

Pubblicato il 26/10/2023

N. 09255/2023REG.PROV.COLL.
N. 05303/2023 REG.RIC.
N. 06185/2023 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui seguenti ricorsi in appello:

1) numero di registro generale -OMISSIS-, proposto dalla -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Adinolfi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

la Azienda Sanitaria Nazionale Napoli 3 Sud, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Rajola Pescarini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

della -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

2) numero di registro generale -OMISSIS-del 2023, proposto dalla -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla

procedura CIG -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Ippolito Matrone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

la Azienda Sanitaria Nazionale Napoli 3 Sud, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Rajola Pescarini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

della -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Adinolfi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

a) con riferimento all'appello n. -OMISSIS-, della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania, sede di Napoli, Sezione V, -OMISSIS-, che ha respinto il ricorso proposto dalla -OMISSIS- per l'annullamento del processo verbale di verifica di idoneità del 21 febbraio 2023, che ha disposto l'esclusione dalla gara, bandita dalla Azienda Sanitaria Nazionale Napoli 3 Sud, avente ad oggetto la *“Procedura aperta per la conclusione di un Accordo Quadro con un solo operatore economico, ai sensi dell'art. 54, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 per l'affidamento dei servizi di: 1) rimozione, trasporto e smaltimento di carcasse, parti di animali ed alimenti giudicati non edibili e da eliminare presso impianto autorizzato; 2) attività di spopolamento ai sensi dell'art. 18 del Regolamento Ce 1099/2009; 3) attività di supporto all'identificazione delle carcasse di cani e gatti; 4) fornitura di Sala settoria; 5) fornitura dpi; 6) attività di supporto alla diagnostica cadaverica dei sinantropi, cani e gatti”*.

b) con riferimento all'appello n. -OMISSIS-del 2023, della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania, sede di Napoli, Sezione V, -OMISSIS-, che ha respinto il ricorso proposto dalla -OMISSIS- per l'annullamento del processo verbale di verifica di idoneità del 21 febbraio 2023, che ha disposto l'esclusione dalla stessa gara, bandita dalla Azienda Sanitaria Nazionale Napoli 3 Sud.

Visti gli appelli nn. -OMISSIS- e -OMISSIS-del 2023 e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione, nei giudizi nn. -OMISSIS- e -OMISSIS-del 2023, della Azienda Sanitaria Nazionale Napoli 3 Sud;

Visto l'atto di costituzione, nel giudizio n. -OMISSIS-del 2023, della -OMISSIS-;

Visto l'appello incidentale, notificato e depositato nel giudizio n. -OMISSIS-del 2023 dalla -OMISSIS- in data 18 luglio 2023;

Vista la memoria, depositata nel giudizio n. -OMISSIS- dalla Azienda Sanitaria Nazionale Napoli 3 Sud in data 21 luglio 2023;

Vista la memoria, depositata nel giudizio n. -OMISSIS-del 2023 dalla Azienda Sanitaria Nazionale Napoli 3 Sud in data 28 agosto 2023;

Vista la memoria, depositata nel giudizio n. -OMISSIS-del 2023 dalla -OMISSIS- in data 6 ottobre 2023;

Vista la memoria, depositata nel giudizio n. -OMISSIS-del 2023 dalla -OMISSIS- in data 3 ottobre 2023;

Relatrice, nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2023, il Cons. Giulia Ferrari e uditi per le parti gli avvocati delle cause nn. -OMISSIS- e -OMISSIS-del 2023, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue.

FATTO

1. Con determina n. -OMISSIS- il Direttore Generale della Azienda Sanitaria Nazionale Napoli 3 Sud ha deliberato l'espletamento di una procedura aperta per la conclusione di un Accordo Quadro con un solo operatore economico, ai sensi dell'art. 54, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 per l'affidamento dei servizi di: 1) rimozione, trasporto e smaltimento di carcasse, parti di animali ed alimenti giudicati non edibili e da eliminare presso impianto autorizzato; 2) attività di spopolamento ai sensi dell'art. 18 del Regolamento Ce 1099/2009; 3) attività di supporto all'identificazione delle carcasse di cani e gatti; 4)

fornitura di Sala settoria; 5) fornitura dpi; 6) attività di supporto alla diagnostica cadaverica dei sinantropi, cani e gatti.

Alla gara - da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e con importo presunto massimo di € 777.750,00 - hanno partecipato la -OMISSIS- (d'ora in poi, -OMISSIS-) e la -OMISSIS- (d'ora in poi, -OMISSIS-).

