

I criteri di selezione e il principio del favor participationis.

di Christian Longo

Data di pubblicazione: 12-4-2022

La riparametrazione dei requisiti di gara per quanto sicuramente finalizzata al “favor participationis”, non trova specifica previsione nel nostro ordinamento in alcuna norma, sicché la lex specialis appare la naturale “sedes materiae”. Pertanto, in mancanza di disposizioni eteronome cogenti ed immediatamente applicabili, il bando resta la sede elettiva per dare ingresso al suindicato principio del “favor participationis”.

Guida alla lettura:

Per pacifica Giurisprudenza, il principio secondo cui *“la vigenza del principio per il quale quando l’Amministrazione, nell’esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all’osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell’autovincolo determina l’illegittimità delle successive determinazioni”* (Cons. St., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502).

L’autovincolo, com’è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l’amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell’individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l’ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire in executivis l’utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell’autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla par condicio: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti” (Cons. Stato, Sez. III, 20 aprile 2021, n. 3180).

Fatta tale premessa di carattere generale, occorre analizzare la norma e anche la lex specialis, per comprendere come il Giudice amministrativo abbia affrontato il tema oggetto di ricorso.

In particolare, corre l’obbligo ricordare che, ai sensi dell’art. 83, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016, *“i requisiti e le capacità di cui al comma 1 (requisiti di idoneità professionale, capacità economica e finanziaria, capacità tecniche e professionali) sono attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto, tenendo presente l’interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione”*. Tali criteri di selezione sono ancorati al rispetto – tra gli altri – del principio di *“favor participationis”*, e riprendono quanto previsto dal diritto eurounitario: art. 18 della direttiva 2014/24, dell’art. 36

della direttiva 2014/25, degli artt. 3 e 30, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2014/23.

Nella fattispecie posta all'esame del presente breve commento, risulta che, tra i requisiti di capacità tecnica previsti nel disciplinare di gara era previsto che l'O.E. dovesse dichiarare (e quindi dimostrare), all'interno del DGUE, di aver eseguito "negli ultimi tre anni di forniture di protesi odontoiatriche per un valore medio annuo non inferiore ad € 240.000,00".

L'O.E. poi risultato aggiudicatario, secondo la società che ha impugnato in primo grado la aggiudicazione, non era in possesso dei requisiti prescritti dalla legge di gara e quindi la S.A. avrebbe dovuto emettere – nei confronti dello stesso operatore – un provvedimento di esclusione e non addirittura premiarlo. Ciò poiché "Gestione Odontoiatrica S.r.l." (l'O.e. aggiudicatario) è stata costituita circa 6 mesi prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte e avrebbe dichiarato di essere in possesso dei requisiti – previsti dal bando di gara – facendo riferimento tuttavia non a propri requisiti ma a quelli afferenti ad un apposito ramo di azienda, acquisito dalla stessa Gestione Odontoiatrica S.r.l. (Odontart S.r.l. è il ramo d'azienda avente ad oggetto la fabbricazione e la gestione di dispositivi medici su misura, riferito al solo settore degli appalti pubblici); evidenziando probabilmente una sostanziale continuità aziendale.

Al contrario, secondo la tesi dell'O.e. aggiudicatario e della stessa Stazione Appaltante, il requisito professionale richiesto dalla legge di gara era in possesso dell'operatore e ciò è stato dimostrato, assicurando il rispetto del principio di *favor participationis*, attraverso l'utilizzo della tecnica di riparametrazione.

In prima cure, il Giudice ha considerato che, ancorché sia vigente la cessione del ramo di azienda, l'O.e. "Gestione Odontoiatrica S.r.l." non ha dimostrato di essere in possesso – direttamente – dei requisiti previsti dalla legge di gara. Inoltre, la S.A. ha effettuato una illegittima riparametrazione con riferimento al periodo di effettiva attività esperienziale, prescritta dalla legge di gara, dell'O.e., in ossequio al principio del "favor participationis" per le imprese di nuova costruzione.

In merito alla riparametrazione, il Collegio di secondo grado, condividendo l'impugnato del Giudice di primo grado, ha precisato che:

- 1) la riparametrazione dei requisiti di gara per quanto sicuramente finalizzata al "favor participationis", non trova specifica previsione nel nostro ordinamento in alcuna norma, sicché la *lex specialis* appare la naturale "sedes materiae";
- 2) in assenza di specifiche disposizioni limitative da parte del bando di gara, la riparametrazione dei requisiti di capacità tecnica per le imprese neo costituite può favorire condotte elusive e condurre ad esiti del tutto inaccettabili, quali la partecipazione alla gara di operatori economici costituitisi pochi giorni prima rispetto al termine di scadenza di presentazione delle offerte ed in possesso di requisiti del tutto esigui ed inidonei a comprovare l'affidabilità del concorrente;
- 3) riparametrare senza alcun limite il requisito sulla base dell'effettivo periodo di tempo

(inferiore a quello richiesto in bando) di operatività dell'azienda (ovverosia a partire dal momento in cui l'attività ha avuto avvio) comporterebbe il rischio che non venga assicurata l'esperienza ritenuta necessaria.

4) la clausola del disciplinare qui in rilievo risultava univoca nel suo contenuto precettivo e non può essere elusa dalla stazione appaltante dal momento che, diversamente opinando, vi sarebbe una non consentita disapplicazione del bando.

Ne discende che, in mancanza di disposizioni eteronome cogenti ed immediatamente applicabili, il bando resta la sede elettiva per dare ingresso al principio del "favor participationis".

"Nel caso qui in rilievo e in disparte i giudizi di merito, il bando (...) non reca alcuna disposizione che consenta di valorizzare, in chiave derogatoria della ordinaria disciplina di gara, la peculiare condizione delle imprese di nuova costituzione e, sul punto, la lex specialis non risulta fatta oggetto di esplicita contestazione, contestazione di guisa che la regola ivi posta non è suscettiva in questa sede di essere sindacata né può essere autonomamente disapplicata dal seggio di gara".

Ma, il Giudice di secondo grado ha cercato anche di comprendere se si possa avviare una eterointegrazione della *lex specialis*, tenendo conto di disposizioni di rango superiore, permettendo quindi la modifica della stessa legge di gara.

In proposito, la Sez. III del Consiglio di Stato ricorda che non vi è alcun dato rinvenibile nell'ordinamento con carattere derogatorio in merito.

Pertanto, secondo il Giudice, il principio del *favor participationis* necessita, dunque, della mediazione costitutiva del bando di gara: è solo a seguito della sua declinazione in specifiche clausole, che ne definiscono l'esatta portata precettiva, che può, in definitiva, avere evidenza in equilibrata composizione con gli interessi confliggenti e che impongono, per quanto qui di più diretto interesse, nella necessità di una compiuta e stabile dimostrazione da parte dell'operatore di poter compiutamente svolgere, a regola d'arte e con buon esito, le commesse pubbliche poste a base di gara.

Una regola alternativa non evincibile né nella legge di gara, né in disposizioni sovraordinate, non può sostituirsi alla regola individuata dalla *lex specialis*.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9552 del 2021, proposto dalla Gestione Odontoiatrica S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati John Riccardo Paladini, Valeria Pecorone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato John Riccardo Paladini in Roma, piazza della Balduina n. 44;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Ferrara, Azienda Unità Sanitaria Locale di Imola, Azienda Ospedaliero Universitaria di Ferrara, Regione Emilia Romagna, Università degli Studi di Ferrara, Odontart S.r.l., non costituiti in giudizio;

nei confronti

Netquadro Rete D'Imprese, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Coccoli, Alessandro Daino, Lorenzo Aureli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Franco Coccoli in Roma, via Michele Mercati n.51;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima) n. 834/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Netquadro Rete D'Imprese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2022 il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Netquadro Rete di imprese, odierna controinteressata, impugnava in primo grado

l'aggiudicazione, dichiarata in favore della società Gestione Odontoiatrica S.r.l., qui appellante, della procedura aperta indetta dall'Azienda Unità Sanitaria Locale (AUSL) di Ferrara per l'affidamento della fornitura triennale, con possibilità di rinnovo, di protesi odontoiatriche mobili, scheletrate e fisse per l'AUSL di Ferrara e per l'AUSL di Imola, in unione d'acquisto.

1.1. Nel proprio mezzo l'allora ricorrente contestava la mancata esclusione dell'aggiudicataria Gestione Odontoiatrica S.r.l. – costituita circa 6 mesi prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte – a cagione del mancato possesso del requisito di capacità tecnica di cui all'art. 9.3. del disciplinare di gara, che richiedeva la "*Esecuzione negli ultimi tre anni di forniture di protesi odontoiatriche per un valore medio annuo non inferiore ad € 240.000,00*".

Si doleva, inoltre, della mancata dichiarazione del possesso dei requisiti morali in riferimento agli amministratori della società Odontart s.r.l. e di regolarità contributiva, previdenziale e fiscale della suddetta azienda ex art 80 del d.lgs. 50/2016, avendone la Gestione Odontoiatrica S.r.l. acquisito il ramo di azienda e sussistendo tra le due società una sostanziale continuità aziendale.

Infine, lamentava che i campioni prodotti dall'aggiudicataria in sede di gara non rispondessero in alcun modo alle specifiche tecniche richieste dalla stessa stazione appaltante, essendo oltretutto esclusivamente ed univocamente riconducibili alla cedente Odontart s.r.l., sicché il punteggio massimo (5 punti) assegnato sarebbe del tutto ingiustificato e avrebbe dovuto essere pari a zero.

1.2. *Ex adverso*, l'aggiudicataria e la stazione appaltante sostenevano il possesso in capo alla Gestione Odontoiatrica del requisito di capacità professionale richiesto dal disciplinare, essendo stato il suddetto requisito riparametrato dalla stazione appaltante con riferimento al periodo di effettiva attività della stessa in ossequio al principio del "*favor participationis*" per le imprese di nuova costituzione, in aderenza alle coordinate evincibili sia dalle pronunce dell'ANAC che del Consiglio di Stato.

2. Il TAR, con la sentenza appellata, accoglieva il ricorso della Netquadro valorizzando il primo motivo di gravame, ritenendo a tali fini non pertinente nella vicenda in argomento la tecnica della riparametrazione, che comunque non gioverebbe all'aggiudicataria per comprovare il requisito prescritto dalla disciplina di gara.

3. Con il mezzo qui in rilievo, la Gestione odontoiatrica impugna la decisione di primo grado deducendone l'erroneità per avere, da un lato, travisato i dati veicolati nel DGUE prodotto in sede di partecipazione e, dall'altro, in sostanza, mancato di applicare i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa e dall'ANAC volti a favorire la partecipazione agli appalti pubblici delle imprese di nuova costituzione.

3.1. Si è costituita in giudizio la Netquadro Rete di Imprese per resistere all'appello, riproponendo, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi di ricorso non esaminati dal TAR in quanto rimasti assorbiti nella statuizione di accoglimento.

3.2. All'udienza camerale del 2.12.2021 l'istanza cautelare avanzata da Gestione odontoiatrica è stata abbinata al merito e all'odierna udienza di trattazione il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. Ad avviso del Collegio l'appello è infondato e, pertanto, va respinto.

4.1. In via preliminare, va, anzitutto, respinta l'eccezione formulata, in rito, dalla Netquadro ed incentrata sulla pretesa inammissibilità dell'appello a cagione della genericità dei motivi di gravame che si limiterebbero a richiamare il principio del *favor participationis* senza al contempo evidenziare i presunti vizi che inficerebbero la decisione di primo grado.

Sul punto, viceversa, deve rilevarsi come la piana lettura del mezzo in epigrafe consenta di cogliere con immediatezza il ventaglio delle critiche articolate alla decisione di primo grado e le ragioni per cui la tesi in essa recepita non possa essere condivisa.

5. Quanto al merito, vale, anzitutto, evidenziare, in punto di fatto, che la società appellante, Gestione Odontoiatrica s.r.l., è una società costituita il 3 aprile 2020, iscritta al registro delle imprese fin dal 6.4.2020 e che il 20 aprile dello stesso anno ha acquisito dalla Odontart S.r.l. il ramo d'azienda avente ad oggetto la fabbricazione e la gestione di dispositivi medici su misura, riferito al solo settore degli appalti pubblici.

La detta società appellante, pochi mesi dopo la sua costituzione, ha partecipato alla procedura di gara indetta dalla AUSL di Ferrara per la fornitura triennale (anni 3), con possibilità di rinnovo del contratto di anno in anno, per un periodo non superiore ad anni due, di dispositivi diversi a consumo, necessari per la realizzazione di protesi odontoiatriche per l'Azienda AUSL di Ferrara e per l'Azienda AUSL di Imola, che prevedeva come termine ultimo per la presentazione delle offerte, le ore 14:00 del 30 Settembre 2020.

5.1. Tra i requisiti richiesti per partecipare alla gara l'art. 9.3. del disciplinare prescriveva, quale requisito di capacità tecnica, un fatturato di valore medio annuo riferibile al triennio antecedente pari ad € 240.000 all'uopo prescrivendo testualmente "*Esecuzione negli ultimi tre anni di forniture di protesi odontoiatriche per un valore medio annuo non inferiore ad €. 240.000,00*", all'uopo precisando che "*Tale requisito viene richiesto in quanto la fornitura di protesi odontoiatriche mobili e fisse, richiede una particolare capacità professionale nell'ambito del Laboratorio Odontotecnico in riferimento alla loro competenza, esperienza, affidabilità, organizzazione, flessibilità ed efficienza acquisita in tale settore*" e soggiungendo quanto ai profili probatori che "*Per comprovare detti requisiti, dovranno essere presentati dei certificati rilasciati dalle Amministrazioni pubbliche o da committenti privati con l'indicazione della tipologia della prestazione, dell'importo e del periodo di esecuzione. Detti documenti dovranno essere inseriti nel sistema AVCpass dai concorrenti*".

5.2. Orbene, in sede di compilazione del DGUE l'appellante, quanto al requisito di capacità tecnico-professionale qui in rilievo, ha anzitutto evidenziato di aver acquisito dalla Odontart s.r.l. "*il ramo d'azienda avente ad oggetto la fabbricazione e la gestione di dispositivi medici su misura.....riferito al solo settore degli appalti, ivi comprese suppellettili, stigliature ed attrezzature, contratti e relativa clientela quali risultanti da elenco redatto in contraddittorio tra*

le parti al presente atto allegato sotto la lettera A”.

Ha poi, soggiunto, di essere subentrata dall'1.5.2020 nella fornitura di manufatti tecnici presso l'ASL di Ferrara e allegando a comprova “*documenti attestanti contratti, certificati rilasciati dalle ASL con cui attualmente la Gestione Odontoiatrica lavora, fatturati*”.

A tali fini, ha richiamato:

- il riconoscimento della intervenuta cessione del ramo d'azienda in riferimento alla convenzione di fornitura già stipulata tra Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria (ALISA) e Odontart S.r.l. per un importo complessivo di € 598.095,00 (lotti 3 e 4);

- la dichiarazione con cui la ASL Ferrara attesta che la Gestione Odontoiatrica svolge presso la stessa il servizio di gestione di manufatti ortodontici (fornitura protesi odontoiatriche ed attività accessorie precedenti e conseguenti la fornitura) dal 1° maggio 2020, per un importo economico annuo pari ad € 160.000,00 iva esclusa;

- l'autorizzazione al subentro da parte di Gestione Odontoiatrica nel contratto di appalto stipulato tra Odontart S.r.l. e l'Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo, all'uopo precisando che il ramo ceduto della ASP di Palermo ha fatturato nel triennio passato i seguenti volumi: anno 2017 € 145.333,00; anno 2018 € 108.154,00; anno 2019 € 103.406,00.

6. Tanto premesso, e a fronte delle evidenziate emergenze istruttorie, il Collegio ritiene che il giudice di prime abbia fatto corretta applicazione dei principi predicabili *in subiecta materia* rilevando l'insufficienza degli elementi suindicati al fine di comprovare il possesso, da parte della società aggiudicataria, Gestione Odontoiatrica s.r.l., dei necessari requisiti di capacità tecnico professionale.

6.1. Il TAR ha preso abbrivio nella propria traiettoria argomentativa da un'analisi ad ampio raggio di tutti gli elementi esperenziali veicolati nel DGUE dalla società Gestione Odontoiatrica s.r.l. siano essi riferibili in proprio, direttamente alla detta aggiudicataria, che viceversa mutuabili dal vissuto operativo della cedente il ramo di azienda (Odontart s.r.l.) concludendo, comunque, per l'insussistenza del requisito prescritto.

Tale approccio si è reso necessario secondo il giudice di prime in ragione del fatto che Gestione Odontoiatrica nel divisato documento di gara ha fatto riferimento anche al triennio 2017-2019 ovvero alle attività svolte dalla cedente il ramo d'azienda, riportando i relativi volumi d'affari, così quotati: anno 2017 € 145.333,00; anno 2018 € 108.154,00; anno 2019 € 103.406,00. Nella detta prospettiva il TAR ha rilevato come il valore medio annuo delle forniture realizzate risulta pari a 118.964,33 euro ovvero di gran lunga inferiore alla soglia (240.000,00 euro) prevista dall'art. 9.3. del disciplinare.

6.2. Mette conto evidenziare come tale primo arresto decisorio non sia in contestazione avendo finanche precisato l'appellante che la statuizione in argomento esplicherebbe una valenza neutra nell'economia del presente giudizio non avendo giammai coltivato l'intenzione di avvalersi dell'attività della cedente Odontart ma di aver sempre inteso documentare il

possesso del requisito in argomento esclusivamente avvalendosi della propria esperienza professionale, ancorché temporalmente rapportata, per effetto di una necessaria riparametrazione, alla propria vita operativa.

6.3. Così perimetrato l'ambito cognitivo della *res controversa*, occorre, dunque, limitare la verifica della capacità di resistenza della decisione appellata ai soli profili argomentativi che reggono lo scrutinio del dato esperienziale dichiarato dall'appellante e che resta, però, circoscritto al ristretto periodo di attività ovvero dal 6 aprile 2020 (data di iscrizione nel registro delle imprese della società, costituita il precedente 3.4.2020) al 30 settembre 2020, data di scadenza del termine di presentazione delle offerte.

7. Il primo pregiudiziale snodo che il Collegio è, dunque, chiamato a sciogliere involge la predicabilità della invocata riparametrazione del requisito esperienziale, prescritto dal disciplinare di gara e riferito al triennio precedente l'indizione della gara, all'effettiva vita operativa dell'azienda appellante, circoscritta a pochi mesi (segnatamente dal 6 aprile 2020, pari complessivamente a 177 gg).

7.1. Come già sopra anticipato, secondo la difesa appellante, la predicabilità dell'operazione correttiva deriverebbe direttamente dalle coordinate elaborate *in subiecta materia* dall'ANAC e dalla giurisprudenza amministrativa.

A tali fini, vengono richiamate alcune delibere ANAC (n. 473 del 23 maggio 2018; n. 1349 del 20 dicembre 2017; n. 671 del 14 giugno 2017) secondo cui il calcolo per la verifica del possesso dei requisiti indicati nel bando andrebbe sempre effettuato sugli anni di effettiva esistenza dell'impresa e i bilanci e la documentazione da presentare sarebbero, dunque, da riferirsi agli anni di effettiva operatività della stessa.

Inoltre, ad ulteriore supporto, viene richiamato il già citato principio espresso da questo Consiglio di Stato nella sentenza n. 607/2020.

7.2. Il giudice di prime cure nel discostarsi da tale arresto decisorio ha dato atto delle ragioni della sua inapplicabilità al caso qui in rilievo evidenziando come nella fattispecie oggetto di quel giudizio - relativa ad appalto di ristorazione - vi era anzitutto la presenza di clausola nella *lex specialis* dal tenore ambiguo non essendo chiaro se il criterio dell'esecuzione di servizi analoghi nell'ultimo triennio ovvero di un numero minimo di pasti (70.000) fosse riferito a ciascun anno del triennio o alla media ponderata. Inoltre, ad ulteriore conforto della non sovrapponibilità delle due vicende processuali ha soggiunto che nel citato precedente l'impresa interessata aveva abbondantemente dimostrato il possesso del requisito nell'arco del triennio (ben 432.145 pasti) avendo soltanto nell'anno 2015 erogato un numero di pasti inferiore a 70.000 a causa della costituzione avvenuta soltanto nel mese di giugno 2015.

Di contro, sulla scorta di un'analitica esegesi della disciplina di settore ha opposto che:

- la riparametrazione dei requisiti di gara per quanto sicuramente finalizzata al "*favor participationis*", non trova specifica previsione nel nostro ordinamento in alcuna norma, sicché la *lex specialis* appare la naturale "*sedes materiae*";

- in assenza di specifiche disposizioni limitative da parte del bando di gara, la riparametrazione dei requisiti di capacità tecnica per le imprese neo costituite può favorire condotte elusive e condurre ad esiti del tutto inaccettabili, quali la partecipazione alla gara di operatori economici costituitisi pochi giorni prima rispetto al termine di scadenza di presentazione delle offerte ed in possesso di requisiti del tutto esigui ed inadeguati a comprovare l'affidabilità del concorrente;

- riparametrare senza alcun limite il requisito sulla base dell'effettivo periodo di tempo (inferiore a quello richiesto in bando) di operatività dell'azienda (ovverosia a partire dal momento in cui l'attività ha avuto avvio) comporterebbe il rischio che non venga assicurata l'esperienza ritenuta necessaria.

- la clausola del disciplinare qui in rilievo risultava univoca nel suo contenuto precettivo e non può essere elusa dalla stazione appaltante dal momento che, diversamente opinando, vi sarebbe una non consentita disapplicazione del bando;

7.3. Il suddetto approdo decisorio è, a giudizio del Collegio, del tutto condivisibile.

Com'è noto, la disciplina che governa i criteri di selezione e i corrispondenti mezzi di prova della capacità economico - finanziaria e tecnico-professionale degli operatori è compendiata agli artt. 83 e 86 del d.lgs. n. 50/2016. Tale disciplina è permeata, a livello generale, dal principio del *favor participationis*, in favore segnatamente delle piccole e medie imprese e che evidentemente si estende in un'ottica pro concorrenziale anche alle imprese di nuova costituzione.

Tale principio, declinato in diverse disposizioni del Codice che si pongono nel solco delle prescrizioni rinvenienti dal diritto eurounitario (cfr. ad esempio art. 18 della direttiva 2014/24, dell'art. 36 della direttiva 2014/25, degli artt. 3 e 30, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2014/23), risulta enunciato, per quanto qui di più diretto interesse, all'articolo 83 comma 2 del Codice, a mente del quale *"i requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione"*.

È, dunque, di tutta evidenza che nel confezionare le regole della disciplina di gara la singola stazione appaltante deve necessariamente raccordarsi con tale vincolo conformativo, la cui violazione evidentemente può refluire sulla legittimità del bando ove restringa in modo ingiustificato la platea dei soggetti legittimati alla partecipazione alla competizione.

7.4. Ne discende che, in mancanza di disposizioni eteronome cogenti ed immediatamente applicabili, il bando resta la sede elettiva per dare ingresso al principio in argomento.

Nel caso qui in rilievo e in disparte i giudizi di merito, il bando, su cui ci si soffermerà in prosieguo, non reca alcuna disposizione che consenta di valorizzare, in chiave derogatoria della ordinaria disciplina di gara, la peculiare condizione delle imprese di nuova costituzione e, sul punto, la *lex specialis* non risulta fatta oggetto di esplicita contestazione contestazione di guisa che la regola ivi posta non è suscettiva in questa sede di essere sindacata né può essere autonomamente disapplicata dal seggio di gara.

E', infatti, *ius receptum* nella giurisprudenza anche di questa Sezione il principio secondo cui "la pacifica vigenza del principio per il quale quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. St., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502).

L'autovincolo, com'è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire in executivis l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla par condicio: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti" (Cons. Stato, Sez. III, 20 aprile 2021, n. 3180).

7.5. Giova rammentare che l'art. 9.3. del disciplinare, che governa il requisito in argomento, è molto chiaro sia nel qualificarlo come requisito di capacità tecnico professionale sia nel fissare il relativo contenuto, richiedendo un fatturato medio annuo riferibile al triennio antecedente pari ad € 240.000 all'uopo prescrivendo testualmente "Esecuzione negli ultimi tre anni di forniture di protesi odontoiatriche per un valore medio annuo non inferiore ad €. 240.000,00". Non sussiste, pertanto, alcun dubbio interpretativo sul contenuto della clausola e sulla natura "esperienziale" del requisito, com'è fatto palese d'altro canto dal fatto che i suindicati profili non siano in contestazione.

D'altro canto la stazione appaltante ha finanche espressamente motivato le ragioni a presidio delle quali si pone la scelta del requisito in argomento. Si legge, infatti, che: "Tale requisito viene richiesto in quanto la fornitura di protesi odontoiatriche mobili e fisse, richiede una particolare capacità professionale nell'ambito del Laboratorio Odontotecnico in riferimento alla loro competenza, esperienza, affidabilità, organizzazione, flessibilità ed efficienza acquisita in tale settore".

Risulta, infine, compiutamente governata dalla legge di gara, parimenti non fatta oggetto di contestazione, le modalità attraverso le quali gli operatori avrebbero dovuto dimostrare tale requisito esperienziale "Per comprovare detti requisiti, dovranno essere presentati dei certificati rilasciati dalle Amministrazioni pubbliche o da committenti privati con l'indicazione della tipologia della prestazione, dell'importo e del periodo di esecuzione. Detti documenti dovranno essere inseriti nel sistema AVCpass dai concorrenti"

7.6. Orbene, così ricostruita la cornice giuridica di riferimento, è di tutta evidenza, in uno alla essenzialità e alla cogenza della divisata prescrizione, la mancanza di spazi ermeneutici idonei a consentire al seggio di gara una lettura correttiva della sopra riportata disciplina sì da renderla adattabile a imprese di recente costituzione.

Resta, dunque, da esplorare la possibilità di un'eterointegrazione della disciplina di gara sulla scorta della prevalente forza precettiva di disposizioni di rango superiore capace di sovrapporsi, e dunque di modificare *in parte qua*, alla specifica regola contenuta nella *lex specialis*.

Orbene, come correttamente affermato dal giudice di prime cure, con specifico riferimento ai requisiti che involgono la capacità tecnico professionale, non è dato rinvenire nell'ordinamento di settore una regola definita nel suo contenuto applicativo idonea a ingenerare, al fine di favorire la partecipazione di imprese di recente costituzione, un effetto di eterointegrazione nei termini suesposti.

Il principio del *favor participationis*, ai fini qui in rilievo, necessita, dunque, della mediazione costitutiva del bando di gara: è solo a seguito della sua declinazione in specifiche clausole, che ne definiscono l'esatta portata precettiva, che può, in definitiva, avere evidenza in equilibrata composizione con gli interessi confliggenti e che impingono, per quanto qui di più diretto interesse, nella necessità di una compiuta e stabile dimostrazione da parte dell'operatore di poter compiutamente svolgere, a regola d'arte e con buon esito, le commesse pubbliche poste a base di gara.

Il suo mancato recepimento o l'inadeguatezza della misura regolativa in concreto individuata potrà semmai, in via di mera tesi, costituire ragione d'impugnativa ma non consente di certo di sovrapporre alle regole di gara una regola alternativa non evincibile nella disciplina di settore.

Diversamente opinando, e come ben evidenziato dal giudice di prime cure, si arriverebbe al paradosso, proprio per la mancanza di una regola che definisca anche i suoi limiti operativi, di dover incondizionatamente ammettere anche imprese costituite appena qualche giorno prima della gara vanificando del tutto l'esigenza di un livello adeguato di esperienza, capacità e affidabilità e, con esse, l'attitudine ad eseguire in modo ottimale la prestazione.

7.7. Né può dirsi che tale approdo trovi smentita nel precedente giudiziario di questo Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. V, 24 gennaio 2020, n. 607) su cui l'appellante fonda il proprio costruito giuridico.

In quel contesto il disciplinare chiedeva al concorrente di aver eseguito, nell'ultimo triennio (2015, 2016, 2017), servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto, erogando un numero di pasti all'anno non inferiore a n. 70.000 senza revoche di contratto.

L'aggiudicataria era stata costituita solo a metà 2015 e, pur potendo vantare per il triennio di riferimento un numero di pasti erogati complessivi di gran lunga superiore alla somma dei pasti minimi richiesti dalla *lex specialis* per i tre anni antecedenti, nell'anno 2015 non raggiungeva il minimo dei 70.000 pasti, in quanto costituita solo a metà dello stesso anno.

In giudizio era oggetto di controversia l'interpretazione della clausola del disciplinare, ossia se i 70.000 pasti annui fossero da intendersi in senso assoluto, per ogni singolo anno del triennio, oppure se quel numero fosse indicativo della media ponderata sul periodo di riferimento, nel qual caso il concorrente avrebbe avuto il requisito.

Nel contesto di una clausola del disciplinare che si prestava a interpretazioni differenti, il Collegio ha ritenuto corretta quella secondo cui il requisito dei 70.000 pasti erogati, dovesse intendersi come numero di pasti medi erogati dal concorrente nel triennio di riferimento, giungendo a tale conclusione sia attraverso una interpretazione letterale e sistematica della legge di gara, sia sulla scorta del principio di “*favor participationis*”.

7.8. Parimenti, non appaiono sovrapponibili alla vicenda qui in rilievo le delibere ANAC citate dall'appellante (n. 473 del 23 maggio 2018; n. 1349 del 20 dicembre 2017; n. 671 del 14 giugno 2017) incentrate sulle modalità di declinazione del requisito di capacità economico finanziaria nel caso di imprese di nuova costituzione.

7.7. Anzi, a ben vedere costituiscono motivo di conforto proprio i più recenti e aggiornati arresti dell'ANAC *in subiecta materia* e compendati nella delibera n. 711 del 23.7.2019, in cui del tutto condivisibilmente l'Autorità traccia una distinzione con riferimento alla dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale nel caso di partecipazione alla gara di imprese di nuova costituzione.

E, infatti, l'ANAC precisa che, solo per i primi, vale a dire per i requisiti di capacità economica e finanziaria, il legislatore ha espressamente contemplato, per le imprese neo-costituite, la possibilità di dimostrare la propria solidità patrimoniale parametrando il requisito previsto nel bando alla data di costituzione dell'impresa e agli anni di effettivo esercizio dell'attività all'uopo prevedendo all'art. 86 comma IV del Codice, per come integrato dall'allegato XVII, parte I, che “*di regola, la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere provata mediante una o più delle seguenti referenze: (...) c) una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o all'avvio delle attività dell'operatore economico, nella misura in cui le informazioni su tali fatturati siano disponibili*”. È, dunque, possibile operare una riparametrazione in base agli anni di effettivo esercizio per il requisito meramente finanziario della capacità economica, quale il fatturato globale, offrendo tale riparametrazione sufficienti garanzie in merito alla solidità finanziaria e alla possibilità dell'aggiudicataria di assumersi gli oneri delle spese del successivo affidamento.

In siffatte evenienze la possibilità di enucleare sul piano della legislazione primaria un precetto definito impone alla stazione appaltante di adeguare al relativo contenuto regolatorio le proprie determinazioni in sede applicativa ancorché il bando non preveda disposizioni derogatorie in favore delle imprese di nuova costituzione.

A un diverso approdo deve, viceversa, pervenirsi nei diversi casi – com'è quello qui in rilievo – in cui oggetto di contestazione sia il possesso di un requisito sussumibile nella distinta categoria dei requisiti di capacità tecnico-professionale.

L'Autorità pone in evidenza il diverso regime giuridico cui restano soggetti tali requisiti – funzionali a selezionare operatori economici in grado di assicurare un livello adeguato di esperienza, capacità e affidabilità, valutandone l'attitudine di “sapere” svolgere, a regola d'arte e con buon esito, il servizio o la fornitura oggetto di affidamento anche sulla scorta delle

pregresse esperienze professionali – evidenziando come in questo caso né il vigente Codice dei contratti pubblici né il precedente Codice (in particolare, l'art. 42 del d.lgs. n. 163/2006 specularmente all'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016) contemplano una disposizione ad hoc relativa alla dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale in caso di partecipazione alla gara di imprese di recente costituzione, ma si limitano a richiamare i principi di ampia partecipazione, nonché quelli della necessaria proporzionalità e ragionevolezza nella richiesta dei criteri selettivi da parte della stazione. Riparametrare il requisito sulla base dell'effettivo periodo di tempo (inferiore a quello richiesto in bando) di operatività dell'azienda (ovverosia a partire dal momento in cui l'attività ha avuto avvio) comporterebbe la violazione di tale ratio, perché non verrebbe assicurata l'esperienza ritenuta necessaria (in tal senso anche TAR Lazio, Roma. 26.10.2020 n. 10912).

7.9. In definitiva, la decisione merita conferma attesa l'idoneità dei requisiti dichiarati in proprio dalla società appellante rispetto a quelli prescritti dalla disciplina di gara, non essendo ammissibile l'invocata riparametrazione che si risolverebbe in una modifica ex post dei criteri di selezione degli offerenti, da ritenersi oramai consolidati nella loro incondizionata cogenza siccome non fatti oggetto di contestazione.

8. Tanto di per sé sarebbe sufficiente per respingere l'appello. Ciò nondimeno deve evidenziarsi come anche a voler ammettere una riparametrazione in ogni caso l'appellante non raggiungerebbe la soglia minima necessaria per accreditare la sua ammissione alla gara.

8.1. A tal riguardo, deve, anzitutto, evidenziarsi come il periodo utile da prendere a riferimento per la riparametrazione è ricompreso nel torno di tempo che va dal 6 aprile 2020 (data di iscrizione della società nel registro delle imprese) a quello della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (30.0.2020), pari complessivamente a 177 giorni, che fissano la soglia del requisito in argomento a € 116.383,56.

8.2. Come efficacemente opposto in sequenza dalla parte controinteressata nel DGUE l'odierna appellante dopo aver dato atto dell'acquisizione del ramo di azienda della Odontart s.r.l. ha fatto rinvio per comprovare in proprio il requisito in argomento a "*documenti attestanti contratti, certificati rilasciati dalle ASL con cui attualmente la Gestione Odontoiatrica lavora, fatturati*", a tal fine richiamando:

- il riconoscimento della intervenuta cessione del ramo d'azienda in riferimento alla convenzione di fornitura già stipulata tra Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria (ALISA) e Odontart S.r.l. per un importo complessivo di € 598.095,00 (lotti 3 e 4);

- la dichiarazione con cui la ASL Ferrara attesta che la Gestione Odontoiatrica svolge presso la stessa il servizio di gestione di manufatti ortodontici (fornitura protesi odontoiatriche ed attività accessorie precedenti e conseguenti la fornitura) dal 1° maggio 2020, per un importo economico annuo pari ad € 160.000,00 iva esclusa;

- l'autorizzazione al subentro da parte di Gestione Odontoiatrica nel contratto di appalto stipulato tra Odontart S.r.l. e l'Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo, all'uopo precisando che il ramo ceduto della ASP di Palermo ha fatturato nel triennio passato i seguenti volumi:

anno 2017 € 145.333,00; anno 2018 € 108.154,00; anno 2019 € 103.406,00.

8.3. Di conseguenza, appare di tutta evidenza come siano stati dimostrati in sede di gara, attraverso l'esibizione di una pertinente certificazione, resa peraltro su base annuale e non in relazione al periodo di attività dell'azienda (per un importo dunque complessivo di € 160.000,00), solo i servizi resi dall'ASL di Ferrara.

Rispetto agli altri contratti dichiarati (con ALISA e ASP di Palermo) nei quali è subentrata in seguito alla acquisizione del ramo d'azienda Odontart, l'appellante ha prodotto in sede di gara solo le autorizzazioni al subentro nel rapporto, ma non anche una attestazione del medesimo tenore di quella prodotta dalla AUSL di Ferrara, come richiesto espressamente dal disciplinare e da ritenersi necessaria onde accreditare anche la regolare esecuzione del rapporto.

È di tutta evidenza come, anche nella prospettiva di un'implicita riparametrazione del requisito richiesto, la stazione appaltante avrebbe dovuto giudicare insufficienti gli elementi dimostrativi forniti da Gestione Democratica, essendo l'importo fatturato dall'ASL di Ferrara nel periodo di vita del suddetto operatore ben al di sotto della soglia minima, per come parametrata.

8.4. Alle stesse conclusioni si perviene a voler utilizzare – secondo la metodica del soccorso istruttorio cd. processuale – le fatture prodotte solo in giudizio dall'odierno appellante.

In disparte la circostanza pur rilevante che non vi è di certo equipollenza tra le fatture in questione e le certificazioni richieste dalla legge di gara, resta dirimente il fatto che l'importo complessivo che lo stesso appellante per tale via ha cercato di accreditare è pari a 111.044,33, inferiore dunque alla soglia come sopra calcolata al precedente punto 8.1.

E ciò senza tener conto che nelle fatture suindicate sono incluse anche fatture destinate a soggetti diversi dagli unici rapporti (con ASL Ferrara, ALISA e ASP di Palermo) indicati nel DGUE ovvero concernenti non già protesi odontoiatriche ma apparecchi ortodontici.

Conclusivamente, ribadite qui le svolte considerazioni, l'appello va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che liquida in € 3.000, in favore della parte controinteressata costituita.

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

