

Requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione. Come tracciare in documentazione di gara un confine certo e preciso.

di Marco Bragaglia

Data di pubblicazione: 12-12-2024

I requisiti di esecuzione sono, di regola, condizioni per la stipulazione del contratto di appalto, pur potendo essere considerati nella lex specialis come elementi dell'offerta, a volte essenziali, più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale.

La giurisprudenza, consapevole che la questione in esame si presti a interpretazioni oscillanti, in quanto non ancorate a parametri oggettivi, 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).

N. 18398/2024 REG.PROV.COLL.

N. 02467/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quarta Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2467 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Adecco Formazione S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti, Paola Rea e Giovanni Tavernise, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

contro

la Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Di Nitto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Gramsci n. 24;

nei confronti

della Archè Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Lepore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via Polibio n. 15;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della nota prot. RFI_DACA0011P2024000160 del 19 gennaio 2024, comunicata in pari data, con cui Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. ha aggiudicato alla Archè Società Cooperativa la procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento dei "Corsi di formazione sui temi della salute e sicurezza sul lavoro e ambiente previsti da normative di legge e procedure aziendali, rivolti a tutti i dipendenti di RFI S.p.A.";

- di tutti i verbali nei quali sono state registrate le operazioni di gara e la valutazione delle offerte dei concorrenti, nella parte in cui la Commissione non ha escluso l'aggiudicataria;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso;

nonché per l'accertamento

- del diritto della ricorrente ad accedere, ex artt. 22 e ss. della legge n. 241/90, 53 del d.lgs. 50/2016, 35 e 225, comma 2, del d.lgs. 36/2023, alla documentazione non rilasciata dalla Stazione appaltante, con conseguente esibizione ex artt. 64 e/o 116 c.p.a.;

nonché per la dichiarazione di inefficacia e/o nullità

- del contratto, ove *medio tempore* stipulato, e per il risarcimento del danno mediante subentro o, in subordine, per equivalente monetario;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 14 giugno 2024:

per l'annullamento,

- della nota prot. RFI_DACA0011P2024000160 del 19 gennaio 2024, comunicata in pari data, con cui Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. ha affidato ad Archè l'erogazione di corsi di formazione su salute, sicurezza sul lavoro e ambiente per i propri dipendenti;

- di tutti i verbali nei quali sono state registrate le operazioni di gara e la valutazione delle offerte dei concorrenti, nella parte in cui la Commissione non ha escluso l'aggiudicataria;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso;

- del verbale di verifica di congruità dell'offerta di Archè;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso;

nonché per la dichiarazione di inefficacia e/o nullità del contratto, ove medio tempore stipulato,

e per il risarcimento

del danno mediante subentro o, in subordine, per equivalente monetario.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. e della Archè Società Cooperativa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2024 il dott. Valentino Battiloro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I. Con bando di gara pubblicato in data 8 agosto 2023, Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (in seguito "RFI") ha indetto, ai sensi del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, una procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento dei "*Corsi di formazione sui temi della salute e sicurezza sul lavoro e ambiente previsti da normative di legge e procedure aziendali, rivolti a tutti i dipendenti di RFI S.p.A.*".

II. Con ricorso tempestivamente notificato e depositato la Adecco Formazione S.r.l. (in seguito "Adecco"), seconda in graduatoria, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione adottato in favore della Archè Società Cooperativa (in seguito "Archè"), chiedendone l'annullamento, ed ha contestualmente proposto una "*istanza di esibizione ex art. 64, comma 3 c.p.a. a valere anche come istanza ex art. 116 c.p.a.*".

III. Le doglianze di parte ricorrente sono in particolare incentrate sulla dedotta carenza, in capo

all'aggiudicataria, dei requisiti richiesti per l'erogazione dei corsi di formazione (in seguito anche "items") di cui ai nn. 7, 8, 9, 11, 14, 15, 20, 21 e da 25 a 30 e 46 del Capitolato di gara.

IV. In particolare, avverso il provvedimento di aggiudicazione la società ricorrente ha articolato i seguenti motivi di censura:

IV.1. "Violazione dell'art. 119 d.lgs. 36/2023. Violazione dell'art. 113 d.lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione del punto XV.1 del disciplinare. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2.1. del capitolato. Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 e 46 del d.lgs. 81/2008 e del D.M. 5 agosto 2011. Omessa esclusione per inadeguatezza e irrealizzabilità dell'offerta".

Con tale doglianza, la società ricorrente sostiene che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché non in grado di garantire l'erogazione dei corsi di prevenzione incendi (items 20 e 21) che, in base agli artt. 4 e 7 del decreto del Ministero dell'interno del 5 agosto 2011, sarebbero riservati agli "Ordini e Collegi professionali provinciali" o, d'intesa con gli stessi, ad "Autorità scolastiche o universitarie".

L'aggiudicataria, in particolare, omettendo di "raggrupparsi" con i menzionati soggetti abilitati all'erogazione dei corsi di prevenzione incendi, non potrebbe supplire a tale carenza ricorrendo al subappalto dichiarato nell'offerta per due ordini di ragioni:

- la dichiarazione di subappalto, non recando l'indicazione degli specifici servizi a cui si riferisce, avrebbe un oggetto generico e come tale si porrebbe in contrasto con l'art. 119 del d.lgs. n. 36/2023;

- le società subappaltatrici (la Core Consulting S.p.a. e Ergon Ambiente e Lavoro S.r.l.) non rientrerebbero comunque tra i soggetti abilitati all'erogazione dei corsi di cui si discute;

IV.2. "Violazione dell'art. 119 d.lgs. 36/2023. Violazione dell'art. 113 d.lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione del punto XV.1 del disciplinare. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2.1. del capitolato. Violazione e falsa applicazione degli artt. 32, 73 e 98 d.lgs. 81/2008 e allegato XIV. Violazione e falsa applicazione degli Accordi Stato Regioni del 7 luglio 2016, 22 febbraio 2012 e 25 luglio 2012. Violazione art. 7 del d.P.R. 137/2012 e art. 7 del Regolamento per l'aggiornamento della competenza professionale. Omessa esclusione per inadeguatezza e irrealizzabilità dell'offerta".

