

## **Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 4196 del 16 maggio 2025**

Appalti di servizi – Commissari di gara – Competenza ed esperienza riferite ad aree tematiche omogenee al contratto

Pubblicato il 16/05/2025

**N. 04196/2025REG.PROV.COLL.**

**N. 00291/2025 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 291 del 2025, proposto da Comune di (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), (...), rappresentato e difeso dall'Avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Consorzio (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Centrale Unica di Committenza del Comune di (...), (...), (...), non costituiti in giudizio;

Consorzio (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e

difeso dagli Avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima) n. 00004/2025, resa tra le parti.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 maggio 2025 il Cons. Francesca Picardi; preso atto dell'istanza congiunta di passaggio in decisione della causa senza discussione, presentata dagli Avvocati (...), (...), (...) e (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Il Consorzio (...) ha impugnato, con due distinti ricorsi riuniti (n. 189 e n. 190 del 2024), in cui ha formulato identici motivi, a cui sono seguiti in corso di causa motivi aggiunti, la determina dirigenziale del Comune di (...), con cui è stata indetta la gara per la gestione dei servizi educativi ed ausiliari degli asili nido e della scuola di infanzia comunale, divisa in due lotti, oltre a tutti gli atti conseguenti (in particolare, con il primo ricorso, l'aggiudicazione del lotto 2 e, con il secondo, quella del lotto 1, al Consorzio (...), costituendo r.t.i. con la (...)) e a quelli presupposti (ad esempio, l'atto relativi al soccorso istruttorio attivato nei confronti della seconda classificata - (...) - rispetto al Lotto 1), chiedendo altresì la dichiarazione di inefficacia dei **contratti** e l'accertamento del suo diritto a conseguire l'aggiudicazione.

In sintesi la ricorrente ha lamentato con ciascun ricorso, riguardo al rispettivo lotto, che:

a) la legge di gara non avrebbe previsto il maggior punteggio da attribuire al fine di promuovere la parità di genere ai sensi degli artt. 108, comma 8, e 57 del d.lgs. n.

36 del 2023; nei documenti di gara non sarebbero state inserite le clausole di revisione prezzi ai sensi dell'art. 60, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023 e una specifica clausola dello schema di contratto avrebbe addirittura escluso “revisioni durante il periodo di durata del contratto”;

c) i tre membri della Commissione giudicatrice, sebbene forniti di competenze giuridiche, non sarebbero stati però muniti di competenze “anche educative e pedagogiche” tali da farli assurgere ad “esperti nello specifico settore” nei termini richiesti dall'art. 93, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023 e, comunque, sono stati nominati, inoltre, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, in violazione dell'art. 93, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023;

d) per entrambi i lotti, l'importo fissato dalla stazione appaltante per il costo della manodopera sarebbe stato sottostimato e incongruo in forza dell'entrata in vigore, dal 5 marzo 2024, del nuovo CCNL delle cooperative sociali, che renderebbe “impossibile coprire i costi per il personale, nonché gli oneri aziendali obbligatori ex art. 108 d.lgs. 36 del 2023 per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ed ottenere una remunerazione tenendo conto degli aumenti sui costi del lavoro, recepiti dalle Tabelle Ministeriali approvate con decreto n. 30 del 2024”.

Con i successivi motivi aggiunti, all'esito dell'accesso agli atti, la ricorrente ha lamentato, nella gara relativa al Lotto 1, la mancanza in capo alla seconda classificata della regolarità fiscale; nella gara relativa al Lotto 2, l'assenza, in capo all'aggiudicataria, dei requisiti di cui all'art. 5, lett. e/d del disciplinare per la insufficiente messa a disposizione da parte della cooperativa (...); con riferimento ad entrambe le gare, la violazione degli artt. 17, 99 e 100 del d.lgs. n. 36 del 2023, in quanto il possesso dei requisiti in capo all'aggiudicataria non sarebbe stato verificato con le modalità prescritte dall'art. 5, comma 1, del disciplinare; l'aleatorietà dell'utile previsto dall'aggiudicataria, destinato a essere azzerato per effetto della sottostima dei costi del personale, così da risultare la sua offerta in

perdita.

2. La resistente e le controinteressate hanno eccepito l'inammissibilità, irricevibilità ed infondatezza dei motivi formulati.

3. Il T.a.r., escluso l'onere di immediata impugnazione con riferimento alle clausole del bando denunciate, in quanto prive di portata immediatamente ed inequivocabilmente escludente, e con riferimento alla nomina della commissione, in quanto atto privo di effetti immediatamente lesivi, ed affermato l'interesse della terza classificata alla formulazione di motivi diretti ad invalidare l'intera procedura, con conseguente riedizione della gara, ha esaminato ed accolto, in virtù del principio della ragione più liquida, il motivo avente ad oggetto l'incompetenza della commissione giudicatrice, con conseguente assorbimento di tutti gli altri.

Più precisamente il giudice di primo grado ha evidenziato che il disciplinare di gara ha previsto l'assegnazione discrezionale del 68,75% del punteggio conferibile alle offerte tecniche e ha conseguentemente ritenuto imprescindibile la verifica rigorosa della marcata specializzazione dei commissari in ordine alle esigenze dei bambini sino a sei anni. Alla luce di tale premessa ha escluso che nella commissione, pur munita di non trascurabili competenze generali, fosse assicurata la prevalente presenza di membri esperti nelle basilari competenze psicologiche, pedagogiche e pediatriche (neppure per tematiche omogenee), necessarie per poter valutare in modo adeguato offerte consistenti in progetti educativi propri degli asili nido e delle scuole di infanzia. Nella sentenza si legge in proposito: "dai curricula dei componenti della Commissione giudicatrice non emerge una specifica competenza nel settore avente ad oggetto i servizi educativi e ausiliari propri degli asili nido e della scuola dell'infanzia. I tre componenti, pur avendo una serie di esperienze professionali tali da farne apprezzare la conoscenza della materia degli appalti **pubblici**, sono rispettivamente: un Segretario comunale, laureato in giurisprudenza nel 1985, in servizio dal 1989 (cfr. il curriculum del Presidente della Commissione, allegato n. 7 alla produzione della parte ricorrente del 10 luglio

2024); un Dirigente del Comune di (...) in servizio dal 2014, attualmente impiegato nel settore area servizi alla persona, cultura e sport, laureato in giurisprudenza nel 1996 e specializzato - tra l'altro - anche in psicologia, con pregressa esperienza come giudice monocratico e funzionario amministrativo, nonché impiegato nel settore dei servizi sociali e dell'istruzione (cfr. il curriculum del commissario, allegato n. 8 alla produzione della parte ricorrente del 10 luglio 2024); un Istruttore Direttivo Servizi Legali - Funzionario Avvocato, in servizio nel settore Avvocatura-Servizio Legale del Comune di (...) dall'ottobre 2022, laureata in giurisprudenza nel 2005, specializzata nelle professioni legali nel 2007, avvocato dal settembre del 2009, la quale ha ottenuto nel 2020 i "24 CFU" in ambito antro-po-psi-co-pedagogico ai fini dell'insegnamento, effettivamente espletato dal novembre 2021 al giugno 2022 presso scuole secondarie di secondo grado in materie giuridiche economiche e di sostegno (cfr. il curriculum del commissario, allegato n. 9 alla produzione della parte ricorrente del 10 luglio 2024)..... il Collegio rileva che nel caso di specie la Commissione, pur munita di non trascurabili competenze generali, non può reputarsi legittimamente composta, non potendo dirsi in alcun modo prevalente la presenza, in essa, di membri esperti nelle basilari competenze psicologiche, pedagogiche e pediatriche (neppure per tematiche omogenee), necessarie per poter valutare in modo adeguato offerte consistenti in progetti educativi, e conseguentemente anche l'organizzazione e la programmazione dei servizi riguardanti la gestione delle specifiche attività proprie degli asili nido e delle scuole", tenuto conto, peraltro, del capitolato speciale di appalto e del disciplinare di gara, in cui è prevista l'attribuzione di 55 punti su un totale di 80 per l'offerta tecnica, "la cui valutazione richiede una competenza in materia di servizi di asilo nido e scuola di infanzia, ben più specifica di una semplice specializzazione nel campo dell'istruzione e della psicologia, trattandosi ... dell'organizzazione di peculiari servizi da erogare per l'età infantile". In particolare, il giudice di primo grado ha sottolineato che il presidente della

commissione non ha alcuna esperienza, neppure indiretta nel campo dell'educazione dei bambini in tenera età; il componente con la qualifica di "istruttore direttivo dei servizi legali" ha esperienze nel campo della formazione, non solo brevi e marginali rispetto alla carriera di avvocato, ma riferite a scuole secondarie di secondo grado ed a materie giuridiche/economico e di sostegno; il componente con qualifica di dirigente nell'area servizi alla persona, cultura e sport, ha esperienze eterogenee, di cui solo una ("comitato scientifico per i servizi di istruzione e adempimento dell'obbligo formativo"), connessa al mondo dell'istruzione, ma, comunque, non della scuola d'infanzia, e titoli conseguiti presso la Facoltà di Psicologia di Firenze, in materie estranee alla dimensione infantile.

