

Distinzione tra requisiti di partecipazione (alla gara) e requisiti di esecuzione (del contratto).

di Alessandro Sgrulletta

Data di pubblicazione: 22-7-2024

I requisiti di esecuzione, ovverosia tutti quegli elementi che caratterizzano la fase esecutiva della prestazione, si distinguono dai requisiti di partecipazione, che sono invece necessari ad accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione.

I requisiti di esecuzione sono configurati, di regola, quali condizioni per la stipula del contratto ma possono anche essere considerati dalla legge speciale di gara come elementi dell'offerta. In quest'ultimo caso, essi possono integrare – a seconda della diversa configurazione della lex specialis – o elementi essenziali dell'offerta o elementi idonei all'attribuzione di un punteggio premiale.

N. 05691/2024REG.PROV.COLL.

N. 02539/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2539 del 2024, proposto dalla Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del R.T.I. con la società Vivenda S.p.a. (mandante), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, nonché dalla stessa società Vivenda S.p.a. (mandante), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandante del R.T.I. con la Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. coop.

(mandataria), in relazione alla procedura CIG 916295018C, rappresentate e difese dagli avvocati Michele Perrone e Angelo Michele Benedetto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

il Comune di Terracina, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Lina Vinci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, nonché

nei confronti

della Innova S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Scacchi, Elio Leonetti, Riccardo Esposito e Chiara Tortorella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione di Latina, 13 febbraio 2024, n. 118, che ha respinto il ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione in favore della società Innova S.p.a., di cui alla determinazione n. 1355 dell'1 agosto 2022, della gara bandita per l'affidamento del Servizio di Ristorazione Scolastica a ridotto impatto ambientale nelle scuole dell'infanzia, primarie e secondarie site nel Comune di Terracina, anni scolastici dal 2022/2023 al 2026/2027.

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Terracina;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Innova S.p.a.;

Vista la memoria, depositata dal Comune di Terracina in data 23 maggio 2024;

Viste le memorie, depositate dalla Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. coop. in date 4 giugno 2024 e 8 giugno 2024;

Viste le memorie, depositate dalla Innova S.p.a. in date 4 giugno 2024 e 8 giugno 2024;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice, nella udienza pubblica del giorno 20 giugno 2024, il Cons. Giulia Ferrari e uditi per le parti gli avvocati presenti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determina n. 1503 del 27 dicembre 2021 il Comune di Terracina ha bandito la gara volta all'affidamento, con il sistema della offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di ristorazione scolastica a ridotto impatto ambientale nelle scuole dell'infanzia, primarie e secondarie site nel Comune di Terracina, anni scolastici dal 2022/2023 al 2026/2027. L'importo totale dell'appalto è stato quantificato in € 3.080.000,00.

Alla gara hanno partecipato tre operatori economici: la Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. coop. (d'ora in poi, Cooperativa), in raggruppamento, la Innova S.p.a. e la RI.CA. S.r.l..

Nella seduta di gara del 28 aprile 2022, il RUP ha rilevato la non conformità delle dichiarazioni contenute nella documentazione amministrativa delle concorrenti ed ha disposto il soccorso istruttorio; nel corso della seduta di gara del 10 maggio 2022 il RUP ha proceduto alla verifica della documentazione presentata in fase di soccorso istruttorio ed ha ammesso al prosieguo la Cooperativa e la Innova S.p.a., escludendo invece la RI.CA. S.r.l.

All'esito della procedura, con determinazione n. 1355 del 1° agosto 2022, la gara è stata aggiudicata alla Innova S.p.a. con un totale di 94,981 punti (di cui 74,981 per l'offerta tecnica e 20 per quella economica), mentre la Cooperativa si è collocata al secondo posto con un totale di 80,603 punti (di cui 73,897 per l'offerta tecnica e 6,706 per quella economica). Il contratto è stato sottoscritto in data 16 settembre 2022.

2. Con ricorso proposto dinanzi al Tar Latina la Cooperativa - in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del R.T.I. con la società Vivenda S.p.a. (mandante) - nonché la stessa società Vivenda S.p.a. (mandante) - in proprio e in qualità di mandante del R.T.I. con la Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. coop. (mandataria) - hanno impugnato l'aggiudicazione della gara sul rilievo che la Innova non avrebbe avuto un requisito di idoneità richiesto dal disciplinare, *id est* la "*disponibilità di una struttura da destinare a centro cottura*", possedendo tale struttura all'interno dell'Ospedale A. Fiorini di Terracina, in virtù di un contratto di ristorazione di cui è affidataria, però solo fino al 15 marzo 2026. Pertanto, successivamente a tale data, non avrebbe la disponibilità del centro di cottura come richiesto dal disciplinare. Illegittimamente, inoltre, l'offerta della aggiudicataria non è stata sottoposta alla verifica di non anomalia, pur avendo superato i 4/5 del punteggio massimo attribuibile.

3. Con sentenza 13 febbraio 2024, n. 118, il Tar Latina ha respinto il ricorso. Ha affermato che la Innova ha prodotto, prima della scadenza del termine previsto (almeno dieci giorni prima della stipula del contratto), conformemente a quanto disposto nel Disciplinare e nel Capitolato speciale d'appalto, la documentazione idonea a dimostrare la disponibilità di due centri di cottura, uno presso l'Ospedale di Terracina, mentre per un secondo centro cottura ha prodotto idoneo contratto di locazione, avente ad oggetto locale ad uso esclusivo di centro cottura, servizio *catering* e produzione di pasti veicolati nonché al servizio di ristorazione c.d. da asporto. Ha poi ricordato che per le gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dall'art. 1, comma 20, lett. u), d.l. n. 32 del 2019, pone l'obbligo della verifica a carico della

stazione appaltante solo quando il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a tre. Nel caso in esame, le offerte ammesse sono state solo due, pertanto, posta l'assenza di un obbligo di legge a procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta, trova applicazione l'art. 97, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, che contempla per la stazione appaltante una mera facoltà di potere, in ogni caso, *“valutare la congruità di ogni offerta che, in base a elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*.

4. Con appello notificato in data 15 marzo 2024 e depositato il successivo 26 marzo 2024, la Cooperativa - in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del R.T.I. con la società Vivenda S.p.a. (mandante) - nonché la stessa società Vivenda S.p.a. (mandante) - in proprio e in qualità di mandante del R.T.I. con la Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. coop. (mandataria) - hanno impugnato la citata sentenza del Tar Latina 13 febbraio 2024, n. 118, deducendone l'erroneità per non aver considerato che il centro cottura indicato da Innova fosse quello all'interno dell'Ospedale A. Fiorini di Terracina, di proprietà della ASL Latina, condotto in comodato dalla concorrente in quanto affidataria del contratto di ristorazione per i degenti della ASL Latina (e quindi anche per l'ospedale Fiorini); la Convenzione che la ASL Latina ha firmato con Innova ha durata 60 mesi e quindi scadrà il 15 marzo 2026, mentre l'appalto di cui è causa scadrà nel 2027. Parte appellante ha aggiunto che se il giudice territoriale avesse esaminato compiutamente tutti i singoli elementi emersi nel giudizio avrebbe di certo concluso nel senso dell'esistenza di elementi idonei a indurre la Stazione appaltante quanto meno ad avviare una verifica di anomalia.

5. Si è costituito in giudizio il Comune di Terracina, sostenendo l'infondatezza, nel merito, dell'appello.

6. Si è costituita in giudizio la Innova S.p.a., sostenendo l'infondatezza, nel merito, dell'appello.

7. Alla pubblica udienza del 20 giugno 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, la Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. coop. (d'ora in poi, Cooperativa) - in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del R.T.I. con la società Vivenda S.p.a. (mandante), nonché dalla stessa società Vivenda S.p.a. (mandante), in proprio e in qualità di mandante del R.T.I. con la Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. coop. (mandataria) - ha impugnato la determinazione n. 1355 del 1° agosto 2022, con la quale il Comune di Terracina ha aggiudicato la gara – bandita, ai sensi del d.lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica a ridotto impatto ambientale nelle scuole dell'infanzia, primarie e secondarie site nello stesso Comune, per gli anni scolastici dal 2022/2023 al 2026/2027 - alla Innova S.p.a. con un totale di 94,981 punti (di cui 74,981 per l'offerta tecnica e 20 per quella economica), mentre la Cooperativa si è collocata al secondo (e ultimo) posto con un totale di 80,603 punti (di cui 73,897 per l'offerta tecnica e 6,706 per quella economica). Il contratto è stato sottoscritto in data 16 settembre 2022.