Con tale motivo si sostiene che l'aggiudicataria Archè avrebbe dovuto essere esclusa anche perché non in grado di garantire le prestazioni che richiedono un particolare accreditamento (con riferimento agli items nn. 7, 8, 9, 11, 14, 15, da 25 a 30 e 46).

Si evidenzia in tal senso che tra le attività richieste all'affidatario vi è la "Predisposizione e consegna alla Committenza dei relativi Attestati di Qualificazione /Certificazione" (pag. 13 del Capitolato) ed è altresì richiesta la conformità dell'offerta ai contenuti degli Accordi Stato Regioni, ivi compresi quelli del 7 luglio 2016, del 22 febbraio 2012 e del 25 luglio 2012.

In particolare, in base alla disciplina contenuta nel d.lgs. 81/08 e nei richiamati Accordi Stato

Regioni, la formazione e il rilascio degli attestati sarebbero riservati ai soggetti accreditati presso le Regioni o ad organismi paritetici.

Si deduce pertanto che l'Archè e le subappaltatrici non rientrerebbero tra i soggetti sopra indicati e non sarebbero nemmeno in grado di garantire l'erogazione dei corsi di aggiornamento delle competenze professionali degli ingegneri, in quanto non iscritte nell'elenco dei soggetti autorizzati dal Consiglio Nazionale degli Ingegneri (come richiesto dall'art. 2.3. del Capitolato).

V. Con il ricorso introduttivo la società ricorrente, premesso di aver formulato in data 23 gennaio 2023, ai sensi degli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 36/2023 e artt. 22 e ss. della l. n. 241/90, un'istanza di accesso all'intera documentazione di gara, ha altresì impugnato ex art. 116 c.p.a. il provvedimento con cui RFI ha ostenso solo una parte dei documenti richiesti (omettendo di consegnare le giustificazioni dell'offerta, i verbali del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ed il provvedimento di nomina della Commissione), formulando contestualmente un'istanza ex art. 64 c.p.a. per l'esibizione degli atti mancanti.

VI. L'Archè, costituitasi in giudizio, ha eccepito in rito l'improcedibilità del gravame, giacché parte ricorrente non avrebbe dimostrato di essere in grado di svolgere il servizio con i medesimi requisiti che oggi si contestano all'aggiudicataria.

Nel merito, ha chiesto il rigetto del ricorso in quanto tutti i motivi di censura avrebbero ad oggetto le valutazioni tecnico-discrezionali dell'Amministrazione, come tali insindacabili, e sarebbero incentrati sulla dedotta carenza dei requisiti di esecuzione del contratto che, in quanto tali, non potrebbero assumere valenza espulsiva.

Ha contestato in ogni caso le deduzioni di parte avversa in merito alla presunta carenza dei requisiti di esecuzione evidenziando che:

- i corsi sulla prevenzione incendi (*items* 20 e 21) saranno erogati tramite la società di formazione Accademia Eraclitea, Ente accreditato dal Consiglio Nazionale degli Ingegneri, che ha sottoscritto diversi protocolli di intesa per l'erogazione dei corsi di formazione con Collegi e Ordini Professionali (tra cui il Consiglio Nazionale dei Periti Industriali e dei Periti Industriali Laureati, il Collegio dei Periti Industriali e l'Ordine dei Chimici della provincia di Catania);

- i corsi RSSP, ASSP e CSP/CSE (*items* 7, 8, 9, 11, 14 e 15) ed i corsi sulle attrezzature specifiche (*items* da 25 a 30 e 46) saranno erogati dall'aggiudicataria in forza del proprio accreditamento presso la Regione Lazio ed in quanto Centro di Formazione Autorizzato dall'O.P.N. Italia - Organismo Paritetico Nazionale di diretta emanazione dell'Ente Bilaterale Costruzioni, soggetto rientrante in quelli individuati dall'art. 98, comma 2, del d.lgs 81/2008;

VII. L'Amministrazione resistente, costituitasi in giudizio, ha chiesto il rigetto nel merito del ricorso controdeducendo che:

- i requisiti di esecuzione, oggetto del contendere, assumerebbero rilievo solo al momento della stipula del contratto;

- la dichiarazione di subappalto, nella misura in cui comprende *“tutte le prestazioni di cui all'appalto nella misura massima del 35%”*, non sarebbe generica in quanto l'aggiudicataria ha espresso la chiara volontà di subappaltare *“tutte”* le prestazioni;

- l'indicazione dei subappaltatori non costituirebbe un elemento essenziale della dichiarazione di subappalto, ben potendo l'appaltatore, in sede di esecuzione, designare un subappaltatore diverso rispetto a quello indicato in fase di partecipazione alla gara.

Quanto alle doglianze di parte ricorrente sull'accesso agli atti della gara, premesso che RFI, in data 28 febbraio 2024, ha osteso in favore di Adecco tutta la documentazione che la stessa ha richiesto, ad eccezione dei giustificativi dell'offerta economica della Archè, ha sottolineato il carattere meramente esplorativo della domanda.

VIII. All'udienza in camera di consiglio del 19 marzo 2024 il Collegio ha respinto la domanda cautelare, nonché l'istanza ex art. 64 c.p.a., finalizzata all'esibizione della documentazione non ostesa da RFI, rinviando all'udienza del 23 aprile 2024 per la trattazione del merito della causa.

IX. Con istanza del 25 marzo 2024 parte ricorrente ha insistito sulla richiesta di pronuncia sulla domanda ex art. 116, comma 2, c.p.a. formulata incidentalmente nel ricorso introduttivo, chiedendo di fissarsi l'udienza in camera di consiglio per la sua trattazione.

X. Con ordinanza del 30 aprile 2024 il Collegio ha accolto, limitatamente alla documentazione non ancora ostesa dall'Amministrazione (giustificazioni dell'offerta, verbali del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e provvedimento di nomina della Commissione), l'istanza di accesso incidentale ex art. 116, co. 2, c.p.a.; con il medesimo provvedimento, in vista dell'eventuale proposizione di motivi aggiunti, la controversia è stata rinviata per la trattazione del merito all'udienza pubblica del 24 settembre 2024.

XI. Con atto di motivi aggiunti notificati il 13 giugno 2024 e depositati il giorno successivo, la ricorrente ha altresì impugnando il verbale di verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria muovendo le seguenti censure:

XI.1. *“Violazione dell'art. 110 e 119 d.lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione del punto XV.1 del disciplinare. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del capitolato. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. X.2 del disciplinare. Omessa esclusione per inadeguatezza e irrealizzabilità dell'offerta”*.