La gara è andata deserta perché entrambe le concorrenti sono state escluse per carenza dei requisiti di idoneità richiesti dalla Disciplina di gara: a) la -OMISSIS- per mancanza della dichiarazione (da rendere tramite il DGUE) di voler ricorrere all'avvalimento e della documentazione richiesta dal Disciplinare di gara in caso di avvalimento; b) la -OMISSIS- per non essere in possesso del requisito di idoneità di cui al par. 7.1, comma 2, del Disciplinare di gara (*“Possesso della Registrazione degli operatori, degli stabilimenti o impianti e Riconoscimento di stabilimenti o impianti ai sensi degli articoli 23 e/o 24 ex Regolamento CE 1069/2009 e successive modifiche ed integrazioni”*), con specifico riferimento alla sala settoria, avendo manifestato la propria disponibilità alla futura realizzazione e senza ricorrere ad avvalimento operativo, non essendo risultata sufficiente la dichiarazione contenuta nel DGUE di voler ricorrere al subappalto in quanto, avendo dichiarato di soddisfare in proprio i requisiti di partecipazione, non sarebbe configurabile la fattispecie del subappalto “necessario”.

2. Entrambe le concorrenti hanno impugnato dinanzi al Tar Campania, sede di Napoli, con separato ricorso, la propria esclusione.

3. In particolare, con ricorso n. -OMISSIS- ha dedotto l'illegittimità dell'esclusione sul rilievo che la disponibilità della sala settoria non figurava tra i requisiti di partecipazione di cui ai par. 7.1 (requisiti di idoneità) e 7.2. del Disciplinare (requisiti di capacità economica e finanziaria), trattandosi di mero requisito di esecuzione.

In via subordinata, nell'ipotesi in cui la disciplina di gara fosse interpretata nel senso che il possesso della sala settoria costituisca requisito di partecipazione,

ha impugnato la *lex specialis* per violazione dei principi di non discriminazione e di *favor participationis*.

La -OMISSIS- ha poi affermato che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura anche per falsità della dichiarazione resa in sede di gara e per assenza dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80, comma 1, lett. a), e comma 5, lett. c), del Codice degli appalti pubblici, per aver un esponente aziendale riportato una condanna per associazione a delinquere *ex* art. 416 c.p., concorso in attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti *ex* art. 260, d.lgs. n. 152 del 2006, falsità in registrazioni soggette alle ispezioni delle Autorità di P.S., alla quale condanna ha fatto seguito l'irrogazione della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione per la durata della pena.

4. Con ricorso n. -OMISSIS- la -OMISSIS- ha dedotto l'illegittimità dell'esclusione sul rilievo che sarebbe improprio il riferimento al mancato possesso del requisito di idoneità di cui all'art. 7.1 del Disciplinare di gara (possesso della registrazione degli operatori, degli stabilimenti o impianti e riconoscimento o di stabilimenti o di impianti), essendo stata l'esclusione disposta con riferimento alla mancanza della sala settoria e dell'impianto di incenerimento.

5. La Sezione V del Tar Napoli, con sentenza della -OMISSIS-, ha respinto il ricorso (n. -OMISSIS-) proposto da -OMISSIS-; con sentenza dello stesso -OMISSIS-, ha respinto il ricorso (n. -OMISSIS-) proposto da -OMISSIS-.

6. La società -OMISSIS- ha impugnato la sentenza della Sezione V del Tar Napoli -OMISSIS-, con appello (n. -OMISSIS-) notificato e depositato in data 19 giugno 2023, riproponendo in chiave critica i motivi già dedotti in primo grado, sia per censurare la propria esclusione sia per aggiungere un ulteriore motivo che avrebbe dovuto indurre il Rup ad escludere -OMISSIS-.

7. La società -OMISSIS- ha impugnato la sentenza della Sezione V del Tar Napoli -OMISSIS-, con appello (n. -OMISSIS-del 2023) notificato in data 12 luglio 2023 e depositato il successivo 17 luglio 2023, riproponendo in chiave

critica i motivi già dedotti in primo grado e quelli, *ex art. 101 c.p.a.*, proposti avverso la ricorrente incidentale – appellante.

