

APPALTI: TAR Campania - Salerno, Sezione Seconda, Sentenza 29 maggio 2025 n. 1011.

1. Appalti – Avvalimento – Lex specialis – Disposizioni limitative della platea dei concorrenti – Attività riservate all’aggiudicatario in via esclusiva – Ammissibilità - Limiti - Individuazione.

2. Appalti – Avvalimento – Oggetto – Determinabilità per relationem - Ammissibilità – Principio del risultato - Applicabilità.

3. Appalti – Avvalimento – Clausola di tracciabilità dei flussi finanziari – Mancanza – Invalidità del contratto di avvalimento – Esclusione - Ragioni.

1. Alla luce della previsione contenuta nell’articolo 104, comma 11, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, in tema di avvalimento, la stazione appaltante può introdurre nella lex specialis disposizioni volte a delimitare la platea dei concorrenti, onde consentire la partecipazione alla gara di soggetti particolarmente qualificati, in possesso di precisi requisiti di capacità tecnica e finanziaria, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito. Tuttavia, trattandosi di norma eccezionale limitativa dell’istituto dell’avvalimento, l’amministrazione è tenuta a indicare, anche sommariamente, le specifiche e limitate attività riservate all’aggiudicatario in via esclusiva, in quanto caratterizzate da un elevato grado di specialità. (1).

2. L’oggetto del contratto di avvalimento può essere determinato per relationem sulla base del complesso delle risorse aziendali che hanno consentito all’ausiliaria il conseguimento del requisito prestato, anche alla luce del principio del risultato sancito dall’art. 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, il quale impone una più ampia interpretazione del contratto di avvalimento che non soggiace a rigidi formalismi volti ad irrigidire la disciplina sostanziale della gara. (2).

3. La mancanza della clausola di tracciabilità dei flussi finanziari non rende invalido il contratto di avvalimento poiché, non essendo né un contratto di appalto né un subcontratto da questo derivato, esso non è riconducibile al disposto di cui all’art. 3, comma 1, della legge 13 agosto 2010, n. 136, considerato anche che gli obblighi previsti da tale disposizione, volti a prevenire infiltrazioni criminali, concernono una fase successiva a quella dell’ammissione alla gara e non riguardano i concorrenti non ancora appaltatori. (3).

(1) Conformi: Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655; Autorità nazionale anticorruzione, parere in funzione consultiva, 12 luglio 2023, n. 32.

(2) Conformi: Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 2023, n. 3300; 22 ottobre 2015, n. 4860.

(3) Conformi: Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2015, n. 1380.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del -OMISSIS-, della Regione Campania, del Comune di Salerno e dell’-OMISSIS-

Visto il ricorso incidentale proposto dal -OMISSIS- e i relativi motivi aggiunti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 28 maggio 2025 la dott.ssa Laura Zoppo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe parte ricorrente domanda l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, della determina n. -OMISSIS-del Direttore Generale dell'-OMISSIS-e del relativo avviso esito di gara prot. -OMISSIS-, pubblicato il -OMISSIS- con cui è stata disposta l'aggiudicazione, in favore del costituendo RTI con mandatario -OMISSIS-, dell'Accordo Quadro con un unico operatore economico per l'affidamento di un *“Appalto misto di lavori, servizi di ingegneria e architettura e forniture per il programma di riqualificazione degli impianti sportivi -OMISSIS-”*, nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, oltre la declaratoria di inefficacia dell'Accordo Quadro e degli eventuali Appalti Specifici eventualmente stipulati tra l'-OMISSIS-e il costituendo RTI aggiudicatario, con richiesta di subentro, *in toto* o in parte, nella relativa esecuzione.

Rappresenta in fatto la ricorrente che, con determina del Direttore Generale n.-OMISSIS- l'-OMISSIS-(di seguito “-OMISSIS-”) ha indetto una procedura di gara aperta per l'affidamento a un unico operatore economico *“di un accordo quadro, ai sensi dell'art. 59 del d.lgs. 36/2023, [...], per appalto misto di lavori, servizi di ingegneria e architettura e forniture per il programma di riqualificazione degli impianti sportivi -OMISSIS-”* (-OMISSIS-).

La durata dell'accordo oggetto di affidamento è stata fissata in quattro anni dalla sottoscrizione del contratto e in tale arco temporale sono stati stabiliti i seguenti termini: trenta giorni naturali per la progettazione esecutiva, cinquecentoquaranta giorni naturali e consecutivi per i lavori relativi allo -OMISSIS-, centottanta giorni naturali e consecutivi per i lavori relativi allo -OMISSIS-

Il criterio di aggiudicazione è stato indicato in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa da individuare sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, con massimo venti punti attribuibili all'offerta economica e ottanta a quella tecnica; l'importo posto a base di gara è stato determinato in € -OMISSIS-, oltre IVA.

Deduce la ricorrente che, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ne sono pervenute quattro, tra cui quella del costituendo RTI tra -OMISSIS-. (mandataria) e le mandanti -OMISSIS-, -OMISSIS- -OMISSIS-(di seguito “-OMISSIS-”), e quella del costituendo RTI tra -OMISSIS- (mandatario) e le mandanti-OMISSIS--OMISSIS- -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS--OMISSIS- (di seguito “-OMISSIS-”).

Dunque, all'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, l'appalto è stato aggiudicato al -OMISSIS- sicché il -OMISSIS-, secondo classificato, con diffida del -OMISSIS-, ha segnalato all'-OMISSIS-la carenza in capo al primo classificato del requisito di qualificazione richiesto dal par. -OMISSIS-, lett. a), del disciplinare di gara, avendo quest'ultimo dichiarato in sede di partecipazione

che la fornitura sarebbe stata eseguita dalla mandante -OMISSIS-. tramite l'avvalimento del predetto requisito da parte di un soggetto terzo (la società -OMISSIS-), in spregio alla previsione di cui al par. 7 della *lex specialis*.

Deduce la ricorrente che l'-OMISSIS-ha negativamente riscontrato la richiesta *de qua* in data -OMISSIS-confermando le valutazioni precedentemente svolte.

Frattanto, essendo l'offerta del-OMISSIS-risultata sospetta di anomalia, la Stazione Appaltante ha sottoposto la stessa al subprocedimento di verifica, nel corso del quale l'operatore economico è stato invitato a presentare spiegazioni sul prezzo offerto.

Il predetto RTI ha, a questo punto, trasmesso due relazioni alla Stazione Appaltante ma, al fine di giustificare la sostenibilità della propria offerta, ha indicato un costo complessivo della manodopera diverso e superiore rispetto a quello precedentemente manifestato.

Ciononostante, con la determina n. -OMISSIS- l'-OMISSIS-ha disposto l'aggiudicazione della gara in suo favore.

Censurando, dunque, il provvedimento *de quo*, unitamente a tutti gli atti di gara ad esso presupposti, la ricorrente rileva l'illegittimità dell'operato della Stazione Appaltante nella parte in cui non ha disposto l'esclusione dalla gara del-OMISSIS-per carenza del requisito della capacità tecnica e professionale richiesto dal par. -OMISSIS-, lett. a) del disciplinare di gara, non potendo questo avvalersi della società ausiliaria -OMISSIS- per soddisfare lo stesso, stante il divieto posto dalla disposizione di cui al par. 7 della medesima *lex specialis*.

Secondo l'assunto attoreo, l'interpretazione delle previsioni del disciplinare di gara fatta propria dalla Stazione Appaltante (secondo cui, in mancanza di qualsivoglia espresso divieto, l'offerente può ricorrere all'istituto dell'avvalimento per la dimostrazione del requisito di capacità tecnico-professionale) risulta palesemente errata, in quanto confliggente sia con il contenuto testuale delle disposizioni della *lex specialis* di gara, sia con l'art. 104, comma 11 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, ivi richiamato, per come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa e dalla prassi.

Più di precipuo, assume la ricorrente che tale ultima disposizione legislativa, riproduttiva del previgente art. 89, comma 4 del D.lgs. n. 50/2016, e, dunque, dell'art. 63, par. 2 della Direttiva n. 2014/24/UE, è stata interpretata dalla giurisprudenza amministrativa, dall'ANAC e, da ultimo, dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, quale previsione di un limite consentito all'avvalimento in ragione delle peculiari caratteristiche dell'opera richiesta, implicante l'obbligo dell'offerente di possedere in proprio la qualificazione relativa allo svolgimento di determinati compiti, non essendo di contro ammessa la possibilità che per l'esecuzione degli stessi l'operatore economico si avvalga del prestito dei requisiti da parte di un'impresa ausiliaria.