Sul rilievo che l'attività di docenza costituirebbe l'oggetto principale dell'appalto, sostiene la ricorrente che l'offerta sarebbe inattendibile e irrealizzabile, giacché la dichiarazione dell'aggiudicataria di *“esternalizzare”* l'erogazione dei corsi, mediante il ricorso a lavoratori autonomi (docenti con partita IVA), si tradurrebbe *ipso facto* in un subappalto non dichiarato nell'offerta e, comunque, non consentito dall'art. 119, comma 1, d.lgs. 36/2023, in quanto avente ad oggetto lo svolgimento dell'attività prevalente nell'ambito di un contratto ad alta intensità di manodopera.

Si aggiunge che l'aggiudicataria non potrebbe comunque assicurare dette prestazioni tramite i propri subappaltatori perché la quota di subappalto dichiarata, pari al 35%, sarebbe insufficiente a garantire alla stazione appaltante le ore di docenza offerte da Archè (21.118 ore, pari a quasi l'83% delle ore totali offerte).

L'offerta di Archè, inoltre, considerato il ricorso a lavoratori autonomi per l'erogazione dell'attività principale dell'appalto, si porrebbe in contrasto la disciplina di cui all'art. 119, comma 3, lett. a), d.lgs. 36/2023, che ammette tale forma di fornitura del servizio solo per le attività secondarie, accessorie o sussidiarie;

XI.2. "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 110 del D.Lgs. n. 36/2023. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. X.2 del disciplinare. Carenza di istruttoria e difetto di motivazione. Violazione dell'art. 97 della Costituzione".

In via subordinata, si lamenta altresì il difetto di istruttoria del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta perché la voce afferente al costo del personale (dipendente ed esterno) implicato nell'appalto e le ulteriori voci di costo (spese generali e utile d'impresa) componenti l'offerta di Archè sarebbero state meramente quantificate senza fornire alcun giustificativo.

XII. Con memoria di replica tempestivamente depositata la Archè ha contestato le censure mosse dalla ricorrente nell'atto di motivi aggiunti, controdeducendo che:

- l'attività di docenza non costituirebbe l'oggetto principale dell'appalto;
- il giudizio di congruità dell'offerta, come noto involgente profili di elevata discrezionalità tecnica e sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di palese erroneità, sarebbe congruamente motivato;
- nel Capitolato di gara si fa riferimento a un "*Team di docenti*", senza alcuna indicazione di dettaglio sulla tipologia contrattuale di impiego, e i contratti con quali vengono affidate a lavoratori autonomi specifiche attività rientranti nell'appalto non sono contratti di subappalto, ma contratti d'opera professionale;
- non necessariamente l'aggiudicataria ricorrerà a docenti esterni, potendo assicurare l'erogazione dei corsi tramite i propri dipendenti e le proprie subappaltatrici.

XIII. Con memoria di replica tempestivamente depositata RFI ha evidenziato che:

- l'attività demandata ai docenti esterni non sarebbe un'ipotesi di subappalto e non avrebbe ad oggetto la prestazione principale della commessa, rappresentata invece dall'organizzazione dei corsi di formazione;
- il secondo motivo aggiunto sarebbe infondato, perché diretto a sollecitare un inammissibile sindacato sostitutivo del giudice amministrativo e, comunque, nei giustificativi sono riportati in apposite tabelle i costi sostenuti per i dipendenti e per i docenti esterni dall'aggiudicataria,

oggetto di valutazione positiva da parte del RUP; irrilevante, infine, sarebbe la mancata esplicitazione delle sottovoci che compongono le spese generali, avendo Archè esposto nel proprio conto economico un utile pari a € 115.354,00, che consentirebbe di fare fronte a eventuali sottovoci di costo non esattamente preventivate.

XIV. Con memoria di replica la Adecco, nel ribadire le ragioni a sostegno dei propri scritti introduttivi, ha evidenziato che la Archè in memoria avrebbe modificato in giudizio la consistenza della docenza dichiarata nelle giustificazioni, con conseguente inammissibilità delle relative argomentazioni e dei documenti depositati a supporto.

XV. Alla pubblica udienza del 24 settembre 2024 la causa è stata chiamata e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La questione all'esame del Collegio attiene alla legittimità dell'aggiudicazione alla Società odierna controinteressata della procedura di gara indetta da RFI per l'affidamento dei "*Corsi di formazione sui temi della salute e sicurezza sul lavoro e ambiente previsti da normative di legge e procedure aziendali, rivolti a tutti i dipendenti di RFI S.p.A.*".

2. Quanto al ricorso principale, deve preliminarmente essere disattesa l'eccezione di improcedibilità formulata dalla controinteressata.

Nella fattispecie in esame, invero, la ricorrente si è collocata in seconda posizione in graduatoria e mira all'aggiudicazione del contratto in caso di accoglimento del ricorso, ragion per cui non è tenuta ad offrire alcuna prova di resistenza per dimostrare il suo interesse ad agire.

Va quindi data continuità all'indirizzo giurisprudenziale, qui condiviso, a mente del quale l'interesse a ricorrere – che deve persistere per tutto il corso del giudizio – è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che caratterizzano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c.: vale a dire la prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e l'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato.

Va inoltre aggiunto che, in base alla *lex specialis*, la verifica della "busta amministrativa" è eseguita solo con riguardo alla posizione della prima graduata, con la conseguenza le eccezioni della controinteressata sono volte a censurare un'attività non ancora esercitata dall'Amministrazione.

3. Passando al merito delle censure proposte, come esposto in fatto, il tema centrale oggetto del ricorso principale in esame è rappresentato dalla specifica incidenza dei c.d. requisiti di esecuzione delle prestazioni sulla fase pubblicistica di valutazione delle offerte e, in particolare, dalla possibilità di riconoscere a detti requisiti carattere essenziale, al punto da giustificare l'esclusione della concorrente che non abbia dato prova di poter garantire la realizzabilità dell'offerta tecnica.

3.1. La distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione fa capo alla previsione di cui all'art. 113, d.lgs. n. 36 del 2023 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. 100, ulteriori «*requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisati nel bando di gara*».

