

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 4162 del 9 maggio 2024

Requisiti tecnici e di idoneità professionale – Servizi analoghi – Non identici a quelli da eseguire –

Elementi di similitudine

Publicato il 09/05/2024

N. 04162/2024REG.PROV.COLL.

N. 07472/2023 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 7472 del 2023, proposto da (...) soc. coop. o.n.l.u.s., in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...);

contro

Fondazione (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) s.r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma,

previa sospensione cautelare,

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione

Seconda) n. 13454/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Fondazione (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2023 il Cons. Antonino Masaracchia e uditi per le parti gli avvocati (...) e (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Nel presente giudizio è appellata la sentenza del TAR Lazio, meglio individuata in epigrafe, che ha respinto il ricorso della (...) soc. coop. o.n.l.u.s., avverso la sua esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica, sotto soglia comunitaria, per l'aggiudicazione dell'appalto per il servizio di centro estivo per bambini (4-12 anni) presso il (...), avente durata biennale (2022-2023), con opzione di rinnovo per altri due anni.

La gara ha visto la partecipazione solo di due offerenti, l'odierna appellante, che ne era risultata vincitrice, e la controinteressata (...) s.r.l. (gestore uscente). Con gli atti impugnati in primo grado, l'impresa risultata prima in graduatoria è stata esclusa dalla gara, anzitutto, per la mancanza del requisito di capacità tecnica (art. 4, lettera c, del disciplinare), consistente nell'esperienza almeno triennale di servizi analoghi per un importo complessivo di almeno 300.000,00 euro. In proposito, la stazione appaltante, dopo averla individuata come prima classificata nella graduatoria provvisoria, ha escluso l'appellante perché essa, nonostante diversi solleciti in sede di controllo sui requisiti di partecipazione, non è riuscita a documentare adeguatamente il requisito esperienziale, omettendo di produrre gli attestati di buon esito dei precedenti servizi e allegando contratti con altre amministrazioni privi delle necessarie sottoscrizioni ovvero privi dell'indicazione dell'oggetto

pattuito. Ulteriore ragione di esclusione, poi, è stata rinvenuta nella mancanza del requisito di idoneità professionale (art. 4, lettera *b*, del disciplinare), consistente nell'iscrizione camerale di attività "coerente" con quella oggetto dell'appalto. E' emerso, infatti, che (...) è iscritta alla Camera di commercio (CCIAA) per la sola attività di "asilo nido", che la stazione appaltante ha reputato non coerente con l'attività di centro estivo.

Il TAR Lazio ha respinto i motivi proposti, in primo grado, da (...), variamente articolati e miranti alla contestazione di entrambe le ragioni di esclusione. Ha inoltre dichiarato l'improcedibilità degli ulteriori motivi sollevati dalla ricorrente, in quanto azionati sulla base del suo interesse strumentale alla riedizione della gara – interesse strumentale che, a giudizio del TAR, dovrebbe ritenersi venuto meno, una volta respinti i motivi concernenti il mancato possesso dei requisiti di accesso alla gara.

Con l'appello in decisione, l'impresa, nel contestare le motivazioni in diritto della sentenza di prime cure, ripropone, nella sostanza, le censure di cui al primo grado di giudizio e insiste per la riforma della decisione del TAR, previa sua sospensione cautelare. Ciò, sulla base di nove motivi di appello, cui fa seguito anche la riproposizione di ulteriori motivi "integrativi", già presentati in primo grado e non scrutinati dal TAR.

2. – Si è costituita, nel presente giudizio di appello, la Fondazione (...), amministrazione stazione appaltante, inizialmente con atto di mero stile depositato il 25 settembre 2023.

3. – Alla camera di consiglio del 28 settembre 2023, chiamata per la discussione dell'incidente cautelare, la causa è stata rinviata al merito.

4. – In vista della pubblica discussione, l'appellante e l'amministrazione appellata hanno depositato memorie in data 1° dicembre 2023.

Non si è costituita la controinteressata (...), pur regolarmente chiamata in giudizio. L'appellante, con atto depositato il 7 dicembre 2023, ha replicato alle difese

dell'amministrazione, insistendo per l'accoglimento dell'appello.

Alla pubblica udienza del 19 dicembre 2023, quindi, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. – L'appello non è fondato e, per tale ragione, può prescindersi dalla disamina della preliminare eccezione di tardività sollevata dalle difese dell'amministrazione (eccezione che reitera quella, analoga, già sollevata in primo grado e parimenti assorbita dal TAR).

5.1. – Il primo motivo di appello, che nella sostanza ripropone il primo motivo del ricorso di primo grado, deduce *error in iudicando* ed è rubricato “Violazione e falsa applicazione di legge (art. 83, commi 8 e 9, d.lgs. 50/2016) – Eccesso di potere – Manifesta illogicità ed irragionevolezza - Sull'illegittimità dell'esclusione per l'esiguità del termine concesso”.