8. Con appello incidentale (all'appello n. -OMISSIS-del 2023), notificato e depositato in data 18 luglio 2023, la -OMISSIS- ha riproposto il motivo del ricorso incidentale dedotto in primo grado, non esaminato dal Tar Napoli che, avendo respinto il ricorso principale, ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale. Ha affermato che la -OMISSIS- avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura anche per falsità della dichiarazione resa in sede di gara e per assenza dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80, comma 1, lett. a), e comma 5, lett. c), del Codice degli appalti pubblici, per aver un esponente aziendale riportato una condanna per associazione a delinquere *ex art. 416 c.p.*, concorso in attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti *ex art. 260, d.lgs. n. 152 del 2006*, falsità in registrazioni soggette alle ispezioni delle Autorità di P.S., alla quale condanna ha fatto seguito l'irrogazione della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione per la durata della pena.

9. Si è costituita, nel giudizio n. -OMISSIS-, l'Azienda Sanitaria Nazionale Napoli 3 Sud, che ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

10. Nel giudizio n. -OMISSIS- la -OMISSIS- non si è costituita.

11. Si è costituita, nel giudizio n. -OMISSIS-del 2023, l'Azienda Sanitaria Nazionale Napoli 3 Sud, che ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

12. Si è costituita, nel giudizio n. -OMISSIS-del 2023, la -OMISSIS-, che ha preliminarmente eccepito, con la memoria depositata in data 3 ottobre 2023, la sopravvenuta carenza di interesse ad una decisione di merito della società -OMISSIS- in quanto, nel corso del processo, si è determinata una modificazione della situazione soggettiva della -OMISSIS-, non più iscritta nella *White List*; nel merito ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

13. Con memoria depositata, in data 6 ottobre 2023, nel giudizio n. -OMISSIS-del 2023 l'appellante principale, nel ribadire la persistenza del

proprio interesse al ricorso, ha eccepito l'inammissibilità del motivo nuovo dedotto dalla controinteressata con la memoria del 3 ottobre 2023.

14. Alla pubblica udienza del 19 ottobre 2023 le cause nn. -OMISSIS- e -OMISSIS-del 2023 sono state trattenute per la decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, la -OMISSIS- (d'ora in poi, -OMISSIS-) e la -OMISSIS- (d'ora in poi, -OMISSIS-) hanno partecipato alla gara, bandita dalla Azienda Sanitaria Nazionale Napoli 3 Sud per la conclusione di un Accordo Quadro con un solo operatore economico, ai sensi dell'art. 54, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 per l'affidamento dei servizi di: 1) rimozione, trasporto e smaltimento di carcasse, parti di animali ed alimenti giudicati non edibili e da eliminare presso impianto autorizzato; 2) attività di spopolamento ai sensi dell'art. 18 del Regolamento Ce 1099/2009; 3) attività di supporto all'identificazione delle carcasse di cani e gatti; 4) fornitura di sala settoria; 5) fornitura dpi; 6) attività di supporto alla diagnostica cadaverica dei sinantropi, cani e gatti. L'esclusione è stata disposta per non aver previsto, nella propria offerta tecnica, il possesso della sala settoria, che – ad avviso della stazione appaltante - costituiva requisito di partecipazione.

Entrambe le concorrenti sono state escluse in sede di verifica di idoneità, ex art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, compiuta dal Rup.

In particolare, la -OMISSIS- – prima graduata – è stata esclusa per mancanza della dichiarazione (da rendere tramite il DGUE) di voler ricorrere all'avvalimento e della documentazione richiesta dal Disciplinare di gara in caso di avvalimento; la -OMISSIS- per non essere in possesso del requisito di idoneità di cui al par. 7.1, comma 2, del Disciplinare di gara (*“Possesso della Registrazione degli operatori, degli stabilimenti o impianti e Riconoscimento di stabilimenti o impianti ai sensi degli articoli 23 e/o 24 ex Regolamento CE 1069/2009 e successive modifiche ed integrazioni”*), con specifico riferimento alla sala settoria, considerata *“requisito di partecipazione”*.

Avendo solo la -OMISSIS- e la -OMISSIS- presentato offerta, la gara è stata dichiarata deserta.

La -OMISSIS- e la -OMISSIS- hanno impugnato l'esclusione rispettivamente con gli appelli nn. -OMISSIS- e -OMISSIS-del 2023.

2. Per ragioni di connessione, attenendo entrambi gli appelli nn. -OMISSIS- e -OMISSIS-del 2023 alla stessa gara e ponendo in parte questioni simili, il Collegio ne dispone la riunione al fine di deciderli con una unica sentenza.