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, pur potendo essere considerati nella *lex specialis* come elementi dell'offerta, a volte essenziali, più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale (così, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2024, n. 2787 e i numerosi precedenti ivi citati).

L'orientamento giurisprudenziale prevalente ha precisato 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 (cfr. Cons. Stato, sez. III, 19 ottobre 2023, n. 9255).

Sul punto è intervenuta anche 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.

In tal senso la giurisprudenza, consapevole che la questione in esame si presti a interpretazioni oscillanti, in quanto non ancorate a parametri oggettivi, 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).

3.2. Sulla scorta di tali coordinate ermeneutiche, è evidente che, per comprendere la natura e la portata dei requisiti di esecuzione nella procedura in esame, occorre analizzare il contenuto della *lex specialis*.

Va premesso che il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa ritiene che, ai fini dell'interpretazione delle clausole di una *lex specialis di gara*, vanno applicate le norme in materia di contratti e anzitutto il criterio letterale e quello sistematico, ex artt. 1362 e 1363 c.c., il che esclude che esse possano essere assoggettate a un procedimento ermeneutico in funzione integrativa, diretto ad evidenziare nelle stesse pretese significati impliciti o inespressi, imponendo che la loro interpretazione si fondi sul significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione, e che, laddove il dato testuale presenti evidenti ambiguità, debba presceglersi, in forza del principio di *favor participationis*, il significato più favorevole al concorrente (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2022, n. 8481; 2 marzo 2022, n.1486; 6 agosto 2021, n. 5781; 8 aprile 2021, n. 2844; 8 gennaio 2021, n. 298; sez III, 24 novembre 2020, n. 7345; 15 febbraio 2021, n. 1322).

3.3. Tanto premesso, ritiene il Collegio, in applicazione dei principi su richiamati, che i requisiti di esecuzione posti in discussione dalla ricorrente rilevino esclusivamente nella fase della stipulazione del contratto, con conseguente loro estraneità alla fase di valutazione delle offerte.

In particolare:

- il Bando di gara non contiene alcun riferimento specifico in ordine al possesso di “requisiti particolari” di esecuzione del contratto;

- il Disciplinare di gara (par. XV.2 rubricato “Requisiti di esecuzione”), dal suo canto, stabilisce che «L'appaltatore si impegna a garantire in fase di esecuzione del contratto le figure professionali indicate nel Capitolato Tecnico (Allegato n. 4 allo Schema di Contratto). La comprova dei requisiti sarà effettuata in fase di esecuzione del contratto con le modalità indicate nel suddetto Capitolato Tecnico»; il riferimento all'“appaltatore” in luogo del “concorrente” e la circostanza che la comprova dei requisiti sia espressamente demandata alla fase di esecuzione del contratto, costituiscono segno evidente che le condizioni di esecuzione di cui si discute non devono essere necessariamente possedute all'atto della presentazione della domanda di partecipazione, essendo sufficiente l'impegno a garantire l'organizzazione dei corsi attraverso l'utilizzo di risorse proprie o esterne, nella misura consentita dalla codice degli appalti e dalla *lex specialis*;

- il Capitolato tecnico, nel descrivere le caratteristiche delle prestazioni da erogare ed i requisiti soggettivi di esecuzione, si riferisce anch'esso esclusivamente alla figura dell'“appaltatore” e le locuzioni utilizzate per esplicitare le condizioni richieste (“l'Appaltatore dovrà ... i Docenti dovranno ...”) indicano un'attività futura, legata al verificarsi dell'evento della aggiudicazione.

Le apposite previsioni della *lex specialis*, dunque, lasciavano chiaramente intendere che si

trattava di requisiti di idoneità da possedere in sede di stipula del contratto e previa aggiudicazione, non sin dal momento di presentazione della domanda.

La medesima stazione appaltante, del resto, in sede di chiarimenti in merito alle modalità di espletamento dei corsi di formazione base ed aggiornamento per “Esperti Prevenzione Incendi (DM 05/08/11)”, ha precisato che “*all’appaltatore sarà consentita, per l’erogazione dei corsi in questione, la possibilità di collaborare con Ordini e Collegi, attraverso gli appositi istituti previsti nello schema di contratto posto a base di gara (es. subappalto)*”, così confermando l’irrelevanza delle condizioni di esecuzione in sede di valutazione delle offerte.

Non può sostenersi, diversamente da quanto argomentato dalla ricorrente, che la specificità dell’appalto in esame dovrebbe condurre, sulla scorta anche di un’interpretazione teleologica della *lex specialis*, al risultato di ritenere come essenziali le condizioni di esecuzione di cui si discute.

Una simile ricostruzione è impedita, oltre che dal dato letterale su richiamato, altresì dai principi del *favor participationis*, di affidamento, trasparenza e proporzionalità, che dovrebbero soccorrere quali criteri ermeneutici ulteriori per risolvere le eventuali incertezze interpretative sulla *lex specialis*.

In particolare, i principi del *favor participationis*, di affidamento e trasparenza suggeriscono di interpretare le clausole nel senso più favorevole alla massima partecipazione alla gara, anche delle piccole e medie imprese quali l’aggiudicataria, e di evitare che le concorrenti siano esposte a “sanzioni a sorpresa”, per la non univoca caratterizzazione, nella *lex specialis*, dei requisiti di esecuzione quali elementi essenziali previsti a pena di “irrealizzabilità dell’offerta”.

Il principio di proporzionalità, d’altro canto, impone di confinare requisiti di esecuzione, come detto, non essenziali ai fini dell’aggiudicazione dell’appalto, nella loro “sede naturale”, rappresentata dalla fase successiva all’aggiudicazione, così che le esigenze di tutela dell’interesse pubblico a una corretta esecuzione del contratto possano essere salvaguardate senza un eccessivo sacrificio degli interessi dei concorrenti.

Per concludere sul punto, occorre considerare che l’affermazione del carattere essenziale dei requisiti di esecuzione, quali condizioni per le aggiudicazioni, mal si concilia con la natura di contratto-quadro della stipulazione negoziale a valle della gara e con la conseguente evenienza che taluni corsi oggetto del contratto non vengano richiesti dalla stazione appaltante.

4. Ferme tali considerazioni, ritiene il Collegio che, anche ove si accedesse alla tesi della ricorrente circa il carattere essenziale, ai fini dell’aggiudicazione, dei requisiti di esecuzione in parola, l’aggiudicataria ha comunque dimostrato, con la propria offerta tecnica, di poter garantire le prestazioni richieste.

4.1. L’Archè, invero, come esposto in fatto, ha precisato che i corsi sulla prevenzione incendi (*items* 20 e 21) saranno erogati tramite la società di formazione Accademia Eraclitea (in forza di un contratto di cooperazione e collaborazione).

Non colgono nel segno le deduzioni sul punto della ricorrente (impossibilità di ricorrere al contratto di cooperazione per difetto di presupposti e di subappaltare le prestazioni in ragione della mancata indicazione dell'Accademia Eraclitea nella dichiarazione di subappalto), in quanto, come pure evidenziato in memoria dall'Amministrazione resistente, considerato che l'art. 119 del d.lgs. 36/2023 non contempla l'obbligo di indicare i nominativi delle imprese subappaltatrici, l'aggiudicataria ben potrà indicare l'organismo con il quale ha sottoscritto il contratto di collaborazione quale subappaltatore.

Occorre al riguardo ribadire, confermando l'indirizzo espresso in sede cautelare, che la dichiarazione di subappaltare "*tutte le prestazioni di cui all'appalto nella misura massima del 35%*" assume carattere onnicomprensivo, con conseguenza irrilevanza della mancata indicazione della prestazione specifica in esame.

4.2. L'aggiudicataria ha altresì chiarito che i corsi RSSP, ASSP e CSP/CSE (*items* 7, 8, 9, 11) e i corsi sulle attrezzature specifiche (*items* da 25 a 30 e 46) saranno erogati in forza del proprio accreditamento presso la Regione Lazio, mentre il rilascio dei crediti formativi sarà affidato all'Accademia Eraclitea.

Sul punto la ricorrente sostiene che l'accreditamento di Archè sarebbe insufficiente perché il Capitolato richiederebbe tanti accreditamenti regionali per ciascuna regione sulla quale il servizio è richiesto.

La censura è infondata, in quanto il Capitolato (pag. 14), dettando una disposizione di carattere meramente logistico, si limita a prevedere che i corsi potranno svolgersi su tutto il territorio nazionale ove siano presenti aule formative di RFI, richiedendo, poi, la messa a disposizione di due docenti presso le Regioni indicate (pag. 18): in alcun modo, dunque, la *lex specialis* contempla un onere così gravoso, quale quello di avere un accreditamento regionale presso ogni sede di espletamento dei corsi.

Per quanto concerne, invece, il rilascio dei crediti formativi, ivi si richiamano le considerazioni di cui al punto che precede in merito alla possibilità di ricorrere all'affidamento all'Accademia Eraclitea.

5. Venendo all'esame dei motivi aggiunti, aventi ad oggetto il verbale di congruità dell'offerta della controinteressata Archè, con una prima censura la ricorrente sostiene l'illegittimità delle determinazioni assunte dall'Amministrazione che, in sede di esame dei giustificativi, avrebbe dovuto rilevare l'irrealizzabilità dell'offerta, in quanto l'aggiudicataria non sarebbe in grado di assicurare l'erogazione delle docenze tramite il personale proprio e delle subappaltatrici e non potrebbe, alla luce della disciplina contenuta nell'art. 119 d.lgs. 36/2023, sopperire a tali carenze mediante il ricorso a lavoratori autonomi (docenti con partita IVA), stante il divieto di affidare a questi ultimi la prevalente esecuzione delle prestazioni di manodopera e l'impossibilità di subappaltarvi l'attività principale della commessa.

5.1. Osserva in primo luogo il Collegio che, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, l'offerta dell'Archè non viola il disposto di cui all'art. 119, comma 1, del d.lgs. 36/2023, in base al quale «è nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata ... la prevalente esecuzione ... dei

contratti ad alta intensità di manodopera».

In base all'allegato I del codice degli appalti, invero, i contratti ad alta intensità di manodopera sono i contratti nei quali il costo della manodopera è pari o superiore al 50 per cento dell'importo dei corrispettivi.

Nella fattispecie in esame il costo complessivo della manodopera che l'aggiudicataria prevede di affidare a lavoratori autonomi è pari ad euro 1.244.568,00 ed è inferiore al 50 per cento dell'importo totale dell'aggiudicazione, pari ad euro 2.989.170,00.

5.2. In merito al secondo profilo della censura in esame, occorre preliminarmente stabilire se le prestazioni di docenza rappresentino l'oggetto principale del contratto o, se al contrario, assumano carattere secondario, accessorio o sussidiario ex art. 119, comma 3, d.lgs. 36/2023, con conseguente possibilità per l'appaltatore di affidarle a lavoratori autonomi.

Anche in tal caso, la questione va risolta alla luce indicazioni fornite dalla *lex specialis*.

In particolare, il Disciplinare di gara ha stabilito che per poter partecipare alla procedura di gara gli operatori economici, oltre ai requisiti di ordine generale, avrebbero dovuto essere in possesso del requisito d'idoneità professionale costituito dalla "*Iscrizione nel Registro delle Imprese oppure nell'Albo delle Imprese artigiane per attività pertinenti con quelle oggetto della... procedura*" (paragrafo VI.2.1.), nonché del requisito di capacità tecnica e professionale rappresentato dall'aver "*eseguito negli ultimi 3 anni antecedenti la data di indizione della presente procedura di gara, contratti relativi a servizi di formazione obbligatoria sulla sicurezza del lavoro come da D.Lgs. n. 81/2008 e Accordo Stato Regioni e s.m.i. per un importo complessivo pari a € 650.000,00*" (paragrafo VI.2.3.).

Quanto ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica, è prevista l'assegnazione di 15 punti per l'Organizzazione delle attività, 10 punti per le Caratteristiche dell'impresa e 45 punti per le Competenze progettuali, senza alcun riferimento all'attività di docenza in aula o alle caratteristiche del *team* di docenti.

Nel Capitolato tecnico (paragrafo 2.3 rubricato "*Attività richieste all'Affidatario*") sono indicate le seguenti voci: "*Analisi dei bisogni e Progettazione*", "*Docenza/Codocenza*", "*Certificazione, Valutazione e Reporting*" e "*Coordinamento operativo*".

Il medesimo documento (paragrafo 2.7 rubricato "*Team docenti e Tutor*"), per quanto riguarda le prestazioni oggetto del contratto legate alle attività di Docenza, assegna all'Appaltatore il compito di "*mettere a disposizione un Team di Docenti composto da un numero adeguato e sufficiente alle necessità produttive di cui al precedente punto 2.2*".

Dalla lettura congiunta dei documenti di gara, dunque, si evince la prevalenza della componente organizzativa e progettuale, in vista del perseguimento dell'obiettivo di assicurare una formazione comune, con conseguente accessorialità dell'attività di Docenza, rispetto alla quale la *lex specialis*, nel rispetto dell'autonomia organizzativa dell'imprenditore, contempla solo un vincolo di scopo rappresentato dal rispetto degli obiettivi fissati nel punto 2.2. del

Capitolato tecnico.

In sostanza, la *lex specialis* non prevedeva un limite all'utilizzo di risorse autonome, piuttosto che di manodopera dipendente, per l'esecuzione dell'appalto.

Tale conclusione non può essere smentita dalle deduzioni della ricorrente, che sul punto ritiene dirimente la circostanza che il costo della manodopera costituisca l'attività prevalente anche sotto il profilo economico, rilevando, di contro, la circostanza che l'organizzazione del servizio offerto sia interamente "nelle mani" dell'appaltatrice (in merito alla necessità di garantire un adeguato bilanciamento tra i principi di buon andamento della pubblica amministrazione e di tutela del lavoro ex artt. 97, 4, 35 e 36 Cost. e la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore ex art. 41 Cost., cfr. la sentenza del TAR Lazio, sez. II, 24 maggio 2022, n. 6688, che disponeva l'annullamento del verbale di congruità dell'offerta in una fattispecie nella quale il RUP aveva giudicato anomala l'offerta della ricorrente, avendo essa contemplato una forza lavoro composta, per quasi il 90%, di lavoratori non subordinati.).

Tali considerazioni valgono anche ad escludere che si sia in presenza, come invece sostenuto dalla ricorrente, di un "subappalto mascherato" e non di un mero contratto d'opera professionale.

La giurisprudenza ha al riguardo chiarito che *"Le prestazioni alla base dei due contratti sono infatti dirette a destinatari diversi: nel caso del subappalto, il subappaltatore esegue direttamente parte delle prestazioni del contratto stipulato con l'amministrazione, sostituendosi all'affidatario; nell'altro caso, le prestazioni sono rese in favore dell'aggiudicatario che le riceve, inserendole nell'organizzazione di impresa necessaria per adempiere alle obbligazioni contrattuali e le riutilizza inglobandole nella prestazione resa all'amministrazione appaltante. Nel subappalto vi è un'alterità anche sul piano organizzativo, tra appaltatore e subappaltatore, poiché la parte di prestazione contrattuale è affidata dall'appaltatore a un terzo che la realizza direttamente attraverso la propria organizzazione; mentre nel contratto di cooperazione la prestazione resa è inserita all'interno dell'organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore. I due contratti sono quindi diversi quantomeno sul piano funzionale. Ne deriva che la disciplina in tema di subappalto non è immediatamente estendibile, se non si dimostri che il contratto di lavoro autonomo costituisca solo uno schermo per il contratto di subappalto"* (così Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2021, n. 4150).

Applicando tali principi alla fattispecie in esame, è evidente che Archè abbia fatto ricorso alla figura del contratto d'opera professionale, come testimoniato dalla dichiarazione, resa nei giustificativi, di avvalersi di un corpo docenti composto anche da professionisti titolari di partita IVA (ovvero lavoratori autonomi) inseriti all'occorrenza nella struttura organizzativa ideata per adempiere alle obbligazioni assunte.

5.3. In sintesi, pertanto, l'articolata censura in esame è infondata in quanto:

- non rileva nella fattispecie il divieto di cui all'art. 119, comma 1, d.lgs. 36/2023;
- le prestazioni di docenza costituiscono attività secondarie, accessorie o sussidiarie

all'appalto;

- l'affidamento di dette prestazioni a lavoratori autonomi non è un'ipotesi di subappalto e rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 119, comma 3, d.lgs. 36/2023.

6. Quanto alla seconda doglianza dell'atto di motivi aggiunti, con il quale si censura il difetto di istruttoria del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta con conseguente difetto di motivazione del giudizio positivo espresso dal RUP, occorre premettere che, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa, la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono (Cons. Stato, Ad. Pl., 29 novembre 2012, n. 36; Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2013, n. 3314; id. 1 ottobre 2010, n. 7262; id. 11 marzo 2010 n. 1414; Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633; Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 710), e che il giudizio reso dalla stazione appaltante, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, è sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o irragionevolezza, erroneità fattuale o difetto di istruttoria che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (Ad. Pl. 36/12 cit.).

La giurisprudenza ha altresì chiarito che in sede giudiziale, quando la stazione appaltante abbia espresso una valutazione di non anomalia dell'offerta e questa sia stata impugnata dall'operatore economico non aggiudicatario, spetta al ricorrente dimostrare la manifesta erroneità o contraddittorietà della valutazione dell'amministrazione, essendo perciò gravato dell'onere della prova relativa (Cons. Stato, sez.V, 4 novembre 2022, n. 9691).

Tanto premesso, nelle tabelle allegate ai giustificativi di gara la Archè ha indicato i costi per la remunerazione dei dipendenti e dei docenti impiegati, mentre la Adecco, nel contestare in questa sede la valutazione di non anomalia espressa sul punto dal RUP, non ha introdotto alcun elemento di prova in grado di dimostrare l'anomalia dell'offerta (né ha anche solo allegato il mancato rispetto dei livelli salariali minimi) e, conseguentemente, la manifesta irragionevolezza o illogicità del giudizio dell'Amministrazione.

Le medesime considerazioni in ordine al mancato assolvimento dell'onere della prova da parte della ricorrente possono svolgersi anche in relazione alle ulteriori voci di costo di cui la stessa contesta la genericità: parte ricorrente, invero, si limita a censurare le scelte dell'Amministrazione senza fornire alcun elemento in grado di palesare la manifesta erroneità del giudizio di non anomalia espresso.

La doglianza è pertanto infondata.

7. L'infondatezza delle censure proposte comporta il rigetto anche della domanda risarcitoria, tra l'altro genericamente formulata dalla ricorrente in calce al ricorso introduttivo.

8. In conclusione, il ricorso introduttivo e l'atto di motivi aggiunti vanno respinti.

9. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A.e di Archè Società Cooperativa, liquidate, per ciascuna delle suddette parti, in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre ad oneri come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente

Valerio Bello, Referendario

Valentino Battiloro, Referendario, Estensore

Guida alla lettura

La sentenza in commento offre diversi spunti, anche pratici, su come riconoscere, distinguere e adottare i **requisiti di partecipazione** rispetto alle **condizioni di esecuzione** nell'ambito della redazione della documentazione finalizzata a stipulare un contratto di appalto.

Conoscere e usare correttamente questi due istituti è fondamentale sia per raggiungere gli scopi precipui che si è prefissata l'Amministrazione sia per evitare che l'intera procedura possa essere messa a rischio per **l'emergere di clausole illegittime**.

Proviamo anzitutto a sintetizzare i fatti di causa. Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. ha indetto, una procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento dei *“Corsi di formazione sui temi della salute e sicurezza sul lavoro e ambiente previsti da normative di legge e procedure aziendali, rivolti a tutti i dipendenti di RFI S.p.A.”*.

Secondo la società ricorrente, poiché queste prestazioni (in forza di un decreto ministeriale) possono essere svolte solo dagli “Ordini e Collegi professionali provinciali” o, d'intesa con gli stessi, da “Autorità scolastiche o universitarie” il concorrente avrebbe dovuto essere qualificato sin da subito (ossia al momento della presentazione dell'offerta) in tal senso, vale a dire possedere sin da subito quel requisito (l'abilitazione a svolgere quelle prestazioni). Ad avviso sempre della ricorrente, la società aggiudicataria non avrebbe neppure coinvolto nel Raggruppamento i soggetti ora indicati e neppure li avrebbe indicati come subappaltatori.

Di fronte a ciò, i Giudici pongono al centro della sentenza il seguente quesito giuridico: ossia

quale sia “[la] *specifica incidenza dei c.d. requisiti di esecuzione delle prestazioni sulla fase pubblicistica di valutazione delle offerte e, in particolare, [del]la possibilità di riconoscere a detti requisiti carattere essenziale, al punto da giustificare l’esclusione della concorrente che non abbia dato prova di poter garantire la realizzabilità dell’offerta tecnica*”(sentenza in commento).

Più nel dettaglio, possiamo dire che la sentenza si pone quale obiettivo quello di analizzare e distinguere:

- a. **quali sono i requisiti di partecipazione;**
- b. **quali sono i requisiti di esecuzione;**
- c. **qual è la loro specifica disciplina.**

Muoviamo anzitutto dal dato normativo. I **requisiti di partecipazione** (vanno esclusi dal discorso quelli di ordine generale di cui agli artt. 94 e ss.) sono descritti all’**art. 100 (“Requisiti di ordine speciale”)**, mentre i **requisiti di esecuzione** sono disciplinati all’art. 113 del Codice (**“Requisiti per l’esecuzione dell’appalto”**).

Se i requisiti di partecipazione di cui all’art. 100 sono tutto sommato ben descritti e declinati, i **requisiti di esecuzione rappresentano un numero aperto**.

L’art. 113 prevede che le stazioni appaltanti **possono richiedere requisiti particolari** per l’esecuzione del contratto, **purché** siano **compatibili** con il diritto europeo e con i **principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione** e siano **precisati nel bando di gara, o nell’invito** in caso di procedure senza bando o **nel capitolato d’oneri**. In sede di offerta gli operatori economici **dichiarano** di accettare i requisiti particolari nell’ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari.

Sono dunque **4 gli elementi fondamentali** che consentono la declinazione di questi requisiti nella documentazione di gara:

1. **la facoltà di prevederli in capo alla Stazione appaltante;**
2. **nella loro formulazione** la Stazione appaltante deve tenere in conto **specifici principi** che mirano, nel loro complesso, a **rispettare il favor participationis e la par condicio tra i concorrenti**, ma anche **raggiungere il risultato dell’acquisizione nel modo migliore** (art. 1 del Codice);
3. è previsto uno **specifico onere dichiarativo**, ossia la PA deve essere chiara nel definirli (elemento questo che, come vedremo, assumerà una importanza decisiva più avanti);
4. i **concorrenti dovranno esplicitamente dichiarare di accettare l’esecuzione della commessa sulla base proprio di questi requisiti**.

Sintetizzati in questi termini i punti identificativi dei requisiti di esecuzione, occorre ora distinguerli concettualmente con quelli di partecipazione.

Secondo i Giudici del TAR Lazio, i **requisiti di partecipazione** devono essere posseduti dal concorrente sin dal momento **della presentazione dell’offerta** (si tratta quindi di un requisito

di natura per così dire “storica”) mentre i **requisiti di esecuzione** sono, di regola, **condizioni per la stipulazione del contratto di appalto**, “*pur potendo essere considerati nella lex specialis come elementi dell’offerta, a volte essenziali, più spesso idonei all’attribuzione di un punteggio premiale (così, ex multis, Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2024, n. 2787 e i numerosi precedenti ivi citati)*” (sent. in commento).

Questo passaggio è **essenziale da comprendere**. I Giudici, infatti, sottolineano come i **requisiti di esecuzione possano essere usati in modo assai versatile rispetto ai requisiti di partecipazione**, tendenzialmente più statici rispetto ai primi (ma vedremo che le differenze sono ben più pregnanti).

Anzitutto, si evidenzia come i requisiti di esecuzione si appalesino come una **condizione futura, come un impegno**, e possono assumere sia le sembianze di veri e propri **requisiti minimi** (ma futuri, come ad esempio, impegnarsi ad avere in sede di esecuzione un centro cottura avente determinate caratteristiche, senza il quale però non è possibile erogare il servizio) oppure come **criteri migliorativi dell’offerta** (per restare sempre al centro cottura: non solo deve essere messo a disposizione in sede di esecuzione, ma lo stesso può avere delle caratteristiche qualitative migliori che il concorrente si impegna a mettere a disposizione in fase di esecuzione a fronte di un determinato punteggio tecnico).

Ma qui viene subito in rilievo l’elemento distintivo e qualificante di questo istituto: ossia la formulazione con cui viene scritto (e si potrebbe dire, prima ancora pensato).

Se infatti, il requisito di esecuzione è qualificato come **elemento essenziale dell’offerta** (ossia viene esplicitamente definito come tale nella legge di gara) o per l’attribuzione di **un punteggio premiale**, la sua mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente, l’esclusione del concorrente (perché viene meno appunto un requisito di ammissibilità dell’offerta) o **la mancata attribuzione del punteggio**.

Se, invece, lo stesso requisito viene richiesto **come condizione per la stipulazione del contratto**, la sua 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 (cfr. Cons. Stato, sez. III, 19 ottobre 2023, n. 9255).

Chi scrive ritiene, sotto questo punto, che se scritto in modo inequivoco, si può pensare anche al caso di un criterio premiale sotto forma di ‘impegno’ da comprovare al momento della stipula. Anche in questo caso, ovviamente, la mancata comprova comporta la decadenza dell’aggiudicazione come descritto sopra e non la decurtazione del punteggio.

In ogni caso, è quindi essenziale il modo in cui si scrive il requisito non essendo a monte una preclusione aprioristica o oggettiva che impone alla Stazione appaltante di qualificare quella specifica attività come sussistenze doverosamente al momento della presentazione dell’offerta.

Sono sempre i Giudici della sentenza qui in commento a ricordarci – usando le parole della

Corte di Giustizia UE (sez. I, 8 luglio 2021, n. 428) – che la **Stazione appaltante** è in linea generale **libera nel determinare** che una specifica **capacità prestazionale** possa **rientrare nell'alveo dei requisiti di partecipazione**, se questa però sia inequivocabilmente riconducibile a ragioni di **effettiva selezione del mercato 'a monte'**.

E tuttavia appare difficile trovare, anche nel dettato del Codice, dei requisiti di partecipazione ulteriori e più stringenti di quello di cui all'art. 100. Ciò perché i requisiti di partecipazione, come detto, effettivamente rappresentano un numero ben definito nel testo codicistico.

Il punto non è tanto, e solo, che i requisiti di partecipazione sono **ormai consolidati** in un ventaglio di fattispecie grande abbastanza da ricomprendere le più svariate esigenze della PA nel selezionare gli operatori, ma che questi vincolano sin da subito gli operatori a dotarsi o possedere requisiti c.d. storici. In altri termini, al netto degli istituti pro-concorrenziali quali il raggruppamento e l'avvalimento, i requisiti di partecipazione sono la prima e più importante barriera di accesso alla gara, a volte difficile da superare.

Insomma, è un tema soprattutto di apertura del mercato. Ed è per questo che la sentenza qui in esame aggiunge: *“In tal senso la giurisprudenza, consapevole che la questione in esame si presta a interpretazioni oscillanti, in quanto non ancorate a parametri oggettivi, 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)”* (sent. cit.).

Ed è proprio a questo punto che emerge con forza il tratto distintivo di questo tema: **come si scrivono le regole**.

Infatti, la sentenza avverte che **saranno i criteri di interpretazione della legge di gara a vagliare il modo con cui la Stazione appaltante ha descritto questi requisiti**.

Il metodo da seguire è quello canonico: prima si segue il criterio letterale e poi quello sistematico, ex artt. 1362 e 1363 c.c., e nel dubbio conviene scegliere il senso che sia più favorevole alla partecipazione del concorrente (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2022, n. 8481; 2 marzo 2022, n.1486; 6 agosto 2021, n. 5781; 8 aprile 2021, n. 2844; 8 gennaio 2021, n. 298; sez III, 24 novembre 2020, n. 7345; 15 febbraio 2021, n. 1322).

Quindi, se non si vuole cadere in una lettura sistematica (e talvolta con esiti involontari rispetto a quelli pensati dalla Stazione appaltante), è bene scrivere chiaramente ciò che si vuole, seguendo il principio del *favor participationis*.

Nel caso in esame, i Giudici pongono l'attenzione già a partire da quanto contenuto nel Bando di Gara ma anche all'uso di espressioni che talvolta si usano come sinonimi ma tali non sono, come *“appaltatore”* in luogo di *“concorrente”*.

Altro elemento che è bene considerare è, ad esempio, la scelta di associare a specifiche

prestazioni che si intendono come requisiti di esecuzione (e quindi che non devono sussistere *già* al momento della presentazione dell'offerta) delle penali in sede contrattuale. In questo modo, si potrà lasciare intendere chiaramente cosa si vuole dai partecipanti e dagli affidatari.

Riprendiamo l'esempio già fatto del centro cottura per la mensa scolastica. Ebbene, possedere sin dalla fase di offerta un centro cottura (quindi quale requisito di partecipazione) è una misura decisamente eccessiva in capo a soggetti (i concorrenti potenziali) che devono premunirsi di strutture (e quindi stipulare accordi o atti talvolta onerosi) che magari non dovranno mai utilizzare perché non aggiudicatari (e quindi appaltatori).

Mentre, richiedere – in sede di esecuzione, ossia qualora si diventi aggiudicatari – di comprovare il possesso di un centro cottura conforme ai requisiti della *lex specialis* (ad esempio, non troppo lontano rispetto alla mensa, oppure dotato di specifica apparecchiatura) rappresenta una misura certamente meno gravosa ma che consente a molti operatori interessati di concorrere alla gara.

Certo, al fine di non rendere detto impegno vano, è opportuno che la documentazione di gara prescriva chiaramente che la mancata comprova del possesso duraturo del centro cottura in sede di stipula comporta – come ribadisce la sentenza – la decadenza dall'aggiudicazione con tutte le conseguenze di legge (come l'escussione della cauzione provvisoria ad esempio).

In conclusione, ciò che mette in risalto questa sentenza è soprattutto il modo con cui si scrivono le regola di gara cercando di **equilibrare due momenti**: da un lato, **aprire alla concorrenza senza imporre requisiti eccessivamente (e inutilmente) onerosi in fase di partecipazione**, dall'altro, **controbilanciare con una serie di prescrizioni chiare il mancato possesso del requisito di esecuzione**. La sentenza è stata impugnata, vedremo se il Consiglio di Stato confermerà questo orientamento che si ritiene allo stato pacifico.