della natura del contratto di avvalimento, che consiste non nell'associare altri a sé nell'esecuzione del contratto in affidamento, bensì nell'acquisire in prestito risorse altrui per svolgere, in proprio, la prestazione a favore della stazione appaltante (Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 2021 n. 7370; Cons. Stato, Sez. III, 13 luglio 2021 n. 5286; Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2021, n. 6347, Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sez. I, 7 aprile 2016 nella causa C-324-14, Partner Apelski Dariusz).

Peraltro, come emerge dalla memoria difensiva dell'Istituto previdenziale, il contenuto del contratto di avvalimento appare sufficientemente determinato quanto al requisito dell'effettività del patrimonio aziendale messo a disposizione dall'ausiliaria in termini di prestito di risorse umane e strumentali.

Sul punto la giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2022, n. 2784) ha chiarito che:

“a) l'indagine in ordine agli elementi essenziali di detto avvalimento deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 2021, n. 5464; Cons. Stato, Sez. III, 4 gennaio 2021, n. 68).

b) il contratto non deve quindi necessariamente spingersi sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera o all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione; tuttavia, l'assetto negoziale deve consentire quantomeno “l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione” (in termini: Cons. Stato, Sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682; Cons. Stato, Sez. III, 30.06.2021, n. 4935; TAR Sicilia - Catania, 18 maggio 2022 n. 1364).

È opportuno richiamare, al riguardo, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 23 del 2016 che, sebbene condotta alla stregua della disciplina al tempo vigente (d. lgs. n. 163/2006) fornisce una traccia esegetica illuminata affermando che *“l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e l'articolo 88 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione all'articolo 47, paragrafo 2 della Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi (quale quella che qui rileva) in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile”.*

Quello che è, dunque, essenziale è verificare l'effettiva sussistenza della causa concreta del contratto di avvalimento al fine di accertare se l'operazione negoziale arrechi effettivamente il possesso di quei requisiti di cui la concorrente è priva sì da garantire la stazione appaltante sull'affidabilità dell'aggiudicatario in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto.

Ciò risulta, peraltro, in perfetta aderenza a quanto indicato dall'art. 104 del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023 già cit.) tenuto conto che la stessa Relazione di accompagnamento al codice chiarisce che *“Nel comma 1 è indicato il tipo contrattuale dell'avvalimento: contratto rientrante nella categoria dei contratti di prestito con il quale un concorrente ad una procedura di*

aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto. È specificata la necessità della forma scritta e la determinazione dell'oggetto".

Alla stregua delle predette coordinate ermeneutiche neppure può risultare meritevole di accoglimento l'ulteriore rilievo della inidoneità delle certificazioni di qualità avvalse a fornire la prova del possesso del requisito di capacità tecnico-professionale in quanto rilasciate dall'ente di accreditamento *LL-C (Certification) Czech Republic a.s.*, ente non accreditato presso *Accredia* per il rilascio di certificazioni nei settori EA n. 30 e 38, in violazione dell'art. 8.2.lett. b) e d) del disciplinare di gara.

In proposito, l'orientamento dominante in giurisprudenza ritiene inconferente la mancata registrazione degli enti certificatori presso *Accredia*, in quanto l'ente ceco e quello svizzero risultano comunque accreditati presso organismi nazionali o internazionali, così come la Repubblica Ceca e la Svizzera sono firmatarie di accordi multilaterali ai sensi del Regolamento CE n. 765/2008, quale specifica disciplina sul sistema di accreditamento che definisce il concetto di organismo deputato a svolgere proprio le attività di accreditamento (*L.L.-C, società di diritto ceco, e Dimitto Certification Service, società di diritto svizzero, rispettivamente accreditati presso Czech Accreditation Institute- CAI e Servizio di Accreditamento Svizzero- SAS, organismi nazionali di accreditamento operanti nella Repubblica Ceca e in Svizzera, firmatari degli accordi multilaterali ex art. 14 del Regolamento*

CE 765/2008 entrambi facenti parte di EA (European co-operation for Accreditation).

E ciò in linea con quanto previsto dall'art 8.3 del disciplinare di gara nella parte in cui chiarisce che "*per le certificazioni di cui alle precedenti lett. b), c), d), e), f), sono riconosciuti anche i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri*".

Con il terzo motivo di ricorso il raggruppamento ricorrente, con riguardo all'assunzione da parte della mandante Cooperativa Colap dei servizi alberghieri, comprendenti anche i servizi di pulizia descritti all'art. 6 del capitolato tecnico, deduce la mancata previsione, nell'ambito della gestione tecnica, della figura del preposto, obbligatoria in relazione ai servizi di disinfestazione e derattizzazione i sensi dell'art. 2 del d.m. n. 274/1997.

Al riguardo, deve osservarsi che l'art. 2 del d.m. 7 luglio 1997 n. 274 è rubricato "*Requisiti per l'iscrizione delle imprese di pulizia al registro delle imprese o all'albo delle imprese artigiane*".

Detta disposizione individua, al comma 1, i requisiti di capacità economico - finanziaria per lo svolgimento dell'attività di pulizia (come precisata all'art. 1), mentre al comma 2 individua i requisiti di capacità tecnico-professionale mediante indicazione della figura del 'preposto'.

La sussistenza di entrambi i requisiti suddetti costituisce presupposto essenziale per l'iscrizione nel registro delle imprese ovvero nell'albo delle imprese artigiane dell'operatore che intenda svolgere attività nel suddetto settore.

La previsione del preposto alla gestione tecnica costituisce, pertanto, una condizione per l'iscrizione nel registro delle imprese che, nel caso di specie, è stata oggetto di accertamento e verifica positiva nella misura in cui risulta correttamente avvenuta la relativa iscrizione della cooperativa Colap nel competente registro camerale di Arezzo-Siena.

In merito al ricorso per motivi aggiunti parte ricorrente lamenta che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe reso, in sede di gara, false dichiarazioni idonee ad influenzare il processo decisionale della stazione appaltante.

Le suddette “*false dichiarazioni*” consisterebbero nell'aver la cooperativa La Sorgente valorizzato il contingente di risorse umane e professionali dedicate all'appalto, nonché le esperienze acquisite nel tempo da riversare nella commessa, pur a fronte – però – della presenza di una sola unità di personale alle dipendenze della medesima cooperativa alla data di presentazione dell'offerta.

Come si evince dalla memoria difensiva della stazione appaltante, confrontando la documentazione prodotta in sede di offerta e di giustificativi dell'anomalia (segnatamente: Allegato C - Tab. C Costo totale del personale allegato alla richiesta di giustificativi e Progetto di assorbimento del personale offerto dal concorrente), risulta di agevole verifica la circostanza che il contingente è stato stimato in ragione del fabbisogno generato dalla struttura residenziale ponderato per numero di ospiti presenti.

Nessuna rilevanza assume, per l'effetto, la sussistenza o meno – al tempo della presentazione dell'offerta – di rapporti di lavoro alle dipendenze della mandataria del personale indicato nell'offerta. Condizione, quest'ultima, peraltro neppure richiesta dalla *lex specialis* e che, peraltro, può concretamente assumere rilievo soltanto in sede di esecuzione del contratto qualora la stazione appaltante non dovesse riscontrare – in sede di verifica periodica – l'effettivo impiego delle figure professionali indicate in offerta, le quali ben possono essere ingaggiate in virtù di un titolo contrattuale ovvero in forza del contratto di avvalimento.

Con il secondo motivo aggiunto, il r.t.i. ricorrente deduce l'inammissibilità dell'offerta dell'aggiudicatario in quanto – a suo avviso – condizionata oltre che incerta ed indeterminata.

L'inammissibilità dell'offerta sussisterebbe alla luce di quanto dichiarato nell'offerta tecnica dal controinteressato (“*Il personale indicato in offerta tecnica sarà assunto con il CCNL Cooperative sociali. Il monte ore del personale indicato in offerta tecnica è calcolato per l'ipotesi di pieno riempimento della struttura che corrisponde ad 80 utenti, e sarà riproporzionato alle effettive*”).

presenze di utenti nella struttura”) rilevando la natura condizionata dell’offerta giacché *“la quantificazione del monte ore formulato con l’offerta tecnica è meramente ipotetica”*.

La censura non coglie nel segno, posto che dall’analisi del contenuto dell’offerta si evince chiaramente che il raggruppamento aggiudicatario ha formulato la propria proposta tenendo conto della massima ricettività della struttura come indicato nella documentazione di gara (n. 80 ospiti).

L’adeguamento delle risorse in ragione del numero di ospiti è coerente con la struttura dell’appalto che consta di prestazioni remunerate con tariffa giornaliera pro-capite (offerta dall’appaltatore nell’ambito della procedura) e, dunque, a misura e nei limiti dell’importo massimo previsto sulla base del numero di ospiti effettivamente presenti nella struttura, e ciò con riguardo ai servizi socio-assistenziali affidati alla mandataria, risultando le altre prestazioni remunerate a canone e, dunque, sganciate – quanto a monte ore contrattuale - dal numero di ospiti effettivamente presenti presso la Casa Albergo dell’Istituto (art. 2 del capitolato tecnico ed art. 4, comma 7, del disciplinare di gara).

In punto di condizionamento dell’offerta, deve, invero, rilevarsi l’insegnamento contenuto nella sentenza adottata dal Consiglio di Stato, Sez. V, 14 luglio 2022, n. 5991 sullo schema qualificante del carattere condizionato dell’offerta, secondo cui *“ricorre l’offerta condizionata nel caso in cui l’offerente subordini il proprio impegno contrattuale ad uno schema modificativo rispetto a quello proposto dalla stazione appaltante”*, precisando che *“le regole che informano la materia degli appalti pubblici esigono, a tutela della par condicio e della certezza dei rapporti giuridici (funzionali alla corretta esecuzione dell’appalto), la perfetta conformità tra il regolamento predisposto dalla Stazione appaltante e l’offerta presentata dal candidato. Detta conformità non sussiste allorquando il concorrente subordini appunto la sua adesione al contratto a condizioni non univoche ed estranee all’oggetto del procedimento o ad elementi non previsti nelle norme di gara o al capitolato (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3226).”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 6073 del 21 giugno 2023).

Le considerazioni che precedono inducono, complessivamente, a ritenere l’infondatezza sia del ricorso principale sia dei motivi aggiunti proposti dal r.t.i. secondo graduato e, conseguentemente, anche dell’allegata domanda di risarcimento in forma specifica.

In definitiva il ricorso principale deve essere respinto e – pur dovendo essere dichiarata l’improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso incidentale proposto dal r.t.i. controinteressato – il Collegio non può esimersi dall’esame delle relative censure, alla luce del carattere speculare delle stesse.

Giova rilevare al riguardo come, in disparte l’infondatezza delle rispettive censure, le critiche che i due operatori, odierne parti processuali, muovono l’un l’altro sono perfettamente sovrapponibili, con l’esito di obliterarsi a vicenda.

In particolare, per le ragioni già esposte risultano prive di fondamento le deduzioni riproposte in via speculare dall'odierno r.t.i. aggiudicatario con riferimento al mancato possesso in capo alla parte ricorrente di iscrizioni camerali e requisiti tecnico-professionali coerenti con le attività oggetto di affidamento.

Le stesse considerazioni valgono parimenti con riferimento alla circostanza che il r.t.i. riproduce simmetricamente la medesima censura di inammissibilità dell'offerta economica del secondo graduato, in quanto condizionata, oltre che incerta ed indeterminata, nella misura in cui ancorerebbe la presenza del personale "OS" alle condizioni ed alle esigenze effettive degli ospiti della struttura.

Privi di rilievo risultano, poi, i profili di censura che attengono all'incongruità degli oneri di sicurezza indicati nell'offerta economica dal r.t.i. Valcomino, trattandosi di un potere concernente il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non esercitato dalla stazione appaltante e, pertanto, sottratto a qualsiasi sindacato giurisdizionale in questa sede, secondo quanto previsto dall'art. 34, co. 2, c.p.a. *"in nessun caso il giudice può pronunciarsi con riferimento a poteri non ancora esercitati"*.

Né, infine, alcun elemento di meritevolezza può rivestire il lamentato superamento dei limiti dimensionali dell'elaborato costituente l'offerta tecnica stante il principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 83 d.lgs. n. 50/2016), tra le quali non è previsto il superamento di limiti dimensionali in senso materiale dell'offerta stessa; limiti dimensionali che non sono imposti, peraltro, da alcuna disposizione di legge o regolamento (cfr. TAR Bologna, 31 maggio 2018 n. 435).

La complessità delle questioni trattate e l'andamento della complessa vicenda contenziosa giustifica, tuttavia, la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando

- a) sul ricorso, integrato dai motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo respinge;
- b) dichiara improcedibile e, in ogni caso, infondato il ricorso incidentale, integrato dai motivi aggiunti, come in epigrafe proposto;
- c) compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Spagnoletti, Presidente

Francesco Elefante, Consigliere

Ida Tascone, Referendario, Estensore