Aggiunge, peraltro, che la stessa Stazione Appaltante nel corso della gara, in risposta ai quesiti formulati dai partecipanti con riferimento alle previsioni di cui al par. -OMISSIS- e 7 del disciplinare di gara, ha chiarito che il possesso del requisito delle forniture dovesse essere posseduto dalla compagine nel suo complesso, nei limiti indicati dalla *lex specialis*, e dunque dall'art. 104, comma 11 del Codice dei Contratti Pubblici da esso richiamato.

A tutto voler concedere, la ricorrente eccepisce comunque la nullità del prodotto contratto di avvalimento in quanto generico, ossia carente della specifica indicazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria, così come prescritto a pena di nullità insanabile dall'art. 104, comma 1 del D.lgs. n. 36/2023, oltre che mancante della obbligatoria clausola di tracciabilità dei flussi finanziari prevista dall'art. 3 della L. n. 136/2010.

Soggiunge parte ricorrente che il costituendo RTI aggiudicatario avrebbe meritato l'esclusione dalla gara anche per mancanza dell'ulteriore requisito di qualificazione relativo alla composizione e ai requisiti minimi del gruppo di lavoro previsto dal par. 6.5 del disciplinare di gara.

Sostiene, in particolare, che dalla documentazione in atti emerge senza dubbio che, alla data di scadenza della presentazione delle offerte, due dei professionisti indicati dall'aggiudicatario quali appartenenti al gruppo di lavoro non erano in possesso del requisito dell'iscrizione all'albo del relativo Ordine Professionale con un'anzianità di almeno dieci anni.

Né, assume la ricorrente, si potrebbe ragionevolmente sostenere che a tale carenza escludente l'aggiudicatario possa sopperire mediante la sostituzione dei componenti già indicati, dal momento che la composizione del gruppo di lavoro ha costituito oggetto dell'offerta tecnica presentata in gara dal-OMISSIS-ed è stata specificamente valutata in sede di attribuzione del punteggio relativo al sub-criterio 2.1 di cui al par. -OMISSIS- del disciplinare di gara.

Secondo l'assunto attoreo i provvedimenti impugnati sarebbero irrimediabilmente viziati anche perché, nei chiarimenti resi nel subprocedimento di verifica dell'anomalia, il-OMISSIS-ha operato una inammissibile e capziosa modifica del costo della manodopera previamente indicato, contravvenendo al divieto di immodificabilità dell'offerta economica.

Sotto altro ma connesso profilo, sostiene la parte ricorrente che il controinteressato avrebbe meritato l'esclusione in quanto l'omessa indicazione nell'offerta di tutti i costi della manodopera sostenuti per una parte delle prestazioni della commessa (e il suo postumo e artificioso inserimento fra le spese generali che non attengono allo svolgimento delle prestazioni strettamente dedotte in contratto) comporta l'inaffidabilità della proposta.

Conclude, dunque, per la declaratoria di illegittimità dell'operato della Stazione Appaltante e della valutazione di congruità effettuata dal RUP, con annullamento dell'aggiudicazione e di tutti gli atti ad essa presupposti, connessi e conseguenziali.

Si è costituito in giudizio per resistere il -OMISSIS- che ha proposto ricorso incidentale escludente con il quale ha impugnato tutti gli atti di gara, inclusi i provvedimenti di ammissione del -OMISSIS- alla procedura di affidamento e il disciplinare di gara, limitatamente al par. 7.

Più di precipuo, il ricorrente in via incidentale ha anzitutto rilevato la nullità della previsione da ultimo indicata, per come interpretata dalla controparte, poiché posta in violazione del principio generale del *favor participationis* sotteso all'istituto dell'avvalimento, nonché del principio di neutralità delle forme di cui all'art. 68, comma 3 del Codice dei Contratti Pubblici.

Secondo l'assunto consortile, l'art. 104, co. 11 del D.lgs. n. 36/2023 non ha introdotto un'ipotesi di divieto di avvalimento ma ha unicamente attribuito alla Stazione Appaltante la facoltà, nelle ipotesi ivi individuate, di disporre nel bando di gara che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'appaltatore e non, invece, dall'ausiliario.

Anche a voler diversamente interpretare tale norma, deduce il Consorzio che una limitazione della possibilità di ricorrere all'avvalimento, per essere legittima, dovrebbe essere circoscritta solo a taluni compiti essenziali specificamente e preventivamente individuati dall'Amministrazione. Sicché, a fronte del difetto di specificità della clausola di gara, la disposizione di cui al par. 7 del disciplinare deve essere considerata *tamquam non esset*.

Ha poi rilevato che il -OMISSIS-, essendo incorso in un'omissione dichiarativa in ordine ai gravi illeciti professionali ascrivibili alla -OMISSIS- avrebbe meritato l'esclusione ai sensi dell'art. 98 del Codice dei Contratti Pubblici.

Né, a detta del ricorrente incidentale, potrebbe legittimamente trovare applicazione l'art. 97, comma 2 del D.lgs. n. 36/2023, richiedendo la disposizione *de qua*, quali presupposti concorrenti e necessari, la previa comunicazione delle circostanze idonee ad incidere sull'ammissione del concorrente e l'indicazione delle misure di *self cleaning* adottate al fine di sterilizzare gli effetti di tali circostanze. In ogni caso, anche a volerla ammettere, l'estromissione della sola mandante -OMISSIS- sarebbe tale da incidere sui contenuti dell'offerta tecnica presentata dal -OMISSIS-, in violazione del noto divieto di immutabilità della stessa.

La ricorrente incidentale ha, inoltre, dedotto la mancanza del requisito di capacità tecnica e professionale previsto per la fornitura in capo alla mandante -OMISSIS-

In via subordinata ha, poi, domandato la rivalutazione da parte della Stazione Appaltante dell'offerta economica presentata dal -OMISSIS-.

Con successiva memoria, il -OMISSIS-, si è altresì difeso in ordine alle censure avanzate dalla -OMISSIS-, eccependo anzitutto l'inammissibilità del ricorso principale sul presupposto che il preliminare accoglimento dei profili di doglianza dedotti in via incidentale, importando l'esclusione

della controparte alla procedura, farebbe venir meno in capo alla stessa i presupposti processuali per proporre il ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva.

Nel merito, ha contestato *in toto* la tesi avversaria, rilevando che la legge di gara non ha posto alcuna espressa e generale preclusione al ricorso all'avvalimento per colmare il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale previsto dal par. -OMISSIS-, lett. a).

Più precisamente, secondo l'assunto consortile, il disciplinare al par. 7, così come l'art. 104, comma 11, Codice dei Contratti Pubblici da questo specificamente richiamato, non dispongono alcun generale divieto di avvalimento del requisito in parola, prevedendo la norma primaria unicamente la facoltà per la Stazione Appaltante, nelle ipotesi considerate, di disporre che taluni individuati compiti essenziali siano svolti direttamente dall'appaltatore.

Ha poi dedotto che l'asserita limitazione dell'avvalimento potrebbe al massimo riferirsi alla sola attività di posa in opera, nel quadro della fornitura, e non invece alla fornitura in generale. E ciò in quanto la facoltà di prevedere una siffatta limitazione per taluni compiti essenziali, si giustificerebbe solo laddove vengano in rilievo lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. Del resto una clausola limitativa dell'impiego dell'istituto dell'avvalimento ai fini della dimostrazione del possesso di un requisito di capacità tecnico-professionale, occorrente per la fornitura in sé, imponendo la presenza del fornitore all'interno del RTI ma autorizzando al contrario il subappalto della fornitura stessa, non sarebbe conforme alla disciplina di *favor* sottesa all'istituto in parola.

Ha poi soggiunto che, anche a voler diversamente interpretare la norma di cui all'art. 104, comma 11, ossia a volerla ritenere norma attributiva della facoltà per la stazione appaltante di introdurre restrizioni all'uso dell'avvalimento, tale limitazione potrebbe semmai essere circoscritta a taluni compiti essenziali specificamente individuati e non all'intera prestazione.

Altrimenti opinando, si finirebbe per violare, a suo dire, anche la disposizione di cui all'art. 68, comma 3 del Codice dei Contratti pubblici che vieta alla stazione appaltante di imporre ai concorrenti una forma specifica di partecipazione.

In ordine al secondo motivo di ricorso, ha sostenuto parte controinteressata che, riguardando l'avvalimento la capacità tecnico-professionale a fornire le tribune e i moduli prefabbricati accessori, nonché i mezzi e il personale specializzato per la costruzione delle stesse, il contratto di avvalimento altro non avrebbe dovuto specificare se non, appunto, l'oggetto della fornitura stessa. In ogni caso, l'art. 104, comma 1 del Codice dei Contratti Pubblici commina la nullità del contratto solo allorquando questo non venga concluso in forma scritta.

Ha aggiunto che l'art. 3, comma 1 della L. n. 136/2010, nella parte in cui prevede l'obbligo di inserire la cd. clausola di flessibilità dei flussi finanziari, si riferisce ai contratti conclusi per l'esecuzione

dell'appalto, e non invece a quelli inerenti la fase di partecipazione alla pubblica gara. Talché, anche sotto tale profilo, il contratto di avvalimento risulterebbe immune da censure.

Quanto all'asserita mancanza del requisito di qualificazione di cui al par. 6.5 del disciplinare di gara, relativo alla composizione e ai requisiti minimi del gruppo di lavoro, sarebbe stata comprovata, a detta del Consorzio, la continuità nell'iscrizione al relativo Ordine professionale del soggetto nominato quale "responsabile del coordinamento ed integrazione delle varie prestazioni specialistiche". Avuto poi riguardo al responsabile geologo indicato, non essendo questo un offerente ma un mero collaboratore del concorrente, potrebbe comunque legittimamente ricorrersi alla sua estromissione e/o eventuale sostituzione.

Peraltro, assume il controinteressato, le criticità sopra evidenziate, che non costituiscono da sole delle valide ragioni per comminare una sanzione espulsiva in danno del RTI concorrente, qualora ritenute fondate, neppure sarebbero idonee a determinare l'assegnazione di un punteggio diverso da quello assegnato al -OMISSIS-

Da ultimo, in merito all'illegittima modifica del costo della manodopera in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, ha dedotto il Consorzio che, trattandosi di accordo quadro, è ben possibile che il concorrente si limiti ad indicare nell'offerta la sola prognostica quantificazione delle singole voci di costo, per poi procedere alla loro effettiva definizione nei progetti a base dei futuri contratti attuativi. Ha aggiunto, peraltro, che nella specie non vi è stata una variazione dei costi della manodopera, avendo il-OMISSIS-unicamente allocato, per talune voci, le relative spese di manodopera nei costi generali, circostanza pacificamente ammessa ed evidentemente legittima allorquando non sia idonea a determinare una modificazione dell'offerta economica, la quale risulti nel suo complesso sufficiente a ricoprirli.

Si è poi costituita in giudizio per resistere l-OMISSIS- la quale si è anzitutto difesa sul ricorso principale proposto da -OMISSIS- rilevando, in estrema sintesi, che: la normativa di gara, in assoluta aderenza con quanto previsto dall'art. 104, comma 11 del Codice dei Contratti Pubblici, non contiene alcuna prescrizione impeditiva per le imprese candidate all'esecuzione della fornitura di ricorrere all'istituto dell'avvalimento per la dimostrazione del requisito di capacità tecnica e professionale di cui al par. -OMISSIS-, lett. a) del disciplinare di gara, ovvero di avvalersi delle dotazioni tecniche dell'ausiliaria a condizione che la prestazione venga svolta direttamente dalla concorrente; ad ogni buon conto, quand'anche si volesse ritenere che l'articolo menzionato debba essere letto come divieto di avvalimento, una corretta interpretazione della clausola alla stregua del principio di *favor participationis* non determinerebbe l'esclusione del -OMISSIS-essendo il divieto applicabile unicamente con riguardo all'esecuzione delle operazioni di posa in opera oggetto della commessa pubblica e non anche per la fornitura; ai sensi dell'art. 97 del Codice dei Contratti Pubblici è

comunque possibile la sostituzione del soggetto partecipante al RTI non in possesso dei requisiti di cui all'art. 100; premesso che il contratto di avvalimento indica le risorse messe a disposizione dall'ausiliario, la carenza *de qua* non è causa di nullità; l'ausiliaria non era tenuta al rispetto della prescrizione di cui all'art. 3, comma 1 della L. n. 136/2010, non assurgendo il contratto di avvalimento né a contratto d'appalto né a subcontratto da questo derivato; il "responsabile del coordinamento ed integrazione tra le varie prestazioni specialistiche" indicato dal-OMISSIS-è in possesso del requisito di iscrizione al relativo Ordine Professionale da più di 10 anni prescritto dal bando, mentre con riferimento al "responsabile geologo" ogni presunta criticità sarebbe superabile mediante la sua sostituzione, essendo tale circostanza del tutto ininfluyente ai fini del punteggio attribuito; l'inclusione del costo per le squadre di supporto nella voce "costo della manodopera" piuttosto che in quella relativa alle "spese generali" non ha costituito modifica del costo della manodopera offerto né reso l'offerta presentata inaffidabile; in ogni caso, la verifica dell'anomalia è finalizzata a valutare la congruità globale dell'offerta economica senza concentrarsi in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo, potendo essere in tal sede apportate modifiche alle giustificazioni ad essa relative inclusi aggiustamenti e compensazioni tra voci purché l'offerta rimanga affidabile per l'aggiudicazione ed esecuzione del contratto.

Quanto al ricorso incidentale proposto dal -OMISSIS-la Stazione Appaltante ha confermato anzitutto di aver attivato la procedura interna diretta a verificare la sussistenza o meno dei presupposti di legge per la richiesta esclusione nei confronti del -OMISSIS-, assumendo le determinazioni alla stessa rimesse; ha poi dedotto che i contratti prodotti dalla società Henoto fossero idonei a dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale delle forniture, potendo, peraltro, la società, se del caso, essere sostituita *ex art. 97* del Codice dei Contratti Pubblici.

Si è costituita in giudizio per resistere la Regione Campania rilevando, in estrema sintesi, con riferimento al ricorso principale, che: dal chiaro e inequivocabile tenore letterale delle disposizioni del disciplinare emergerebbe che il requisito di cui al par. -OMISSIS- della *lex specialis* non è sottoposto ad alcun divieto di avvalimento, non assurgendo a requisito di ordine generale e di idoneità professionale; il contratto di avvalimento è tutt'altro che nullo per genericità, essendo l'oggetto negoziale puntualmente determinato sia attraverso il richiamo al paragrafo di interesse del disciplinare di gara sia attraverso la declinazione espressa del suo tenore letterale, dovendosi peraltro privilegiare l'interpretazione che consente al contratto di produrre i suoi effetti; l'art. 3 della L. n. 136/2010 espressamente discorre di subappaltatori e subcontraenti, sicché non è applicabile al contratto di avvalimento; il disciplinare non preclude che le società costituenti il gruppo di lavoro possano sostituire uno o entrambi i professionisti che non si trovano nel possesso di iscrizione decennale ai relativi Ordini di appartenenza, senza che ciò comporti alcuna modifica dell'offerta

tecnica e della relativa valutazione; è del tutto ammissibile una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, non solo in correlazione a sopravvenienze di fatto o di diritto ma anche al fine di porre rimedio ad originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica.

In merito al ricorso incidentale, l'ente regionale ha: eccepito l'inammissibilità della censura relativa alla mancata esclusione del RTI ricorrente principale per gravi illeciti professionali, avendo la Stazione Appaltante principiato la procedura di verifica afferente alla persistenza o meno del requisito fiduciario, rientrando nella propria sfera di discrezionalità amministrativa; rilevato l'infondatezza del secondo motivo, tenuto conto che, sulla scorta della documentazione agli atti, la Commissione di gara ha correttamente ritenuto integrato il requisito di cui al par. -OMISSIS- del disciplinare di gara da parte della -OMISSIS-

A questo punto la parte ricorrente in via principale ha prodotto memoria difensiva avverso le censure di cui al ricorso incidentale, rilevando anzitutto la palese infondatezza dell'avversa eccezione di presunta inammissibilità/improcedibilità del ricorso a seguito del preteso accoglimento di quello incidentale, poiché contrastante con l'insegnamento granitico della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Sempre in via preliminare, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso incidentale per violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a., perché finalizzato a sollecitare un inammissibile vaglio giurisdizionale in relazione ad attività amministrativa non ancora esercitata.

Quanto alla contestata invalidità della disposizione di cui al par. 7 della *lex specialis*, limitativa dell'istituto dell'avvalimento, il -OMISSIS- ha dedotto che essa ripropone pedissequamente l'art. 104, comma 11 del Codice dei Contratti Pubblici, il quale, richiedendo la necessaria esecuzione diretta da parte dell'offerente di determinati compiti essenziali o di opere superspecialistiche, impone a quest'ultimo di possedere i requisiti per eseguirlo, non potendosi in tal caso ricorrere all'avvalimento. Secondo l'assunto della ricorrente principale, peraltro, la disposizione *de qua* non attiene alla forma giuridica del raggruppamento, che resta libera, ma solo ed esclusivamente alla necessità che l'offerente possieda in proprio i requisiti necessari ad eseguire una specifica prestazione in ragione della specialità della stessa. Né, infine, sarebbe nulla per mancata individuazione specifica dei compiti essenziali, essendo agevole riscontrare dalla semplice lettura della *lex specialis* di gara che oggetto della limitazione all'avvalimento sono solo le opere di cui alla categoria scorporabile-OMISSIS-“Opere in fornitura e/o noleggi”.

In ordine all'erronea omessa esclusione del -OMISSIS- dalla procedura di gara per asserita violazione degli artt. 95 e 98 del Codice dei Contratti Pubblici, il ricorrente principale ha innanzitutto eccepito l'inammissibilità del motivo per violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a. anche per la sua evidente

genericità, rilevando come le contestazioni contenute nella censura riguardino un'ipotesi di esclusione non automatica, con la conseguenza che non potrebbero mai determinare *ex se* l'esclusione dell'esponente RTI dalla procedura senza il previo vaglio discrezionale della Stazione Appaltante. Insistendo per l'infondatezza nel merito del motivo di gravame *de quo*, ha poi rappresentato che la mera pendenza di un procedimento penale per reati urbanistici non assurge ad adeguato mezzo di prova ai fini della valutazione della sussistenza dell'ipotesi di grave illecito professionale. Peraltro, in relazione ai procedimenti indicati dal ricorrente in via incidentale, uno è esitato con un'assoluzione, un altro è anteriore di più di tre anni rispetto alla data di scadenza della presentazione delle offerte nella gara, gli altri sono del tutto irrilevanti al fine della valutazione del grave illecito professionale; di talché non sussisteva alcun correlato obbligo dichiarativo ai sensi dell'art. 98, non risultando tali circostanze neppure potenzialmente suscettibili di integrare l'ipotizzata causa di esclusione non automatica.

Del tutto inconferente sarebbe pure il diffuso richiamo alla motivazione della sentenza n. -OMISSIS- di questo Tribunale, avendo la statuizione *de qua* riscontrato la sussistenza di un'omissione dichiarativa rilevante da parte della -OMISSIS- a fronte di circostanze fattuali del tutto diverse da quelle sussistenti nel caso di specie.

A tutto voler concedere, l'art. 97, comma 2 del Codice dei Contratti Pubblici amplia la possibilità di modifica della compagine soggettiva di un operatore economico plurisoggettivo anche in caso di carenza *ab origine* dei requisiti in capo ad un partecipante al RTI, con l'unico limite rappresentato dall'immodificabilità sostanziale dell'offerta, il che vale *a fortiori* se si consideri che nel caso di specie a dover essere eventualmente sostituito sarebbe non un componente del raggruppamento ma una consorziata esecutrice indicata da uno dei componenti che già possiede in proprio tutte le certificazioni che hanno costituito oggetto di valutazione da parte della Stazione Appaltante.

Ha assunto il -OMISSIS- che, comunque, in applicazione al meccanismo della cd. inversione procedimentale, l'Amministrazione non ha mai valutato la sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo al secondo classificato, sicché del tutto inammissibile sarebbe la richiesta rivalutazione dell'offerta da parte della Stazione Appaltante.

Da ultimo, in merito alla generica censura relativa alla carenza da parte della mandante -OMISSIS- del requisito di capacità tecnica e professionale prescritto per le forniture dall'art. -OMISSIS-, lett. a) del disciplinare di gara, ha dedotto il -OMISSIS- che i contratti prodotti sono tutti idonei, al contrario, a comprovarne il possesso.

Con successiva memoria di replica, il -OMISSIS- ha anzitutto rilevato l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità paventata dalla controparte, atteso che le Stazioni Appaltanti possono verificare in

qualsiasi momento della procedura il possesso in capo ai concorrenti dei requisiti di partecipazione richiesti dalla legge di gara, tenuto conto delle dichiarazioni da questi rese.

Ha inoltre dedotto come la sola pendenza di un procedimento penale, *rectius* l'emissione di un decreto di citazione diretta a giudizio, basti a soddisfare lo standard probatorio imposto dalla legge in ordine alla valutazione del grave illecito professionale, rendendo indubbiamente rilevante la relativa omissione dichiarativa ai fini dell'esclusione dell'operatore *ex art.* 98 del Codice dei Contratti Pubblici.

Ha poi ribadito quando già previamente esposto con il ricorso incidentale e con le plurime memorie difensive versate in atti.

Con memoria di replica, a valere anche quale ricorso per motivi aggiunti, il -OMISSIS- ha riproposto le medesime censure contenute nel ricorso principale, contestando *in toto* le avverse deduzioni e stigmatizzando il contegno assunto dalla Stazione Appaltante in ordine alla verifica della sussistenza dei presupposti di legge per la richiesta esclusione della partecipante per grave illecito professionale, poiché contrastante con l'impegno espressamente assunto a verbale in occasione dell'udienza camerale del 12 marzo 2025 a non procedere ad ulteriori determinazioni sull'appalto nelle more della decisione di merito.

Con successivi motivi aggiunti al ricorso incidentale, il -OMISSIS- ha rilevato l'inadeguatezza tecnica e il contrasto con la normativa di riferimento dell'offerta del ricorrente con riguardo al sub-criterio di valutazione 7 "Miglioramento delle soluzioni previste nei PFTE". In particolare, rappresentando che le migliori offerte fossero tutte già presenti nel PFTE posto a base di gara, il Consorzio ha evidenziato che la proposta tecnica avanzata dalla concorrente in materia di distribuzione elettrica, pur contemplando un gruppo elettrogeno apparentemente più potente, risulterebbe non conforme né alle necessità tecniche impiantistiche né ai requisiti normativi in materia di sicurezza e continuità dell'alimentazione, con conseguente inammissibilità/irrealizzabilità dell'offerta.

Ancora, ha soggiunto che l'offerta del -OMISSIS- non sarebbe neppure conforme alla normativa antincendio vigente; il che, comportando gravi rischi operativi e potenziali pericoli per gli utenti finali, determinerebbe la necessaria esclusione dell'offerta dalla gara, o quantomeno la riduzione del punteggio attribuito alla stessa da parte della Stazione Appaltante.

Il ricorrente incidentale ha poi impugnato il giudizio di congruità del costo della manodopera della sua offerta economica, limitatamente ai dati ivi riportati dal RUP. Più di precipuo, il -OMISSIS- ha assunto che, nonostante fosse stato chiarito alla Stazione Appaltante, nella debita sede, come parte dei costi della manodopera fossero già ricompresi nei costi relativi ai noli a caldo, il RUP avrebbe

erroneamente sommato il relativo costo indicato dalla concorrente a mero titolo esemplificativo a quello offerto in sede di gara.

Secondo l'assunto del Consorzio, l'offerta del -OMISSIS- andrebbe pure esclusa perché carente del requisito prescritto dal disciplinare di gara relativo alla cifra d'affari (che va ad integrare la qualificazione SOA), avendo questo dichiarato un valore del fatturato nel quinquennio-OMISSIS-che non troverebbe alcun riscontro nella precipua analisi dei bilanci.