3. Il Collegio ritiene di principiare l'esame dall'appello n. -OMISSIS- proposto da -OMISSIS-.

Con il primo motivo l'appellante -OMISSIS- ha dedotto l'erroneità della impugnata sentenza del Tar Napoli nella parte in cui fa rientrare la “*sala settoria*” nelle previsioni “a regime” degli artt. 23 e 24 del Regolamento CE n. 1069 del 2009 e ritiene possibile l'avvalimento. Le “*sale settorie*” - che non sono né uno stabilimento né tanto meno un impianto ma un accessorio “*per fini diagnostici*” che può essere attivato tramite SCIA a prescindere dagli stabilimenti e/o impianti autorizzati *ex artt. 23 e 24 cit.* - non sono affatto disciplinate per la loro messa in attività dalla citata normativa a “regime”, come erroneamente affermato dal giudice di primo grado, ma sono riconosciuti in “*deroga*” dall'art. 17 dello stesso Regolamento n. 1069 del 2009 agli artt. 12, 13 e 14. Di conseguenza, sempre ad avviso di -OMISSIS-, non avendo il punto 7.1 del Disciplinare richiamato l'art. 17 del Regolamento CE n. 1069 del 2009 (titolato “*Ricerca ed altri fini specifici*”), che è il solo che disciplina la materia da un punto di vista “diagnostico”, il possesso della sala settoria non costituisce requisito di partecipazione alla gara ma di esecuzione del contratto.

Il motivo è suscettibile di positiva valutazione.

Una precisazione in punto di fatto appare necessaria al fine del decidere.

La -OMISSIS- ha dichiarato, nella Relazione tecnica allegata all'offerta tecnica, di non possedere la sala settoria e di impegnarsi alla “*futura realizzazione della Sala offrendo nelle more la possibilità di stipulare una 'convenzione con una Sala settoria*”,

senza dichiarare ulteriori elementi di dettaglio”. Ha rilevato la Commissione che la -OMISSIS- non è ricorsa all’istituto dell’avvalimento cd. operativo ma ha dichiarato di voler subappaltare senza però aver manifestato la volontà di avvalersi di subappalto “necessario” o “qualificante”, cioè di subappaltare quella parte di fornitura per la quale è priva della corrispondente qualificazione, ma, all’opposto, ha dichiarato di soddisfare in proprio i criteri di selezione richiesti.

Ciò chiarito in punto di fatto, in diritto occorre rilevare che il punto 7.1 del Disciplinare di gara – richiamato dal Rup a supporto della disposta esclusione – richiede il *“Possesso della Registrazione degli operatori, degli stabilimenti o impianti e Riconoscimento di stabilimenti o impianti ai sensi degli artt. 23 e/o 24 ex Regolamento CE n. 1069 del 2009 e successive modifiche ed integrazioni”*.

Il Rup – in sede di verifica di idoneità, ex art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, del concorrente aggiudicatario in via provvisoria (-OMISSIS-) e, una volta escluso questo, della seconda graduata (-OMISSIS-) – facendo rientrare la sala settoria negli *“stabilimenti o impianti”* di cui al punto 7.1 del Disciplinare di gara, ha ravvisato nel suo possesso un *“presupposto di ammissione alla gara”* e non un *“presupposto di esecuzione del contratto”*; pertanto *“appurato che il requisito di cui al par. 7.1 del Disciplinare di gara, di cui all’art. 83, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, è requisito di partecipazione richiesto dal Disciplinare di gara a pena di esclusione, il concorrente -OMISSIS- è escluso dal prosieguo della gara”*.

L’esatta individuazione delle ragioni sottese all’esclusione dalla gara della -OMISSIS- appare al Collegio necessaria per circoscrivere l’ambito di applicazione del proprio vaglio, non rilevando ulteriori ragioni – quali la presentazione di *“offerte alternative”* – adombrate dalla Azienda Sanitaria Nazionale Napoli 3 Sud solo in giudizio (pagg. 7 e 14 della memoria difensiva depositata in data 21 luglio 2023 agli atti del giudizio n. -OMISSIS-).

Ciò chiarito in punto di fatto, in diritto vale richiamare i principi che regolano la distinzione tra *“requisiti di partecipazione alla gara”* e *“requisiti per l’esecuzione del contratto”* nonché la disciplina che regola la gara di cui è causa.

La distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione fa capo alla previsione di cui all'art. 100, d.lgs. n. 50 del 2016 che – nel dare recepimento alla normativa eurocomune e, segnatamente, alla previsione di cui all'art. 70 della direttiva 2014/24 e all'art. 87 della direttiva 2014/25 – facoltizza le stazioni appaltanti a richiedere agli operatori concorrenti, in aggiunta al possesso dei “*requisiti*” e delle “*capacità*” oggetto di valutazione selettiva di cui all'art. 83, ulteriori “*requisiti particolari*” (Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2523).

La giurisprudenza colloca tra i requisiti di esecuzione gli elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio così distinguendoli dai primi, che sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità (*ex art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016*) e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione (*ex art. 83, d.lgs. n. 50 del 2016*). Non essendo in discussione che il possesso dei requisiti di partecipazione sia richiesto al concorrente sin dal momento della presentazione dell'offerta, merita evidenziare che i requisiti di esecuzione sono, di regola, condizioni per la stipulazione del contratto di appalto (Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2020, n. 5734; id. 30 settembre 2020, n. 5740; id. 12 febbraio 2020, n. 1071), pur potendo essere considerati nella *lex specialis* come elementi dell'offerta, a volte essenziali (Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2019, n. 2190), più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale (Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5309; id. 25 marzo 2020, n. 2090).

Sul punto è intervenuta la Corte di giustizia UE (sez. I, 8 luglio 2021, n. 428) che ha chiarito come l'attrazione di una specifica capacità prestazionale nell'alveo dei requisiti di partecipazione, sebbene inerente *stricto sensu* alle concrete modalità di svolgimento della futura attività contrattuale, dunque dell'offerta, ben può essere giustificata dal rafforzamento dell'esigenza per la stazione appaltante di assicurarsi, a monte, che coloro che partecipano alla gara dimostrino di poter essere nelle condizioni di svolgere determinate prestazioni richiedenti caratteristiche operative peculiari. Tale esigenza è

tuttavia controbilanciata dal principio secondo cui il fatto di obbligare gli offerenti a soddisfare tutte le condizioni di esecuzione dell'appalto sin dalla presentazione della loro offerta costituisce un requisito eccessivo che, di conseguenza, rischia di dissuadere tali operatori dal partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti e, in tal modo, viola i principi di proporzionalità e di trasparenza.

Rileva il Collegio che la regolazione dei requisiti di esecuzione va rinvenuta nella *lex specialis*, con la conseguenza che, se richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente, l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario (Cons. Stato, sez. V, 7 marzo 2022, n.1617).

Sebbene si tratti di distinzione in sé non del tutto perspicua (perché non ancorata a parametri oggettivi) e fonte di potenziali incertezze, la giurisprudenza si è dimostrata, nondimeno, propensa a valorizzarla in una più comprensiva prospettiva proconcorrenziale, legittimando (talora perfino in termini di riqualificazione delle condizioni di gara) la prospettiva disponibilità *in executivis* di requisiti di troppo onerosa (e, come tale, sproporzionata ed eccessivamente restrittiva) acquisizione preventiva (Cons. Stato, sez. V, 16 agosto 2022, n. 7137; id. 17 dicembre 2020, n. 8101; id., sez. V, 9 febbraio 2021, n. 1214).

Va ancora ricordato che, secondo un principio giurisprudenziale posto a salvaguardia dell'attendibilità delle offerte e della serietà della competizione, nonché dell'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, in caso di incertezza interpretativa va preferita una interpretazione delle clausole del bando nel senso che i mezzi e le dotazioni funzionali all'esecuzione del

contratto, soprattutto quando valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica, devono essere individuati già al momento della presentazione dell'offerta, con un impegno del concorrente ad acquisirne la disponibilità, a carattere vincolante (Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090; id. 23 agosto 2019, n. 5806; id. 29 luglio 2019, n. 5308) ovvero compiutamente modulato dalla stazione appaltante quanto alla serietà ed alla modalità della sua assunzione o alle condizioni e ai termini di adempimento dell'obbligazione futura (Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2022, n. 722; id. 18 dicembre 2020, n. 8159).

Calando detti principi sulla fattispecie oggetto di causa, al di là dell'art. 1 sul quale si tornerà in seguito, il Disciplinare di gara si sofferma sulla sala settoria solo per determinarne la valutazione in quanto componente l'offerta tecnica; al punto 18.1 individua, infatti, la sala settoria tra le voci dell'offerta tecnica oggetto di valutazione con il sottocriterio “*Caratteristiche della sala settoria messa a disposizione*”.

L'art. 1 del Capitolato tecnico prevede che l'appalto ha per oggetto la messa a disposizione di una sala settoria con i requisiti minimi previsti dalle Linee guida del Ministero della salute per l'espletamento delle attività necroscopiche (congelatori sanitari, illuminazione, grado di abbagliamento e quant'altro previsto). Da tale norma non è dato però concludere che si tratti di requisiti di esecuzione del contratto; che la messa a disposizione della Sala fosse necessaria per partecipare alla gara era *ex se* evincibile dalla sola lettura della “denominazione” data dal bando alla gara, che l'annovera tra i sei servizi da fornire; ciò però non porta, come si è detto, a concludere nel senso che fosse necessario possedere la sala sin dall'atto della presentazione della domanda, potendo essere sufficiente che lo fosse al momento della stipula del contratto. Milita in questo senso il successivo art. 7 dello stesso Capitolato che prevede che “*c) Sala settoria e attrezzature: La ditta aggiudicatrice dovrà mettere a disposizione una Sala settoria con i requisiti previsti dalle normative vigenti*”. Il riferimento alla “*ditta aggiudicatrice*” in luogo della “*ditta concorrente*” costituisce segno

evidente che la sala settoria non deve essere posseduta all'atto della presentazione della domanda di partecipazione, essendo sufficiente l'impegno alla messa a disposizione all'atto della aggiudicazione. Corrobora tale conclusione la locuzione “*dovrà mettere a disposizione*”, che indica una attività futura, legata al verificarsi dell'evento della aggiudicazione.

Il Rup ha ritenuto, invece, che il punto 7.1 del Disciplinare di gara, che individua i presupposti per l'ammissione alla gara, si riferisca alla sala settoria nel richiamare la Registrazione e il Riconoscimento degli stabilimenti o impianti ai sensi degli artt. 23 e/o 24 del Regolamento CE n. 1069 del 2009.

Ricorda il Collegio che il Regolamento CE n. 1069 del 2009 fissa norme di polizia sanitaria applicabili alla raccolta, al trasporto, al deposito, alla manipolazione, alla trasformazione e all'eliminazione dei sottoprodotti di origine animale, al fine di evitare ogni rischio per la salute pubblica e quella degli animali; inoltre, esso prevede metodi per l'utilizzazione o l'eliminazione dei prodotti di origine animale e agli artt. 23 e 24 disciplina, rispettivamente, la Registrazione e il Riconoscimento degli stabilimenti e degli impianti.

Nel concetto di “*stabilimento*” e di “*impianto*” non può rientrare la sala autoptica, nella quale si fanno le autopsie e le ispezioni cadaveriche degli animali. L'art. 23 fa infatti riferimento ad una fase di produzione, trasporto, manipolazione, lavorazione, magazzinaggio, immissione sul mercato, distribuzione, uso o smaltimento dei sottoprodotti di origine animale e prodotti derivati, fase inconfigurabile rispetto alla sala settoria.

Il Collegio conviene con il giudice di primo grado che i concorrenti dovessero essere in possesso del requisito di idoneità della Registrazione *ex art.* 23 o del Riconoscimento ad opera dell'Autorità competente *ex art.* 24, visto che l'appalto in questione aveva ad oggetto, tra l'altro, le attività di rimozione, trasporto e smaltimento delle carcasse di animali da eliminare presso impianti autorizzati; ritiene però che tale presupposto non si estenda alla sala settoria che non costituisce, quindi, requisito di ammissione alla gara ma di esecuzione dell'appalto.

Giova aggiungere, ad ulteriore riprova della correttezza di tale conclusione, che l'art. 1 del Capitolato tecnico, nel prevedere la fornitura della sala settoria, richiede che la stessa abbia i requisiti minimi previsti dalle Linee guida del Ministero della salute per l'espletamento delle attività necroscopiche e non anche che abbia la Registrazione *ex art.* 23 del Regolamento CE n. 1069 del 2009 o il Riconoscimento ad opera dell'Autorità competente previsto dal successivo art. 24.

4. L'accoglimento del primo motivo comporta la riammissione alla gara della appellante -OMISSIS-, ferma la verifica, tra gli altri, del possesso del requisito per l'esecuzione del contratto riferito alla sala settoria – non effettuata dal Rup in sede di verifica di idoneità del 21 febbraio 2023 per l'erroneo convincimento della mancanza di un requisito di partecipazione – alla luce di quanto dalla stessa concorrente scritto nella Relazione tecnica, nella quale ha affermato di aver *“attivato un iter conoscitivo per la realizzazione di una sala settoria di nuova costruzione autorizzata secondo la normativa vigente e le linee guida del Ministero della salute, nei tempi previsti per l'eventuale aggiudicazione dell'appalto de quo. Inoltre, al fine rispettare i tempi di avvio del servizio, stipulerà una convenzione con una sala settoria. In virtù di quanto sopra si specifica che la sala messa a disposizione, sarà comunque dotata di tutto il necessario per rendere le attività da eseguire sicure ed efficienti, rispettando tutti i criteri specifici, avente le seguenti caratteristiche”*.

5. Con un ulteriore motivo dell'appello n. -OMISSIS- -OMISSIS- ha affermato che la controinteressata (aggiudicataria provvisoria) – già esclusa dalla gara per non aver prodotto la dichiarazione di avalimento ed il relativo contratto con l'impresa ausiliaria designata per il requisito di cui al par. 7.1 del Disciplinare di gara – avrebbe dovuto essere esclusa anche per falsità della dichiarazione resa in sede di gara e per assenza dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80, comma 1, lett. a), e comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, per aver un esponente aziendale riportato una condanna per associazione a delinquere *ex art.* 416 c.p., concorso in attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti *ex art.* 260, d.lgs. n. 152 del 2006, falsità in

registrazioni soggette alle ispezioni delle Autorità di P.S., alla quale condanna ha fatto seguito l'irrogazione della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione per la durata della pena.

Il motivo è inammissibile.

Come si è detto *sub* 3, l'Amministrazione si avvalsa della facoltà di cui all'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, con la conseguenza che l'esclusione di entrambi i concorrenti odierni appellanti è stata disposta prima di procedere alla verifica del possesso dei requisiti dagli stessi dichiarati.

L'esame, nel merito, di tale profilo di doglianza comporterebbe la sostituzione del Collegio alla stazione appaltante, con evidente violazione del divieto per il giudice di esprimersi su poteri amministrativi non ancora esercitati.

6. Privata di pregio è l'eccezione, sollevata da -OMISSIS- con la memoria depositata in data 3 ottobre 2023, di sopravvenuta carenza di interesse ad una decisione di merito della società -OMISSIS- in quanto, nel corso del processo, si sarebbe determinata una modificazione della situazione soggettiva della -OMISSIS-, non più iscritta nella *White List*. La veridicità di tale affermazione – negata dalla -OMISSIS- e che impinge sul possesso di un requisito da parte del concorrente alla gara – costituirà, in caso di accoglimento dell'appello proposto da -OMISSIS- e, dunque, di sua riammissione alla gara, oggetto della verifica da parte della stazione appaltante, verifica non effettuata (come chiarito *sub* 3), per essersi la stazione appaltante avvalsa della previsione contenuta nell'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

7. Con il primo motivo dell'appello n. -OMISSIS-del 2023 -OMISSIS- ha affermato l'illegittimità della propria esclusione, decretata senza considerare che l'offerta era già corredata del contratto di affidamento alla Coop Dog Park, in possesso della chiesta sala settoria, rispetto alla quale la *lex specialis* espressamente prevedeva la “...messa a disposizione...”.

Il motivo è suscettibile di positiva valutazione.

Giova ricordare che l'appellante è stata esclusa dalla gara per la mancanza della dichiarazione (da rendere tramite il DGUE) di voler ricorrere

all'avvalimento e della documentazione richiesta dal Disciplinare di gara in caso di avvalimento (processo verbale di verifica di idoneità del 21 febbraio 2023).

In effetti la concorrente non aveva fatto alcuna dichiarazione, nella domanda di partecipazione alla gara, in ordine alla volontà di fare ricorso all'avvalimento tanto da aver fatto sorgere nel Rup il dubbio che ha portato, in sede di verifica *ex art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016*, a porre alla -OMISSIS- apposito quesito.

La -OMISSIS- ha risposto affermativamente ma la documentazione che aveva prodotto in atti a corredo della domanda – e che dunque assume carattere prevalente al fine di circoscrivere l'effettiva volontà negoziale del concorrente – induce a concludere in senso contrario, essendo evidente che il deposito del contratto concluso con la Coop Dog Park per l'utilizzo della sala settoria era volto a dimostrare il possesso della detta sala ai fini dell'attribuzione del punteggio previsto al punto 1.18 del Disciplinare di gara (sottocriterio “*Caratteristiche della Sala settoria messa a disposizione*”). Non era dunque certamente teso a manifestare la volontà di fare ricorso all'avvalimento cd. tecnico per soddisfare quello che si è accertato non essere un requisito di partecipazione, con la conseguenza che ha errato il Rup prima ed il Tar Napoli poi nel ritenere, alla luce delle prescrizioni della *lex specialis* di gara, l'offerta carente di una serie di dichiarazioni e documentazione previste dall'art. 13 del Disciplinare di gara per la sola ipotesi – che, come si è detto, non ricorre nel caso di specie – in cui l'operatore economico voglia avvalersi delle capacità di altri soggetti.

8. La fondatezza del primo motivo di appello comporta la riammissione in gara della -OMISSIS-, con la conseguenza che si rende necessario esaminare i motivi riproposti, con l'atto di appello, *ex art. 101 c.p.a.*.

Il primo motivo - con il quale -OMISSIS- si difende dalla censura, proposta in primo grado dalla -OMISSIS-, di una ulteriore ragione di esclusione dalla gara

che si aggiunge a quella riscontrata dal Rup - è infondato per le ragioni dedotte *sub* 5.

9. Con il secondo motivo -OMISSIS- ha affermato che, una volta stabilito che il possesso della sala settoria costituisce requisito di esecuzione del contratto, la -OMISSIS- avrebbe dovuto essere esclusa per ambiguità dell'offerta sul punto.

Come si è detto *sub* 4, alla riammissione alla gara della -OMISSIS- segue la necessità che si effettui la verifica dei requisiti che era mancata, essendosi la stazione appaltante avvalsa della facoltà prevista dall'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016

10. Il Collegio passa all'esame dell'appello incidentale, proposto nel giudizio n. -OMISSIS-del 2023, con il quale la -OMISSIS- ha riproposto il ricorso incidentale – non esaminato dal giudice di primo grado – con il quale aveva sollevato un ulteriore motivo che avrebbe dovuto portare all'esclusione dalla gara della -OMISSIS-.

Il motivo è inammissibile per le ragioni esplicitate *sub* 5; ne consegue l'inammissibilità dell'appello incidentale, con il quale è proposto tale unico profilo di gravame.

22. In conclusione, per tutti i motivi sopra esposti, il Collegio: *a)* accoglie l'appello n. -OMISSIS- proposto dalla -OMISSIS- e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania, sede di Napoli, Sezione V, -OMISSIS-, accoglie il ricorso di primo grado; *b)* accoglie l'appello principale n. -OMISSIS-del 2023 proposto dalla -OMISSIS- e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania, sede di Napoli, Sezione V, -OMISSIS-, accoglie il ricorso di primo grado; *c)* dichiara inammissibile l'appello incidentale proposto dalla -OMISSIS- proposto in seno all'appello principale n. -OMISSIS-del 2023.

11. Quanto alle spese e agli onorari dei giudizi: *a)* con riferimento all'appello n. -OMISSIS-, compensa le spese del doppio grado di giudizio nei confronti della Azienda Sanitaria Nazionale Napoli 3 Sud; nulla per le spese nei

confronti della -OMISSIS-, non costituita in giudizio; *b)* con riferimento all'appello n. -OMISSIS-del 2023, compensa tra le parti in causa le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- a)* riunisce gli appelli nn. -OMISSIS- e -OMISSIS-del 2023;
- b)* accoglie l'appello n. -OMISSIS- proposto dalla -OMISSIS- e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania, sede di Napoli, Sezione V, -OMISSIS-, accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti con lo stesso impugnati;
- c)* accoglie l'appello principale n. -OMISSIS-del 2023 proposto dalla -OMISSIS- e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania, sede di Napoli, Sezione V, -OMISSIS-, accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti con lo stesso impugnati;
- d)* dichiara inammissibile l'appello incidentale proposto dalla -OMISSIS- proposto in seno all'appello principale n. -OMISSIS-del 2023.

Quanto all'appello n. -OMISSIS-, compensa le spese del doppio grado di giudizio nei confronti della Azienda Sanitaria Nazionale Napoli 3 Sud; nulla per le spese nei confronti della -OMISSIS-; quanto all'appello n. -OMISSIS-del 2023, compensa tra le parti in causa le spese del giudizio.

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

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

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulia Ferrari

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO