

Sul potere/dovere della stazione appaltante di anticipare le verifiche proprie della fase esecutiva ad un momento antecedente l'avvio dell'appalto pubblico.

di Giuseppe Misserini

Data di pubblicazione: 27-1-2025

I requisiti strutturali necessari e indefettibili delle prestazioni o del bene previsti dalla lex specialis di gara rilevano in termini di requisiti di partecipazione e, come tali, devono sussistere ininterrottamente dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara sino alla fase dell'esecuzione del contratto, senza possibilità di comprova nella fase successiva all'aggiudicazione, pena – in tal caso – la violazione della par condicio creditorum. Pertanto, i poteri di verifica della stazione appaltante sui requisiti di gara –pur se relativi alla fase di esecuzione del contratto – ben possono essere esercitati prima della fase di esecuzione del contratto.

Publicato il 27/11/2024

N. 09539/2024REG.PROV.COLL.

N. 04677/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 4677 del 2024, proposto da Fron s.r.l, Longagnani Cav. Antonio s.r.l, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Michele Pannia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Interno, Ufficio Territoriale del Governo Modena, Agenzia del Demanio Emilia Romagna Bologna, Ministero dell'Interno Dipartimento Vigili del Fuoco del Soccorso Pubblico e Difesa Civile, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Righetti Danilo s.r.l., Casarini Service di Casarini Diego, Soccorso Stradale Ferrari di Maria Teresa Pizzin S.a.s., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Luca Ceccaroli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna n. 323/2024.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di: Ministero dell'Interno, Ufficio Territoriale del Governo Modena, Agenzia del Demanio Emilia Romagna Bologna, Righetti Danilo s.r.l., Casarini Service di Casarini Diego, Soccorso Stradale Ferrari di Maria Teresa Pizzin s.a.s; Ministero dell'Interno -Dipartimento Vigili del Fuoco del Soccorso Pubblico e Difesa Civile;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2024 il Cons. Roberto Michele Palmieri. Si dà atto che gli avvocati Michele Pannia e Luca Ceccaroli hanno depositato domanda di passaggio in decisione senza discussione.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Gli odierni appellanti – che hanno partecipato alla gara di appalto per l'affidamento del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'articolo 214 bis d. lgs. n. 285/1992, eseguiti nell'ambito territoriale della Provincia di Modena – hanno impugnato innanzi al TAR Emilia Romagna il provvedimento di esclusione dalla gara, contestando altresì la mancata esclusione dalla gara del RTI controinteressato.

Hanno chiesto pertanto l'annullamento degli atti impugnati, con vittoria delle spese di lite.

Costituitisi in giudizio, il Ministero dell'Interno, l'Agenzia del Demanio e il RTI controinteressato hanno chiesto il rigetto del ricorso, con vittoria delle spese di lite.

Con sentenza n. 323/24 il TAR Emilia Romagna ha così disposto:

“a) dichiara in parte dichiara inammissibile il ricorso principale e in parte lo respinge, come specificato in motivazione;

b) dichiara in parte improcedibili e in parte inammissibili il primo e il secondo ricorso per motivi aggiunti, come parimenti specificato in motivazione;

c) condanna la società Fron S.r.l. e la società Longagnani Cav. Antonio S.r.l., in solido tra loro, a rimborsare le spese di giudizio alla parte resistente e alla parte controinteressata, che liquida, per ciascuna parte, in complessivi €uro 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad accessori di legge se dovuti”.

1.2. Avverso tale statuizione giudiziale gli appellanti, nella qualità in atti, hanno interposto appello, affidato ai seguenti motivi di gravame, appresso sintetizzati: violazione degli artt. 83 e 89 d. lgs. n. 50/16, nonché dell’art. 3 l. n. 241/90; violazione del d.P.R. n. 151/11 e del d.m. 7.8.2012; eccesso di potere.

Hanno chiesto pertanto, in riforma dell’impugnata sentenza, l’annullamento degli atti impugnati in primo grado. Il tutto con vittoria delle spese di lite.

Costituitesi in giudizio, il RTI e le Amministrazioni appellate hanno chiesto il rigetto dell’appello, con vittoria delle spese di lite.

All’udienza pubblica del 14.11.2024 l’appello è stato trattenuto in decisione.

2. Con il primo gruppo di censure, l’appellante si duole dell’anticipazione, in sede di procedura di gara, di un requisito – il rispetto della normativa antincendio da parte della società Longagnini Cav. Antonio s.r.l, ausiliaria della Fron s.r.l. – rilevante unicamente in sede di esecuzione del contratto.

In secondo luogo, l’appellante lamenta l’illegittima istituzione di una Commissione deputata proprio alla verifica di tale requisito, che a suo avviso sarebbe funzionalmente incompetente, spettando tale verifica alla Commissione giudicatrice o al RUP, e non ad un organo speciale appositamente nominato.

Le censure sono entrambe infondate.

3. Questa Sezione ha già chiarito – con motivazione alla quale il Collegio intende dare continuità – che: *“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, e 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, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell’accordo necessario per la stipula del contratto e quindi l’incertezza assoluta o l’indeterminatezza del suo contenuto (III, 19*

agosto 2020, n. 5144; V, 25 luglio 2019, n. 5260; 13 febbraio 2019, n. 1030; III, 26 febbraio 2019, n. 1333; 26 aprile 2017, n. 1926) (C.d.S, V, 1.12.2022, n. 10577).

In ogni caso, l'opzione secondo cui i poteri di verifica della stazione appaltante su requisiti di gara –pur se relativi alla fase di esecuzione del contratto – andrebbero esercitati solo nella fase successiva all'aggiudicazione “... sarebbe del tutto illogica, oltre che contrastare con il principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.: una cosa è, infatti, la tendenziale concentrazione della verifica dei requisiti in capo al solo aggiudicatario allo scopo di implementare la snellezza della procedura pubblica salvaguardando al contempo i poteri di controllo della stazione appaltante, cui sono funzionali i commi 1 e 5 dell'art. 85; altra cosa sarebbe l'obbligo della stazione appaltante di valutare il merito anche di offerte palesemente irrivalenti nelle more della verifica delle dichiarazioni successiva all'aggiudicazione, comportante una serie di attività amministrative che non troverebbero alcuna ragion d'essere in quanto insuscettibili di condurre a una aggiudicazione legittima ed efficace, a detrimento non solo dell'interesse pubblico ma anche dell'interesse degli altri offerenti” (C.d.S, V, sent. n. 10577/22 cit.).

4. Per tali ragioni, risponde ad esigenze di buona amministrazione l'aver anticipato alla fase della scelta del contraente verifiche relative all'idoneità del luogo messo a disposizione dall'appellante per la custodia dei veicoli in esame, sicché l'operato della stazione appaltante deve ritenersi immune dalle lamentate censure.

5. Alla stessa stregua, risulta in atti (cfr. verbale del 23.8.2023) che la verifica in esame è stata condotta dal RUP, vale a dire dall'organo funzionalmente competente, il quale si è a tal fine avvalso di un gruppo di supporto tecnico, ai sensi dell'art. 31 co. 7 d. lgs. n. 50/16. Il tutto senza trascurare che la verifica anticipata del possesso dei requisiti in esame è stata effettuata anche nei confronti dell'ulteriore impresa partecipante alla gara (il costituendo RTI con capogruppo la società Righetti Danilo s.r.l.), sicché va esclusa la lamentata disparità di trattamento tra i vari soggetti partecipanti alla gara.

Ne consegue che anche sotto tale profilo la dedotta censura non coglie nel segno.

6. Per tali ragioni, il primo gruppo di censure è infondato, e va dunque disatteso.

7. Con il secondo motivo di appello, l'appellante lamenta l'illegittimità della pronuncia appellata, per avere essa erroneamente convalidato l'assunto dell'Amministrazione, secondo cui essa non avrebbe messo a disposizione un locale in regola con la prescritta normativa antincendio.

L'assunto è infondato.

8. Il disciplinare di gara prevedeva quale requisito di idoneità professionale l'essere in regola con la vigente normativa antincendio.

Prevedeva altresì quali requisiti di capacità tecnica e professionale:

- la disponibilità di un'area adibita a depositaria con una superficie utile non inferiore a mq. 500, non parcellizzabile, e idonea al parcheggio di almeno n. 50 autoveicoli, opportunamente recintata con un'altezza non inferiore a mt. 2,50, illuminata da un'altezza non inferiore a mt. 5,

- la disponibilità, all'interno della suddetta area, di una superficie non inferiore a mq 20 idonea e appositamente riservata al parcheggio di almeno 2 autoveicoli incidentati, dotata – se al chiuso - di una pavimentazione impermeabilizzata e di un pozzetto di raccolta degli eventuali sversamenti, con relativo svuotamento periodico e smaltimento nelle forme previste dalla legislazione di settore, mentre - se all'aperto - di una pavimentazione impermeabilizzata, munita di un sistema di raccolta delle acque meteoriche con relativo trattamento secondo la normativa di settore.

9. Orbene, trattandosi di requisiti strutturali necessari e indefettibili, essi rilevano in termini di requisiti di partecipazione, e come tali devono sussistere ininterrottamente dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara sino alla fase dell'esecuzione del contratto, senza possibilità di comprova nella fase successiva all'aggiudicazione, pena – in tal caso – la violazione della *par condicio creditorum*.

10. Tanto premesso, emerge dalla documentazione in atti che l'impresa Longagnani Cav. Antonio s.r.l, ausiliaria della concorrente Fron s.r.l, non era in possesso del requisito di idoneità professionale, in quanto l'area destinata a depositaria messa a disposizione dall'ausiliaria alla concorrente, sulla base della documentazione presentata dalla stessa interessata, risultava autorizzata ai fini della disciplina antincendio (d.P.R. n. 151/11) a ospitare al massimo 22 veicoli e non 50, come richiesto invece dalla *lex specialis*.

11. Tale aspetto costituisce oggetto di censura da parte dell'appellante, la quale sostiene la non applicabilità – *in parte qua* – della richiamata normativa antincendio, essendo quest'ultima prevista unicamente in presenza di attività di autorimessa, e non anche di depositaria di veicoli, tenuto conto che il titolo della detenzione non è un contratto (di comodato, di locazione, ecc.), ma un provvedimento dell'autorità giudiziaria (fermo, confisca, ecc.).

La censura è infondata, in quanto ciò che rileva ai fini del rispetto della normativa antincendio è che all'interno del locale messo a disposizione dall'appellante vi stazionino degli autoveicoli, non importa in virtù di quale titolo giuridico. Ciò che del resto è di intuitiva evidenza, sol che si consideri che il rischio che la normativa antincendio mira a prevenire sussiste indipendentemente dal fatto che i veicoli vengano lasciati in sosta volontariamente dai proprietari, ovvero per effetto di provvedimenti coattivi di fermo da parte dell'autorità giudiziaria.

E poiché nell'area richiesta pacificamente stazionano autovetture, occorre senz'altro il rispetto della normativa antincendio, che per l'area di proprietà dell'ausiliaria era limitato a 22 veicoli, in luogo dei 50 richiesti.

Ne consegue che del tutto correttamente l'appellante è stata esclusa dalla gara, avendo offerto – per il tramite della propria ausiliaria – un locale che, ai fini dell'applicazione della

normativa antincendio, non era idoneo al ricovero e/o stazionamento di n. 50 autoveicoli.

12. Per tali ragioni, il relativo motivo di gravame è infondato, e va dunque disatteso.

13. Con l'ultimo gruppo di censure, l'appellante censura l'asserita disparità di trattamento tra operatori, avendo la stazione appaltante applicato un metro di valutazione diverso nei confronti dell'ulteriore operatore economico (il RTI con capogruppo Righetti Danilo s.r.l.) partecipante alla gara.

Il motivo è infondato, e va dunque disatteso, dovendosi condividere il percorso argomentativo posto a base della decisione del giudice di prime cure, il quale ha correttamente osservato che – essendo la dedotta censura rilevante unicamente ai fini dell'interesse strumentale dell'appellante alla riedizione della gara – l'attualità dell'interesse sorge unicamente a seguito dell'aggiudicazione della gara, e non anche prima di essa.

E poiché costituisce circostanza pacifica il fatto che – al momento del passaggio della causa in decisione innanzi al TAR bolognese – l'appalto in esame non era stato ancora aggiudicato, del tutto correttamente la relativa censura è stata dichiarata inammissibile per carenza di interesse da parte dell'odierna appellante, non essendo detto atto immediatamente lesivo della sua sfera giuridica, avuto riguardo alla finalità cui tale impugnativa mirava, vale a dire (non più all'aggiudicazione del contratto, ma) alla riedizione della gara.

14. Alla luce di tali considerazioni, l'appello è infondato.

Ne consegue il suo rigetto.

15. Sussistono giusti motivi, legati alla natura delle questioni esaminate, per la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2024, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Roberto Michele Palmieri, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Con la decisione qui annotata, il Consiglio di Stato conferma che il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui **i requisiti di partecipazione devono sussistere sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara sino alla fase dell'esecuzione del contratto**, senza possibilità di comprova nella fase successiva all'aggiudicazione, trova applicazione **anche nel caso di requisiti di gara attinenti alla fase di esecuzione dell'appalto**.

Questa la fattispecie concreta su cui è stato chiamato a pronunciarsi il Giudice amministrativo.

Viene indetta una procedura aperta per l'aggiudicazione del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'articolo 214bis d.lgs. n. 285/1992.

Alla gara partecipano due soli concorrenti, uno dei quali dichiara di avvalersi di sei operatori del settore in vista della dimostrazione dei requisiti di partecipazione richiesti dalla *lex specialis*.

Il disciplinare di gara, infatti, prevede:

- quale requisito di idoneità professionale, l'essere in regola con la vigente normativa antincendio;
- quali requisiti di capacità tecnica e professionale, fra gli altri, la disponibilità di un'area adibita a depositaria con una superficie utile non inferiore a mq. 500, non parcellizzabile, e idonea al parcheggio di almeno n. 50 autoveicoli.

A conclusione della fase di valutazione delle offerte, risulta migliore quella presentata dal concorrente che era ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Tuttavia, a seguito di un controllo effettuato prima della stipula del contratto, l'Amministrazione aggiudicatrice accerta come una delle imprese ausiliarie di cui si è avvalso l'aggiudicatario sia priva di uno dei requisiti di partecipazione, avendo messo a disposizione dell'ausiliata un'area da adibire a depositaria priva del necessario certificato antincendio.

In considerazione della mancata sostituzione, nel termine a tal fine assegnato, dell'impresa ausiliaria orfana del requisito di partecipazione, la stazione appaltante esclude il miglior offerente dal confronto concorrenziale ed aggiudica la commessa al concorrente classificatosi al secondo posto.

Tale esclusione viene impugnata innanzi al Giudice amministrativo. Tra i vizi a cui viene affidata la spiegata impugnazione viene eccepita la violazione dell'articolo 89 d.lgs. n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis* al caso di specie) che, nella lettura fatta propria dal ricorrente, avrebbe consentito lo svolgimento delle verifiche sull'impresa ausiliaria soltanto in corso di esecuzione del contratto e non già in occasione dello svolgimento della presupposta procedura di affidamento.

Infatti, tale previsione – essenzialmente riproposta nell'**art. 104, co. 9, del d.lgs. 36/2023** – stabilisce che: “... *La stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria ...*”.

La decisione in rassegna, confermando quella di primo grado, non ritiene meritevole di positivo apprezzamento la doglianza articolata dal ricorrente.

In primo luogo, si osserva come **la previsione di cui al richiamato art. 89 d.lgs. n. 50/2016 non vieti affatto che le verifiche dallo stesso articolo contemplate possano precedere l'avvio dell'esecuzione dell'appalto.**

In secondo luogo, si rileva come **l'anticipazione di tali verifiche dalla fase di esecuzione della commessa a quella del suo affidamento, risponda ai principi di efficienza e buona amministrazione**, specie nei casi, come quello oggetto di lite, in cui sorgano dubbi sul possesso dei requisiti di partecipazione in capo a un concorrente, così da evitare di sottoscrivere il contratto con un soggetto non qualificato per eseguire le relative prestazioni (cfr., Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 10577/2022; TAR Lazio, Roma, Sez. Ilter, sentenza n. 13454/2023).

D'altronde, la giurisprudenza amministrativa non ha mancato di puntualizzare come le caratteristiche indefettibili (ossia **i requisiti minimi**) **delle prestazioni o del bene oggetto di una pubblica commessa, oltre a poter dare vita a delle 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), **ben possano “... essere presi in considerazione dalla lex specialis come elementi dell'offerta, a volte essenziali** (V, 3 aprile 2019, n. 2190), o, più spesso, idonei all'attribuzione di un punteggio premiale (V, 29 luglio 2019, n. 5309; 25 marzo 2020, n. 2090). La loro regolazione va quindi 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 invece 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” (così Cons. Stato, Sez. V, 1° dicembre 2022, n. 10577).

Pertanto, poiché nel caso di specie non v'è dubbio che il rispetto della normativa antincendio si atteggi quale imprescindibile requisito minimo della prestazione da eseguire, ne discende

che la sua mancanza – al di là del suo inquadramento nella nozione di requisito di partecipazione ovvero nel concetto di requisito di esecuzione - impedisce che la stessa (prestazione) sia resa da un operatore economico che non è in grado di garantirne il rispetto.

Peraltro, la correttezza delle conclusioni a cui giunge la decisione annotata, al di là del percorso motivazionale seguito, trova **fondamento nella disposizione di cui all'art. 89, co. 3, del d.lgs. 50/2016**, *ratione temporis* applicabile, **che, ancor prima dell'aggiudicazione, impone alla stazione appaltante di verificare se l'impresa ausiliaria soddisfi i pertinenti criteri di selezione.**

Tale **dovere dell'amministrazione aggiudicatrice è ribadito dal vigente Codice** dei contratti pubblici che all'**art. 104, co. 6**, stabilisce che *“la stazione appaltante verifica se l'impresa ausiliaria è in possesso dei requisiti dichiarati”*.

Preme rilevare, infine, come la sentenza in rassegna, nel ribadire il principio secondo cui le caratteristiche indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene previste dalla *lex specialis* di gara, nel costituire una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, danno vita ad un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto, contribuisca a **risolvere un dubbio esegetico posto dalla formulazione dell'art. 104, co. 9, del d.lgs. 36/2023.**

Tale previsione, a differenza di quella previgente di cui all'art. 89, co. 9, del d.lgs. 50/2016, **non contempla più espressamente la sanzione della risoluzione contrattuale nel caso di violazione, da parte dell'aggiudicatario, dell'obbligo di esecuzione del contratto mediante l'utilizzo effettivo delle risorse prestate dall'impresa ausiliaria.**

Ebbene, pur nel silenzio, sul punto, del vigente Codice di contratti pubblici, il **principio** ribadito dalla pronuncia in commento, risultando **immanente all'ordinamento della contrattualistica pubblica**, consente di **attribuire alla lacuna normativa sopra riportata il valore di un mero lapsus calami, non potendosi dubitare che anche oggi le stazioni appaltanti, qualora accertino, in sede di esecuzione contrattuale, il mancato utilizzo delle risorse prestate dall'ausiliaria, debbano procedere alla risoluzione del contratto.**