Con successiva memoria di replica, la-OMISSIS- ha eccepito l'inammissibilità dei motivi aggiunti per consumazione del potere di impugnazione, involgendo le nuove censure gli stessi atti già nella disponibilità del-OMISSIS-al momento della proposizione del ricorso incidentale.

Ha poi rilevato l'inammissibilità dei primi tre motivi di gravame per insindacabilità delle valutazioni discrezionali della Commissione giudicatrice. Il -OMISSIS- ha assunto, in particolare, che nell'attività di valutazione e qualificazione delle proposte progettuali, ai fini della loro riconduzione nell'ambito delle varianti o delle semplici migliorie, vi è un ampio margine di discrezionalità tecnica della Commissione giudicatrice, con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti ove non infirmate da macroscopici errori, travisamenti di fatto, illogicità di inquadramento o di qualificazione o da irragionevolezza manifesta.

Ha aggiunto, che, comunque, dalla riduzione del punteggio il ricorrente in via incidentale non potrebbe ritrarre alcuna concreta utilità, atteso che il -OMISSIS- rimarrebbe comunque secondo graduato.

Nel merito, ha rilevato come controparte abbia omesso completamente di spiegare le ragioni per le quali, in relazione alla distribuzione elettrica, un presunto incremento di potenza avrebbe configurato una variante, non essendo invece annoverabile nell'alveo delle modifiche tipologiche, strutturali e funzionali al progetto posto a base di gara. Non corrisponderebbe al vero quanto poi riferito rispetto ad un eventuale spostamento in rete privilegiata dei carichi alimentati dalla rete di distribuzione sotto continuità assoluta e dei carichi alimentati dai circuiti di sicurezza, avendo offerto -OMISSIS-solamente una seconda fonte di alimentazione in affiancamento alla singola sorgente prevista dal PFTE, onde garantire maggiore sicurezza e maggiore protezione.

Ancora, infondato sarebbe, a detta del ricorrente principale, l'assunto avversario per cui il -OMISSIS- avrebbe proposto un Gruppo Elettrogeno sottodimensionato rispetto all'incremento del carico previsto sotto rete privilegiata.

Il -OMISSIS- ha poi dedotto l'inconferenza dell'assunto di controparte relativo al secondo motivo aggiunto al ricorso incidentale, atteso che la soluzione migliorativa proposta nell'offerta tecnica risulterebbe pienamente conforme alla normativa antincendio offrendo sezionamenti azionabili tanto manualmente che da remoto. Ha aggiunto che l'opposta doglianza sarebbe comunque inammissibile

per insindacabilità delle valutazioni della commissione nell'attribuzione dei punteggi tecnici e per difetto di interesse.

Sul terzo motivo aggiunto, fermi gli ulteriori rilievi di inammissibilità, il -OMISSIS- ha rilevato la genericità della censura, ponendosi la stessa in contrasto col principio di specificità dei motivi di ricorso ex art. 40 c.p.a. Ha, in particolare, dedotto che il-OMISSIS-avrebbe completamente omissso di indicare i documenti del PFTE dai quali si ricaverebbe che le migliorie proposte dal -OMISSIS- sarebbero già tutte presenti nel PFTE posto a base di gara. In ogni caso, ha rilevato la totale infondatezza nel merito della doglianza avversaria.

Ancora, inammissibile, oltre che contraddittoria e infondata, sarebbe pure l'impugnazione da parte del ricorrente in via incidentale della valutazione finale di congruità resa dal RUP all'esito del sub-procedimento di verifica della anomalia della sua stessa offerta. Da essa discenderebbe pure, a detta del -OMISSIS-, il riconoscimento da parte del-OMISSIS-della fondatezza della censura proposta con il quinto motivo del ricorso principale in merito all'asserita modifica dei costi della manodopera posta in essere dal raggruppamento.

La ricorrente in via principale ha poi rilevato l'inammissibilità del quinto motivo aggiunto per violazione dell'art. 34, comma 2 c.p.a., poiché finalizzato a sollecitare un vaglio giurisdizionale in relazione ad attività amministrativa non ancora esercitata, oltre che la sua infondatezza nel merito, essendo il Consorzio ITM in possesso della qualificazione per la categoria prevalente per soddisfare il requisito di qualificazione relativo ai lavori per la categoria OS13 richiesto dal par. 6.2 del disciplinare, avendo unicamente manifestato l'intenzione di ricorrere al subappalto necessario, espressamente ammesso per le forniture con posa in opera dalla Stazione Appaltante, per la parte eccedente la classifica in tale categoria.

Da ultimo, secondo l'assunto attoreo, palesemente inammissibile per mancata impugnazione dell'atto presupposto, oltre che infondata in punto di fatto, sarebbe pure, la censura relativa alla contestata carenza da parte della-OMISSIS-. del requisito della capacità economica prescritto per i lavori dall'art. 6.2, lett. b) del disciplinare di gara, avendo la controparte volutamente omissso di considerare per gli anni -OMISSIS- l'importo totale del valore della produzione di cui al Conto Economico delle società di capitali, unico valore rappresentativo dell'efficienza societaria.

Con memoria tempestivamente versata in atti, l-OMISSIS- rinunciando ai termini a difesa sui motivi aggiunti al ricorso incidentale, ha dichiarato di avere interesse alla rapida definizione del giudizio nel merito.

Analogamente, con precipue dichiarazioni prodotte agli atti di causa, la Regione Campania e la-OMISSIS- hanno rinunciato ai termini a difesa, domandando la decisione del giudizio nel merito.

Il -OMISSIS- ha, con successiva memoria, ribadito quanto già previamente esposto, e ha domandato il rinvio dell'udienza pubblica di discussione fissata per potersi difendere sui motivi aggiunti al ricorso principale proposti dalla controparte.

All'udienza pubblica del 9 aprile 2025, il Collegio ha rinviato per la trattazione del merito all'udienza pubblica del 28 maggio 2025.

Con successive memorie ritualmente depositate, le parti hanno ribadito quanto già previamente esposto nelle precedenti memorie, contestando le avverse censure.

La causa è stata, dunque, chiamata all'udienza pubblica del 28 maggio 2025 e all'esito di ampia discussione è stata trattenuta in decisione sulle conclusioni delle parti.

DIRITTO

In limine, appare opportuno affrontare la questione relativa all'ordine di trattazione del ricorso principale e del gravame incidentale, così come integrati dai rispettivi motivi aggiunti, anche al fine di respingere l'eccezione, specificamente avanzata dal -OMISSIS-, di inammissibilità del primo fra essi, stante il preliminare accoglimento dei profili di doglianza dedotti in via incidentale.

Va al riguardo rammentato che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza del 5 settembre 2019, pronunciata nella causa -OMISSIS-, pur non risolvendo la precipua problematica in esame, ha statuito che, a prescindere dal numero dei concorrenti e dall'ordine di esame dei “gravami incrociati escludenti”, il ricorso principale deve essere sempre e comunque esaminato nel merito, in quanto - anche se l'offerta del ricorrente principale sia giudicata irregolare - l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e procedere di conseguenza all'indizione di una nuova procedura di gara, vale a dire che, qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare gli atti della procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento, in considerazione del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa (cfr. paragrafi 27 e 28 della citata sentenza della Corte di giustizia della Unione Europea).

In applicazione del *dictum* della Corte, secondo cui è dunque 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, si è validamente sostenuto 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*

nel senso che il ricorso principale va in ogni caso esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale" (Consiglio di Stato, sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4431).

In altre parole, l'“*ordo questionum*” impone di dare priorità al gravame principale, atteso che, mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità di quello principale per i motivi anzidetti, la potenziale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità di quello incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali. E ciò in quanto, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sulla non illegittimità dell'aggiudicazione controversa, sulla base dei motivi dedotti, 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 (*ex multis* T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V, 4 aprile 2023, n. 5663).

Procedendo, dunque, alla prioritaria disamina del ricorso principale, in ossequio ai principi giurisprudenziali pocanzi richiamati, ne va dichiarata l'integrale infondatezza nel merito.

Privo di pregio si appalesa, anzitutto, il primo motivo di gravame con il quale il ricorrente principale ha dedotto l'illegittimità dell'avversata aggiudicazione in favore del-OMISSIS-per carenza del requisito della capacità tecnica e professionale richiesto dal par. -OMISSIS-, lett. a), del disciplinare di gara, non potendo quest'ultimo ricorrere all'istituto dell'avvalimento, stante il divieto posto dalla disposizione di cui al par. 7 del disciplinare medesimo.