Con il primo motivo la Cooperativa ha dedotto che la Innova avrebbe dovuto essere esclusa

dalla gara per carenza del requisito di idoneità richiesto dall'art. 6.1, lett. b), del Disciplinare di gara relativo alla disponibilità di un centro di cottura (avente le caratteristiche richieste) e per falsa dichiarazione, avendo affermato di essere in possesso di tale requisito. La Innova, infatti, ha dichiarato *“di avere la disponibilità per tutta la durata del contratto di una struttura da destinare a centro di cottura sita in Via Firenze, 1 - 04019 Terracina (LT), in possesso di tutte le autorizzazioni necessarie e ubicato ad una distanza della sede municipale del Comune di Terracina in modo da raggiungere in un tempo massimo di 30 minuti le sedi dei refettori scolastici calcolati secondo il percorso stradale più breve ricavata dal sito internet www.googlemaps.it”*. Tale centro cottura è però quello all'interno dell'Ospedale A. Fiorini di Terracina, di proprietà della ASL Latina, condotto in comodato dalla concorrente in quanto affidataria del contratto di ristorazione per i degenti della ASL Latina (e quindi anche per l'Ospedale Fiorini); la Convenzione che la ASL Latina ha firmato con Innova ha durata 60 mesi a decorrere dal 16 marzo 2021 e quindi scadrà il 15 marzo 2026, mentre l'appalto di cui è causa scade a giugno 2027, cioè alla fine dell'anno scolastico 2027. Solo in data 30 agosto 2022 la Innova ha stipulato un contratto di locazione, della durata di sei anni, per un manufatto da adibire a uso *“centro cottura”* una volta ricevute le relative autorizzazioni; lo stesso 30 agosto la Innova ha comunicato alla stazione appaltante di essere in possesso di un secondo centro cottura.

Il Tar ha respinto il motivo sul rilievo che il possesso del centro cottura costituisce requisito di esecuzione dell'appalto e non di partecipazione alla gara.

Il motivo è infondato.

Vale premettere, in punto di fatto, che il punto 6.1 del Disciplinare di gara precisa, relativamente al possesso del requisito di idoneità del *“disponibilità di una struttura da destinare al Centro cottura in possesso di tutte le autorizzazioni necessarie e ubicato a distanza dalla sede municipale del Comune di Terracina in modo da raggiungere in un tempo massimo di 30 minuti le sedi dei refettori scolastici da calcolare secondo il percorso stradale più breve ricavata dal sito internet www.googlemaps.it”* stabilisce che *“per la comprova del requisito è richiesto, a pena di revoca dell'aggiudicazione, almeno 10 giorni prima della stipula del contratti ovvero del servizio (in caso di consegna anticipata) la copia del titolo giuridico relativo alla disponibilità del centro di cottura con i requisiti succitati (titolo giuridico che potrà derivare, a titolo meramente esemplificativo, da locazione, proprietà e comodato) e copia delle autorizzazioni previste dalla normativa vigente”*.

Ciò chiarito in punto di fatto, in diritto vale richiamare i principi che regolano la distinzione tra *“requisiti di partecipazione alla gara”* e *“requisiti per l'esecuzione del contratto”* nonché la disciplina che regola la gara di cui è causa.

La distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione fa capo alla previsione di cui all'art. 100, d.lgs. n. 50 del 2016 che – nel dare recepimento alla normativa eurocomune e, segnatamente, alla previsione di cui all'art. 70 della direttiva 2014/24 e all'art. 87 della direttiva 2014/25 – facoltizza le stazioni appaltanti a richiedere agli operatori concorrenti, in aggiunta al possesso dei *“requisiti”* e delle *“capacità”* oggetto di valutazione selettiva di cui all'art. 83, ulteriori *“requisiti particolari”* (Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2023, n. 9255; id., sez.

V, 25 marzo 2021, n. 2523).

La giurisprudenza colloca tra i requisiti di esecuzione gli elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio così distinguendoli dai primi, che sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità (ex art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016) e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione (ex art. 83, d.lgs. n. 50 del 2016). Non essendo in discussione che il possesso dei requisiti di partecipazione sia richiesto al concorrente sin dal momento della presentazione dell'offerta, merita evidenziare che i requisiti di esecuzione sono, di regola, condizioni per la stipulazione del contratto di appalto (Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2020, n. 5734; id. 30 settembre 2020, n. 5740; id. 12 febbraio 2020, n. 1071), pur potendo essere considerati nella *lex specialis* come elementi dell'offerta, a volte essenziali (Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2019, n. 2190), più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale (Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5309; id. 25 marzo 2020, n. 2090).

Sul punto è intervenuta la Corte di giustizia UE (sez. I, 8 luglio 2021, n. 428) che ha chiarito come l'attrazione di una specifica capacità prestazionale nell'alveo dei requisiti di partecipazione, sebbene inerente *stricto sensu* alle concrete modalità di svolgimento della futura attività contrattuale, dunque dell'offerta, ben può essere giustificata dal rafforzamento dell'esigenza per la stazione appaltante di assicurarsi, a monte, che coloro che partecipano alla gara dimostrino di poter essere nelle condizioni di svolgere determinate prestazioni richiedenti caratteristiche operative peculiari. Tale esigenza è tuttavia controbilanciata dal principio secondo cui il fatto di obbligare gli offerenti a soddisfare tutte le condizioni di esecuzione dell'appalto sin dalla presentazione della loro offerta costituisce un requisito eccessivo che, di conseguenza, rischia di dissuadere tali operatori dal partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti e, in tal modo, viola i principi di proporzionalità e di trasparenza.

Rileva il Collegio che la regolazione dei requisiti di esecuzione va rinvenuta nella *lex specialis*, con la conseguenza che, se richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente, l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario (Cons. Stato, sez. V, 7 marzo 2022, n.1617).

Sebbene si tratti di distinzione in sé non del tutto perspicua (perché non ancorata a parametri oggettivi) e fonte di potenziali incertezze, la giurisprudenza si è dimostrata, nondimeno, propensa a valorizzarla in una più comprensiva prospettiva proconcorrenziale, legittimando (talora perfino in termini di riqualificazione delle condizioni di gara) la prospettiva disponibilità *in executivis* di requisiti di troppo onerosa (e, come tale, sproporzionata ed eccessivamente restrittiva) acquisizione preventiva (Cons. Stato, sez. V, 16 agosto 2022, n. 7137; id. 17 dicembre 2020, n. 8101; id., sez. V, 9 febbraio 2021, n. 1214).

Va ancora ricordato che, secondo un principio giurisprudenziale posto a salvaguardia

dell'attendibilità delle offerte e della serietà della competizione, nonché dell'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, in caso di incertezza interpretativa va preferita una interpretazione delle clausole del bando nel senso che i mezzi e le dotazioni funzionali all'esecuzione del contratto, soprattutto quando valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica, devono essere individuati già al momento della presentazione dell'offerta, con un impegno del concorrente ad acquisirne la disponibilità, a carattere vincolante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090; id. 23 agosto 2019, n. 5806; id. 29 luglio 2019, n. 5308) ovvero compiutamente modulato dalla stazione appaltante quanto alla serietà ed alla modalità della sua assunzione o alle condizioni e ai termini di adempimento dell'obbligazione futura (Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2022, n. 722; id. 18 dicembre 2020, n. 8159).

Calando detti principi alla fattispecie oggetto di causa, come si è detto il Disciplinare di gara (punto 6.1) ha espressamente chiarito che la dimostrazione del possesso del requisito deve essere resa almeno 10 giorni prima la stipula del contratto che, nella specie, è stato sottoscritto in data 16 settembre 2022. Nessun dubbio, quindi, che il possesso del "centro cottura" costituisca requisito di esecuzione. La conferma è nel punto 15 del Capitolato, che espressamente qualifica come "requisito di esecuzione" la "piena ed esclusiva disponibilità, dalla data di avvio del servizio e per tutta la durata dell'appalto, di un centro cottura".

È ben vero che il punto 6 del Disciplinare disponeva che "i concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei requisiti previsti nei commi seguenti", tra i quali è annoverato il "centro cottura" atteso che la Rubrica di tale punto reca "Requisiti speciali e mezzi di prova", con la conseguenza che la previsione della sanzione della esclusione non può che riferirsi ai soli requisiti speciali. La riprova è nel successivo punto 13 dello stesso Disciplinare che, nell'elenco dei documenti che l'operatore economico deve inserire sulla Piattaforma nella sezione documentazione amministrativa, non include i requisiti di esecuzione ma la dichiarazione integrativa riguardante la dichiarazione del possesso del requisito di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale di cui agli artt. 6.2 e 6.3 dello stesso Disciplinare.

Tutto ciò chiarito, occorre verificare se nella specie Innova possedesse il requisito di esecuzione.

Come si è detto, Innova ha partecipato alla gara dichiarando, per il centro cottura, "di avere la disponibilità per tutta la durata del contratto di una struttura da destinare a centro di cottura sita in Via Firenze, 1 - 04019 Terracina (LT)", all'interno dell'Ospedale A. Fiorini di Terracina, di proprietà della ASL Latina, condotto in comodato dalla concorrente in quanto affidataria – sino al 15 marzo 2026 - del contratto di ristorazione per i degenti della ASL Latina (e quindi anche per l'Ospedale Fiorini); in data 30 agosto 2022 la Innova ha comunicato di aver stipulato, in pari data, un contratto di locazione, della durata di sei anni, per un manufatto da adibire a uso "centro cottura" una volta ricevute le relative autorizzazioni.

E' evidente, dunque, che dieci giorni prima della stipula del contratto (avvenuto, come si è detto, il 16 settembre 2022) la Innova avesse già indicato il possesso del requisito di esecuzione.

2. Consapevole della portata del Disciplinare di gara, parte appellante si sofferma sulla dichiarazione resa in sede di gara, con la quale la Innova affermava “*di avere la disponibilità per tutta la durata del contratto di una struttura da destinare a centro di cottura sita in Via Firenze, 1 - 04019 Terracina (LT)*”, per dedurre la falsità, con conseguente obbligo della stazione appaltante di escludere il concorrente dalla gara.

Rileva il Collegio che seppure la circostanza di essere in possesso, già nella fase della gara e, dunque, prima della aggiudicazione, del centro cottura per intero arco dell'appalto non era veritiera, atteso che lo stesso si sarebbe avuto solo il 30 agosto 2022, allorché la Innova ha stipulato (e comunicato alla stazione appaltante) un contratto di locazione, della durata di sei anni, di un immobile da adibire a centro cottura, è altresì vero che si tratta di un “falso innocuo” posto che le dichiarazioni non veritiere non avevano assunto un ruolo determinante ai fini dell’aggiudicazione del servizio.

Va inoltre precisato che si ha falso innocuo od inutile (e, quindi, una concreta manifestazione di un “*reato impossibile*” per inesistenza dell’oggetto od inidoneità dell’azione ex art. 49, comma 2, cod. pen.) quando – secondo un giudizio da svolgersi *ex ante* – non v’era alcuna possibilità di offendere l’interesse protetto (Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2019, n. 1527); nel caso all’esame del Collegio nulla consente obiettivamente di affermare che l’aver reso la prima dichiarazione in ordine al possesso, per tutta la durata del contratto, del centro cottura a Terracina, in via Firenze, 1 presso l’Ospedale A. Fiorini di Terracina, di proprietà della ASL Latina ha inciso sulla conclusione del contratto, in relazione alla quale ha rilevato solo la tempestiva dichiarazione resa il 30 agosto 2022.

Ciò anche alla stregua della disciplina speciale applicabile alle procedure di affidamento, da interpretare alla stregua del canone di tassatività delle fattispecie di esclusione dalle stesse, e in particolare dell’articolo 80, comma 5, lettera *f-bis*), del d.lgs. n. 50/2016, il quale, nel sanzionare con l’esclusione la presentazione da parte dell’operatore di “*documentazione o dichiarazioni non veritiere*”, presuppone pur sempre che si tratti di documentazione rilevante ai fini delle determinazioni della stazione appaltante ovvero di dichiarazioni relative a circostanze o requisiti che formano oggetto di obblighi dichiarativi a carico del concorrente.

3. È invece fondato il secondo motivo nella parte in cui si deduce la mancata verifica della anomalia della offerta relativamente al rispetto dei minimi salariali nei costi della manodopera.

Il giudice di primo grado ha respinto il motivo sul presupposto che il costo orario previsto da Innova fosse di € 21,16 per il livello 4 e di € 19,93 per il livello 5 e dunque superiore rispetto al costo minimo di cui alle citate tabelle pari, rispettivamente, ad € 20,19 e 18,98 e che, comunque, il ricorrente ha previsto un costo inferiore; non ha dunque preso in considerazione la mancata valutazione del rispetto dei minimi salariali ex art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, che è valutazione diversa dal costo orario medio (che, come noto, comprende anche i costi a carico dell’azienda quali Inps, Inail ecc...).

La censura dedotta con il secondo motivo è fondata.

L’art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 al secondo alinea chiarisce che “Le stazioni

appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'art. 97, comma 5, lettera d)"; l'art. 97, comma 5, precisa che *"La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto:"*; alla lett. d) continua *"d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16"*.

Di tale verifica – che secondo una ormai consolidata giurisprudenza assume carattere obbligatorio (Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2024, n. 4373) – non vi è traccia nella documentazione versata in atti.

Non è infatti asseondabile la tesi, prospettata da Innova nei propri scritti difensivi, secondo cui la verifica in ordine al rispetto dei costi della manodopera con riferimento ai valori delle tabelle ministeriali è stata effettuata, con esito positivo, dalla stazione appaltante prima dell'aggiudicazione definitiva, come confermato da quanto rilevato nella nota del Comune del 21 settembre 2022. Tale nota – che peraltro non ha valore provvedimento limitandosi a riscontrare una richiesta di autotutela presentata dalla Cooperativa – richiamando l'art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50 del 2016, si limita ad affermare che la valutazione di anomalia è stata effettuata, ma – come si è detto – della stessa non si ritrova traccia nei verbali depositati agli atti di causa.

4. La fondatezza della citata censura del secondo motivo ha carattere assorbente ed esonera il Collegio dall'esame delle ulteriori censure anch'esse dedotte con il secondo motivo, comportando l'annullamento dell'aggiudicazione e l'onere della stazione appaltante di verificare l'anomalia dell'offerta ex artt. 95, comma 10, seconda alinea e 97, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016.

L'accoglimento nei predetti sensi comporta altresì che è allo stato da respingere la domanda di risarcimento danni, potendosi la verifica della non anomalia della offerta concludersi con la conferma dell'aggiudicazione alla Innova.

5. L'appello deve dunque essere accolto nei sensi e nei limiti indicati *sub 4* e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tar Latina 13 febbraio 2024, n. 118, va accolto il ricorso proposto in primo grado.

La particolarità della vicenda contenziosa giustifica la compensazione delle spese e degli onorari del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte nei sensi e limiti di cui in motivazione e lo respinge per il resto; per l'effetto, in parziale riforma della sentenza del Tar

Latina 13 febbraio 2024, n. 118, che conferma per il resto, accoglie in parte il ricorso proposto in primo grado, nei sensi e con gli effetti di cui in motivazione.

Compensa tra le parti in causa le spese e gli onorari del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Raffaello Scarpato, Consigliere

Guida alla lettura

La pronuncia in commento prende le mosse dall'affidamento del servizio di ristorazione scolastica disposto, in costanza del d.lgs. n. 50/2016, da un Comune all'operatore che aveva presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa e che, in essa, aveva indicato un determinato sito da destinare a centro di cottura per tutta la durata dell'appalto; laddove il disciplinare di gara prevedeva che prima di 10 giorni dalla sottoscrizione del contratto l'operatore dovesse comprovare l'effettiva disponibilità di un sito idoneo, pena la revoca dell'aggiudicazione.

Accadeva - poi - che l'aggiudicatario, a fronte dell'inidoneità del sito indicato in gara, prima della stipula del contratto e nel termine fissato dalla *lex specialis*, provvedeva ad indicarne un altro (in aggiunta al precedente), questo sì idoneo allo svolgimento del servizio.

Avverso la disposta aggiudicazione (e la stipula del contratto) è insorto, quindi, il secondo graduato, chiedendo che venisse giudizialmente disposta l'esclusione dell'aggiudicatario per difetto del requisito di idoneità e a fronte della falsa dichiarazione da questi resa (atteso che il sito che in gara era stato dichiarato come idoneo e in possesso di tutti i crismi richiesti dalla stazione appaltante si era, poi, rivelato inadatto, perché non nella disponibilità dell'operatore per tutta quanta la durata dell'appalto).

Ebbene, all'esito di tale contenzioso, la sentenza d'appello ha, anzitutto, appurato che quello di specie (possessione del centro cottura da comprovare prima della stipula del contratto) sia un requisito di esecuzione (e non di partecipazione), come reso evidente, nel caso specifico, da

una serie di fattori: dal fatto che esso dovesse essere dimostrato (solamente) entro un lasso di tempo antecedente alla sottoscrizione del contratto; dall'espressa qualificazione, contenuta in un punto del disciplinare, quale "*requisito di esecuzione*"; dalla circostanza che il disciplinare, in altro punto, comminasse la sanzione espulsiva solamente con riguardo al difetto dei "*requisiti speciali*" (e non, appunto, "*di esecuzione*"); da ultimo, dal fatto che l'articolo del disciplinare sulla documentazione amministrativa richiedeva un'apposita dichiarazione integrativa sui soli requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale (e non anche rispetto a quelli "*di esecuzione*").

Dunque, nel riconoscere tale natura al requisito in esame, il Collegio adito ha avuto modo di ripercorre alcuni importanti principi in tema e di disciplina (e di discriminare) tra requisiti di partecipazione e di esecuzione (che, per comodità, si riportano qui in rassegna):

- La **distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione** fa capo alla previsione di cui all'**art. 100 del d.lgs. n. 50 del 2016** (oggi **art. 113 del d.lgs. n. 36/2023**) che – nel dare recepimento alla normativa euro-comune e, segnatamente, alla previsione di cui all'art. 70 della direttiva 2014/24 e all'art. 87 della direttiva 2014/25 – facoltizza le stazioni appaltanti a richiedere agli operatori concorrenti, in aggiunta al possesso dei "*requisiti*" e delle "*capacità*" oggetto di valutazione selettiva di cui all'art. 83, ulteriori "*requisiti particolari*" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2023, n. 9255; Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2021, n. 2523).
- La giurisprudenza colloca **tra i requisiti di esecuzione gli elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio**, così distinguendoli da **quelli di partecipazione**, che sono invece **necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità** (ex art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016: oggi, **artt. 94-98 del d.lgs. n. 36/2023**) e **requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione** (ex art. 83, d.lgs. n. 50 del 2016: oggi, **art. 100 del d.lgs. n. 36/2023**); non essendo in discussione che il possesso dei requisiti di partecipazione sia richiesto al concorrente sin dal momento della presentazione dell'offerta, i requisiti di esecuzione sono, di regola, **condizioni per la stipulazione del contratto di appalto** (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2020, n. 5734; *Id.* 30 settembre 2020, n. 5740; *Id.* 12 febbraio 2020, n. 1071), pur potendo essere considerati nella *lex specialis* come **elementi dell'offerta, a volte essenziali** (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2019, n. 2190), **più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale** (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 luglio 2019, n. 5309; *id.* 25 marzo 2020, n. 2090).
- Sul punto, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sez. I, 8 luglio 2021, n. 428) ha anche chiarito come l'attrazione di una specifica capacità prestazionale nell'alveo dei requisiti di partecipazione, sebbene inerente *stricto sensu* alle concrete modalità di svolgimento della futura attività contrattuale – dunque dell'offerta –, ben può essere giustificata dal rafforzamento dell'esigenza per la stazione appaltante di assicurarsi, a monte, che coloro che partecipano alla gara dimostrino di poter essere nelle condizioni di svolgere determinate prestazioni richiedenti caratteristiche operative peculiari. Tale esigenza è, tuttavia, controbilanciata dal principio secondo cui il fatto di obbligare gli offerenti a soddisfare tutte le condizioni di esecuzione dell'appalto sin dalla presentazione della loro offerta costituisce un requisito eccessivo che, di conseguenza, rischia di dissuadere gli operatori dal partecipare alle procedure di aggiudicazione degli

appalti e, in tal modo, viola i principi di proporzionalità e di trasparenza.

- Dunque, **la regolazione dei requisiti di esecuzione va rinvenuta nella *lex specialis*, con la conseguenza che, se richiesti come elementi essenziali dell’offerta o per l’attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente, l’esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, invece, la loro mancanza rileva al momento dell’aggiudicazione** (o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica) **e comporta la decadenza dall’aggiudicazione, per l’impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all’aggiudicatario** (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 marzo 2022, n. 1617).
- Sebbene quella tra requisiti di partecipazione e di esecuzione sia una distinzione in sé non del tutto perspicua (perché non ancorata a parametri oggettivi) e fonte di potenziali incertezze, la giurisprudenza si è dimostrata propensa a valorizzarla in una più comprensiva prospettiva proconcorrenziale, legittimando (talora perfino in termini di riquilibratura delle condizioni di gara) la prospettiva disponibilità *in executivis* di requisiti di troppo onerosa (e, come tale, sproporzionata ed eccessivamente restrittiva) acquisizione preventiva (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 agosto 2022, n. 7137; *Id.* 17 dicembre 2020, n. 8101; *Id.*, Sez. V, 9 febbraio 2021, n. 1214).
- In caso di **incertezza interpretativa va preferita** – secondo un principio giurisprudenziale posto a salvaguardia dell’attendibilità delle offerte e della serietà della competizione, nonché dell’efficienza ed economicità dell’azione amministrativa – **una interpretazione delle clausole del bando nel senso che i mezzi e le dotazioni funzionali all’esecuzione del contratto, soprattutto quando valutabili ai fini dell’attribuzione del punteggio per l’offerta tecnica, devono essere individuati già al momento della presentazione dell’offerta, con un impegno del concorrente ad acquisirne la disponibilità, a carattere vincolante** (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090; *Id.* 23 agosto 2019, n. 5806; *Id.* 29 luglio 2019, n. 5308) ovvero **compiutamente modulato dalla stazione appaltante quanto alla serietà ed alla modalità della sua assunzione o alle condizioni e ai termini di adempimento dell’obbligazione futura** (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2022, n. 722; *Id.* 18 dicembre 2020, n. 8159).

Appurata, dunque, la natura di requisito d’esecuzione del possesso del centro cottura nella gara di specie, i Giudici di Palazzo Spada si sono poi soffermati sulla rilevanza del falso dell’aggiudicatario, atteso che lo stesso aveva dichiarato in gara che il centro di cottura (allora) indicato aveva tutti i requisiti (d’esecuzione) richiesti dal disciplinare, circostanza poi successivamente smentita (tant’è che lo stesso operatore – entro il lasso di tempo previsto dalla *lex specialis* – aveva indicato un altro sito, questo sì idoneo, in aggiunta al precedente).

Ebbene, sotto tale profilo il Collegio ha ritenuto che si tratti di un “falso innocuo”, posto che le dichiarazioni, seppur non veritiere, non avevano comunque assunto alcun ruolo determinante ai fini dell’aggiudicazione del servizio.

Difatti, precisato che “*si ha falso innocuo od inutile (e, quindi, una concreta manifestazione di un “reato impossibile” per inesistenza dell’oggetto od inidoneità dell’azione ex art. 49, comma*

2, cod. pen.) quando – secondo un giudizio da svolgersi ex ante – non v’era alcuna possibilità di offendere l’interesse protetto (Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2019, n. 1527)”, il Collegio ha ritenuto che nella specie la dichiarazione in gara non ha di fatto inciso sulla conclusione del contratto, rispetto alla quale ha rilevato solo la nuova dichiarazione sul diverso – e idoneo – nuovo sito di cottura.

E ciò, anche “alla stregua del canone di tassatività delle fattispecie di esclusione [...] e in particolare dell’articolo 80, comma 5, lettera f-bis), del d.lgs. n. 50/2016, il quale, nel sanzionare con l’esclusione la presentazione da parte dell’operatore di “documentazione o dichiarazioni non veritiere”, presuppone pur sempre che si tratti di documentazione rilevante ai fini delle determinazioni della stazione appaltante ovvero di dichiarazioni relative a circostanze o requisiti che formano oggetto di obblighi dichiarativi a carico del concorrente”.

Da ultimo, poi, il Consiglio di Stato ha ritenuto fondato il secondo motivo di gravame, dal momento che la stazione appaltante non aveva verificato l’anomalia dell’offerta relativamente al rispetto dei minimi salariali nei costi della manodopera, verifica imposta obbligatoriamente dal previgente art. 95, co. 10, del d.lgs. n. 50/2016 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 maggio 2024, n. 4373) e si era limitata, invece, a giudicare solo sulla (diversa) congruità del costo orario medio indicato dall’aggiudicatario.