4. Avverso tale sentenza ha proposto appello il Comune di (...), deducendo: 1) l'erroneità della sentenza per avere respinto l'eccezione di irricevibilità del ricorso, in violazione dell'art. 120, secondo comma, c.p.a., tenuto conto che, nel caso di specie, la ricorrente si duole dell'illegittima composizione della commissione senza prospettare alcun legame tra tale aspetto e la valutazione di merito operata, per cui il dies a quo per la proposizione della doglianza, formulata nel ricorso notificato in data 24 giugno 2024, va individuato, al più tardi, nel 28 agosto 2023 (data di insediamento della commissione, il cui atto di nomina è stato pubblicato in data 25 agosto 2023 nell'albo pretorio); 2) l'erroneità della sentenza per non avere rilevato l'inammissibilità della censura avente ad oggetto l'illegittimità della nomina della commissione, non avendo la ricorrente dimostrato l'impatto dell'asserito vizio sulla valutazione della propria offerta; 3) l'erroneità della sentenza per avere ritenuto fondato il vizio eccepito in ordine alla nomina della commissione, atteso che i membri della commissione hanno articolata e specifica competenza nelle aree tematiche della gara, mentre non è necessaria una competenza riferita alle specifiche attività oggetto dell'appalto.

5. La originaria ricorrente si è costituita, contestando la fondatezza dell'appello e

riproponendo tutti i motivi assorbiti, oltre alla domanda di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, ed, in subordine, in caso di impossibilità del risarcimento in forma specifica, per la declaratoria di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione e degli atti gravati, mentre la controinteressata (...) ha aderito all'appello del Comune, riproponendo le eccezioni già formulate, ma assorbite in primo grado. Il Comune ha eccepito l'inammissibilità della riproposizione dei motivi, da parte della ricorrente, asserendo la necessità di appello incidentale a fronte di un rigetto implicito. Non si è, invece, costituita, pur ritualmente evocata in giudizio, Nasce un sorriso cooperativa sociale.

6. Rigettata l'istanza cautelare all'udienza del 30 gennaio 2025, la causa è passata in decisione all'udienza del 6 maggio 2025, previsto deposito di ulteriori memorie difensive di tutte le parti costituite. Per completezza deve ricordarsi che la (...) ha eccepito "l'inammissibilità della memoria depositata dal Consorzio (...) nella parte in cui invoca la riforma della sentenza perché il Tar non avrebbe valutato la competenza dei commissari conseguente alla presunta partecipazione a commissioni di gara", trattandosi di una censura che non è riconducibile a quelle del Comune e che avrebbe dovuto essere proposta con appello (vedi memoria del 18 aprile 2025); l'inammissibilità dell'eccezione, formulata per la prima volta dal Comune, nella memoria del 18 aprile 2025 in sede di appello, ma non nel giudizio di primo grado, avente ad oggetto la mancata contestazione, da parte del ricorrente (...), della commissione nominata per valutare le offerte presentate nella precedente procedura di gara, indetta nel 2021 e poi aggiudicata all'esponente - commissione, peraltro, diversamente composta, con la partecipazione di una esperta in pedagogia e didattica (memoria del 24 aprile 2024). Tali eccezioni, a prescindere da ogni valutazione circa la loro fondatezza, si riferiscono a difese della parte resistente e controinteressata (la asserita partecipazione dei commissari a precedenti commissioni di concorso e la mancata contestazione, da parte della ricorrente, odierna appellata, della precedente commissione di concorso), che non

risultano rilevanti ai fini della decisione.

## DIRITTO

6. L'appello è fondato e merita accoglimento.

7. Il primo motivo, con cui si è denunciata l'erroneità della sentenza per avere respinto l'eccezione di irricevibilità del ricorso, è infondato, alla luce dell'orientamento di questo Consiglio, secondo cui l'illegittima composizione della commissione di gara non deve essere contestata immediatamente ma soltanto all'esito della gara.

Si è, difatti, osservato che la nomina dei componenti della commissione può essere impugnata dal partecipante alla selezione, che la ritenga illegittima solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene effettivamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2019 n. 193; Sez. V, 16 gennaio 2015 n. 92), in quanto, prima di quel momento la lesione non può dirsi né certa né attuale, ben potendo la commissione giudicatrice, la cui legittima composizione è messa in dubbio dal concorrente, valutare favorevolmente la sua offerta (in senso analogo, relativamente alla nomina della commissione di un concorso, cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 3 dicembre 2024, n.9675, secondo cui l'atto di nomina della commissione di un concorso universitario non produce un effetto lesivo immediato, tale da determinare l'onere della immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale, in quanto costituisce un atto meramente endoprocedimentale, per cui può essere impugnata solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato). D'altronde, la regola secondo la quale l'atto endoprocedimentale non è autonomamente impugnabile, giacché la lesione della sfera giuridica del suo destinatario è normalmente imputabile all'atto che conclude il procedimento, è di carattere generale; la

possibilità di un'impugnazione anticipata è invece di carattere eccezionale e riconosciuta solo in rapporto a fattispecie particolari, ossia ad atti di natura vincolata idonei a conformare in maniera netta la determinazione conclusiva oppure in ragione di atti interlocutori che comportino un arresto procedimentale.

8. Con il secondo motivo si è denunciata l'erroneità della sentenza per avere respinto le eccezioni di inammissibilità del motivo accolto, non avendo la ricorrente dimostrato l'incidenza del deficit di competenza sulla valutazione della propria offerta. Con il terzo motivo si è, invece, dedotta la violazione dell'art. 93, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, avendo la sentenza ritenuto indispensabile la "competenza della commissione giudicatrice nello specifico settore dei processi cognitivi e psicofisici dello sviluppo mentale e affettivo-relazionale dell'infanzia", mentre è sufficiente una competenza ed esperienza dei commissari riferita ad aree tematiche omogenee.

Può, in questa sede, prescindersi dalla seconda censura ed affrontarsi direttamente la terza, che risulta fondata, in ossequio all'orientamento secondo cui ai fini della legittima composizione della commissione di concorso è sufficiente che i componenti siano esperti in discipline non estranee alle tematiche oggetto delle prove concorsuali - esperienza che va verificata nel suo complesso e con ragionevolezza, onde evitare che una interpretazione troppo rigorosa della qualifica di esperto comporti un intollerabile aggravamento del procedimento selettivo già nella fase della formazione dell'organo tecnico chiamato a operare le valutazioni sui titoli e le prove d'esame dei candidati (Cons. Stato, Sez. II, 19 ottobre 2021, n.7031). Invero, ai sensi dell'art. 93, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, che riprende, senza innovare sul punto, l'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016, la commissione è composta da un numero dispari di componenti, non superiore a cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto. In proposito, la giurisprudenza amministrativa ha precisato che: a) la legge non impone una rigida corrispondenza tra competenza dei membri della commissione

e ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto; b) la competenza ed esperienza richieste ai commissari deve essere riferita ad aree tematiche omogenee e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2018, n. 5603); c) la legittima composizione della commissione presuppone la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2018, n. 3721), per cui il requisito della competenza dell'organo collegiale può ritenersi concretamente soddisfatta allorchè due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore in cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanti comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare (Cons. Stato, sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595); e) la competenza tecnica dei commissari di gara non deve essere necessariamente desunta da uno specifico titolo di studio, potendo, invece, risultare anche da attività espletate e da incarichi svolti in precedenza (Cons. Stato, sez. III, 23 dicembre 2019, n. 8700).

Tali principi, pur correttamente richiamati nella sentenza impugnata, non sono stati applicati correttamente nel caso di specie, in considerazione in parte di una inesatta interpretazione della norma ed in parte di una imprecisa valutazione della situazione di fatto, sicché la sentenza risulta viziata sia per violazione sia per falsa applicazione dell'art. 93, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023.

In primo luogo il T.a.r., valorizzando il contenuto del disciplinare di gara, ha ricostruito la scuola per l'infanzia e gli asili nido come un settore con specificità tali da non poter essere assimilato, neppure in termini di omogeneità, ad altri livelli di istruzione.

Al contrario, la pedagogia (disciplina che studia i processi dell'educazione e della formazione umana) e la didattica (disciplina che si occupa dell'attività e della teoria educativa con riferimento ai metodi di insegnamento) sono discipline di carattere generale, che ricomprendono al loro interno l'istruzione infantile, nonostante le

specificità di quest'ultima, sicché assurgono, senz'altro, a materie omogenee rispetto a quella della gara in esame. Né va sottovalutato che, solo con il d.lgs. n. 65 del 2017 (che ha istituito il sistema integrato di educazione e di istruzione dalla nascita sino a sei anni), si è prevista, all'art. 4, lett. e, una specializzazione universitaria relativamente al settore della formazione primaria e che solo nel dicembre 2021 e nel marzo 2022 sono stati adottati dal Ministero dell'Istruzione due documenti chiave dell'educazione dei bambini da zero a sei anni, elaborati dalla Commissione per il Sistema integrato di educazione e di istruzione e, cioè, le Linee pedagogiche per il sistema integrato e gli Orientamenti nazionali per i servizi educativi dell'infanzia -documenti che valorizzano, comunque, la continuità del percorso educativo e di istruzione. Pertanto, allo stato attuale, l'istruzione dei bambini in tenera età, per quanto caratterizzata da peculiarità e specificità, non assurge a settore del tutto autonomo e soprattutto disomogeneo rispetto a quello più generale dell'istruzione.

Non può pervenirsi a diverse conclusioni, come ritenuto nella sentenza impugnata, in ragione del contenuto del disciplinare di gara, visto che l'art. 93, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, nello stabilire che “la commissione è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto”, non condiziona il tipo ed il livello di esperienza richiesto ai commissari al contenuto del disciplinare di gara, da cui prescinde completamente, ma solo al settore cui si riferisce l'oggetto del contratto. A ciò si aggiunga, peraltro, che nel caso in esame il ricorrente non ha formulato alcun motivo relativamente all'applicazione delle clausole del disciplinare di gara valorizzate nella sentenza impugnata.

Da tali premesse deriva la rilevanza, ai fini del rispetto dell'art. 93, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, della competenza di uno dei commissari, che non solo vanta un periodo, sia pure breve, di docenza nella scuola secondaria, anche quale insegnante di sostegno, ma ha seguito, a tal fine, uno specifico percorso formativo

nell'anno accademico 2019/2020. La concreta esperienza didattica, sebbene non nella scuola di infanzia o negli asili nido, rileva, difatti, quale esperienza in area tematica omogenea a quella di gara, a prescindere dalla circostanza che si aggiunga ad ulteriori esperienze e specializzazioni del commissario e che non sia quella prevalente nella sua vita professionale. Parimenti assume rilevanza, ai fini del rispetto dell'art. 93 del d.lgs. n. 36 del 2023, l'esperienza concreta acquisita dall'altro membro della commissione quale dirigente, già dal 2014, dell'area del Comune che si occupa dei servizi alla persona, cultura e sport e, quindi, anche dei servizi dell'istruzione, ivi comprese le scuole di infanzia e gli asili nido (circostanza di fatto del tutto trascurata dal giudice di primo grado), oltre alla esperienza acquisita come membro del comitato tecnico scientifico per i servizi di istruzione ed adempimento dell'obbligo formativo e all'esperienza nell'insegnamento universitario (queste ultime, invece, evidenziate nella sentenza impugnata).

Al contrario, è irrilevante, alla luce di quanto già detto, che i commissari nominati siano laureati in giurisprudenza e non abbiano un titolo di studi specifico nel settore della didattica di infanzia, avendo, comunque, maturato esperienza nel settore della didattica e dell'istruzione, mentre non è pertinente il precedente di questo Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2023, n. 1898, in cui la situazione di fatto esaminata è diversa, non essendo stata dimostrata la competenza didattica di nessuno dei componenti della commissione.

In conclusione, alla luce degli orientamenti di questo Consiglio, le esperienze nel campo della pedagogia (disciplina che studia i processi dell'educazione e della formazione umana), della didattica (disciplina che si occupa dell'attività e della teoria educativa con riferimento ai metodi di insegnamento) e più in generale dell'istruzione dei commissari assicurano la legittima composizione della commissione nominata per la gara avente ad oggetto l'affidamento dei servizi educativi ed ausiliari degli asili nido e della scuola dell'infanzia comunale alla luce dell'art. 93 del d.lgs. n. 36 del 2023, che non condiziona l'esperienza richiesta ai

commissari allo specifico contenuto del disciplinare di gara, ma solo al settore di gara.

10. L'accoglimento dell'appello comporta il necessario esame dei motivi del ricorso introduttivo assorbiti in primo grado e ritualmente riproposti in appello nella memoria depositata entro il termine per la costituzione in giudizio, come prescritto dall'art. 101, terzo comma, c.p.a., che non impone all'appellato alcun onere di notifica.

In proposito occorre rilevare che la censura avente ad oggetto il provvedimento di nomina della commissione, riguardo alla sua composizione, investendo un atto anteriore rispetto all'aggiudicazione, la cui illegittimità si riverbera su quest'ultima, è logicamente anteriore rispetto ai motivi aventi ad oggetto i provvedimenti istruttori o i provvedimenti di aggiudicazione (unitamente ai quali vanno esaminati i motivi sulla legittimità della *lex specialis*, su cui ci si soffermerà in seguito). Rispetto a tali censure, quindi, non vi è stata una implicita pronuncia, ma un legittimo assorbimento, che rende sufficiente la loro riproposizione ed esclude l'onere e la possibilità dell'appello incidentale. Del resto, nella stessa sentenza si legge che dalla fondatezza della domanda caducatoria deriva l'assorbimento di ogni altra doglianza.

A diverse conclusioni deve, tuttavia, pervenirsi per quanto riguarda la doglianza relativa all'asserita anteriorità del provvedimento di nomina rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle domande. In primo luogo dalla lettura del ricorso introduttivo si evince che si tratta di una doglianza formulata contestualmente e, cioè, nell'ambito dello stesso motivo avente ad oggetto la composizione della commissione. Ne deriva, quindi, che, secondo l'ordine prescelto dal ricorrente, le doglianze si equivalgono. Dal punto di vista logico, la valutazione temporale della nomina precede quella sulla sua composizione, per cui l'omesso esame di tale profilo non può ritenersi legittimamente assorbito, ma deve ritenersi o implicitamente superato, senza alcuna motivazione, o illegittimamente

pretermesso. La ricorrente avrebbe dovuto, pertanto, denunciare, con la proposizione dell'appello incidentale, la carenza della motivazione del rigetto implicito o la violazione dell'art. 112 c.p.a., pena la formazione del giudicato implicito interno, che preclude la decisione (Cass.civ., 15 luglio 2021, n. 20315, secondo cui la parte totalmente vittoriosa nel merito, ma soccombente su questione pregiudiziale di rito e/o preliminare di merito per rigetto, espresso od implicito, o per omesso esame della stessa - che consiste nell'illegittima pretermissione o nella violazione dell'ordine di decisione delle domande e/o delle eccezioni impresso dalla parte medesima - deve spiegare appello incidentale per devolvere alla cognizione del giudice superiore la questione rispetto alla quale ha maturato una posizione di soccombenza teorica. Infatti, non può limitarsi alla mera riproposizione di detta questione, che è sufficiente nei soli casi in cui non vi è la necessità di sollevare una critica nei confronti della sentenza impugnata, ovvero nelle ipotesi di legittimo assorbimento). Ad ogni modo, non vi è alcuna prova di tale asserita anteriorità della nomina rispetto alla scadenza del termine di proposizione delle domande. Precisato che la nomina risale allo stesso giorno della scadenza del termine e che, quindi, la prova concerne non la data, ma l'ora esatta della nomina, da un lato, non si desumono indizi precisi dall'estratto di internet inserito negli atti dell'appellata e, dall'altro, nel primo verbale di gara si attesta, al contrario, la posteriorità della nomina rispetto alla scadenza del termine.

10.1. Per ordine logico, oltre che cronologico, vanno esaminate prima le censure proposte nel ricorso introduttivo, che hanno ad oggetto il bando e sono dirette alla demolizione dell'intera procedura (in particolare la denuncia della violazione degli artt. 1, 2, 5, 57, 41, 60, 102, 108 e 110 d.lgs. n. 36 del 2023, non essendo state inserite nel bando clausole sociali per promuovere le pari opportunità, anche generazionali, di genere e di inclusione lavorativa e clausole di revisione prezzi ed essendo stato sottostimato il costo della manodopera alla luce del nuovo contratto collettivo in vigore dal 5 marzo 2024).

Tali motivi (vedi lett. E della memoria del 27 gennaio 2025, in cui sono stati riproposti) sono inammissibili per carenza di un interesse concreto.

Premesso che come ribadito da Consiglio di Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura, va ricordato che l'interesse ad agire, condizione dell'azione, è dato, anche nel processo amministrativo, dal rapporto tra la situazione antigiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto: rapporto che deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto (così si legge nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria). In altre parole, l'interesse ad agire, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., richiede che il ricorrente, oltre che titolare di un interesse legittimo e, quindi, legittimato all'azione, ottenga un'effettiva utilità dal ricorso ovvero possa trarre un'effettiva utilità intesa come riparazione o reintegrazione di una lesione della propria sfera giuridica che sia personale, concreta e attuale. Del resto, nel processo amministrativo, non è ammessa, salvo ipotesi eccezionali, un'azione popolare, ossia un'azione volta ad ottenere un mero controllo oggettivo della legittimità dell'atto amministrativo da parte del giudice, che sarebbe in contrasto con il carattere di giurisdizione soggettiva che il legislatore ha attribuito al vigente sistema di giustizia amministrativa.

Nel caso di specie, il ricorrente, che ha partecipato alla gara, ha denunciato l'illegittimità del bando per la omessa previsione delle clausole relative alla promozione dell'inclusione sociale e quelle relative alla revisione prezzi, oltre che per l'incongruità del costo della manodopera stimato dalla stazione appaltante, senza, tuttavia, evidenziare la lesione concreta ed attuale riportata da tali asserite

illegittimità. Invero, pur potendo il ricorrente trarre un vantaggio dall'annullamento del bando e conseguentemente di tutta la procedura, in quanto la sua eventuale riedizione gli offrirebbe una nuova possibilità di aggiudicazione, la mancata allegazione circa le maggiori chances di aggiudicazione che la legittimità del bando avrebbe comportato rende tale vantaggio del tutto astratto, in quanto meramente ipotetico e, cioè, incerto. Invero, l'impugnazione di un bando di gara, che non abbia impedito al ricorrente la partecipazione, esige l'individuazione del pregiudizio derivato al concorrente dall'illegittimità dedotta, atteso che, in mancanza, la mera riedizione della gara, non essendo accompagnata dall'effettivo aumento delle possibilità di aggiudicazione, si traduce in un vantaggio meramente ipotetico e, cioè, incerto, per cui l'interesse ad agire difetta del requisito della concretezza (ad esempio, il ricorrente avrebbe dovuto evidenziare la presenza nella propria offerta di clausole inclusive, assenti in quella dell'aggiudicatario).

10.2. Passando all'esame delle censure relative all'aggiudicazione del Lotto 1, nel cui procedimento la ricorrente originaria, odierna appellata, si è classificata terza, i motivi aggiunti formulati relativamente alla seconda classificata in corso del giudizio di primo grado sono tempestivi, in quanto, solo con l'accesso a tutta la documentazione di gara, la ricorrente ha potuto avere cognizione della documentazione relativa alle irregolarità fiscali della concorrente, non essendo, invece, sufficiente a tale fine la mera partecipazione alle operazioni di gara, confermata dai verbali.

I motivi, con cui si è lamentata la violazione degli artt. 94, 95, 101, allegato d.lgs. n. 36 del 2023, in quanto la documentazione prodotta dalla (...) all'esito del soccorso istruttorio non sarebbe idonea ad escludere le gravi irregolarità fiscali e conseguentemente la sua esclusione dalla gara, consistendo in un certificato dell'Agenzia delle Entrate ex art. 17-bis, comma 5, d.lgs. n. 241 del 1997, da cui si evince l'insussistenza di pendenze per importi superiori ad euro 50.000, sono infondati. Nella prospettazione difensiva della ricorrente, odierna appellata, la

concorrente (...) non ha dimostrato l'inesistenza di violazioni di importo compreso tra 35.000 e 50.000 euro, escludendo il certificato prodotto solo contestazioni per importi superiori ad euro 50.000, ma non per importi inferiori, mentre la soglia di gravità oggi prevista coinciderebbe con euro 35.000,00.

Esclusa la sussistenza di una causa di esclusione automatica ex art. 94 del d.lgs. n. 36 del 2023, di cui non vi è menzione nel ricorso, deve rilevarsi che, ai sensi dell'art. 3 dell'allegato II.10 al d.lgs. n. 36 del 2023, la violazione si considera grave quando comporta l'inottemperanza ad un obbligo di pagamento delle imposte e tasse per un importo che, con esclusione di imposte e tasse, è pari o superiore al 10 per cento del valore dell'appalto (se suddiviso in lotti rapportato al lotto), ma, in ogni caso, l'importo della violazione non deve essere inferiore ad euro 35.000. La prova fornita dalla seconda classificata risulta, quindi, adeguata e sufficiente, in quanto la soglia di euro 35.000,00 segna il limite a partire dal quale la violazione può essere considerata grave, essendo, invece, valutate dallo stesso legislatore non significative ai fini dell'esclusione non automatica le violazioni di importo inferiore. Contrariamente alla impostazione della ricorrente, l'importo di euro 35.000,00 non costituisce, invece, il limite a partire dal quale la violazione è sempre grave, dovendo la gravità essere verificata in concreto, anche in considerazione del parametro principale del valore dell'appalto.

Dall'infondatezza dei motivi relativi alla seconda classificata deriva l'inammissibilità di quelli diretti nei confronti della prima classificata ed in generale diretti alla demolizione dell'aggiudicazione del lotto 1 (tutti compresi nel gruppo A della memoria di riproposizione). Come già chiarito da questo Consiglio (vedi Cons. Stato, Sez. V, 2 gennaio 2024, n. 29), il ricorso presentato da una terza classificata in una gara d'appalto è inammissibile se non vengono sollevate censure sia nei confronti dell'offerta della prima classificata che della seconda classificata e l'interesse ad aggire della terza classificata sussiste solo se sono fondate sia le censure proposte contro la prima sia quelle proposte contro la seconda classificata.

È necessario che il ricorrente dimostri almeno un principio di prova circa la possibilità di intaccare la posizione della seconda classificata, evidenziando i profili di illegittimità e/o inaffidabilità dell'offerta. In mancanza di tale dimostrazione, il ricorso è inammissibile per difetto di interesse.

10.3. Per quanto concerne i motivi assorbiti relativi all'aggiudicazione del lotto 2 (lett. B, C e D della memoria di riproposizione – alcuni riferiti anche al Lotto 1, ma per tale parte assorbiti in virtù del rigetto del ricorso, di cui al punto 10.2), è infondata la censura relativa alla violazione dell'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, 5 e 8 del disciplinare di gara, difetto di istruttoria e di motivazione ed eccesso di potere, in ordine alla verifica dei requisiti tecnico professionale (in particolare l'aver svolto servizi analoghi a quello di gara per almeno un anno negli ultimi tre esercizi per un importo complessivo di euro 190000). Nella prospettazione difensiva della ricorrente l'ausiliaria, di cui l'aggiudicataria si è avvalsa in base a contratto di avvalimento per tale requisito, ha messo a disposizione il solo fatturato di euro 100.000 per ciascuno degli anni 2019, 2020 e 2021: da ciò deriverebbe che “il fatturato specifico di euro 100.000 prestato per l'anno 2019 non è stato maturato svolgendo il servizio analogo per un anno, ma necessariamente per un periodo inferiore alla durata minima richiesta dal disciplinare”. Invero, il requisito si riferisce all'intero triennio 2019, 2020 e 2021, per cui lo svolgimento annuale del servizio analogo ed il fatturato devono essere verificati riguardo all'intero triennio e non alle singole annualità. Da tale premessa deriva che il prestito, sia pure frazionato, è idoneo ad assicurare all'aggiudicataria il possesso del requisito.

Sono, invece, inammissibili per carenza di interesse le censure relative all'anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario (in particolare relative alla sottostima del costo della manodopera, da parte dell'aggiudicatario, rispetto al nuovo contratto collettivo, entrato in vigore dopo il bando e la scadenza del termine di presentazione delle offerte, ma prima dell'aggiudicazione – contratto la cui applicazione comporta una erosione totale dell'utile indicato – e tutte quelle relative alla verifica di tale

anomalia: lett. B e D della memoria di riproposizione) - a prescindere da ogni valutazione di merito circa la possibilità di utilizzare quale parametro per la valutazione della congruità e legittimità di atti anteriori, inerenti a procedure di gara avviate prima e le cui offerte sono state già presentate, un contratto collettivo successivo.

Occorre, difatti, evidenziare che l'offerta economica dell'aggiudicataria prevede, quale costo della manodopera, l'importo di euro 165.217,00 corrispondente a quello di cui al bando di gara, mentre l'offerta economica della ricorrente, odierna appellata, prevede, quale costo della manodopera, l'importo inferiore di euro 156.246,00. Ne deriva l'inammissibilità per carenza di interesse di tali censure, con cui la ricorrente, pur avendo indicato, nella propria offerta economica, un importo per la manodopera inferiore a quello offerto dall'aggiudicataria, senza allegare e dimostrare che tale importo sia, al contrario, adeguato rispetto al nuovo contratto collettivo, ha denunciato l'inadeguatezza di quello offerto dall'aggiudicataria. Difatti, la ricorrente non potrebbe conseguire alcuna utilità pratica dall'invocato annullamento, a cui conseguirebbe la valutazione dell'inadeguatezza anche della propria offerta e l'ulteriore scorrimento della graduatoria. Inoltre, com'è stato condivisibilmente statuito dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, alla stregua del divieto di abuso del processo, precipitato del più generale divieto di abuso del diritto e della clausola di buona fede, deve considerarsi inammissibile la deduzione di un motivo di impugnazione che dimostrerebbe in primo luogo l'illegittimità della situazione soggettiva vantata in giudizio dal ricorrente: poiché una simile impugnativa viola il generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto, deve escludersi che il ricorrente possa venire *contra factum proprium* per ragioni meramente opportunistiche e che la tutela giurisdizionale venga in tal modo strumentalizzata per la protezione di un interesse sostanzialmente illegittimo (in tal

senso cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. II, 2 dicembre 2020, n. 7628; sez. V, 27 aprile 2015, n. 2064). In ipotesi siffatte, l'iniziativa processuale della ricorrente si concreta in un esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, in quanto le tesi giudiziali della ricorrente espresse nelle censure formulate collidono con il contegno dalla medesima tenuto in sede procedimentale, evidenziando una condotta contraddittoria e contraria a buona fede (Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2022, n. 9691 e Cons. Stato, Sez. III, 8 aprile 2025, n. 8798).

Infine, per quanto concerne, l'asserita omessa verifica dei requisiti economici e professionali (lett. C della memoria di riproposizione), in primo luogo, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, non vi è stata alcuna ammissione del Comune, che, in sede processuale, ha al contrario articolato sul punto difese di rito e di merito, assumendo di aver posto in essere i controlli di routine. Dalla documentazione prodotta si desumono elementi indiziari circa l'espletamento di tale fase (vedi, ad esempio, indicazioni contenute nello stesso provvedimento di aggiudicazione in cui si legge "rilevato che sono state espletate con esito positivo la verifica dei requisiti prescritti dalla lex specialis di gara in capo....(...)...(...)"). A ciò si aggiunga che la ricorrente si è limitata a contestare l'omissione dell'adempimento procedurale, senza nulla aggiungere sui requisiti, sicché resta incerta la sussistenza del suo interesse ad agire e, cioè, dell'utilità che potrebbe riportare dall'annullamento.

11. In conclusione, il terzo motivo di appello deve essere accolto, rigettato il primo ed assorbito il secondo, ed, in riforma della sentenza impugnata, esaminati tutti i motivi assorbiti riproposti, vanno rigettati i ricorsi introduttivi, oggetto di riunione, ed i successivi motivi aggiunti.

Le spese di lite di entrambi i gradi giudizio devono essere integralmente compensate, in considerazione dell'esito complessivo del giudizio e della complessità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

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

Accoglie il terzo motivo di appello, rigettato il primo ed assorbito il secondo, ed, in riforma della sentenza impugnata, rigetta gli originari ricorsi, oggetto di riunione, e tutti i motivi aggiunti.

Spese integralmente compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere

Francesca Picardi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Francesca Picardi**

**IL PRESIDENTE**

**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

IL SEGRETARIO