Sul punto, è d'uopo rilevare, *incidenter tantum*, l'illegittimità, *in parte qua*, della clausola del bando da ultimo indicata.

Al fine di meglio comprendere le ragioni sottese a siffatta conclusione, appare doveroso ricostruire brevemente l'istituto dell'avvalimento, anche alla luce della novella normativa di cui al D.lgs. n. 36/2023, applicabile *ratione temporis* al caso di specie.

Com'è noto, l'avvalimento assurge a istituto di soccorso che – a differenza del subappalto – opera nella fase pubblicistica della gara e consente, in ossequio al principio di libera concorrenza, la partecipazione alla gara anche al soggetto sprovvisto dei requisiti tecnici, economici e finanziari attraverso il “prestito” degli stessi da parte del soggetto avvalso che li possiede.

Trattasi, dunque, di un istituto di carattere generale, espressione di un principio di fonte comunitaria, applicabile a prescindere da espresse previsioni della *lex specialis* e che, in quanto tale, non può trovare limitazioni se non nei casi specificamente previsti dalla legge.

A tale ultimo riguardo, non va sottaciuto, per quanto qui di interesse, che l'art. 89, comma 4 del previgente Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs. n. 50/2016), riproduttivo dell'art. 63, par. 2 della direttiva 2014/24/UE, già prevedeva che, nell'ipotesi di appalti di lavori, servizi e operazioni di posa

in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le Stazioni Appaltanti potessero prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali fossero svolti direttamente dall'offerente o, nel caso di offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante ad esso.

Detta disposizione, pur riferendosi testualmente alla sola fase esecutiva dell'appalto ("*compiti essenziali direttamente svolti*"), tenuto conto della sua collocazione sistematica, è stata costantemente interpretata dalla giurisprudenza amministrativa nel senso che essa assurge ad un limite legalmente consentito all'utilizzo dell'istituto di *favor* in commento, volto a legittimare la Stazione Appaltante a prevedere nella documentazione di gara che talune attività, per le loro precipue caratteristiche, debbano essere necessariamente svolte dall'offerente o da un partecipante al raggruppamento, il quale deve così possedere in proprio i presupposti requisiti, non essendo ammesso il relativo prestito da parte di un operatore terzo rispetto alla procedura di gara.

La norma in commento è stata riproposta nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs. n. 36/2023), il quale, all'art. 104, comma 11, prevede specificamente che "*Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica quali strutture, impianti e opere speciali, siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento*".

Anche alla luce della nuova normativa di settore, dunque, l'amministrazione è legittimata ad introdurre nella *lex specialis* della gara d'appalto che intende indire, autolimitando il proprio potere discrezionale di apprezzamento, disposizioni atte a delimitare la platea dei concorrenti, onde consentire la partecipazione alla gara di soggetti particolarmente qualificati, in possesso di precipui requisiti di capacità tecnica e finanziaria, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito (Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655).

Trattandosi, tuttavia, di una norma eccezionale, volta a limitare l'utilizzo di un istituto ispirato al cd. *favor participationis*, essa va spiegata in un'ottica comunitariamente orientata; così, al fine di evitare artificiose e arbitrarie limitazioni alla concorrenza, la generica espressione "*taluni compiti essenziali*" in essa riprodotta, viene condivisibilmente interpretata dalla giurisprudenza in modo tale da favorire la massima partecipazione alla gara, e cioè nel senso di imporre alla Stazione Appaltante un onere di indicazione, anche sommaria, nella *lex specialis* di gara, di quelle specifiche e limitate

attività riservate all'aggiudicatario in via esclusiva, poiché caratterizzate da un elevato grado di specialità.

In altre parole, la facoltà riconosciuta alle Stazioni Appaltanti può essere esercitata previa idonea motivazione da cui emerga il carattere di essenzialità degli specifici compiti riservati, che deve derivare dalla particolare rilevanza qualitativa o quantitativa di alcune prestazioni (precipuamente indicate nel bando) rispetto all'oggetto complessivo dell'appalto (cfr. Parere ANAC in sede consultiva, n. 32/2023).

Senza considerare che una tale lettura ermeneutica si appalesa preferibile, *a fortiori*, anche alla luce di quanto previsto dalla lettera del "Bando tipo n. 1/2023" predisposto dall'ANAC, il quale, legittimando l'inserimento di una clausola limitativa dell'istituto dell'avvalimento, richiede la specifica descrizione dei compiti essenziali da svolgersi, ai sensi dell'art. 104, comma 11 del D.lgs. n. 36/2023, a cura dell'offerente, ovvero di un partecipante al raggruppamento nel caso di offerta da questo presentata.

Orbene, applicando le suesposte coordinate ermeneutiche al caso di specie, la clausola riprodotta al par. 7 del disciplinare di gara, nella parte in cui limita l'utilizzo dell'avvalimento per le operazioni di posa in opera nel quadro del più ampio appalto di fornitura, appare a questo Collegio illegittimamente apposta.

Ed invero, pur volendo ammettere che uno dei partecipanti al-OMISSIS-avrebbe dovuto possedere in proprio i requisiti tecnici ed economici presupposti allo svolgimento delle lavorazioni *de quibus*, la clausola *de qua*, limitandosi ad operare un mero rinvio esterno al menzionato art. 104, comma 11 del Codice dei Contratti Pubblici, e omettendo di descrivere, finanche sommariamente, i "*compiti essenziali*" che non possono formare oggetto di contratto di avvalimento e le ragioni di una tale previsione, non può che essere considerata, ai limitati fini del giudizio di cui è causa, *tamquam non esset*, determinando così la conseguenziale infondatezza della censura di cui al primo motivo del ricorso principale, stante la naturale possibilità per l'aggiudicatario di ricorrere all'utilizzo dell'istituto in parola per dimostrare il possesso del requisito richiesto dal par. 6.3, lett. a) della *lex specialis*.

A questo punto, è d'uopo procedere all'indagine circa la validità del contratto di avvalimento in concreto stipulato dal-OMISSIS-con la -OMISSIS-

Se è pur vero che il nuovo Codice dei Contratti Pubblici, disciplinando l'avvalimento, pone l'attenzione sul contratto avente ad oggetto il prestito dei requisiti, è altresì vero che l'art. 104 del D.lgs. n. 36/2023, a differenza del previgente art. 89 del D.lgs. n. 50/2016, non richiede più, a pena di nullità del contratto di avvalimento, la necessaria specificazione delle risorse e delle dotazioni tecniche messe a disposizione.

Ma, a tutto voler concedere, la più grave delle sanzioni non può certamente reputarsi legittima allorquando l'oggetto del contratto di avvalimento tecnico-operativo, seppur manchevole della specificazione dei mezzi prestati, risulti comunque in astratto determinabile, essendo sufficiente, ai sensi dell'art. 1346 c.c., che l'impegno dell'ausiliario sia munito dei necessari requisiti della determinatezza, o quanto meno della determinabilità; e ciò al precipuo fine di prevenire eventuali contestazioni nella fase di esecuzione tra l'appaltatore e l'ausiliario che possono frustrarne il buon esito.

Sul punto, la giurisprudenza, già nella vigenza del Codice dei Contratti Pubblici di cui al D.lgs. n. 50/2016, ha avuto modo di precisare che validamente l'oggetto del contratto di avvalimento può risultare determinabile "*per relationem*" sulla base del complesso delle risorse aziendali che valsero all'ausiliaria l'ottenimento del requisito prestato (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 26 ottobre 2023, n. 782; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 4 marzo 2022, n. 1458).

Come, invero, chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza del 4 novembre 2016, n. 23, tenuto conto della *ratio* sottesa all'introduzione dell'istituto dell'avvalimento, le disposizioni del Codice dei Contratti Pubblici vanno interpretate nel senso di non configurare la nullità del relativo contratto nell'ipotesi in cui una parte del suo oggetto, pur non essendo puntualmente determinata, sia tuttavia agevolmente determinabile.

E tanto, alla luce della novella normativa di settore, è viepiù coerente con il principio del risultato sancito dall'art. 1 del Codice dei Contratti Pubblici che, rappresentando l'attuazione dei principi di efficienza, efficacia ed economicità nel settore delle commesse pubbliche, impone una più ampia interpretazione del contratto di avvalimento che non soggiace a rigidi formalismi, *rectius* ad aprioristici schematismi concettuali volti ad irrigidire la disciplina sostanziale della gara (Consiglio di Stato, Sez. V, 30 marzo 2023, n. 3300; Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860).

In altri termini, la verifica di idoneità del contratto allegato ad attestare il possesso dei relativi titoli partecipativi va svolta in concreto, avuto riguardo al tenore testuale dell'atto e alla sua idoneità ad assolvere la precipua funzione assegnata all'istituto (Consiglio di Stato, 3 maggio 2017, n. 2022).

Ora, nel caso di specie, l'oggetto del contratto di avvalimento risulta certamente determinabile "*per relationem*" sulla base del complesso delle risorse aziendali che valsero alla -OMISSIS- per ottenere l'attestazione di qualificazione integrante il requisito di cui al punto -OMISSIS-, lett. a), della *lex specialis*.

Nel contratto *de quo*, invero, l'impresa ausiliaria, fornendo all'ausiliata tutte le risorse materiali o tecniche per eseguire l'appalto, si è impegnata a consentire l'utilizzo delle dotazioni tecniche e delle risorse (quali strutture per la costruzione di tribune prefabbricate, mezzi e personale specializzato), e cioè l'azienda - intesa come complesso produttivo unitariamente considerato e già "testato" per

eseguire le precedenti commesse - che le ha permesso di conseguire il richiesto requisito di qualificazione esperienziale.

In altre parole, dalla lettura dell'accordo in commento, risulta, a ben vedere, dimostrato che la messa a disposizione del requisito mancante non si risolve nel prestito di un valore puramente cartolare, *recte* astratto, ma nel totalizzante impegno dell'ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo all'ausiliata partecipante alla gara, al fine di permettere a quest'ultima di ottenere in via diretta l'attribuzione del requisito tecnico-esperienziale richiesto dal disciplinare.

A tanto si aggiunga che neppure la contestata mancanza della clausola di tracciabilità dei flussi finanziari si appalesa di per sé idonea ad inficiare la validità del contratto di avvalimento in questione. Sul punto basti richiamare l'orientamento giurisprudenziale, da cui questo Collegio non intende discostarsi, secondo cui il contratto di avvalimento, non essendo né un contratto di appalto né un subcontratto da questo derivato, non è riconducibile al disposto di cui all'art. 3, comma 1 della Legge n. 136 del 13 agosto 2010.

E ciò in quanto, a norma dell'invocata disciplina, volta ad introdurre disposizioni per la tracciabilità dei flussi finanziari con l'obiettivo di contrastare le infiltrazioni criminali nelle pubbliche commesse, sono da considerarsi assoggettati agli obblighi di tracciabilità unicamente il contratto di appalto, i contratti di subappalto e i subcontratti da questo derivati, stipulati dall'appaltatore con subappaltatori e fornitori e da questi ultimi con le imprese della cosiddetta filiera, che *“si intende riferita ai subappalti come definiti dall'art. 118, comma 11, del decreto legislativo 12 aprile 2006, 163, nonché ai subcontratti stipulati per l'esecuzione, anche non esclusiva, del contratto”* (art. 6, comma 2, d.l. 12 novembre 2010, n. 187).

Sicché il contratto di avvalimento, non rientrando in alcuna delle indicate tipologie contrattuali, intervenendo, peraltro, in una fase procedimentale nella quale non esistono ancora né appalto né appaltatore ma solo procedura di gara e concorrente, non è soggetto all'obbligo di inserimento della clausola di tracciabilità in questione.

Del resto, nel medesimo senso si è espressa anche l'ex AVCP con il parere di precontenzioso n. - OMISSIS- con il quale ha inteso precisare che il contratto di avvalimento non deve *“contenere l'indicazione sulla tracciabilità dei flussi finanziari in quanto gli obblighi di cui all'art. 3 della legge 136/2010, volti a prevenire infiltrazioni criminali, concernono una fase successiva a quella dell'ammissione alla gara e non riguardano i concorrenti non ancora appaltatori”*.

Ne consegue che, per i motivi suesposti, il secondo e il terzo motivo di ricorso principale, congiuntamente scrutinati, si appalesano privi di qualsivoglia fondamento.

Analogamente, il quarto motivo di gravame, afferente l'asserita carenza, in capo ai progettisti indicati in sede di offerta dall'aggiudicataria, della qualificazione richiesta dal par. 6.5 del disciplinare di gara

per gli appartenenti al cd. gruppo di lavoro, non è, ad avviso di questo Collegio, meritevole di un favorevole apprezzamento.

Con specifico riferimento al “*Responsabile del coordinamento ed integrazione tra le varie prestazioni specialistiche*”, indicato dal RTI aggiudicatario nella persona dell’ing. -OMISSIS- è appena il caso di rilevare che questo, risultando regolarmente iscritto a far data dall’-OMISSIS-nell’albo degli Ingegneri della Provincia di Caserta, possiede il requisito esperienziale richiesto dalla *lex specialis* (“*iscrizione al relativo Ordine Professionale con anzianità di almeno 10 anni*”).

Ma, a tutto voler concedere, pur avallando le considerazioni ermeneutiche svolte dalla ricorrente principale in merito alla necessaria iscrizione da più di dieci anni nell’albo dei laureati quinquennali o specialistici, ovverosia nella sezione A del relativo albo professionale, occorre constatare la pretestuosità dell’eccezione esaminanda, atteso che, all’evidenza, il progettista indicato risulta iscritto alla suddetta sezione a far data dal-OMISSIS- sicché l’eventuale differenza con il termine decennale richiesto dal bando si appalesa, in ogni caso, minima e, dunque, irrilevante ai fini dell’attribuzione del punteggio all’offerta tecnica presentata dal raggruppamento aggiudicatario, non assurgendo tale dato neppure a requisito essenziale e determinante per ottenere l’aggiudicazione.

Quanto, invece al dott.-OMISSIS-indicato quale “*Responsabile Geologo*”, chiaramente sprovvisto del richiesto requisito professionale di iscrizione decennale all’albo della categoria di appartenenza, rispetto alla proposta esclusione *tout court* del raggruppamento dalla gara, è da preferirsi una soluzione maggiormente aderente ai principi del risultato e di proporzionalità, cui si ispira il nuovo Codice dei Contratti Pubblici, volta cioè a consentire l’eventuale estromissione e/o sostituzione del progettista indicato privo dei necessari requisiti partecipativi (T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 28 febbraio 2024, n. 541).

Sul punto, anche a voler avallare l’orientamento giurisprudenziale più rigoroso, secondo cui è ammessa la sostituzione del progettista “non concorrente” nelle sole ipotesi in cui non si verifichi una modifica sostanziale dell’offerta (Consiglio di Stato, sez. V, 9 settembre 2024, n. 7496), non può non rilevarsi come tale circostanza non possa essere ritenuta sussistente in concreto, atteso che la *lex specialis* non prevede alcunché in ordine alla valutazione dei *curricula* dei progettisti indicati da parte della commissione giudicatrice e neppure attribuisce punteggi aggiuntivi all’offerente partecipante alla gara sulla scorta delle loro competenze o esperienze specificamente dimostrate.

In altre parole, nella descrizione degli elementi rilevanti ai fini dell’attribuzione del punteggio, non risulta determinante l’indicazione della specifica persona fisica (cioè la specifica risorsa umana) che svolgerà, almeno in parte, le prestazioni contrattuali, quanto, piuttosto, l’esperienza e la competenza che, in termini generali, le risorse che saranno impiegate potranno garantire e che le qualificano ad eseguire i lavori; sicché la modificazione soggettiva di uno dei progettisti indicati, avvenuta entro il

termine della stipula del contratto di appalto aggiudicato (sempre che ciò non comporti uno slittamento nell'esecuzione della pubblica commessa alla luce del principio del risultato) e volta a salvaguardare la partecipazione dell'operatore concorrente alla gara, non è di per sé idonea ad incidere, in senso modificativo, sull'entità dell'offerta previamente presentata.

Senza considerare che, in ogni caso, anche a voler ritenere che le dedotte irregolarità siano tali da comportare l'assegnazione di un punteggio diverso, *rectius* inferiore, rispetto a quello attribuito al raggruppamento aggiudicatario, non verrebbe comunque superata in senso favorevole per la ricorrente la cd. "prova di resistenza", giacché: lo scarto tra il punteggio ottenuto dall'offerta tecnica di-OMISSIS-(92,24) ed il punteggio complessivo attribuito al -OMISSIS- (-OMISSIS- la *lex specialis* di gara al par. -OMISSIS- prevede un punteggio pari ad un massimo di 3 punti per il gruppo di lavoro; decurtando, dunque, la totalità dei punti attribuibili con riferimento al sub-criterio 2.1, il secondo classificato rimarrebbe tale, stante la permanenza di uno scarto di punteggio attribuito alla sua offerta e a quella del primo classificato pari a 3,57 punti.

Per i motivi suesposti, anche detta censura non merita, dunque, accoglimento.

Con l'ultimo motivo di ricorso principale, la-OMISSIS-, censurando la valutazione di congruità effettuata dal RUP, ha dedotto l'asserita violazione, da parte del -OMISSIS-del principio di immutabilità dell'offerta, rilevando che quest'ultimo, nel corso del sub-procedimento di verifica di anomalia, avrebbe illegittimamente e capziosamente fatto lievitare il "costo della manodopera" indicato in seno all'offerta economica. Nello specifico, secondo l'assunto attoreo, il raggruppamento aggiudicatario avrebbe inizialmente allocato tra le "spese generali" parte del costo del lavoro, mutando solo successivamente la sua destinazione, operando un'inammissibile modifica dei "costi della manodopera" previamente indicati.

Anche tale censura non coglie, tuttavia, nel segno.

Anzitutto occorre precisare che la procedura di gara esitata con il provvedimento di aggiudicazione gravato ha ad oggetto l'affidamento di un Accordo Quadro per appalto misto di lavori, servizi di ingegneria, architettura e forniture.

Com'è noto, per Accordo Quadro si intende quell'accordo concluso tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici al fine di definire le condizioni generali per l'affidamento di successivi appalti per un determinato periodo di tempo (in particolare con riferimento ai prezzi e, se del caso, le quantità previste), cui seguono necessariamente i cd. "contratti attuativi", ovverosia i singoli contratti di appalto affidati in esecuzione dell'Accordo medesimo, nella misura richiesta al verificarsi delle relative esigenze.

Data la natura meramente programmatica dell'Accordo in questione, condivisibile giurisprudenza ha avuto modo di precisare che, essendo impossibile prevedere *ex ante* l'esatta quantificazione delle

single voci di costo che si riveleranno necessarie per l'esecuzione dei contratti di volta in volta conclusi, è sufficiente l'indicazione di un costo approssimativo della manodopera, da specificarsi successivamente nei cd. "contratti attuativi" a valle (*ex multis* Consiglio di Stato, Sez. V, 26 gennaio 2023, n. 909).

Ne consegue che, in applicazione delle superiori coordinate ermeneutiche, laddove l'aggiudicataria avesse specificato, *rectius* rettificato, solo nel corso del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, gli effettivi costi della manodopera da sostenere per eseguire il contratto affidato, non sarebbe certamente incorsa in una violazione tale da comportare l'immediata esclusione dalla gara della sua offerta.

Ma, a tutto voler concedere, pur aderendo all'orientamento più restrittivo secondo cui nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia non può, in nessun caso, modificarsi l'entità dell'offerta economica presentata, e dunque i costi della manodopera ivi indicati, occorre precisare che il-OMISSIS-non ha, come *ex adverso* sostenuto, modificato in aumento i costi *de quibus*, avendo unicamente proceduto ad una diversa allocazione di talune voci di costo, da scomputarsi dalla voce "spese generali" e da aggiungersi ai costi della manodopera correttamente indicati nell'offerta.

Ora, premesso che, secondo un recente arresto giurisprudenziale, l'allocazione dei costi della manodopera nella voce "spese generali" è da reputarsi ragionevole laddove la verifica in concreto della capienza di tale ultima voce di costo conduca ad un esito positivo (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 15 gennaio 2025, n. 666), va rilevato che un'operazione meramente "compensativa", ovvero "sostitutiva", non può di certo ritenersi, in assoluto, inammissibile nell'ambito di un procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Sul punto, basti richiamare la giurisprudenza granitica secondo cui in sede di verifica dell'anomalia, è consentita la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo per sopravvenienze di fatto o normative, ovvero al fine di porre rimedio a originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità dell'offerta economica in ossequio alla regola della immodificabilità dell'offerta stessa (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 21 marzo 2024, n. 1838).

E ciò in quanto il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; pertanto, la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo. L'esito della gara può, infatti, essere travolto solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economicamente non plausibile

e insidiata da indici strutturali di carente affidabilità a garantire la regolare esecuzione del contratto volta al perseguimento dell'interesse pubblico (Consiglio di Stato sez. V, 26 giugno 2024, n. 5626). Orbene, applicando le superiori coordinate ermeneutiche al caso di specie, premettendo che il giudizio del RUP sfugge al sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità, laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere (sub specie di difetto di motivazione, di illogicità manifesta, di erroneità nei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti), questo Collegio, non potendo procedere a una riconsiderazione atomistica di ogni singola voce contestata dal ricorrente in via principale, sostituendo, di fatto, la propria valutazione a quella della commissione all'uopo nominata (trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione), ritiene nel complesso ragionevole e attendibile l'*iter logico* seguito dall'organo amministrativo, al quale solo la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto.

E ciò tenuto altresì conto del fatto che il provvedimento del RUP non è neppure censurabile sotto il pur dedotto profilo del *deficit* motivazionale, atteso che l'obbligo di specifica motivazione da parte della Stazione Appaltante sussiste solo in caso di giudizio negativo e non nell'eventualità, come nel caso di specie, di esito favorevole (Consiglio di Stato, sez. V, 18 settembre 2024, n. 7629).

In definitiva, le giustificazioni prodotte dal -OMISSIS- che recano l'analitica indicazione delle voci di costo, si appalesano sufficientemente idonee a legittimare il giudizio positivo del RUP, oltre che a dimostrare l'infondatezza delle prospettazioni della ricorrente-OMISSIS-.

Stante il rigetto del ricorso principale, siccome integrato dai motivi aggiunti, per quanto già esposto in premessa, il ricorso incidentale escludente proposto dal -OMISSIS-, integrato dai relativi motivi aggiunti, non può che dichiararsi improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi degli articoli 42, comma 1 e 35, comma 1, lett. c) c.p.a., essendo evidente che l'interesse dell'aggiudicataria a proporre ricorso incidentale, al fine di contestare la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale, è venuto radicalmente meno avendo la stessa conservato il bene della vita già ottenuto, consistente nell'aggiudicazione della gara (*ex multis* T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 18 marzo 2025, n. 2263; Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 aprile 2021, n. 3094).

In definitiva, il ricorso principale, integrato dai motivi aggiunti, è respinto; il ricorso incidentale, integrato dai motivi aggiunti, è dichiarato improcedibile.

Nel rapporto processuale tra la ricorrente principale da un lato, e la controinteressata ricorrente incidentale, l'-OMISSIS-- -OMISSIS- e la Regione Campania dall'altro, le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

Diversamente, nel rapporto processuale tra la ricorrente principale da un lato, e il Comune di Salerno dall'altro, sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione Staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso principale in epigrafe proposto, come integrato dal ricorso incidentale proposto dal -OMISSIS-, così dispone:

- rigetta il ricorso principale, integrato dai motivi aggiunti;
- dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale, integrato dai motivi aggiunti;
- condanna la ricorrente alla rifusione delle spese in favore del -OMISSIS-, dell'-OMISSIS-- -OMISSIS-e della Regione Campania nella misura di euro 2.000 ciascuno, oltre accessori di legge, unitamente alla refusione del contributo unificato nella misura di quanto versato per la proposizione del ricorso incidentale;
- compensa le spese di lite tra la ricorrente e il Comune di Salerno.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato, anche di luogo, idoneo ad identificare enti o persone.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Laura Zoppo, Referendario, Estensore

Roberto Ferrari, Referendario