L'appellante torna qui a lamentare l'eccessiva esiguità e/o incongruità del termine di due giorni, concessole dal RUP, con richiesta del 23 maggio 2022, per fornire la documentazione comprovante il requisito tecnico-esperienziale di cui all'art. 4, lettera c), del disciplinare di gara (“*aver gestito, nel triennio solare antecedente la data del Bando di gara, nei confronti di Committenti pubblici o privati, almeno n. 3 servizi analoghi a quelli oggetto di affidamento, per un importo complessivo non inferiore al valore biennale della concessione (€ 300.000,00)*”). L'appellante fa notare che le tempistiche delle amministrazioni, chiamate a rilasciare le attestazioni di buon esito del servizio, sarebbero “notoriamente lente e farraginose”, con ciò risultando “impossibile”, per l'operatore economico, ottenere tempestivamente la documentazione richiesta; piuttosto, si evidenzia, sarebbe spettato alla stessa stazione appaltante acquisire d'ufficio la documentazione rilevante, ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445 del 2000.

Il motivo non è fondato.

Sebbene il TAR abbia impropriamente incluso, nella disamina del motivo, anche la richiesta del RUP avente ad oggetto la comprova del requisito di idoneità

professionale *ex art. 4, lettera b)*, del disciplinare (ossia, il requisito di iscrizione nel registro della CCIAA per attività coerenti con quelle oggetto d'affidamento) – richiesta rispetto alla quale, invero, il ricorso di prime cure non aveva avanzato quindici doglianze, in quanto si lamentava solo l'esiguità del termine concesso per reperire le attestazioni di buon esito dei servizi resi, utili per la dimostrazione del solo requisito esperienziale – deve nondimeno rilevarsi che le censure sviluppate in primo grado, e reiterate in appello, sono state correttamente respinte dalla sentenza del TAR.

Infatti, il primo Giudice ha rilevato che le attestazioni richieste rivestivano carattere telematico e si trovavano già nella sfera di signoria della concorrente o, comunque, erano *“assai facilmente reperibili in via telematica presso le Amministrazioni committenti?”*. A ciò, l'appellante ribatte, in modo alquanto generico, che le attestazioni non erano affatto in suo possesso e che il loro reperimento *“dipendeva esclusivamente dalle modalità di riscontro delle varie Amministrazioni”*, senza peraltro contestarne la natura *“telematica”*, affermata dal TAR.

Assodato, pertanto, che si trattava di attestazioni ottenibili in via telematica, quindi con una certa facilità, deve peraltro escludersi che il termine concesso per la loro produzione potesse considerarsi incongruo o eccessivamente breve. Si parla, infatti, di un adempimento che già in base alla legge di gara era prefigurato come un preciso onere, per gli offerenti, in caso di apposita richiesta della stazione appaltante: l'art. 4, lettera c), del disciplinare, infatti, già aveva avvertito che, *“In sede di verifica dell'autodichiarazione, la documentazione probatoria del suddetto requisito è rappresentata dalle Attestazioni di regolare esecuzione e/o dai Contratti”*. Un operatore accorto e previdente, viepiù a fronte della partecipazione in gara di soli due offerenti, avrebbe dunque dovuto premunirsi per tempo di quanto necessario per venire incontro alle preannunziate richieste di comprova da parte della stazione appaltante.

Inoltre, dal verbale n. 4, concernente le sedute riservate che si sono svolte nel

periodo dal 12 maggio al 1° giugno 2022, si apprende che il RUP, in data 12 maggio 2022, aveva già inoltrato direttamente all'odierna appellante “*la richiesta di comprova del requisito di capacità tecnica ex art. 4 lett. c) del Disciplinare di gara*” e che la (...), in risposta a tale richiesta, aveva depositato “*mere fatture*”, peraltro non quietanzate. Ne seguiva, in data 19 maggio 2022, una nuova richiesta del RUP, rivolta nuovamente all'operatore economico, e trasmessa tramite il sistema “*Avcpass*”, avente ad oggetto la copia integrale dei contratti inerenti i servizi dichiarati in gara, conformemente alle previsioni dell'art. 4, lettera c), del disciplinare di gara. All'uopo, veniva concesso termine fino al 21 maggio 2022. Alla scadenza, non essendo pervenuta alcuna documentazione, in data 23 maggio 2022 il RUP rinnovava la richiesta, questa volta inoltrandola tramite PEC, con fissazione del termine ultimo del 25 maggio 2022.

In definitiva, dunque, l'odierna appellante – già ben a conoscenza delle modalità di comprova, quali delineate dalla legge di gara – aveva ricevuto dal RUP non solo la richiesta del 23 maggio 2022, ma, ancor prima, altre due analoghe richieste, nient'affatto “*generiche*” (come sostiene l'appellante), quanto piuttosto ben chiare e calibrate sulla base di quanto previsto dal disciplinare di gara. In particolare, la prima richiesta risulta inoltrata già in data 12 maggio 2022 e l'operatore vi ha risposto depositando documentazione (“*mere fatture*”) diversa da quella prevista dal disciplinare di gara (che, invece, come detto, richiedeva “*Attestazioni di regolare esecuzione e/o [i] Contratti*”). Emerge quindi che, nonostante la chiara previsione del disciplinare, e pur a fronte delle legittime e ben prevedibili richieste del RUP, l'operatore ha dapprima depositato documentazione inconferente e, successivamente, nonostante ulteriore tempo concesso, non è stata in grado di produrre quanto necessario per la comprova del requisito in questione. Ne deriva l'assoluta non giustificabilità della sua omissione, in una con la congruità dell'ennesimo termine, concesso da ultimo in data 23 maggio 2022, per la produzione della documentazione necessaria, avuto riguardo all'evidente necessità

della stazione appaltante di concludere con speditezza le operazioni di controllo del requisito in questione.

Deve aggiungersi, a conclusione della disamina sul primo motivo di appello, che non poteva dirsi sussistente, nella specie, alcun obbligo della stazione appaltante di “acquisire d’ufficio la detta documentazione *ex* artt. 46 e 47 DPR 445/2000”, come pure sostenuto dall’appellante. In disparte l’inconferenza delle norme così citate, le quali (da sole prese) non prevedono l’obbligo di acquisizione d’ufficio di documenti afferenti – rispettivamente – alle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e alle dichiarazioni sostitutive dell’atto di notorietà (piuttosto, la norma rilevante sarebbe, semmai, l’art. 43, comma 1, del d.P.R. invocato), va qui rimarcato che la conferente previsione del disciplinare di gara (ossia, il già ricordato art. 4, lettera *c*), sul punto non specificamente contestata dall’appellante, poneva in capo all’operatore offerente, e non certo alla stazione appaltante, il deposito della descritta documentazione probatoria. Ciò si desume, in particolare, dalla previsione del successivo art. 5, che onerava gli offerenti, proprio per consentire la verifica dei requisiti di partecipazione, di registrarsi al sistema AVCPASS e di utilizzare tale piattaforma per le necessarie comunicazioni.

5.2. – Il secondo motivo di appello deduce *error in iudicando* ed è rubricato “Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 83, comma 8 e 9, 86, comma 1, d.lgs. 50/2016; art. 3 L 241/90) – Violazione dell’Allegato 17 al d.lgs. 50/2016 - Eccesso di potere – Manifesta illogicità ed irragionevolezza – Sul difetto di motivazione - Sull’illegittimità dell’art. 4, lett. c) del disciplinare di gara – Sull’illegittimità dell’esclusione per l’asserita mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria”; esso attiene alla dimostrazione del requisito tecnico-esperienziale.

L’appellante fa presente di aver prodotto, in sede di gara, un elenco dei servizi analoghi espletati nel triennio precedente, non trovandosi “nelle condizioni di produrre *ad horas* tutti i certificati e/o attestati richiesti”, e rimprovera al TAR di

non aver motivato sulle censure sviluppate in primo grado. L'elenco dei servizi analoghi doveva considerarsi sufficiente per la comprova del requisito, come prevede l'allegato XVII, parte II, lettera a), punto ii), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il motivo non è fondato.

Per un verso, il TAR ha esaurientemente motivato sulle censure che erano state sollevate e, nel farlo, ha correttamente richiamato l'orientamento pacifico, anche di questa Sezione, che afferma la facoltà della stazione appaltante, in applicazione dell'art. 85, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, di “*chiedere agli offerenti e ai candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura*” (sentenza n. 10577 del 2022). Si tratta di una norma di carattere generale, che – ad evidenti fini di certezza circa l'affidabilità degli operatori economici e di efficienza e completezza delle operazioni di gara – riserva all'amministrazione un ampio potere istruttorio, i cui contorni sono rimessi alla sua discrezionalità. Tale generale previsione va letta congiuntamente con le ulteriori previsioni dell'allegato XVII, come richiamato dall'art. 86, che, pur indicando specifici strumenti di comprova per l'assenza dei motivi di esclusione (di cui all'art. 80) e del rispetto dei criteri di selezione (di cui all'art. 83), non la smentiscono nella sua portata generale. Come ritenuto da questo Consiglio di Stato, del resto, le norme del codice, ivi comprese quelle in questa sede invocate dall'appellante, “sono chiare, nel loro tenore testuale, nell'attribuire alla stazione appaltante un potere di verifica e controllo costante sulla idoneità, capacità e affidabilità dell'impresa risultata aggiudicataria, da intendersi esercitabile fino al momento della stipula del contratto (*in qualsiasi momento nel corso della procedura*)”, mediante il ricorso ad ampi mezzi di prova il cui elenco, riportato nei citati allegati, è coerente, teleologicamente, con le verifiche effettuate dall'Ente” (sez. IV, sentenza n. 7533 del 2021). Deve pertanto ritenersi legittima – come già statuito dal TAR – la richiesta della stazione appaltante di produrre, a comprova del requisito tecnico-esperienziale, gli attestati di buon esito

del servizio e i contratti, per gli importi richiesti.

Per altro verso, non giova all'appellante ribadire – sempre con il secondo motivo, in esame – che la natura “quietanziata” delle fatture prodotte non avrebbe rilevanza ai fini della comprova del requisito di esperienza. Ciò che premeva all'amministrazione di accertare, invero, era il buon esito dei precedenti affidamenti, al fine di ritenere integrato il requisito in parola; in proposito, il disciplinare aveva stabilito che, in sede di verifica dell'autodichiarazione, “*la documentazione probatoria del suddetto requisito è rappresentata dalle Attestazioni di regolare esecuzione e/o dai Contratti*”. Ora, può anche convenirsi con l'appellante sul fatto che la mancata quietanza di una fattura non può considerarsi, in astratto, come un elemento dirimente per poter concludere che il servizio non sia stato correttamente eseguito (posto che, come rimarca l'appellante, la mancata quietanza può dipendere da altre ragioni, come ad esempio il mancato adempimento da parte del committente, cattivo pagatore); ma è anche vero che, comunque, la presenza di una quietanza può assurgere a indiretta conferma del corretto svolgimento del servizio. Nell'ottica dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante, l'operatore avrebbe dunque dovuto comprovare il buon esito dei servizi resi nel triennio – e ciò, evidentemente, tramite le quietanze allegate ai contratti, se esistenti e se ritenute sufficienti dalla stazione appaltante; ovvero, in altro modo, e precisamente, come indicato dal disciplinare, attraverso la produzione degli attestati di regolare esecuzione. Rimane il fatto che, nel caso di specie, per una buona parte dei servizi indicati nell'ambito del requisito di esperienza, l'odierna appellante non ha prodotto né le fatture quietanzate né gli attestati di buon esito; onde correttamente l'amministrazione non li ha considerati.

Quanto, poi, al fatto che, per alcuni dei servizi indicati a sostegno del requisito di esperienza, non si aveva l'esistenza di alcun “contratto” da poter depositare – in quanto, come rimarca l'appellante, si trattava di affidamenti sotto soglia comunitaria, operati tramite piattaforma telematica MEPA, per i quali si ha “la

mera sottoscrizione di verbali di affidamento” ovvero il cosiddetto “Documento di Stipula generato automaticamente dal sistema” – può osservarsi che la comprova del requisito, in mancanza del contratto, ben poteva essere esitata mediante la produzione di tali alternativi documenti i quali, come riconosce l’appellante stessa, sostanzialmente tengono luogo del contratto stipulato.

Né può assumere rilevanza, in base al principio *tempus regit actum*, il successivo deposito degli attestati, effettuato in data 24 ottobre 2022 (sul quale l’appellante torna a insistere nella memoria depositata il 1° dicembre 2023 e nella memoria di replica depositata il successivo 7 dicembre). Assume rilievo, infatti, il mancato tempestivo riscontro alle richieste istruttorie dell’amministrazione, non sanabile neppure per tramite del c.d. soccorso istruttorio processuale, come si dirà, più specificamente, in sede di esame del motivo seguente.

5.3. – Con il terzo motivo di appello – che deduce *error in iudicando* per “Violazione e falsa applicazione di legge (art. 2 L. 241/1990; artt. 43, 46 e 47 del DPR 445/2000; art. 15 L. 183/2011) - Sull’illegittimità dell’art. 4, lett. c) del disciplinare di gara - Sulla violazione del principio di autocertificazione/decertificazione” – la sentenza del TAR viene contestata per omessa pronuncia sulla censura, dedotta in primo grado come terzo motivo di impugnazione, che aveva rimproverato all’amministrazione di non aver acquisito d’ufficio le informazioni rilevanti, atte a delineare il requisito tecnico-esperienziale, che si trovavano in possesso di altre amministrazioni.

L’omessa pronuncia lamentata non è ravvisabile, in quanto il TAR, nella sentenza gravata, ha precisato di aver giudicato e trattato il terzo motivo di impugnazione congiuntamente al secondo, in quanto entrambi attinenti ai medesimi di profili sostanziali.

In particolare, laddove il TAR ha rigettato gli argomenti volti a sostenere l’avvenuta comprova del requisito in esame, e ha di conseguenza accertato che quella comprova non poteva ritenersi fornita, nella sostanza ha motivato anche

riguardo alla non fondatezza del terzo motivo. Invero, rimane insuperato che l'operatore economico non aveva offerto la prova completa del buon esito dei servizi necessari, nel triennio trascorso, ad integrare il requisito di esperienza: di fronte a tale circostanza, l'acquisizione d'ufficio di altri documenti a comprova sarebbe stata del tutto fuori luogo.

Né possono ovviamente aver rilievo i documenti depositati, nel corso del giudizio di primo grado, dalla medesima esponente, dai quali dovrebbe evincersi la buona riuscita degli affidamenti pregressi. Ciò che conta, infatti, è la mancata dimostrazione del requisito nel corso del procedimento amministrativo, circostanza che ha condotto la stazione appaltante all'adozione dell'atto impugnato di esclusione, la cui legittimità è da valutarsi sulla base dello stato di fatto esistente in quel momento. Non è conferente, qui, l'invocazione del principio del "soccorso istruttorio processuale" che può attivarsi solo allorché si deduca in giudizio l'illegittima omissione del soccorso istruttorio procedimentale, per la natura meramente formale dell'omessa dichiarazione, e, al contempo, si dimostri il sostanziale possesso del requisito contestato (cfr. Cons. Stato, sez. III, sentenza n. 348 del 2019): situazione del tutto diversa da quella che viene in considerazione nella presente sede.

5.4. – Con il quarto motivo di appello, viene dedotto *error in iudicando* per "Violazione di legge (art. 83 d.lgs. 50/2016) – Sull'errata applicazione, ovvero sull'illegittimità dell'art. 4, lett. b) del Disciplinare di gara – Violazione del principio del contraddittorio – Violazione del principio di leale collaborazione – Violazione del principio di *favor participationis*".

Tale motivo è scrutinabile congiuntamente con il quinto, avente sostanziale identità di oggetto (e intitolato "*Error in iudicando* - Violazione e falsa applicazione di legge (art. 83 d.lgs. 50/2016) – Sul corretto significato di attività coerenti – Sull'errata applicazione, ovvero sull'illegittimità dell'art. 4, lett. b) del Disciplinare di gara – Violazione del principio del contraddittorio – Violazione del principio di

leale collaborazione – Violazione del principio di *favor participationis*”).

Nuovamente, si contesta un profilo di omessa pronuncia da parte del Giudice di primo grado, che avrebbe omesso di rispondere alla censura con cui, nel quarto motivo del ricorso, si era evidenziata la lesione delle prerogative partecipative dell'operatore economico, il quale solo con l'atto finale ha potuto conoscere la seconda delle due ragioni di esclusione (quella della mancanza del requisito di idoneità professionale, sulla base della rimarcata non coerenza tra l'attività di asilo nido, svolta dall'appellante, e l'attività oggetto di appalto). Si deduce, inoltre, la violazione del principio di massima concorrenza, in quanto l'oggetto sociale della (...), pur diverso e non perfettamente corrispondente a quello dell'appalto, dovrebbe considerarsi “compatibile”, anche avuto riguardo alla circostanza che il disciplinare, laddove chiedeva il requisito dell’*“iscrizione nel Registro della CCLAA per attività coerenti con quelle oggetto d'affidamento (organizzazione di centri estivi e servizi di intrattenimento per bambini)”*, non imponeva che dovesse trattarsi di attività “identiche” e non faceva riferimento all'attività prevalente risultante dai registri camerali. Sotto altro profilo, infine, l'esponente evidenzia di essere ben attrezzata per l'attività di centro estivo (settore presso il quale essa, nell'ultimo triennio, avrebbe maturato “un fatturato pari ad oltre € 300.000,00”), circostanza che, già di per sé, attesterebbe il possesso del requisito richiesto. Con il quinto motivo, poi, l'appellante si concentra sulla nozione di “attività coerente” e sottolinea che il proprio oggetto sociale, come anche riportato nella visura camerale, comprende attività anche ulteriori e diverse da quella di asilo nido, tali da far ritenere integrato il requisito di idoneità professionale richiesto.

5.4.1. – Nessuno dei due motivi è fondato.

Premesso che non può accedere all'esame del merito la censura, svolta in apertura del quarto motivo, che lamenta la lesione delle prerogative procedimentali – in quanto (così come era avvenuto in primo grado) essa è stata argomentata in modo del tutto generico e senza la dovuta indicazione delle norme poste a parametro

della lamentata illegittimità – va qui richiamata la recente sentenza di questa Sezione (n. 186 del 2024) che, in una fattispecie coinvolgente il medesimo operatore economico oggi appellante, ha compiuto affermazioni di rilievo ai fini dell'odierna decisione.

La Sezione ha ricordato che, in tema di gare pubbliche, ai fini della valutazione del requisito di idoneità professionale, per servizi “analoghi” (o, come nella specie, “coerenti” con l’oggetto dell’appalto) non deve aversi riguardo a servizi “identici”, essendo piuttosto necessario ricercare elementi di similitudine fra i diversi servizi considerati, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell’appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti (nello stesso senso, cfr. anche, della Sezione, la sentenza n. 564 del 2023, *ivi* richiamata).

Si è parimenti ribadito che la nozione di servizi analoghi, come noto, è quella di servizi afferenti il medesimo settore imprenditoriale o professionale (con richiamo, della Sezione, alla sentenza n. 7341 del 2021). Sulla scorta di tali coordinate, la Sezione è dunque giunta a ritenere, con riguardo alla fattispecie che formava *ivi* oggetto di giudizio, che il servizio di asilo nido, in quanto da inquadrare nell’ambito dei servizi scolastici ed educativi, ai sensi del d.lgs. n. 65 del 2017, non può considerarsi “analogo” ai servizi che sono caratterizzati da una preminente valenza socio-assistenziale e sono rivolti in generale a minori di 18 anni con problemi di inserimento sociale; ciò, attesa l’oggettiva differenza che intercorre sia tra la specifica natura dei due servizi, che si dirigono verso il soddisfacimento di obiettivi non coincidenti, sia tra i relativi destinatari e i bisogni che occorre soddisfare.

5.4.2. – Analogo ragionamento, con i dovuti adeguamenti, può assistere l’odierna fattispecie, nella quale si vorrebbe confrontare il servizio di asilo nido (che l’appellante afferma di svolgere come propria attività prevalente, certificata dalla relativa iscrizione camerale) con il servizio di centro estivo e/o intrattenimento per

bambini dai 4 ai 12 anni di età (che costituiva specifico oggetto di appalto). Si tratta di due servizi che, per quanto prima ricordato, e sulla base delle medesime coordinate, non possono considerarsi “analoghi” o “coerenti”, e ciò sulla base delle ragioni oggettive già efficacemente indicate dal TAR con la sentenza appellata. Assume rilievo, in particolare, l’ontologica differenza tra un servizio (quello di asilo nido) avente natura scolastica ed educativa e che è rivolto a bambini di età compresa tra i tre mesi e i tre anni, e un servizio (quello di centro estivo, per come delineato dal disciplinare di gara) che, al di fuori dell’ordinario contesto scolastico, mira a coinvolgere utenti di età significativamente diversa, dai quattro ai dodici anni (come ricorda il TAR).

In particolare, si deve aver riguardo alle previsioni dell’art. 2, comma 3, lettera a), del d.lgs. n. 65 del 2017, che include tra i “*servizi educativi per l’infanzia*”, intesa quale componente fondamentale del “*Sistema integrato di educazione e di istruzione*”, anche la categoria dei “*nidi e micronidi che accolgono le bambine e i bambini tra tre e trentasei mesi di età e concorrono con le famiglie alla loro cura, educazione e socializzazione, promuovendone il benessere e lo sviluppo dell’identità, dell’autonomia e delle competenze*”. La norma prosegue precisando che la nozione di nidi e micronidi comprende anche “*modalità organizzative e di funzionamento diversificate in relazione ai tempi di apertura del servizio e alla loro capacità ricettiva, assicurando il pasto e il riposo*”, ferma restando la loro operatività in continuità con la scuola dell’infanzia. In proposito, questa Sezione, proprio con riferimento alla possibilità, prevista dalla norma, di organizzare i nidi e i micronidi con modalità diversificate, ha avuto modo di precisare (nella sentenza n. 459 del 2021) che in tale nozione possono rientrare, ai fini della valutazione della “coerenza” che rileva per il requisito di idoneità professionale nelle gare di appalto, anche i “servizi estivi di nidi di infanzia”: e ciò, sia avuto riguardo alle “loro proprie caratteristiche”, sia in via residuale, trattandosi di “servizi educativi per l’infanzia” non collocabili nelle altre due categorie di cui alle lettere b) e c) dello stesso art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 65 del 2017 (sezioni primavera e servizi

integrativi).

Ebbene, proprio tale statuizione, che va in questa sede confermata, rende evidente la non accoglibilità della prospettazione di parte appellante. La sentenza n. 459 del 2021 ha infatti ritenuto “coerente” l’attività di asilo nido con quella di “servizi estivi di nidi di infanzia”, valorizzandone la natura di servizio educativo per l’infanzia e tenendola comunque distinta dalle ulteriori articolazioni che il d.lgs. n. 65 del 2017 prevede per gli stessi servizi educativi per l’infanzia e, in particolare, tenendola distinta dall’attività delle sezioni primavera, previste dalla lettera *b*) dell’art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 65 del 2017. Del tutto diversa è la situazione che viene oggi all’attenzione del Collegio: l’attività di centro estivo, per le sue oggettive caratteristiche come delineate dalla *lex specialis* della gara in esame, che si riferiva a bambini di età compresa tra i quattro e i dodici anni, non può di certo essere accostata a quella di “servizio estivo di nido di infanzia”, di cui alla sentenza n. 459 del 2021, proprio perché, nell’odierna fattispecie, si parla di centro estivo non avente le caratteristiche dei servizi educativi per l’infanzia, di cui al d.lgs. n. 65 del 2017, e per di più non limitato alla sola attività di nido di infanzia, ma aperto anche a diverse fasce di utenti, e cioè a bambini di età significativamente superiore ai trentasei mesi. Quest’ultima allora costituisce – anche a volersi mantenere nell’ambito delle previsioni del d.lgs. n. 65 del 2017 – ragione sufficiente per escludere la “coerenza” delle due attività, posto che, per espresso dettato normativo, l’età dei bambini è parametro discriminante tra la stessa attività dei nidi e micronidi (lettera *a*) e l’attività della “sezione primavera” (lettera *b* dell’art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 65 del 2017, secondo la quale queste strutture “*accolgono bambine e bambini tra ventiquattro e trentasei mesi di età*” e rispondono a specifiche funzioni di cura, educazione e istruzione con modalità adeguate ai tempi e agli stili di sviluppo e di apprendimento delle bambine e dei bambini “*nella fascia di età considerata*”).

5.4.3. – Né può giovare all’appellante la circostanza allegata, secondo cui essa

esercita effettivamente l'attività di centro estivo ed avrebbe, pertanto, maturato esperienza nel relativo settore, per il quale sarebbe sufficientemente attrezzata.

Ciò che assumeva rilevanza, ai fini del requisito di idoneità professionale indicato dall'art. 4, lettera *b*), del disciplinare di gara, era infatti solo l'iscrizione camerale di attività coerente con quella di affidamento: iscrizione che, per il caso dell'odierna appellante, risulta pacificamente posseduta solo per l'attività di asilo nido.

Sul punto, giova anzitutto evidenziare che le ulteriori attività indicate dall'appellante come rientranti nel proprio bagaglio di esperienza (tra le quali, la gestione di centri socio-educativi, di centri studio e di doposcuola anche per minori, di soggiorni vacanza per l'infanzia e l'adolescenza, ecc.) risultano indicate solo tra l'oggetto sociale dell'impresa, e non anche quali attività per cui è stata rilasciata l'iscrizione camerale. Quest'ultima si riferisce esclusivamente all'attività "servizi di asilo nido".

Questa Sezione ha avuto modo, più volte, di affermare che la prescrizione della *lex specialis* di gara, con la quale si richiede ai concorrenti, ai fini della partecipazione, l'iscrizione alla Camera di commercio per una determinata attività, ha la funzione di selezionare operatori che abbiano una esperienza specifica nel settore interessato dall'appalto. Come discende dall'art. 83, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, la certificazione camerale è dunque lo strumento mediante il quale può accertarsi il concreto ed effettivo svolgimento, da parte della concorrente, di una determinata attività, adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere; il che consente di escludere la possibilità di prendere in considerazione elementi provenienti *aliunde*, come il contenuto dell'oggetto sociale, il quale – ancorché segni il campo delle attività che un'impresa può astrattamente svolgere, sul piano della capacità di agire dei suoi legali rappresentanti – non equivale, però, ad attestare il concreto esercizio di una determinata attività (in tal senso, della Sezione, cfr. la sentenza n. 508 del 2021).

Non può dunque revocarsi in dubbio la legittimità della clausola del disciplinare

che abbia richiesto – come nella specie – una congruenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell’impresa, come riportate nell’iscrizione alla Camera di commercio, e l’oggetto del contratto d’appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste.

Va altresì ribadito – in base alla costante giurisprudenza della Sezione – che deve distinguersi “tra il requisito dell’idoneità professionale e i requisiti esperienziali richiesti a dimostrazione della capacità tecnico-professionale dell’operatore. E’ indubbio che l’iscrizione alla Camera di Commercio costituisca requisito d’idoneità professionale (art. 83, commi 1 e 3, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) [...] nondimeno il pregresso effettivo svolgimento dell’attività (con i relativi risultati), così nell’ambito degli appalti pubblici come in quello dell’affidamento delle concessioni demaniali, è requisito di capacità tecnico-professionale, che l’amministrazione può richiedere sia variamente provato attraverso l’allegazione delle precedenti esperienze professionali” (così, da ultimo, sentenza n. 657 del 2023, che richiama, sempre di questa Sezione, la sentenza n. 4098 del 2021).

Ne deriva che, sulla base della legittima previsione del disciplinare che conferiva rilievo, ai fini del requisito di idoneità professionale, alle attività di organizzazione di centri estivi e di intrattenimento per bambini, come risultanti dal certificato camerale, del tutto correttamente ha assunto peso decisivo, ai fini dell’esclusione dalla gara dell’odierna appellante, il fatto che la sua iscrizione camerale fosse relativa solo all’attività di asilo nido (che, per quanto sopra chiarito, non può considerarsi coerente con quella oggetto di appalto). Ciò, evidentemente, a prescindere dalla qualificazione come “prevalente” dell’attività di asilo nido svolta dalla (...): la portata escludente del verbale di gara n. 4, infatti, è da valutarsi e discende, già di per sé, dalla circostanza della mancata iscrizione camerale per l’attività di centro estivo e intrattenimento per bambini, come chiaramente si desume dalla sua motivazione.

5.5. – Con il sesto motivo di appello, rubricato “*Error in iudicando* - Violazione di

legge (art. 32, comma 7, d.lgs. 50/2016) – Sull’illegitima verifica dei requisiti posta in essere dall’Amministrazione”, l’appellante ripropone, nella sostanza, il sesto motivo del ricorso di primo grado, rigettato dal TAR.

Il motivo non può trovare il favore del Collegio sostanzialmente per le medesime ragioni già chiarite dal Giudice di primo grado, non specificamente contestate dall’appellante. Vale, dunque, qui ribadire tali ragioni, che hanno sottolineato l’inconferenza dell’assunto per cui la (...) si sarebbe aggiudicata la gara alla luce della sola offerta economica (e ciò, avuto riguardo non solo all’assenza dei requisiti di partecipazione in capo ad essa, quanto soprattutto al fatto che la gara doveva essere aggiudicata secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, come tale implicante la necessaria valutazione dell’offerta tecnica) e hanno rilevato l’assoluta irrilevanza dell’ulteriore circostanza – addotta come sintomo di eccesso di potere – per cui l’aggiudicataria ha sede in Roma, a differenza della ricorrente (invero, come correttamente ritenuto dal Giudice di primo grado, in assenza di precisi e circostanziati elementi che inducano a ritenere presenti illecite collusioni, quanto riferito dalla ricorrente non le può giovare nella presente sede di legittimità).

5.6. – Il settimo motivo di appello, che ripropone il corrispondente motivo di primo grado circa l’illegittimità derivata dell’aggiudicazione, va parimenti respinto alla luce del rigetto delle precedenti censure.

6. – Le ulteriori censure riproposte dall’appellante – e non scrutinate dal TAR – devono veder confermata la statuizione di improcedibilità di cui alla sentenza di primo grado.

Esse, infatti, si riferiscono alla posizione dell’aggiudicataria dell’appalto *de quo*, che ha conseguito la commessa dopo l’esclusione dalla gara della (...) e che si vorrebbe, a sua volta, escludere dalla gara ai fini di una riedizione di quest’ultima. Come già divisato dal TAR, è qui evidente il difetto di interesse dell’odierna appellante, che risulta esclusa dalla gara per mancanza dei requisiti di

partecipazione indicati nel verbale di gara n. 4. Non è condivisibile quanto l'appellante deduce al punto 9 del proprio atto di appello, nel tentativo di dimostrare il proprio interesse all'esclusione dell'aggiudicataria: i principi e la giurisprudenza ivi richiamati, in specie quelli del diritto UE, non sono qui applicabili per la semplice ragione che – come detto – l'appellante non ha i requisiti di partecipazione per la gara che, in tesi, dovrebbe essere ripetuta. Del resto, presupposto logico (prima ancora che giuridico) della riedizione della gara è che si tratti, precisamente, della medesima gara già bandita e nella quale la ricorrente abbia sofferto l'esclusione; non potrebbe giammai trattarsi di una gara diversa, neanche quanto ai requisiti di partecipazione richiesti.

7. – Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza e sono da liquidarsi in euro 3.000,00 (tremila/00).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, definitivamente pronunciando,

Respinge l'appello.

Condanna parte appellante alla refusione delle spese, nei confronti della controparte costituita, liquidate in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge.

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

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

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Antonino Masaracchia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Antonino Masaracchia

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO