

APPALTI - RTI VERTICALE - AMMISSIONE ALLA GARA - PRESUPPOSTI - PREVIA INDIVIDUAZIONE PRESTAZIONI PRINCIPALI E SECONDARIE - CHIARIMENTI DELLA S.A. - RATIO

È inammissibile la partecipazione alla gara di un RTI di tipo verticale qualora la stazione appaltante non abbia previamente individuato negli atti di gara, in modo chiaro ed inequivocabile, la distinzione tra prestazioni principali e secondarie. Tale carenza non può essere sanata sulla base di successivi chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, la cui funzione è quella di chiarimento delle previsioni equivoche della *lex specialis* e non di modifica delle regole di gara.

TAR Campania, Salerno, Sez. I, sentenza n. 575/2020

Publicato il 22/05/2020

N. 00575/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01365/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1365 del 2019, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo 323;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Luisa Nobile, con domicilio digitale come da PEC da Registri

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2020 la dott.ssa Anna Saporito e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni con l. 24 aprile 2020, n. 27;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna ricorrente ha partecipato alla procedura di gara bandita dal Consorzio Sociale Valle dell'Irno – Ambito S56 avente ad oggetto l'affidamento – per la durata di mesi quattro - dei servizi educativi per la prima infanzia (*“Sostegno alla gestione del servizio nido d'infanzia comune di Baronissi” e “gestione n. 4 micro nidi per la prima infanzia ubicati nei Comuni di Bracigliano, Fisciano, Mercato San Severino e Siano”*) per l'anno educativo 2019/2020, da aggiudicare mediante procedura negoziata e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In esito alla procedura di gara, con determina n-OMISSIS-, è stata disposta l'aggiudicazione dell'appalto in favore della costituenda ATI fra-OMISSIS-(mandanti), prima graduata con punti 94,22; la ricorrente è risultata seconda classificata con 89,84 punti.

2. Con il ricorso all'esame del Collegio la ricorrente ha impugnato detta aggiudicazione, articolando plurimi motivi che incidono tanto sull'interesse principale all'affidamento della commessa quanto sull'interesse strumentale alla riedizione dell'intera procedura.

I primi quattro motivi, tutti diretti a conseguire l'esclusione del raggruppamento controinteressato, sono così rubricati:

1 – Violazione e falsa applicazione di legge (d.lgs. 50/2016) – Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara (artt. 3 e 4 del CSA) – Sul mancato possesso dei requisiti di partecipazione da parte dell'ATI aggiudicataria: l'ATI aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in quanto la mandante -OMISSIS-, nella propria domanda di

partecipazione, ha ommesso di dichiarare il requisito tecnico- organizzativo (“Esperienza nel triennio nella gestione di nidi d’infanzia”) di cui al punto 4.3 del CSA. Né tale vizio – trattandosi di dichiarazione totalmente omessa, ed essendo il requisito carente - poteva essere sanato in sede di soccorso istruttorio, esperito dalla stazione appaltante successivamente all’aggiudicazione con nota prot. n. - OMISSIS- (con la quale è stato chiesto ad "-OMISSIS-" di produrre la documentazione comprovante, tra l'altro, i requisiti di capacità "tecnico - organizzativi").

1.2 – Sulla illegittimità del provvedimento di aggiudicazione. Sulla illegittimità della mancata esclusione dell’ATI controinteressata. Sulla violazione e falsa applicazione dell’art. 92 del DPR 207/2010: l’ATI aggiudicataria avrebbe dovuto altresì essere esclusa in quanto la mandante -OMISSIS- non possiede i requisiti nella misura minima del 10% prescritta dal CSA e non può eseguire la quota dell’8,09 % dell’appalto cui si è impegnata.

1.3 – Sulla insussistenza in capo alla mandante -OMISSIS- del requisito minimo di idoneità professionale: ulteriore motivo di esclusione del raggruppamento viene individuato nella circostanza che né l’oggetto sociale né l’attività prevalente indicati nella visura camerale di -OMISSIS- sono coerenti con le attività oggetto di gara.

2 – Violazione e falsa applicazione di legge (art. 80 D. Lgs. 50/2016; artt. 3 e 17 L. 68/99; art. 75 DPR 445/2000) – Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara - Sulla mancata esclusione della aggiudicata per aver reso false dichiarazioni: le componenti dell’ATI hanno dichiarato di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, circostanza smentita dalle visure camerali. Ciò avrebbe dovuto condurre alla necessaria esclusione del raggruppamento, ai sensi dell’art. 80 comma 5 lett. c bis), avendo reso l’ATI informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare i processi decisionali della stazione appaltante, nonché ai sensi dell’art. 17 L. 68/99 e dell’art. 75 DPR 445/2000.

In via subordinata, graduando l'ordine di esame dei motivi in ragione della priorità dell'interesse all'aggiudicazione rispetto all'interesse strumentale alla riedizione della procedura, la ricorrente deduce illegittimità dell'intera procedura di gara per commistione tra requisiti soggettivi ed oggettivi di partecipazione, avendo il C.S.A. previsto l'attribuzione di 16 punti per l'offerta tecnica in relazione alle esperienze ed attività documentate nel servizio 'nidi e micro nidi d'infanzia', rientranti al contempo fra i requisiti soggettivi di partecipazione.

3. Si sono costituiti il Consorzio appaltante e l'ATI controinteressata, insistendo per la reiezione del ricorso.

4. Con decreto monocratico n. -OMISSIS-la domanda cautelare è stata accolta ai soli fini dell'inibizione della stipula. Con successiva ordinanza n. -OMISSIS-sono stati disposti incumbenti istruttori.

5. In previsione della pubblica udienza tutte le parti hanno depositato memorie ad integrazione delle già spiegate difese; la stazione appaltante ha depositato, il 22 febbraio 2020, la richiesta relazione amministrativa sui fatti di causa da cui, emerge, tra l'altro, che il servizio è stato affidato in via d'urgenza a settembre 2019 attesa la necessaria apertura dei nidi e, con determina n. -OMISSIS-, l'affidamento è stato ulteriormente prorogato di due mesi.

6. All'udienza del 13 maggio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Stante l'espressa graduazione dei motivi di gravame da parte della società ricorrente (v. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 5/2015, secondo cui nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, la parte può graduare, esplicitamente e in modo vincolante per il giudice, i motivi e le domande di annullamento), si procede alla disamina delle censure principiando da quelle volte a presidiare l'interesse principale all'affidamento della commessa.

8. Possono essere esaminati congiuntamente i primi tre motivi con i quali la ricorrente deduce che l'ATI controinteressata doveva essere esclusa dalla

procedura in quanto la mandante -OMISSIS-: 1) non ha dichiarato i requisiti tecnici richiesti dalla *lex specialis* di gara a pena di esclusione, né tale vizio può considerarsi sanato dal soccorso istruttorio esperito dalla stazione appaltante successivamente all'aggiudicazione, essendo la dichiarazione totalmente omessa e il requisito carente; 2) non possiede il medesimo requisito tecnico nella misura richiesta dalla legge di gara (10 per cento) né nella misura corrispondente alla quota di esecuzione, pari all'8,09%, assunta in sede di gara (avendo dichiarato che “*si occuperà della realizzazione dei pasti nei micro nidi di Bracigliano, Mercato San Severino, Fisciano e Siano – corrispondente ad una quota complessiva da gestire in termini percentuali pari al 8,09 e ad un valore assoluto a base d'asta pari ad € 23.672,00 + iva.*”); 3) non possiede il requisito minimo di idoneità professionale, atteso che l'attività prevalente risultante dalla visura camerale (preparazione e confezionamento pasti e deposito di prodotti alimentari) è incoerente con il servizio posto a base di gara.

Secondo la ricostruzione dell'aggiudicataria, sostanzialmente condivisa dal consorzio appaltante: a) correttamente -OMISSIS- non ha dichiarato l'esperienza nella gestione dei servizi di nido e micro nidi (riportata nel riquadro del prestampato) in quanto ha concorso per la fornitura dei pasti; b) l'appalto avrebbe infatti ad oggetto il servizio di gestione asili nido e la fornitura dei pasti, come evincibile dal piano finanziario riportato all'art. 9 del C.S.A.; c) in tal senso deporrebbe anche il chiarimento pubblicato sul portale Consip con il quale la stazione appaltante ha affermato, stante il divieto di subappalto, la possibilità, “*vista la necessità di realizzare la produzione dei pasti da fornire presso le strutture*”, di “*effettuare un'ATI con un'azienda che si occupa di ristorazione collettiva*”; d) il costituendo raggruppamento ha assunto pertanto la configurazione di ATI verticale, con due componenti direttamente impegnate nella gestione dei nidi (mandataria ed una delle mandanti) ed un'altra (segnatamente, la mandante -OMISSIS-) impegnata nella preparazione dei pasti; e) rispetto alla preparazione pasti, -OMISSIS- possiede

il fatturato specifico, peraltro maturato proprio con riguardo ai nidi oggetto di appalto, in misura anche superiore al 10% (e *a fortiori* superiore all'8,09% cui si è impegnata in sede di esecuzione); f) è del tutto legittimo il soccorso istruttorio operato dalla stazione appaltante con la nota del 5 settembre 2019, con cui ha chiesto alla "-OMISSIS-" di produrre la documentazione comprovante, tra l'altro, i requisiti di capacità "tecnico - organizzativi", ben potendo il soccorso istruttorio intervenire anche in occasione della verifica dei requisiti (prima della dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione), posto che la giurisprudenza ammette il soccorso istruttorio, addirittura, nella fase giurisdizionale; g) rispetto alla preparazione dei pasti, la visura camerale di -OMISSIS- è del tutto coerente.

8.1. Giova premettere alla disamina di tale gruppo di motivi una sintetica ricostruzione della disciplina di gara, per quanto di interesse.

Il C.S.A., all'art. 4 - rubricato "Criteri di selezione" – ha previsto che *"I partecipanti devono essere in possesso dei requisiti richiesti per l'ammissibilità alla gara, pena l'esclusione dalla stessa, relativi a: 4.1. requisiti di idoneità professionale; 4.2 capacità economica e finanziaria; 4.3 capacità tecnica e organizzativa"*. Al punto 4.1. sono specificati i requisiti di idoneità professionale; il punto 4.2 richiede, per la capacità economico e finanziaria, un fatturato globale relativo agli ultimi 3 esercizi finanziari non inferiore all'importo a base di gara; per la capacità tecnico – professionale, il punto 4.3 richiede *"esperienza nel triennio 2016-2018 nella gestione di servizi di nido e micro nidi d'infanzia con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, con enti pubblici e/ o privati"*).

L'art. 3 del CSA, concernente i *"soggetti ammessi a partecipare alla gara"*, precisa, con riguardo all'ipotesi di partecipazione mediante raggruppamento, che *"i requisiti di carattere generale devono essere posseduti da ciascuna organizzazione partecipante al raggruppamento"* mentre per i requisiti economico - finanziario e tecnico organizzativi *"l'importo del fatturato globale e del fatturato specifico dovrà essere posseduto dal raggruppamento o dal consorzio nel suo complesso. La mandataria del raggruppamento costituito*

o costituendodovrà possedere i requisiti di carattere economico e tecnico per una percentuale non inferiore al 60% (sessanta per cento); la restante quota dei suddetti requisiti dovrà essere posseduta cumulativamente, fino alla concorrenza prevista del 100%, dalle mandanti o dalle altre consorziate ciascuna delle quali dovrà possedere almeno il 10%".

8.2. Tanto premesso, occorre rilevare come sia consolidato l'orientamento secondo il quale, negli appalti di servizi e forniture, in assenza di diversa previsione specifica nella *lex specialis*, i requisiti di qualificazione possano essere posseduti dal raggruppamento nel suo complesso. Già anteriormente all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 27 del 2014 rilevava che *“nel settore dei servizi, in mancanza di una predeterminazione normativa o regolamentare dei requisiti di capacità tecnico/organizzativa ed economico/finanziaria - la relativa disciplina non prescrive, quale quota percentuale dei requisiti di qualificazione e/o di capacità debba essere posseduta da ciascuna impresa componente il raggruppamento, affidando le relative determinazioni alla discrezionalità della singola stazione appaltante - per cui spetta alla stazione appaltante il compito di definire nella lex specialis, in relazione al contenuto della prestazione, i requisiti d'idoneità che devono essere posseduti dalle imprese componenti il raggruppamento”*.

Siffatto orientamento ha trovato conferma nel vigore dell'attuale codice e è stato ribadito anche in seguito alla pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 6 del 2019 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805: *"Né la conclusione raggiunta trova smentita nel principio di diritto recentemente espresso con decisione dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio, 27 marzo 2019, n. 6, riferendosi quest'ultimo ai soli appalti di lavori (per i quali trova applicazione la disciplina speciale di cui all'art. 92, comma 2, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), laddove l'odierna vertenza concerne un appalto di servizi, per il quale trovano dunque applicazione i consolidati principi sovra richiamati"*).

Ne consegue, quale duplice corollario, che nell'ipotesi *“di mancata definizione di una "soglia minima" per i predetti requisiti da parte della stazione appaltante, il servizio oggetto di*

gara ben poteva essere aggiudicato ed eseguito da operatori economici perfino privi del requisito purché, naturalmente, detto requisito fosse posseduto cumulativamente dal raggruppamento. In assenza pertanto di una espressa previsione di requisiti minimi in capo ai mandanti, ben poteva a rigore la sola mandataria - come avvenuto nel caso di specie - indicare il possesso della totalità dei requisiti prescritti, dei quali si sarebbe giovato il raggruppamento nel suo insieme" (Consiglio di Stato sez. V, n. 8249/2019); laddove invece la stazione appaltante si sia avvalsa (come nel caso di specie) della facoltà di definire la soglia minima in cui il requisito di capacità tecnica e professionale deve essere posseduto dal singolo componente del raggruppamento, il mancato possesso dello stesso nella misura predeterminata dal bando è causa di esclusione

8.3. Sulla base della *lex specialis* -OMISSIS- doveva dunque qualificarsi nella misura minima del 10%. E' tuttavia controverso fra le parti quale fosse, esattamente, il requisito tecnico che la mandante doveva possedere, comprovato dal relativo fatturato specifico: esperienza nella gestione dei nidi, secondo la ricorrente; esperienza nella fornitura dei pasti, secondo l'aggiudicataria, sulla base della configurazione verticale del raggruppamento.

Ed invero, la *ratio* del raggruppamento verticale – definito dall'art. 48 comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, con riferimento all'appalto di servizi e forniture, come quello in cui "*il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie*", a differenza del raggruppamento di tipo orizzontale, nel quale "*gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione*" - è quella di consentire la partecipazione a soggetti che, pur avendo una esperienza specifica in determinati settori, non possiedano la professionalità richiesta per l'affidamento dell'intero contratto. In particolare, la giurisprudenza ha chiarito che ciò che caratterizza il raggruppamento di tipo verticale è la disomogeneità e la differenziazione delle capacità e dei requisiti posseduti dai componenti del raggruppamento medesimo, portatori - nel caso di

ATI verticali - di competenze distinte e differenti, non rilevando invece la mera indicazione delle parti della prestazione che ogni operatore si incarica di eseguire all'interno della compagine imprenditoriale associativa, che evoca esclusivamente la ripartizione interna, tra i concorrenti raggruppati, della esecuzione della prestazione unitariamente considerata. Ed infatti: *“deve respingersi la tesi che deduce la pretesa natura di raggruppamento temporaneo di tipo verticale dalla mancanza di omogeneità delle prestazioni erogate dalle imprese partecipanti al raggruppamento. E ciò in quanto Cons. Stato, Ad. plen., 13 giugno 2012, n. 22, ha chiarito: "La distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali - oggi enunciata sul piano legislativo dall'art. 37, commi 1 e 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce) - poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l'a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti oggetto dell'appalto...". Il testuale riferimento legislativo al "tipo" di prestazione (e non alla prestazione concretamente svolta, e così ad un concetto astratto piuttosto che concreto) va inteso, insomma, nel senso che ciascun operatore economico dev'essere in grado, per le competenze possedute, di partecipare all'esecuzione dell'unica prestazione; quest'ultima, poi, altro non può essere che la prestazione oggetto del servizio da affidare (in tal senso, cfr. Cons. Stato, V, 16 aprile 2013, n. 2093) e le competenze non possono essere che quelle richieste dal bando di gara. Ciò significa... che la diversità delle prestazioni, tale da escludere il carattere orizzontale del raggruppamento, ricorre solo se ciascuna delle imprese possiede specializzazioni e competenze diverse da quelle richieste dal bando, finalizzate all'esecuzione di un'attività non corrispondente a quella oggetto del contratto" (Consiglio di Stato sez. III, n. 517 del 2019).*

Nel caso di specie, la costituenda -OMISSIS- ha dichiarato in sede di prequalifica che avrebbe assunto la forma del raggruppamento di tipo misto (per l'iscrizione dei raggruppamenti misti al *genus* dei raggruppamenti verticali, in cui l'esecuzione

delle singole prestazioni - per i servizi e le forniture - viene assunta da sub-associazioni di tipo orizzontale cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I bis, 2 maggio 2017, n. 5044) ai sensi dell'art. 48 comma 2 del d.lgs. n. 50/2016; e, in effetti, la mandante - OMISSIS- – oltre ad essersi impegnata ad eseguire una prestazione specifica, quale quella di preparazione pasti - apporta specializzazioni e competenze eterogenee rispetto a quelle richieste dal bando.

8.4. Occorre pertanto indagare se il bando consentiva la partecipazione in tale forma. E' infatti *ius receptum* che, sulla base del richiamato disposto dell'art. 48 comma 2 d.lgs. 50/2016, in caso di appalti di servizi *"la possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale sussiste solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara le prestazioni principali e quelle secondarie, non potendo il concorrente provvedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo tra quelle principali e quelle secondarie"* (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 6459 del 2019) e che *"tale divieto si giustifica in ragione della disciplina legale della responsabilità delle imprese riunite in associazione temporanea, ai sensi dell'art. 48, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, posto che "per i raggruppamenti verticali, [...] la responsabilità dei concorrenti che si fanno carico delle parti secondarie del servizio è circoscritta all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, talché non pare possibile rimettere alla loro libera scelta l'individuazione delle prestazioni principali e di quelle secondarie (attraverso l'indicazione della parte del servizio di competenza di ciascuno) e la conseguente elusione della norma in materia di responsabilità solidale, in assenza di apposita previsione del bando di gara"* (Cons. Stato, V, 7.12.2017, n. 5772).

Orbene, rileva il Collegio che il bando non reca alcuna previa individuazione di prestazioni principali e secondarie, né tale distinzione è evincibile sulla base della documentazione di gara complessivamente considerata. Milita in tal senso la definizione dell'oggetto dell'appalto così come formulata al punto 4 del bando (*"Sostegno alla gestione del servizio nido d'infanzia comune di Baronissi e gestione n. 4 micro*

nidi per la prima infanzia ubicati nei Comuni di Bracigliano, Fisciano, Mercato San Severino e Siano) e all'art. 1 del CSA (*“gestione dei servizi educativi per la prima infanzia per nido e micro nido”*), ove non viene data alcuna separata evidenza alla preparazione pasti, rendendo palese che la procedura selettiva ha investito una tipologia di servizio unitaria; tale conclusione è corroborata dalla stessa modulistica di partecipazione, che (cfr. allegato 1 - 1bis, busta 1) richiedeva l'indicazione – in caso di raggruppamento temporaneo – della “quota” (e non già della “tipologia”) dei servizi.

Né può essere valorizzato a tali fini, come vorrebbe l'aggiudicataria, il disposto dell'art. 9 CSA che – nell'indicare gli elementi del piano finanziario – enumera distintamente il costo per i pasti. Si tratta con ogni evidenza di una mera voce di costo, inidonea a conferire di per sé sola autonomia (e natura secondaria) alla prestazione di preparazione pasti rispetto alle altre prestazioni in cui si esplica la commessa. Tale conclusione trova conforto anche nella circostanza che, nello stesso art. 9 CSA, la voce “numero pasti” è affiancata a quelle relative a “educatori”, “personale ausiliario”, “spese generali ed oneri” che chiaramente rappresentano unicamente separate voci di costo (e non prestazioni separate e autonome).

Del pari, non giova all'aggiudicataria il richiamo ai chiarimenti formulati dalla stazione appaltante, atteso che il bando di gara costituisce *lex specialis* cui la stazione appaltante si autovincola, modificabile solo attraverso l'esercizio del potere di autotutela, secondo le stesse modalità e forme previste per il bando originario; mentre ai chiarimenti può essere affidata solo la più circoscritta funzione di chiarire previsioni della *lex specialis* equivoche o che comunque si prestino ad incertezze interpretative, realizzando pertanto una sorta di interpretazione autentica e non già una (inammissibile) modifica delle regole di gara. Ed infatti *“deve escludersi che l'amministrazione, a mezzo di chiarimenti auto-interpretativi, possa*

modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della lex specialis del concorso; i chiarimenti sono invero ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della lex specialis, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost' (Consiglio di Stato sez. III, n. 8873 del 2019) .

Nel caso specifico, il chiarimento fornito dalla stazione appaltante – conducendo all'introduzione di una nuova regola di gara, non prevista dal bando e radicalmente incompatibile con esso, poiché presuppone una distinzione tra attività principale (di gestione nidi) e attività secondaria (di preparazione pasti) che, come detto, non sussiste in modo inequivocabile nella legge di gara - non può ritenersi meramente esplicativo del bando di gara, ma novativo della *lex specialis* e, pertanto, inammissibile.

Da tutto quanto sopra rappresentato discende che alla suddetta gara d'appalto potevano partecipare esclusivamente raggruppamenti che avessero assunto forma orizzontale.

8.5. Va altresì precisato che tale interpretazione della legge di gara non ne comporta, come sostenuto dall'aggiudicataria, la nullità (ex art. 83, comma 8, D. Lgs. n. 50/2016) per contrasto con la previsione di cui all'art. 48, comma 4, del D. Lgs. n. 50/2016 ai sensi del quale "*Nel caso di lavori, forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati*".

Trattasi a ben vedere di due profili distinti.

L'art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 pone in capo alle componenti del raggruppamento l'onere di specificare - in termini percentuali o descrittivi, secondo l'interpretazione fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa - le parti del

servizio alle quali ciascun componente il raggruppamento si impegna, alla stregua di un mero riparto interno delle attività rientrante nelle scelte organizzative del raggruppamento, tenendo conto del fatto che le parti di attività assegnate a ciascuno dei componenti il raggruppamento non devono essere perfettamente coincidenti e sovrapponibili fra loro (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922; III, 21 gennaio 2019, n. 519).

Ciò tuttavia non significa affatto che, in assenza di suddivisione espressamente compiuta dalla stazione appaltante, i concorrenti possano di propria iniziativa scomporre le prestazioni in affidamento (e i correlativi requisiti) in modo da individuare una prestazione principale e prestazioni secondarie. Tanto non si traduce, come ritenuto dall'aggiudicataria, in una indebita limitazione all'accesso alla gara, in quanto *“tale accesso è certamente “libero” per i soggetti che rispondono ai requisiti previsti dall'ordinamento per la partecipazione. D'altra parte, il principio volto a garantire la più ampia partecipazione alle gare non agisce “in astratto”, ma esso, nella sua concreta attuazione, non può che riferirsi ad imprese che – per serietà ed affidabilità tecnico-professionale (appunto validate dal possesso dei requisiti) – sono potenzialmente idonee ad assumere il ruolo di contraenti con gli operatori economici pubblici?”* (Adunanza Plenaria, sentenza n. 6 del 2019).

8.6. Tirando le fila delle considerazioni sinora svolte, tenuto conto che, da un lato, la stazione appaltante ha discrezionalmente ritenuto di definire la misura minima (nell'ordine del 10%) in cui il requisito di capacità tecnica e professionale doveva essere posseduto dalle mandanti (cfr. punto 8.2); dall'altro, non sussisteva, alla luce delle disposizioni contenute nella *lex specialis*, la possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale e risultava pertanto precluso ai partecipanti alla gara di procedere di loro iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione e dei correlativi requisiti (cfr. punti 8.3 e 8.4), ne consegue che il parametro per l'applicazione della soglia minima (quanto al requisito di capacità

tecnica) non poteva che essere rappresentato dall'art. 4.3 C.S.A. e quindi dal fatturato specifico relativo alla gestione dei nidi.

Il mancato possesso, incontestato fra le parti, di tale requisito in capo ad -OMISSIS- - i cui requisiti tecnici, relativi alla preparazione pasti, risulterebbero coerenti solo con la partecipazione alla gara nella forma del raggruppamento verticale, come visto non consentita - rende superflua l'indagine sulla legittimità del soccorso istruttorio esperito dalla stazione appaltante, essendo pacifico che a tale istituto non può farsi ricorso per supplire alla carenza di un requisito di partecipazione alla gara (*“l'istituto del soccorso istruttorio non può essere utilizzato per supplire alla carenza di un requisito di partecipazione alla gara, prescritto a pena di inammissibilità. Il soccorso istruttorio, infatti, opera nel caso in cui sia necessario specificare elementi formali della domanda o della dichiarazione, ma non può supplire all'inadempimento dell'interessato nel corrispondere alle precise previsioni delle regole di gara”* - T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, n. 3534/2018).

Risultano pertanto fondate le censure articolate dalla ricorrente con il primo ed il secondo motivo di ricorso.

8.7. Sulla base di considerazioni in parte analoghe è da ritenersi fondato anche il terzo motivo attinente alla mancanza, in capo alla mandante -OMISSIS-, del requisito di idoneità professionale.

Premesso che *“l'individuazione ontologica della tipologia di azienda può avvenire solo attraverso l'attività principale o prevalente, in concreto espletata e documentata dall'iscrizione alla Camera di Commercio, non rilevando quanto riportato nell'oggetto sociale, che esprime soltanto ulteriori potenziali indirizzi operativi dell'azienda, non rilevanti ove non attivati. L'oggetto sociale, in pratica, nulla dice sull'effettivo svolgimento dell'attività (ex plurimis, T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, n. 4754 del 2019), va rilevato che la prescrizione della lex specialis di gara con cui si richiede ai concorrenti, ai fini della partecipazione, l'iscrizione alla C.C.I.A.A. risulta finalizzata a filtrare l'ingresso in*

gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento: occorre pertanto che sussista “*una congruenza contenutistica, tendenzialmente completa tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di commercio e l'oggetto dell'appalto, come si può dedurre dal complesso delle prestazioni previste*” (Consiglio di Stato, n. 3149 del 2019), congruenza nella specie assente atteso che la “preparazione e confezionamento pasti e deposito di prodotti alimentari”, attività prevalente di -OMISSIS-, rappresenta solo un sottoinsieme (come più volte ribadito, non autonomamente enucleabile dal resto delle prestazioni oggetto del servizio in assenza di una scelta in tal senso della *lex specialis*) delle attività necessarie per la gestione di servizi educativi per l'infanzia.

9. Con il quarto motivo di ricorso (rubricato al n. 2) viene censurata la falsità delle dichiarazioni rese dalle componenti dell'ATI controinteressata in merito al rispetto della legge n. 68/99 sull'assunzione obbligatoria dei soggetti disabili, contraddette dai dati delle visure camerali, da cui emergerebbe un numero di dipendenti superiore a quello dichiarato nonché (nel caso delle mandanti) l'assenza di lavoratori disabili in organico. Ne deriverebbe la necessaria esclusione dell'intero raggruppamento per aver reso dichiarazioni mendaci ai sensi dell'art. 80 c bis) del codice appalti, nonché ai sensi dell'art. 17 della l. 68/99 e dell'art. 75 D.P.R. 445/2000.

Il motivo non coglie nel segno.

Come rilevato sia dalla stazione appaltante che dalla controinteressata, in *subiecta materia* le visure camerali assumono mera valenza statistica, atteso che nella base di computo per la determinazione del numero di soggetti disabili da assumere non vanno inclusi *sic et simpliciter* tutti i dipendenti dell'azienda, ma, ai sensi dell'art. 4, comma 1 della legge n. 68/1999: “*non sono computabili: i lavoratori occupati ai sensi della presente legge, i soci di cooperative di produzione e lavoro, i dirigenti, i lavoratori assunti con contratto di inserimento, i lavoratori occupati con contratto di somministrazione presso*

l'utilizzatore, i lavoratori assunti per attività da svolgersi all'estero per la durata di tale attività, i soggetti impegnati in lavori socialmente utili assunti ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 28 febbraio 2000, n. 81, i lavoratori a domicilio, i lavoratori che aderiscono al programma di emersione, ai sensi dell'articolo 1, comma 4-bis, della legge 18 ottobre 2001, n. 383, e successive modificazioni. Restano salve le ulteriori esclusioni previste dalle discipline di settore. Per i lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato parziale si applicano le norme contenute nell'articolo 18, comma secondo, della legge 20 maggio 1970, n. 300, come sostituito dall'articolo 1 della legge 11 maggio 1990, n. 108".

Nel caso specifico, il mero dato statistico è inoltre superato dalla certificazione prodotta dalle controinteressate, rilasciata dall'Ufficio collocamento mirato della Regione Campania (quanto a -OMISSIS- e a Progetto) e dall'Area decentrata Centri per l'impiego Lazio Centro della Regione Lazio (quanto ad -OMISSIS-) che attesta il rispetto da parte delle stessa della normativa in materia di diritto al lavoro dei disabili con riferimento a date antecedenti al 22 luglio 2019, termine di scadenza per la presentazione delle domande. Infatti:

- per Progetto 2000, il documento attesta il rispetto della normativa ex legge 68/99 sia alla data di rilascio (13.11.2019) che alla data di trasmissione del prospetto informativo (30.01.2019);

- per -OMISSIS-, il documento comprova che alla data dell'8 febbraio 2019 il numero di lavoratori dipendenti da includere nella base di computo era pari a 14 unità;

- per -OMISSIS-, si certifica che *“alla data della autocertificazione (17/07/2019), e a tutt'oggi, risulta in regola con le norme che disciplinano il lavoro dei disabili”*.

10. Stante l'accoglimento dei motivi indicati quale prioritari nella graduazione di parte ricorrente può prescindersi dalla disamina dell'ulteriore censura sollevata con il quinto motivo di ricorso (rubricato n. 3), in quanto proposta in termini espressamente subordinati.

11. In conclusione il ricorso deve essere accolto risultando fondati i primi 3 motivi, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione. Viceversa, è inammissibile la domanda diretta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto, poiché la documentazione in atti evidenzia la mancata stipula dello stesso.

12. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto annulla l'impugnato provvedimento di aggiudicazione.

Condanna l'Amministrazione resistente e la controinteressata (pro quota al 50% per ciascuna di esse) alla rifusione, in favore della parte ricorrente, delle spese e competenze di giudizio, che liquida nella somma complessiva di euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre C.P.A. ed I.V.A. come per legge e rimborso del contributo unificato.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare persone ed enti coinvolti nel presente giudizio.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2020 con l'intervento dei magistrati (collegati da remoto tramite "Microsoft Teams", ai sensi dell'art. 84, comma 6, D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla L. 24 aprile 2020, n. 27):

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Anna Saporito, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Anna Saporito

IL PRESIDENTE

Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.