

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 9274 del 26 ottobre 2023

Concessioni – Ricorso finalizzato a rinnovare la gara – Può essere preferito e analizzato prima del ricorso volto ad annullare aggiudicazione

Publicato il 26/10/2023

N. 09274/2023REG.PROV.COLL.

N. 03022/2023 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 3022 del 2023, proposto da (...) in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento avente come mandanti (...) s.r.l. e (...) s.r.l.s, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...) rappresentati e difesi dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio (...);

contro

(...) s.p.a., non costituito in giudizio;

Ministero (...), (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

(...) s.r.l., (...) s.s.d.r.l. in proprio e quale mandataria del costituendo

raggruppamento avente come mandanti (...) s.r.l., (...) s.s.d.r.l. e (...) S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 3734/2023, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero (...) e di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2023 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la gara per l'affidamento in concessione avente ad oggetto la riqualificazione, valorizzazione e gestione economica del “Centro Ricreativo Dipendenti Difesa – Lungotevere Salvo D'Acquisto”, sito in Roma (CIG ...), la graduatoria finale di gara e la conseguente aggiudicazione della procedura all'operatore economico (...) s.r.l. (di seguito: “...”).

2. Con determinazione n. 117 del 2022 (...) s.p.a. ha approvato la graduatoria finale, prima (...) con 93,04 punti, seconda (...) ASD con 91,00 punti, terzo il raggruppamento avente come mandataria (...) SSD a r.l. con 85,63 punti e quarta (...) s.r.l. con 59,29 punti, e ha aggiudicato la gara alla prima classificata.

3. Con ricorso n. 9893 del 2022 (...) S.S.D. a r.l. (di seguito: “...”), in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con le società (...) s.r.l., (...) S.S.D. a r.l. e (...) s.r.l., ha impugnato gli atti di gara e in particolare:

- la nota di (...) s.p.a. prot. n. 2508/2022 del 30.6.2022 e della relativa nota di trasmissione a mezzo p.e.c. avente pari data, con cui veniva comunicato all'odierna

ricorrente l'esito della Procedura di gara per l'affidamento in concessione avente ad oggetto la riqualificazione, valorizzazione e gestione economica del “Centro Ricreativo Dipendenti Difesa – Lungotevere Salvo D'Acquisto”, sito in Roma, la graduatoria finale di gara e la conseguente aggiudicazione della procedura all'operatore economico (...), nonché di qualsiasi ulteriore atto relativo all'aggiudicazione definitiva della gara, ancorché non comunicato alla ricorrente e non conosciuto;

- la graduatoria finale della gara, della proposta di aggiudicazione e dei relativi verbali di gara;

- tutti gli ulteriori verbali di gara, se ed in quanto lesivi degli interessi della odierna ricorrente, ivi espressamente compresi quelli relativi alla definizione da parte della Commissione giudicatrice del procedimento di attribuzione dei punteggi sulla base dei criteri e sub-criteri di valutazione dell'offerta tecnica e delle relative valutazioni;

- la determinazione a contrarre prot. n. 168/2020, del bando di gara, del disciplinare di gara e di tutti i relativi allegati pubblicati sul sito istituzionale della stazione appaltante, ivi compresa la relazione illustrativa, se ed in quanto lesivi degli interessi dell'odierna ricorrente, per come infra specificato;

- ogni altro atto presupposto, conseguente o, comunque, connesso a quelli che precedono, se ed in quanto lesivo degli interessi dell'odierna ricorrente, ivi compresa la convenzione tra lo (...) e (...) s.p.a. richiamata negli atti di gara, ove stipulata.

Con lo stesso ricorso (...) ha chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato con la società aggiudicataria in seguito all'aggiudicazione della gara e nelle more della pubblicazione della decisione del presente ricorso.

4. (...) ASD (di seguito: “...”) ha presentato ricorso incidentale avverso i seguenti atti:

- la determinazione n. 117 del 2022 dell'Amministratore delegato di (...) s.p.A. di approvazione della graduatoria finale della gara e di aggiudicazione definitiva in

favore dell'operatore economico (...);

- le note comunicazioni di avvenuta “*aggiudicazione definitiva*”;

- la proposta di “*aggiudicazione definitiva*”;

- i verbali della commissione giudicatrice di gara (seduta pubblica e riservata) nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16 (e relativi allegati);

- il non conosciuto provvedimento di ammissione alla gara CIG (...) e alle relative fasi di valutazione dell'offerta del raggruppamento avente come mandataria (...);

- per quanto occorre possa, e nei limiti dell'interesse dedotto nel presente atto, il bando di gara, il disciplinare di gara (e relativi Allegati) e i chiarimenti resi dalla stazione appaltante in relazione alla procedura di affidamento CIG (...);

- ogni altro atto presupposto, conseguente o, comunque, connesso a quelli già impugnati ove lesivo degli interessi della ricorrente incidentale.

5. (...), in proprio e in qualità di mandataria del *costituendo* raggruppamento con le mandanti (...) s.r.l. e (...) s.r.l.s., ha presentato ricorso n. 10428 del 2022, impugnando:

- la determinazione n. 117 del 2022 dell'Amministratore delegato di (...) S.p.A. di approvazione della graduatoria finale della gara e di aggiudicazione definitiva in favore dell'operatore economico (...);

- le note comunicazioni di avvenuta “*aggiudicazione definitiva*” (note (...) n. 2511 del 30 giugno 2022, n. 2510 del 30 giugno 2022, n. 2507 del 30 giugno 2022 e n. 2508 del 30 giugno 2022);

- la proposta di aggiudicazione definitiva nella parte in cui contempla la (...) quale impresa prima in graduatoria;

- i verbali della commissione giudicatrice di gara (seduta pubblica e riservata) nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16 (e relativi allegati) nella parte in cui ammettono la (...) alla gara all'esito della verifica della documentazione amministrativa, assegnano alla (...) i punteggi tecnici ed economici e collocano la (...) in graduatoria provvisoria e/o nella proposta di aggiudicazione;

- il non conosciuto provvedimento di ammissione alla gara e alle relative fasi di valutazione dell'offerta della (...);
- le note (...) s.r.l. con le quali sono stati richiesti chiarimenti alla (...) (e consentita di fatto un'integrazione postuma dell'offerta) in merito al piano economico finanziario presentato e relativi riscontri pervenuti dall'operatore economico;
- il provvedimento di conclusione della fase di comprova dei requisiti generali e speciali eseguita in relazione alla (...);
- la nota (...) s.p.a. del 4 agosto 2020 relativa all'ostensione dei documenti richiesti in accesso da (...), nella parte in cui ha sostanzialmente negato l'accesso alla documentazione di comprova dei requisiti generali e speciali dichiarati nel DGUE da (...);
- ogni altro atto presupposto, conseguente o, comunque, connesso a quelli già impugnati ove lesivo degli interessi dell'odierna ricorrente incidentale.

Con il medesimo ricorso (...) ha chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto di concessione eventualmente stipulato con la (...), nonché la conseguente condanna della stazione appaltante al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione della concessione al raggruppamento avente come mandataria (...) e subentro nel contratto eventualmente stipulato con (...) ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati (con espressa riserva di quantificarli in corso di causa).

6. Il Tar, con sentenza 6 marzo 2023 n. 3634, ha deciso, quanto al ricorso n.9893 del 2022 proposto da (...), di accogliere, per quanto di ragione, il ricorso principale e, per l'effetto, annullare gli atti impugnati nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione e di dichiarare improcedibile per difetto di interesse il ricorso incidentale proposto (...) e, quanto al ricorso principale di (...) n. 10428 del 2022, di dichiararlo improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

7. (...), in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con

le mandanti (...) s.r.l. e (...) s.r.l.s., ha appellato la sentenza con ricorso n. 3022 del 2023.

8. Nel corso del giudizio si è costituito il Ministero (...).

9. All'udienza del 19 ottobre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

10. L'appello è in parte improcedibile e per la restante parte infondato.

11. Si riassumono i principali fatti processuali della presente controversia.

Il giudizio di primo grado ha avuto ad oggetto (a seguito di riunione):

- il ricorso principale di (...) (terza classificata), che ha impugnato gli atti di gara ai fini del relativo annullamento e della conseguente riedizione, integrale o parziale, della procedura di gara (ricorso n. 9893 del 2022);

- il ricorso incidentale escludente di (...) (seconda classificata), volto a dimostrare la carenza di legittimazione e interesse di (...) in ragione del fatto che quest'ultima avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara;

- il ricorso principale di (...) avverso l'aggiudicataria (...), finalizzato a ottenere l'aggiudicazione (n. 10428 del 2022).

11.1. Il Tar ha così deciso:

- ha accolto, per quanto di ragione, il ricorso n. 9893 del 2022 e, per l'effetto, ha annullato gli atti della gara controversa, così soddisfacendo l'interesse di (...) alla rinnovazione dell'intera gara;

- in particolare il giudice di primo grado, dopo avere deciso e motivato la prioritaria trattazione del ricorso di (...) n. 9893 del 2022, volto alla rinnovazione della gara, rispetto al ricorso di (...) n.10428 del 2022, finalizzato all'annullamento della sola aggiudicazione, e aver dato precedenza al ricorso di (...) n. 9893 del 2022 rispetto al ricorso incidentale escludente di (...), ha accolto il secondo motivo, con il quale la ricorrente ha dedotto l'illegittimità degli atti di gara (e in particolare del disciplinare) nella parte in cui si stabilisce di aggiudicare la concessione sulla base di un punteggio massimo complessivo pari a 100 punti, di cui 60 punti attribuibili per

l'offerta tecnica e 40 punti per l'offerta economica, e ha respinto gli altri due motivi di gravame svolti dalla ricorrente;

- ha dichiarato improcedibile per difetto di interesse il ricorso incidentale proposto (...);

- ha dichiarato improcedibile per difetto di interesse il ricorso principale di (...) n. 10428 del 2022 (la soddisfazione dell'interesse di (...) alla rinnovazione dell'intera gara assorbe l'interesse di (...) all'aggiudicazione della gara in ragione del preteso accoglimento del ricorso n. 10428 del 2022).

11.2. Il ricorso in appello presentato da (...) consta di due motivi:

- la censura, ai sensi dell'art. 101 comma 1 c.p.a., al capo della sentenza con il quale il Tar ha deciso di trattare prioritariamente il ricorso di (...) n.9893 del 2022 rispetto al ricorso incidentale escludente di (...), con annessa riproposizione, ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a., delle censure di primo grado (non esaminate dal Tar in quanto dichiarate improcedibili) avanzate in via incidentale da (...) e volte all'esclusione dalla gara del raggruppamento avente come mandataria (...);

- la censura, ai sensi dell'art. 101 comma 1 c.p.a., al capo della sentenza con il quale il Tar ha accolto il secondo motivo del ricorso introduttivo di (...) n. 9893 del 2022, annullando gli atti di gara, con annessa riproposizione, ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a., dei motivi del ricorso introduttivo n. 10428 del 2022, proposto da (...) e non esaminati dal Tar in quanto dichiarati improcedibili.

12. In via preliminare si rileva che l'esito del presente giudizio e, in particolare, l'improcedibilità (su cui *infra*) del motivo d'impugnazione con il quale è censurato il capo della sentenza del Tar di accoglimento del ricorso introduttivo di (...) e di annullamento degli atti di gara esime il Collegio dal valutare l'eventuale improcedibilità dell'appello in seguito all'avvenuta rinnovazione della gara (disposta dalla stazione appaltante in seguito alla pronuncia di primo grado, così come risulta dagli atti depositati dall'appellante in data 18 luglio 2023).

13. Con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella

parte in cui il Tar ha deciso di esaminare prioritariamente il ricorso principale (...) n. 9893 del 2022 rispetto a quello incidentale (...), concludendo per l'improcedibilità di quest'ultimo.

Di seguito l'appellante ha riproposto le doglianze di primo grado (non esaminate dal Tar in quanto dichiarate improcedibili) avanzate in via incidentale da (...) e volte all'esclusione dalla gara del raggruppamento avente come mandataria (...).

13.1. Il motivo è infondato.

Il Tar, decidendo di esaminare prioritariamente il ricorso n. 9893 di (...) rispetto al ricorso incidentale escludente di (...), ha privilegiato l'interesse sostanziale della terza classificata alla rinnovazione della gara rispetto all'interesse della seconda classificata all'esclusione dalla gara della terza classificata in funzione paralizzante dell'iniziativa giudiziaria di quest'ultima.

Il Collegio ritiene che detta impostazione sia in linea con le disposizioni della direttiva n. 89/665/CE, e in particolare con l'art. 1, che mira a consentire la proposizione di ricorsi efficaci contro le decisioni delle amministrazioni contrarie al diritto dell'Unione in materia di contratti pubblici.

Al riguardo la Corte di giustizia ritiene che non possa essere definito in rito (in senso ostativo) il giudizio sul ricorso proposto dalla seconda in graduatoria avverso l'aggiudicazione dell'appalto alla prima classificata allorquando l'offerta della parte attrice risulta, secondo la prospettazione della controinteressata spiegata con ricorso incidentale, da escludere (C. giust., sez. X, 5 settembre 2019, C-333/18, Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13 e 4 luglio 2013, C-100/12).

La Corte di giustizia ha così inteso evitare che il giudice possa dichiarare irricevibile un ricorso principale allorquando è presentato un ricorso incidentale paralizzante, non garantendo adeguata tutela giurisdizionale al ricorrente principale.

Deve quindi essere dapprima scrutinato il ricorso principale avverso l'aggiudicazione e poi il ricorso incidentale escludente.

Detta regola è stata dettata dalla Corte di giustizia con riferimento a casi nei quali si

confrontano un ricorso avverso l'aggiudicazione che miri all'esclusione e un ricorso incidentale escludente dell'aggiudicataria avverso il ricorrente (ricorsi reciprocamente escludenti).

Nel caso di specie il ricorso principale di (...) è volto alla rinnovazione della gara, non all'annullamento dell'aggiudicazione.

E la controversia vede confrontarsi la terza classificata, ricorrente principale, con la seconda classificata, ricorrente incidentale.

Dette circostanze non consentono di ritenere inapplicabile al caso di specie il suddetto orientamento della Corte di giustizia, con la conseguenza che correttamente il Tar ha posposto la trattazione del ricorso incidentale escludente, e paralizzante dell'iniziativa giudiziaria, in un momento successivo allo scrutinio del ricorso principale.

In termini generali infatti la Corte di giustizia ha costantemente affermato che, secondo le disposizioni dell'art. 1, paragrafi 1 comma 3 e 3 della direttiva n. 89/665/CE, affinché i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione possano essere considerati efficaci, devono essere accessibili a *“chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione”* (Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13).

In detta ultima fattispecie (*“sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione”*) rientrano i casi in cui l'interesse sostanziale alla proposizione del ricorso è, come nel caso del ricorso introduttivo di (...), la rinnovazione della gara.

Invero l'orientamento della Corte di giustizia sui rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale escludente in materia di appalti si è andato formando a partire dalla sentenza 4 luglio 2013, C-100/12 (richiamata sia indetta sentenza che nell'ordinanza di rimessione), con la quale è stata superata la pronuncia dell'Adunanza plenaria 7 aprile 2011 n. 4. E quest'ultima ha affrontato il tema proprio con riferimento alla posizione del ricorrente principale che allega l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura, in presenza di un

ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara.

Ma è con la sentenza del 2019 che la Corte di giustizia, nel ribadire il proprio orientamento, ha affermato che il principio, secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati in linea di principio equivalenti, si traduce, per i giudici investiti di tali ricorsi, nell'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso principale.

Tale principio risulta applicabile anche quando siano presenti altri soggetti in graduatoria, che non hanno presentato ricorsi. Ciò in quanto, qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato, *“l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa”* (CGUE, sez. X, 5 settembre 2019, C-333/18).

Pertanto, per la Corte di giustizia, la sola aspettativa della rinnovazione della gara, non derivante in via diretta dagli effetti (conformativi) della sentenza del giudice amministrativo è idonea a radicare l'interesse a ricorrere (pur in presenza di un ricorso incidentale escludente).

Nello stesso senso si è pronunciata l'Adunanza plenaria, considerando il suddetto orientamento della Corte di giustizia.

Essa ha statuito espressamente che l'interesse strumentale alla ripetizione della procedura, che si verifica nel caso in cui siano rimasti in gara unicamente due concorrenti e gli stessi propongano ricorsi reciprocamente escludenti, deve essere tutelato anche *“(anche in presenza di una pluralità di contendenti rimasti in gara), ove il ricorso principale contenga motivi che, se accolti, comporterebbero il rinnovo della procedura”*. In particolare l'Adunanza plenaria fa riferimento al caso in cui siano proposte censure avverso la *lex specialis* idonee, ove ritenute fondate, ad invalidare l'intera selezione evidenziale: *“in tali casi, si è raggiunta una piena concordanza di opinioni circa l'obbligatorietà dell'esame del ricorso principale, in quanto dall'accoglimento di quest'ultimo discenderebbe con*

certezza la caducazione integrale della gara e verrebbe così tutelato il subordinato interesse strumentale alla riedizione della procedura” (Ad. plen. ordinanza 11 maggio 2018 n. 6, di rimessione alla Corte di giustizia, che si è poi pronunciata con sentenza 5 settembre 2019, C-333/18, che ha confermato l'impostazione nei termini sopra riferiti).

Nel caso di specie il ricorso principale non mira all'esclusione dell'aggiudicatario ma direttamente (come in effetti è avvenuto) alla rinnovazione dell'intera gara.

Sicché se il Tar avesse prioritariamente scrutinato il ricorso incidentale paralizzante avrebbe potuto direttamente pregiudicare l'interesse del ricorrente principale alla rinnovazione della gara fondato in via diretta sugli effetti (conformativi) della sentenza di eventuale accoglimento.

Nella presente controversia quindi l'interesse alla rinnovazione della gara (di cui al ricorso principale di (...)) risulta ancora più concreto ed evidente rispetto al semplice auspicio di una futura, quanto eventuale, decisione dell'Amministrazione di bandire una nuova gara in caso di annullamento della partecipazione dell'aggiudicatario e del ricorrente principale (oggetto delle pronunce della Corte di giustizia).

Né rileva la presenza di altri soggetti nella graduatoria e il fatto che il ricorso incidentale non sia stato presentato dall'aggiudicatario in quanto la domanda principale, accolta dal Tar con sentenza qui appellata, è finalizzata alla rinnovazione della gara, così travolgendo anche la posizione dell'aggiudicatario, controinteressata nel presente giudizio, e degli altri soggetti presenti nella graduatoria impugnata.

La stessa Corte di giustizia ha avuto modo di precisare, persino in relazioni al giudizio riguardante due ricorsi reciprocamente escludente (e quindi a maggior ragione nel presente giudizio, atteso il bene della vita anelato da (...), riguardante appunto la rinnovazione dell'intera gara), che *“Il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno*

presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale” (Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13).

13.2. Non può quindi essere accolto il motivo d'appello esaminato, con la conseguenza che neppure può procedersi ad esaminare i motivi contenuti nel ricorso incidentale presentato in primo grado da Unione Rugby italiana (e qui riproposti).

Ne deriva la conferma della sentenza impugnata, sia in merito alla trattazione prioritaria del ricorso principale diretto alla rinnovazione della gara rispetto alla decisione sul ricorso incidentale paralizzante, sia in merito alla conseguente improcedibilità di quest'ultimo (non oggetto di specifica censura in appello).

13.3. Del resto, anche a ritenere che le circostanze che i ricorsi oggetto del presente giudizio non siano reciprocamente escludenti e che l'aggiudicataria non abbia presentato alcun ricorso escludano la presente controversia dall'ambito di applicabilità del principio sancito dalla Corte di giustizia, neppure l'utilizzo delle regole sulle condizioni dell'azione che caratterizzano il processo amministrativo consente di giungere a un diverso risultato.

Infatti, se la valutazione delle condizioni dell'azione e quindi anche dell'interesse a ricorrere deve precedere lo scrutinio di merito, prima di valutare l'ammissibilità sul punto del ricorso di (...) (terza in graduatoria) attraverso l'esame del ricorso incidentale escludente presentato da (...), andrebbe deciso il ricorso principale proposto da quest'ultima avverso l'aggiudicazione a (...), così da radicare l'interesse di (...) al mantenimento della (conquistata) aggiudicazione. E, come si illustrerà infra, le censure contenute nel ricorso di (...) n. 10428 del 2022 (qui riproposte con il ricorso in appello) sono infondate.

Sicché comunque, anche nel rispetto delle regole processuali ordinarie, il ricorso incidentale di (...) avrebbe meritato una pronuncia di rito.

14. Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella

parte in cui il Tar ha accolto il secondo motivo del ricorso introduttivo di (...), il n. 9893 del 2022, annullando gli atti di gara per mancato rispetto dell'art. 95 comma 10-*bis* del d. lgs. n. 50 del 2016, relativo al mancato rispetto del tetto massimo attribuibile al punteggio economico, individuato nel limite del 30 per cento.

14.1. L'interesse alla trattazione del motivo si attualizza a seguito dell'eventuale accoglimento dei motivi contenuti nel ricorso n. 10428 del 2022, proposto da (...) avverso l'aggiudicazione, dichiarati improcedibili dal Tar e riproposti in questa sede.

Ciò in quanto il bene della vita anelato in via principale dall'appellante (al quale sono finalizzati appunto i motivi riproposti del ricorso introduttivo n.10428 del 2022) consiste nell'ottenimento dell'aggiudicazione.

Il presente motivo di appello è volto a riformare la sentenza gravata nella parte in cui il Tar ha accolto il ricorso n. 9893 del 2022 presentato da (...) e annullato gli atti di gara, con conseguente rinnovazione della gara a opera della stazione appaltante.

L'appellante ha interesse a riformare il capo della sentenza che ha soddisfatto l'interesse strumentale (di (...)) alla rinnovazione della gara solo nel caso di accoglimento delle censure avverso l'aggiudicazione.

14.2. Detto motivo di appello sarà quindi scrutinato, in rito ed eventualmente nel merito, all'esito dell'esame delle censure dedotte con il ricorso introduttivo n. 10428 del 2022, proposto da (...), non esaminate dal Tar e riproposte dall'appellante con il ricorso in appello.

15. Devono quindi prioritariamente essere scrutinati i motivi contenuti nel ricorso introduttivo n. 10428 del 2022, non esaminati dal Tar e riproposti dall'appellante con il ricorso in appello, con i quali (...) ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di (...).

16. Con il primo motivo riproposto l'appellante ha dedotto illegittimità degli atti impugnato per il fatto che *“ammettono come valido il Piano Economico Finanziario*

prodotto in gara dalla Mapi S.r.l. e quindi, più in generale, la sua offerta economica la quale, peraltro, è valsa al concorrente il punteggio massimo di 30 punti per l'offerta di canone e di 10 punti per l'offerta di investimento”.

In particolare l'offerta economica presentata da (...) sarebbe contraddittoria, indeterminata e inaffidabile in quanto *“l'offerta di aumento percentuale sull'investimento minimo di € 2.250.000,00, dichiarata pari al 5% nell'offerta economica (e che doveva essere qualificata come aumento annuo, anche in considerazione a quanto indicato nel chiarimento n. 21 del 13/05/2021), in realtà non trova alcun riscontro nel relativo PEF”.*

“Dall'analisi del PEF allegato all'o.e. di (...), infatti, emerge chiaramente che l'investimento aggiuntivo presentato sia del 5% sul totale (ossia € 112.500,00) dell'investimento minimo previsto nei 19 anni e, quindi, pari allo 0,25% annuo (€5.921,05). Basti leggere p.1 del PEF:

“La (...) s.r.l. intenderà investire per le attività [...] un ammontare totale di Euro 2.362.500. L'incidenza dell'ammortamento annuo è di circa € 124.342 anni.” Ossia: Euro 2.250.000,00 (investimento minimo) + Euro 112.500,00 totali (€ 5.921,05l'anno)”.

16.1. Il motivo è infondato.

16.2. La censura è articolata in tre profili, che riguardano la certezza dell'offerta presentata da (...), nonché la sostenibilità e il punteggio ottenuto dalla stessa, oltre al richiamo al difetto di istruttoria.

16.3. Il Collegio ritiene che l'offerta di (...) sia determinata.

Essa è stata presentata sulla base del modulo predisposto dalla stazione appaltante e consta di due voci, una relativa all'aumento del canone e l'altra, qui in contestazione, relativa alla percentuale di aumento sull'investimento minimo di euro 2.250.000,00.

Con riferimento a detta ultima voce il modulo di presentazione dell'offerta consentiva l'inserimento della sola percentuale di aumento, avendo già compiutamente predefinito la formulazione della stessa. Sicché si legge nel documento presentato da Mapi, non diversamente dall'offerta presentata dall'appellante, che la società ha offerto *“l'aumento percentuale pari a 5% rispetto*

all'investimento minimo richiesto di euro 2.250.000,00".

(...), l'appellante e gli altri concorrenti hanno utilizzato lo stesso modulo di cui all'allegato 9, dichiarando la percentuale offerta.

In detto modulo non si legge, con riferimento alla voce dell'aumento sull'investimento minimo (e diversamente da quanto si legge con riferimento all'altra voce dell'offerta), la specificazione del parametro temporale annuo della percentuale offerta: è così l'offerta di (...) e anche l'offerta dell'appellante.

Nondimeno detto riferimento si trova nella *lex specialis*, in base alla quale:

- l'offerta reca "*l'aumento percentuale (E2) sull'investimento minimo di €2.250.000,00*";
- "*l'aumento dovrà essere effettuato per frazioni dello 0,5% fino ad un massimo del 5%, ogni 0,5% di aumento darà diritto ad un punto fino ad un massimo di 10 punti*";
- il rialzo dello 0,5% su € 2.250.000,00, corrispondente alla somma di €11.250,00 dovrà essere posta "*annualmente*" a disposizione per la finalità di cui sopra (punto 25.2 del disciplinare).

La stazione appaltante, pertanto, ha evidentemente ritenuto che la compilazione del modulo dalla stessa predisposta assicuri un'adeguata determinazione dell'offerta presentata. Ciò corrisponde alle regole generali di gara, in base alle quali è nell'offerta che deve essere individuato l'oggetto della proposta del partecipante alla gara.

Del resto, se il concorrente avesse ritenuto di trovarsi nell'impossibilità di quantificare il valore oggetto dell'offerta sulla base della *lex specialis* e del modulo alla stessa allegato, avrebbe dovuto tempestivamente impugnare la *lex specialis* in quanto immediatamente escludente. L'Adunanza plenaria ha infatti fatto rientrare nel *genus* delle "*clausole immediatamente escludenti*" i casi di "*bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta*" (26 aprile 2018 n. 4).

In ogni caso, il chiarimento n. 21 del 13 maggio 2021 ha ribadito la cadenza annuale dell'aumento percentuale sull'investimento minimo.

Posto che l'appellante non ha tempestivamente impugnato il bando di gara per tale

motivo, non può essere qui contestato che la *lex specialis* contenesse i dati fondamentali per formulare l'offerta in entrambe le sezioni di cui si compone, e quindi anche nella voce relativa alla percentuale di aumento sull'investimento minimo.

Del resto è la stessa parte appellante ad affermare che *“nell’offerta economica di cui all’allegato 9, (...) ha dichiarato di offrire il 5% di aumento percentuale annuo sull’investimento minimo di € 2.250.000,00”* (pag. 31 del ricorso in appello).

Pertanto deve intendersi che l'offerta presentata da (...) abbia ad oggetto l'aumento annuo del 5% sull'investimento minimo di € 2.250.000,00.

Né è sufficiente a deporre in senso contrario il contenuto del pef e quindi anche l'affermazione, contenuta nella parte introduttiva del pef, in base alla quale *“La (...) s.r.l. intenderà investire per le attività [...] un ammontare totale di Euro 2.362.500. L’incidenza dell’ammortamento annuo è di circa € 124.342 annui”*, così implicitamente indicando un aumento complessivo dell'investimento pari a € 112.500,00 totali e quindi a € 5.921,05 l'anno: il 5% offerto, in base alla tesi dell'appellante, sarebbe quindi complessivo e l'aumento annuo sarebbe pari solo allo 0,25% (con conseguenze anche sul punteggio attribuito).

Anche a ritenere che sussista un contrasto del pef con l'offerta economica così come presentata compilando l'allegato 9 al disciplinare non può che ritenersi prevalente quest'ultima atteso che la funzione di essa è unicamente quella di rappresentare con certezza il contenuto economico dell'offerta mentre il pef è deputato ad attestare la sostenibilità della medesima.

Il pef infatti *“è un documento che giustifica la sostenibilità dell’offerta e non si sostituisce a essa, ma ne rappresenta un supporto per la valutazione di congruità, per provare che l’impresa è in condizione di trarre utili tali da consentire la gestione proficua dell’attività”* (Cons. St., sez. V, 26 maggio 2020 n. 3348).

Nel caso di specie, peraltro, il riferimento annuale della percentuale offerta di aumento sull'investimento minimo è attestato anche dagli atti del procedimento e

dalla corrispondenza intercorsa tra la stazione appaltante e (...) nel corso della gara. In particolare, nel verbale 16 marzo 2022 n. 14 si dà conto della necessità di chiedere a (...) chiarimenti in ordine all'importo annuale corrispondente al 5% di aumento sull'investimento minimo, che deve essere "posto annualmente" a disposizione di (...) s.p.a.

Nella nota del 22 marzo 2022 trasmessa da (...) s.p.a. a (...) si legge il riferimento all'importo "*annuale di 112.500,00 euro, riferibile all'aumento del 5% proposto sull'investimento minimo di 2.250.000,00 euro*".

La risposta di (...) del 29 marzo 2022 contiene il riferimento all'importo "*annuale*" di 112.500,00 euro.

Nel verbale 10 maggio 2022 n. 15 si dà conto dell'"*aumento annuale del 5% sull'investimento minimo di euro 2.250.000,00*".

Tanto basta per ritenere l'offerta di (...) determinata nella misura del 5% annuo di aumento sull'investimento minimo di euro 2.250.000,00.

16.4. Detta misura di aumento, che costituisce la misura massima di aumento prevista nella *lex specialis*, è idonea a giustificare l'attribuzione all'offerta di (...) del punteggio (massimo) di dieci punti. Il disciplinare dispone infatti che "*l'aumento dovrà essere effettuato per frazioni dello 0,5% fino ad un massimo del 5%, ogni 0,5% di aumento darà diritto ad un punto fino ad un massimo di 10 punti*" (punto 25.2).

Quanto sopra consente quindi di superare il profilo di censura riguardante il punteggio attribuito all'offerta dell'aggiudicataria.

16.5. Si tratta ora di scrutinare il terzo profilo di censura, relativo alla sostenibilità dell'offerta.

Come già sopra anticipato a ciò è deputato in particolare il pef (Cons. St., sez. V, 26 maggio 2020 n. 3348).

Si premette in termini generali che le valutazioni svolte dalla Commissione sul pef "*sono espressione di un tipico potere di valutazione tecnica, riservato all'amministrazione concedente tendenzialmente insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di*

manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza” (Cons. St., sez. V, 4 febbraio 2022 n. 795).

Ai sensi dell’art. 183 comma 9 del d. lgs. n. 50 del 2016 nelle procedure finalizzate all’affidamento di concessioni con il sistema della finanza di progetto, le offerte devono contenere obbligatoriamente un “*piano economico-finanziario*” asseverato, preordinato a dimostrare la capacità del concorrente di eseguire correttamente la prestazione per l’intero arco temporale prescelto, attraverso la prospettazione di un equilibrio economico -finanziario di investimenti e connessa gestione, nonché il rendimento per l’intero periodo.

Il pef costituisce quindi lo strumento che consente all’Amministrazione di valutare l’adeguatezza dell’offerta e l’effettiva sostenibilità della stessa, in quanto illustra le modalità attraverso le quali essa supporta una gestione proficua dell’attività.

In tale prospettiva la legge di gara stabilisce che nella busta dell’offerta economica sia inserito il pef al fine di dimostrare “*la copertura degli investimenti offerti e sviluppo dell’iniziativa per il periodo di 19 anni di concessione*” e “*per il periodo di concessione gli investimenti, gli ammortamenti la remunerazione del capitale investito e la redditività dell’offerta*” e che esso deve essere redatto “*tenendo in considerazione sia gli investimenti proposti e gli oneri da sostenere*” (punto 24 del disciplinare).

La stazione appaltante ha quindi valutato la sostenibilità dell’offerta presentata in base al pef allegato all’offerta e ha al riguardo svolto istruttoria.

A tal fine essa ha richiesto dei chiarimenti con nota 22 marzo 2022, rappresentando che “*a seguito dell’ulteriore analisi del PEF prodotto da codesta Società e dei chiarimenti forniti con nota del 19 febbraio 2022, ha rilevato che non risulta individuabile il dato relativo all’importo annuale di € 112.500,00, riferibile all’aumento del 5% proposto sull’investimento minimo di € 2.250.000,00, per un onere complessivo di € 2.137.500,00 su 19 anni. Detto importo, come previsto dal disciplinare di gara, deve essere posto annualmente a disposizione di (...) S.p.A. e della (...) per la realizzazione di opere e servizi aggiuntivi a favore del Circolo in argomento*”.

(...), con nota 28 marzo 2022, ha evidenziato che *“l’importo annuale di Euro 112.500,00 riferibile al 5% proposto sull’investimento minimo di Euro 2.250.000,00 [...] è stato distribuito all’interno delle seguenti voci di costo del PEF e secondo le seguenti percentuali: 60% Acquisizione di servizi; 40% Spese generali”*.

La risposta resa non configura una modifica dell’offerta in quanto illustra come i dati richiesti siano inseriti nel pef presentato in gara, senza modificarlo.

La stessa Commissione di gara, nella seduta del 10 maggio 2022, ha specificato che i chiarimenti resi da (...) non alterano i valori già presenti nel pef (verbale n. 15).

Detta risposta è stata presa in considerazione e valutata dalla stazione appaltante, ritenendola sufficiente.

In particolare la Commissione ha ritenuto che *“dette giustificazioni, oltre a non alterare i valori già presenti nel PEF, possa essere considerata quale esplicitazione della relazione illustrativa del PEF”* e ha ritenuto che i pef presentati da tutti i concorrenti *“sono da considerarsi sostenibili e bancabili”*.

A fronte del giudizio reso dall’organo deputato a effettuarlo in base alla disciplina di settore, e quindi competente, e connotato da ampia discrezionalità tecnica, l’appellante non ha comprovato l’irragionevolezza della determinazione amministrativa.

Le voci richiamate dall’aggiudicataria, acquisizione di servizi e spese generali, appaiono infatti capienti e idonee a supportare la richiesta dell’Amministrazione di porle annualmente a disposizione di (...) s.p.a. e della (...) per la realizzazione di opere e servizi aggiuntivi a favore del Circolo in argomento. Ciò è previsto dal disciplinare (punto 25.2) ed è ribadito nella nota 22 marzo 2022.

Del resto, l’appellante assume che le due voci, acquisizione di servizi e spese generali, non sarebbero capienti rispetto ad altri servizi da acquisire o altre spese generali in quanto esse sarebbero state ridotte per ricomprendere l’aumento dell’investimento minimo, non essendo stata però comprovata l’asserita riduzione.

Anche la perizia di parte non è determinante sul punto in quanto si limita ad

argomentare in ordine a una pretesa modifica del criterio utilizzato nel pef per la stima delle spese generali (4% sui ricavi) e per la stima delle spese per servizi (5% sui ricavi), che negli anni successivi non sarebbe più stata seguita. Nondimeno detta argomentazione, oltre a non essere stata declinata esplicitamente da (...) ma dedotta in via empirica dal perito di parte, potendo quindi ammettere una qualche giustificazione in ordine alla diversa incidenza di dette spese nel corso del tempo, non è idonea di per sé sola a dimostrare l'insostenibilità dell'offerta.

Quanto al contenuto dello stato patrimoniale, l'appellante risulta avere articolato una censura che tende a mettere in dubbio la certezza dell'offerta più che la relativa sostenibilità, che comunque sconta la necessità di considerare che l'asserita differenza dell'importo del fondo ammortamenti indicato nello stato patrimoniale si riverbererebbe anche sulla somma indicata alla voce investimenti, così da non incidere necessariamente sulla complessiva sostenibilità dell'offerta e da rendere non sufficiente quanto argomentato sul punto dall'appellante.

16.6. Ne deriva che le allegazioni di parte appellante non sono sufficienti a superare il complessivo giudizio, connotato da discrezionalità tecnica, reso dalla stazione appaltante in punto di affidabilità dell'offerta e quindi a comprovare, sulla base del pef, l'incapacità dell'aggiudicataria di eseguire correttamente la prestazione per l'intero arco temporale prescelto, cioè l'adeguatezza dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione (Cons. St., sez. V, 2 settembre 2019 n. 6015).

16.7. Quanto sopra consente di ritenere infondato il motivo anche in punto di difetto di istruttoria e motivazione in quanto la sufficienza dell'istruttoria compiuta dalla stazione appaltante è attestata dal fatto che le determinazioni cui è pervenuta resistono ai rilievi di parte appellante, sicché non è comprovata la necessità di un ulteriore approfondimento istruttorio.

17. Con il secondo motivo riproposto l'appellante ha dedotto l'illegittimità dell'aggiudicazione in ragione dell'avvenuta asseverazione dell'offerta non da parte

di un noto istituto di credito.

17.1. Il motivo è infondato.

17.2. L'art. 183 comma 9 del d. lgs. n. 50 del 2016 dispone che il pef sia “*asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966*”, così dando una possibilità molto ampia di asseverazione del pef.

Il disciplinare richiede che il pef sia “*asseverato da un primario istituto di credito*” e prevede il requisito della firma del soggetto asseveratore a pena di esclusione.

Considerato che la previsione legislativa ha un ambito applicativo più vasto, garantendo una maggiore possibilità di scelta all'operatore economico e così agevolando la partecipazione alla gara, non vi è motivo per ritenere che la stazione appaltante abbia ritenuto di ridurre l'ambito dei soggetti competenti ad asseverare il pef, essendoci piuttosto ragioni di segno opposto, appunto fondate sulla necessità di ridurre adempimenti che aggravano le incombenze necessarie per partecipare alla gara, non sorrette da specifiche previsioni legislative.

Peraltro, nel caso di specie, il disciplinare prevede il requisito della firma del soggetto asseveratore a pena di esclusione. Pertanto la limitazione dei soggetti competenti ad asseverare il pef si riverbera anche sull'ammissibilità dell'offerta.

Anche in forza del principio di tassatività delle cause di esclusione, pertanto, la clausola del disciplinare richiede di essere interpretata in conformità del disposto normativo, che, altrimenti, determinerebbe un'ipotesi escludente non fondata su una previsione legislativa, quella dell'asseverazione e della firma del pef da parte di un soggetto diverso dal primario istituto di credito, pur ricompreso nella definizione di cui all'art. 183 comma 9 del d. lgs. n. 50 del 2016.

L'indicazione fornita dalla stazione appaltante deve essere interpretata alla luce della normativa e del *favor participationis*, sicché deve ritenersi consentita

l'asseverazione anche dei soggetti diversi dal primario istituto, purché richiamati dal disposto dell'art. 183 comma 9 del d. lgs. n. 50 del 2016.

In tal senso si è anche pronunciata (...), che, rispondendo a (...), ha affermato che il pef potesse essere asseverato anche da una società di revisione (mail del 24 giugno 2021).

17.3. Non è quindi sufficiente a ritenere illegittima l'aggiudicazione a favore di (...) il fatto che Società (...) s.r.l. (società che svolge attività di revisione ai sensi della legge n. 1966 del 1939), che ha asseverato il relativo pef, non sia un primario istituto di credito.

18. Con il terzo motivo riproposto l'appellante ha dedotto l'illegittimità dell'aggiudicazione in ragione del fatto che la controinteressata (...) non possiede il requisito minimo di capacità tecnica e professionale previsto dal disciplinare di gara, non avendo comprovato di avere svolto almeno *“un (1) servizio analogo a quello oggetto di gara per qualsiasi importo nella gestione di circoli sociali, ricreativi e/o di svago”*.

18.1. Il motivo è infondato.

18.2. Il disciplinare richiede quale requisito di capacità tecnica e professionale la dichiarazione di esecuzione di almeno un servizio analogo a quello oggetto di gara per qualsiasi importo nella gestione di circoli sociali, ricreativi e/o di svago (punto. 11.1.2 lett. b del disciplinare).

Lo stesso disciplinare individua l'oggetto della gara in tre servizi, riqualificazione, potenziamento e ammodernamento di strutture e impianti, gestione economica dei servizi sportivi e ricreativi e servizio bar e ristorazione (punto 1).

Dall'esame del DGUE dell'aggiudicataria (...) emerge come la concorrente abbia dichiarato di avere stipulato un contratto *“Servizio bar e preparazione pasti presso circolo ricreativo filarmonica del Whist di Torino”*.

L'aggiudicataria, a comprova della propria esperienza pregressa, ha prodotto una dichiarazione di Accademia Filarmonica Torino nella quale si legge che a far data dal primo novembre 2019 e a tutt'oggi *“svolge presso la sede della società del Whist –*

Accademia Filarmonica di Torino il servizio di preparazione pasti e bar della sala dei Soci ed in Foresteria, nonché tutti gli eventi che sono avvenuti nel Circolo. Così come stabilito nel contratto del 01.09.2019”.

Da detto documento emerge quindi che l’aggiudicataria ha svolto un’attività che presenta elementi di analogia con quella oggetto di gara.

L’analogia si apprezza in relazione all’ambito nel quale è resa l’attività, un circolo appunto, e alla tipologia di attività svolta, avente ad oggetto il servizio preparazione pasti, di bar e di gestione di tutti gli eventi del circolo.

E’ pur vero che non viene allegato il relativo contratto, essendo stato prodotto piuttosto il contratto di comodato con il quale la società Whist Accademia Filarmonica ha messo a disposizione di (...) i locali di cucina di sua proprietà.

Nondimeno nel preambolo del contratto si legge che (...) fornisce i pasti e il servizio di ricevimenti. Se ciò si aggiunge alla dichiarazione prodotta e alle fatture depositate si può ritenere che non sia irragionevole la decisione della stazione appaltante di ritenere comprovato il requisito.

19. Con ulteriore motivo riproposto l’appellante ha dedotto l’illegittimità dell’aggiudicazione in ragione del fatto che la controinteressata (...) avrebbe partecipato con un contratto di avvalimento indeterminato e quindi nullo.

19.1. Il motivo è infondato.

19.2. Il contratto di avvalimento ha ad oggetto il *“fatturato globale annuo non inferiore a € 1.500.000,00 (iva esclusa) riferito a ciascuno degli esercizi finanziari 2017-2018-2019 (a tale proposito non si farà riferimento al fatturato dell’anno 2020 in relazione agli eventi connessi al COVID-19) di cui: 1. almeno € 750.000,00 annui realizzati nel settore della gestione di impianti sportivi”.*

Si tratta innanzitutto di qualificare il requisito oggetto di avvalimento in termini di requisito economico finanziario o di requisito tecnico professionale, così da poter distinguere se l’avvalimento de quo costituisce un avvalimento di garanzia o un avvalimento operativo.

La richiesta di un volume di fatturato nel settore di attività oggetto dell'appalto è di regola afferente alla solidità economica dell'impresa, come è dato desumere dall'art. 83 comma 4 lett. a) del d. lgs. n. 50 del 2016.

Non può escludersi però che la stazione appaltante consideri il volume del fatturato in servizio analogo come indice di capacità tecnica se diretto ad accertare che la capacità di produrre ricavi nel settore sia derivante da una dotazione di risorse aziendali e di esperienza rilevante sul piano della corretta esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto (Cons. St., sez. V, 13 aprile 2022 n. 2784 e 10 marzo 2021 n. 2048).

Si tratta quindi di valutare la specifica legge della gara controversa.

Il disciplinare richiede quale requisito di partecipazione alla gara il *“fatturato globale annuo non inferiore a € 1.500.000,00 (Iva esclusa) riferito a ciascuno degli esercizi finanziari 2017 - 2018 - 2019 (a tal proposito non si farà riferimento al fatturato dell'anno 2020 in relazione agli eventi connessi al COVID-19) di cui: 1. almeno € 750.000,00 annui realizzati nel settore della gestione di impianti sportivi; 2. almeno € 300.000,00 annui realizzati nel settore della ristorazione”* (punto 11.1.2 lett. a).

Il requisito di cui al punto 11.1.2 lett. a è quindi composto dal fatturato globale annuo di € 1.500.000,00 e da due fatturati specifici, € 750.000,00 annui realizzati nel settore della gestione di impianti sportivi e € 300.000,00 annui realizzati nel settore della ristorazione.

Il fatturato globale annuo (di € 1.500.000,00) tipicamente rientra fra i requisiti di capacità economica e finanziaria: lo afferma l'art. 83 comma 4 lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016 e una giurisprudenza consolidata (Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2022 n. 10604).

Il tema si pone quindi in relazione al fatturato specifico, oggetto di numerose sentenze di questa Sezione che non lo hanno qualificato sempre in termini di requisito di capacità economica e finanziaria.

Il Collegio ritiene che, nel caso di specie, la legge di gara provveda a regolamentare

la richiesta del fatturato specifico nei termini indicati dall'art.83 comma 4 lett. c) del d. lgs. n. 50 del 2016 e quindi come requisito di capacità economica e finanziaria, potendo quindi prescindere dal confronto giurisprudenziale relativo alla qualificazione del requisito del fatturato specifico.

Detto requisito, nella sua complessità, che quindi comprende tutti e tre gli importi sopra indicati, e non solo il fatturato globale annuo di € 1.500.000,00 (che tipicamente rientra fra i requisiti di capacità economica e finanziaria), è espressamente qualificato dal disciplinare di gara in termini di requisito di capacità economica e finanziaria ed è distinto dal (diverso) requisito di capacità tecnica e professionale, indicato al punto 11.1.2. lett. b in termini di esecuzione di almeno un servizio analogo.

All'inequivoca qualificazione del disciplinare di detto requisito (composto da tre voci, fatturato globale annuo di € 1.500.000,00 e due fatturati specifici, € 750.000,00 annui e € 300.000,00) in termini di requisito di capacità economica e finanziaria si aggiungono ulteriori indici che depongono in tal senso.

Innanzitutto il fatturato specifico di € 750.000,00 annui realizzati nel settore della gestione di impianti sportivi è indicato come una parte del fatturato complessivamente richiesto, pari a € 1.500.000,00, che rientra, in quanto fatturato globale, nei tipici requisiti di capacità economica e finanziaria. In tal senso il primo partecipa della natura del secondo (essendo una parte del tutto).

L'intero requisito di cui al punto 11.1.2 lett. a, qualificato come requisito di capacità economica e finanziaria e composto dal fatturato globale annuo di € 1.500.000,00 e di due fatturati specifici, € 750.000,00 annui realizzati nel settore della gestione di impianti sportivi e € 300.000,00 annui realizzati nel settore della ristorazione, è oggetto di una disciplina, contenuta nella legge di gara, diversa da quella del requisito di cui al punto 11.1.2. lett. b.

I primi (di cui al punto 11.1.2 lett. a del disciplinare) possono essere *“posseduti e raggiunti anche cumulativamente in caso di partecipazione in forma associata”* (punto 14.3 del

disciplinare), laddove il requisito di cui al punto 11.1.2. lett. b deve essere posseduto dalla mandataria (punto 14.2 del disciplinare). Negli stessi termini, cioè richiedendo che il requisito di capacità tecnica e professionale sia posseduto dalla capogruppo mentre il requisito di capacità economica e finanziaria può essere integrato cumulativamente dai soggetti associati, dispone il punto 11.1.2 del disciplinare.

Nel dettare detta disciplina la legge di gara non distingue il fatturato globale annuo di € 1.500.000,00 dai fatturati specifici, € 750.000,00 annui realizzati nel settore della gestione di impianti sportivi e € 300.000,00 annui realizzati nel settore della ristorazione, così ritenendoli meritevoli di un comune regime, nell'implicita considerazione della comune natura.

Non vi sono pertanto indici interni alla legge di gara che lascino supporre che al fatturato specifico debba essere riconosciuta natura di requisito tecnico e professionale.

Piuttosto, nel caso di specie e con specifico riferimento alle *lex specialis* della gara qui controversa, l'espressa qualificazione contenuta nel disciplinare e gli altri indici richiamati attestano, sia dal punto di vista letterale, sia nell'economia dell'intera disciplina di gara, nel senso che l'intero requisito indicato nel punto 11.1.2 lett. a) sia un requisito di capacità economica e finanziaria, come previsto in termini generali anche dall'art. 83 comma 4 lett.a) del d. lgs. n. 50 del 2016. Non è sufficiente a deporre in senso contrario la FAQ n. 18 del 13 maggio 2021, nella quale si legge che *“E' possibile ricorrere all'avvalimento per la dimostrazione del requisito di cui al richiamato punto. Con l'occasione si evidenzia che il fatturato in argomento è “specifico” e ancorché rientrante nella dimostrazione della solidità economica dell'operatore economico, è considerato indice altresì di capacità tecnica intesa quale capacità di produrre profitti nel settore succitato sulla base di una dotazione di risorse e di esperienza rilevanti sul piano della corretta esecuzione delle prestazioni previste dal contratto. Alla luce di quanto esposto il contratto di avvalimento dovrà evidenziare anche tale peculiarità”*.

I chiarimenti della stazione appaltante sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando attribuiscono a una disposizione della *lex specialis* un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal legge di gara, cioè dal provvedimento che disciplina le regole di attuazione del principio di concorrenza (Cons. St., sez. III, 7 gennaio 2022 n. 64 e sez. IV, 15 dicembre 2020 n. 8031).

I chiarimenti infatti non possono modificare gli atti di gara, pena l'illegittima disapplicazione della *lex specialis* (Cons. St., sez. III, 27 dicembre 2019 n. 8873). Ciò in quanto non è consentito nemmeno all'Amministrazione disapplicare il regolamento imperativo della procedura di affidamento da essa stessa predisposto, e al quale la stessa, e tutti i partecipanti, deve comunque sottostare (Ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 9), pena la violazione delle regole di trasparenza e imparzialità che costituiscono il fondamento dei principi concorrenziali e dello stesso principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Nel caso di specie la FAQ n. 18, laddove contiene il riferimento alla capacità tecnica, va oltre all'ambito semantico della *lex specialis*, che appunto qualifica il requisito de quo come requisito di capacità economica e finanziaria. Esso è quindi modificativo della *lex specialis* mutandone il contenuto in punto di requisiti di partecipazione.

La stazione appaltante non avrebbe quindi in alcun modo potuto utilizzare la FAQ n. 18 al fine di giustificare un'esclusione che non trova fondamento nella legge di gara. E ciò anche in ragione del fatto che ai chiarimenti non è riconosciuta la natura di provvedimento amministrativo (Cons. St., sez. III, 7 gennaio 2022 n. 64), con la conseguenza che non si pone una questione di efficacia degli stessi fino ad annullamento.

Ne consegue che detta FAQ neppure può costituire parametro di legittimità della decisione della stazione appaltante di ammettere alla gara l'aggiudicatario.

Piuttosto la censura va scrutinata considerando che, come sopra illustrato, non si rinvencono indici interni alla legge di gara che lascino supporre che al fatturato specifico debba essere riconosciuta natura di requisito tecnico e professionale e che la *lex specialis* attesta invece (ed espressamente) che si tratta di un requisito di capacità economica e finanziaria.

Il contratto di avvalimento speso da (...) per comprovare il possesso del requisito è quindi un contratto di avvalimento di garanzia.

In base a una consolidata giurisprudenza, infatti, la natura del requisito determina, senza soluzione di continuità, la qualificazione del contratto di avvalimento utilizzato per provarlo (Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2022 n.10604, 13 aprile 2022 n. 2784 e 26 novembre 2018 n. 6693).

Ed è l'avvalimento di garanzia, non quello operativo, “*che ha ad oggetto i requisiti di carattere economico-finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico*” (Cons. St., sez. III, 4 gennaio 2021 n. 68).

Non è sufficiente a deporre in senso contrario la clausola del disciplinare, riferita all'avvalimento, in base alla quale “*il contratto non dovrà limitarsi ad indicazioni generiche circa la messa a disposizione a favore dell'operatore economico delle risorse da parte dell'impresa ausiliaria, ma dovrà precisare sia i dati quantitativi che qualitativi del personale e delle attrezzature che verranno messi a disposizione, sia le modalità attraverso le quali tale messa a disposizione verrà attuata, nonché ogni altro elemento utile ai fini dell' avvalimento*” (punto 15).

Detta clausola non può essere interpretata nel senso che richieda un contratto di avvalimento operativo per comprovare la sussistenza del requisito di capacità economica e finanziaria sopra esaminato.

Si impone piuttosto di interpretare la clausola nel senso di non renderla contraddittoria con l'intera disciplina della *lex specialis*, che qualifica il requisito *de quo* in termini di requisito di capacità economica e finanziaria, con la conseguenza che l'avvalimento avente ad oggetto il medesimo è da qualificare come avvalimento di garanzia.

La relazione che intercorre fra i due termini, tipologia di requisito e relativo contratto di avvalimento, si ripercuote infatti direttamente sull'ammissibilità in gara dell'offerta.

Nel caso in cui l'operatore economico interessato alla partecipazione alla gara sia carente di un requisito di capacità economica e finanziaria ciò di cui la stazione appaltante deve assicurarsi è l'impegno dell'impresa ausiliaria a garantire l'impresa ausiliata nei confronti della stazione appaltante tramite la messa a disposizione della solidità economica e finanziaria (Cons. St., sez. V, 16 giugno 2021 n. 4651).

Ed è con l'avvalimento di garanzia che l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, rassicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento.

Atteso che non è dubitabile che per l'attestazione di un requisito di capacità economica e finanziaria attraverso l'ausilio di un soggetto diverso dal partecipante alla gara sia sufficiente (e necessario) un avvalimento di garanzia, non può essere gravata la partecipazione alla gara dalla richiesta di un contratto di avvalimento operativo, avente contenuti ultronei, in mancanza dei quali sia disposta l'esclusione dalla procedura competitiva.

Risulta quindi non necessario, nel caso in cui l'offerente sia carente di un requisito di capacità economica e finanziaria e intenda avvalersi dell'ausilio di un terzo, comprovare, attraverso l'avvalimento, anche la concreta messa a disposizione di mezzi e risorse, oggetto del (diverso) contratto di avvalimento operativo, nel quale devono essere specificamente indicati mezzi e risorse indispensabili per l'esecuzione dello stesso (Cons. St., sez. V, 16 giugno 2021 n. 4651).

Richiedere un avvalimento operativo (che attesta la messa a disposizione di mezzi e risorse) per l'attestazione di un requisito di capacità economica e finanziaria significherebbe imporre un onere non proporzionato al fine perseguito (assicurare la solidità finanziaria dell'offerente carente del requisito di capacità economica e

finanziaria). Con la conseguenza che l'esclusione per il mancato adempimento di detto eventuale onere (la messa a disposizione di specifici mezzi e risorse) non risponderebbe alla necessità che sia comprovata la sussistenza del presupposto mancante (la solidità economica e finanziaria) per una corretta esecuzione del contratto oggetto di gara, risultando pertanto la richiesta priva di *ratio* e quindi inutilmente gravosa.

In base al principio di proporzionalità infatti *“le norme destinate a specificare le condizioni di applicazione dell'articolo 57 di tale direttiva, non devono andare oltre quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi previsti da questa stessa direttiva”* (CGUE, 30 gennaio 2020, C395/18).

L'imposizione di un onere non necessario, rendendo più gravoso l'utilizzo dello strumento dell'avvalimento, finirebbe infine per tradire la stessa funzione proconcorrenziale dell'istituto.

La possibilità infatti, per un offerente, di avvalersi delle capacità di uno o più soggetti terzi in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri fissati da un'amministrazione aggiudicatrice *“è conforme all'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici”*. Inoltre, *“essa è anche idonea a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici”* (CGUE, sez. I, 14 settembre 2017, C223/16).

La disciplina sui contratti pubblici riconosce *“ad ogni operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, purché dimostri all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari per eseguire tale appalto”* (CGUE, sez. V, 10 ottobre 2013, C94/12).

In detta prospettiva la clausola sopra richiamata deve essere interpretata nel rispetto dell'intera *lex specialis*, che qualifica il requisito *de quo* in termini di requisito di capacità economica e finanziaria, con la conseguenza che il relativo avvalimento è un avvalimento di garanzia.

Del resto la clausola non impone che, in caso di avvalimento avente ad oggetto un requisito di capacità economica e finanziaria, debbano essere indicati, oltre alle risorse appunto economiche e finanziarie, anche altri mezzi. Ciò in quanto nell'avvalimento di garanzia l'impresa ausiliaria diviene un supporto dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario (Cons. St., sez. V, 14 gennaio 2022 n. 257 e 4 gennaio 2021 n. 68). Sicché ciò che rileva sono le risorse di questa natura, in tal senso dovendosi interpretare la richiesta di specificità di cui è espressione la clausola.

E, anche ritenendo che residui un margine di opinabilità nell'interpretazione della clausola, in ogni caso soccorre il principio del *favor participationis*, così giungendo al medesimo risultato interpretativo di ritenere l'avvalimento in esame come un avvalimento di garanzia.

Non è quindi rilevante, nel caso di specie, nel quale l'avvalimento è funzionale a conseguire il requisito di capacità economica e finanziaria ed è quindi un avvalimento di garanzia, che siano specificatamente indicati i beni patrimoniali o gli indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria (Cons. St., sez. III, 4 gennaio 2021 n. 68). Sulla base di quanto finora affermato, “*dalla natura di requisito afferente alla solidità economica dell'operatore deve desumersi che in caso di avvalimento non era necessaria la specificazione dei mezzi aziendali messi a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto*”, “*secondo lo schema dell'avvalimento di garanzia invalso presso la giurisprudenza amministrativa, in contrapposizione a quello operativo*” (Cons. St., sez. V, 26 novembre 2020 n. 7436)

Il che è quanto avvenuto nel caso di specie, nel contratto di avvalimento (di garanzia) sottoscritto da (...) con la (...) SSD r.l. in data 10 giugno 2021.

Tanto basta per ritenere infondato il motivo d'appello, senza necessità di valutare la facoltà, o meno, della stazione appaltante di richiedere un avvalimento operativo in relazione a un requisito di capacità economica e finanziaria e l'eventuale invalidità di una clausola siffatta, che sconta la necessità di tenere conto del

costante orientamento della giurisprudenza amministrativa in punto di qualificazione dell'avvalimento avente ad oggetto i requisiti di capacità economica e finanziaria in termini di avvalimento di garanzia, il principio di tassatività delle cause di esclusione e l'inquadramento dell'istituto dell'avvalimento in funzione proconcorrenziale.

20. In conclusione, sono infondati i motivi (contenuti nel ricorso introduttivo n. 10428 del 2022 dichiarato improcedibile dal Tar) riproposti con l'atto di appello. Sicché deve essere respinta la domanda volta ad annullare l'aggiudicazione disposta in favore di (...).

21. Viene quindi meno l'interesse di (...) alla trattazione del secondo motivo di appello.

Ciò in quanto il bene della vita anelato in via principale dall'appellante (al quale sono finalizzati appunto i motivi riproposti del ricorso introduttivo n.10428 del 2022) consiste nell'ottenimento dell'aggiudicazione.

Il secondo motivo di appello è volto a riformare la sentenza gravata nella parte in cui ha accolto il ricorso n. 9893 presentato da (...) e annullatogli atti di gara, con conseguente rinnovazione della gara a opera della stazione appaltante.

L'appellante ha interesse a riformare il capo della sentenza che ha soddisfatto l'interesse strumentale (di Just Padel) alla rinnovazione della gara solo nel caso, che non si è inverato, di accoglimento delle censure avverso l'aggiudicazione.

La reiezione della domanda di annullamento dell'aggiudicazione fa venir meno, come dichiarato dalla stessa Unione Rugby Capitolina, l'interesse dell'appellante alla riforma della sentenza nella parte in cui ha annullato gli atti di gara dando luogo alla rinnovazione della stessa, cui l'appellante ha dichiarato di aver presentato domanda di partecipazione.

21.1. Il motivo d'appello è pertanto improcedibile.

17. In conclusione l'appello è in parte improcedibile e per la restante parte infondato, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

18 La particolarità e la novità della questione giustificano la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), lo dichiara, in parte, improcedibile e per la restante parte lo respinge, confermando, per l'effetto, la sentenza impugnata.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO