

Publicato il 14/04/2025

N. 03191/2025REG.PROV.COLL.  
N. 05247/2024 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5247 del 2024, proposto da Fenix Consorzio Stabile S.C.A.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9741576AD1, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Regione Campania, non costituita in giudizio;  
Agenzia Campana Mobilità Infrastrutture e Reti – Acamir, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianfranco D'Angelo, con domicilio eletto presso lo studio Ilaria Cocco in Roma, via dei Gandolfi n. 6;

***nei confronti***

Euroappalti S.r.l., Avallone Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Gaetano La Marca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania sezione staccata di Salerno, sez. I, n. 01109/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Euroappalti S.r.l. e di Avallone Costruzioni S.r.l. e di Agenzia Campana Mobilità Infrastrutture e Reti – Acamir;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2024 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Caterina Maffei in sostituzione dell'avv. Antonio Melucci, Gianfranco D'Angelo e Gaetano La Marca;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. L'Agenzia Campana Mobilità Infrastrutture e Reti (d'ora innanzi, Acamir) ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento dell'appalto integrato avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori necessari alla realizzazione dell'intervento denominato "Aumento Resilienza Rete Stradale Secondaria: Fondovalle Calore - II Stralcio - Tratto C - D" (CIG: 9741576AD1) per un importo a base di gara pari ad € 7.181.941,77 (oltre € 175.663,07 per oneri di progettazione esecutiva) da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. Il termine di scadenza per la ricezione delle offerte è stato fissato alle ore 13:00 dell'8 maggio 2023.

1.2. All'esito della gara Fenix Consorzio Stabile S.c.a.r.l. (d'ora innanzi, Fenix) si è collocata al secondo posto in graduatoria con 80,497 punti.

Prima graduata, con 90,464 punti, è risultata l'ATI Euroappalti Srl – Avallone Costruzioni Srl, cui la commessa è stata aggiudicata con determina n. 713 del 27 dicembre 2023.

2. Fenix ha dunque impugnato il provvedimento di aggiudicazione ed i relativi atti presupposti innanzi al Tar per la Campania, sede di Salerno, articolando le

seguenti censure:

- i) Violazione di legge e falsa applicazione (art. 97 della costituzione – art. 83, comma 1, del d.lgs 50/2016 lex specialis) - difetto di istruttoria - eccesso di potere;
- ii) Violazione di legge e falsa applicazione (art. 97 della costituzione – art. 83, comma 1, del d.lgs 50/2016 lex specialis) - difetto di istruttoria - eccesso di potere;
- iii) Violazione di legge art. 89 del codice appalti e degli artt. 1325 e 1418 c.c. – nullità del contratto di avvalimento - eccesso di potere – difetto di istruttoria – carenza assoluta del presupposto;
- iv) Violazione di legge art. 89 del codice appalti e degli artt. 1325 e 1418 c.c. – nullità del contratto di avvalimento - eccesso di potere – difetto di istruttoria – carenza assoluta del presupposto;
- v) Violazione di legge art. 89 del codice appalti e degli artt. 1325 e 1418 c.c. – nullità del contratto di avvalimento - eccesso di potere – difetto di istruttoria – carenza assoluta del presupposto, irrealizzabilità dell'opera sotto il profilo temporale e tecnico – grave incongruenza e contraddittorietà dell'offerta tecnica;
- vi) Violazione di legge (artt. 80, comma 5, lett. c) c-ter) e f-bis) d. lgs. 50/2016 e/o eccesso di potere per illogicità o irragionevolezza manifesta;
- vii) Violazione art. 80 comma iv e vi codice appalti – eccesso di potere e difetto di istruttoria carenza assoluta del presupposto – difetto di motivazione.

3. Si sono costituiti Acamir ed Euroappalti, deducendo l'infondatezza del ricorso ed eccepandone l'inammissibilità in quanto non notificato alla Provincia di Salerno in qualità di committente, soggetto attuatore ed ente tenuto alla sottoscrizione del contratto.

Euroappalti ha altresì eccepito l'irricevibilità del gravame (in quanto notificato a mezzo pec il 12 febbraio 2024, 47 giorni dopo la data di pubblicazione dell'aggiudicazione, avvenuta il 27 dicembre 2023); Acamir ha a sua volta eccepito l'inammissibilità del sesto e del settimo motivo di ricorso in quanto

riferiti a poteri amministrativi non ancora esercitati, risultando ancora in corso le verifiche in ordine al possesso dei requisiti.

4. Il Tar Campania, sede distaccata di Salerno, con sentenza della sez. I, 21 maggio 2024, n. 1109, ha in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibili le censure formulate, dopo avere respinto le eccezioni preliminari di rito afferenti l'irricevibilità/inammissibilità del ricorso *in toto*, condannando la ricorrente alla refusione delle spese di lite, liquidate in euro 2.000,00 in favore di ciascuna delle controparti.

5. Avverso tale sentenza Fenix ha articolato, in quattro motivi, le seguenti censure:

I) *Error in iudicando* – sulla ammissibilità degli ultimi due motivi di ricorso;

II) *Error in iudicando* – sul requisito di idoneità professionale;

III) *Error in iudicando* – sulla inidoneità delle risorse oggetto di avvalimento ad eseguire le opere in OG 3;

IV) *Error In Iudicando* – sulla qualificazione nella categoria OG 10.

6. Si sono costituite Euroappalti e Acamir con articolate memorie, instando per il rigetto dell'appello.

6.1. Inoltre Acamir, con la memoria depositata in data 24 luglio 2024 ha riproposto, ex art. 101 comma 2 c.p.a, le eccezioni preliminari di rito disattese dal primo giudice.

7. In vista dell'udienza pubblica le parti hanno prodotto documenti e memorie ex art. 73 comma 1, insistendo nei propri assunti.

7.1. Acamir in particolare ha prodotto certificazione dalla quale risulta come sia ancora in corso la fase di verifica del possesso dei requisiti.

8. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 12 dicembre 2024.

## DIRITTO

9. Viene in decisione l'appello avverso la sentenza in epigrafe indicata, con cui il primo giudice, dopo aver ritenuto prive di fondamento le eccezioni preliminari di rito, ha respinto tutti i motivi del ricorso proposto da Fenix

avverso il provvedimento di aggiudicazione della procedura negoziata indetta da Acamir per l'affidamento dell'appalto integrato, avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori necessari alla realizzazione dell'intervento denominato "*Aumento Resilienza Rete Stradale Secondaria: Fondovalle Calore - Il Stralcio - Tratto C - D*" (CIG: 9741576AD1) per un importo a base di gara pari ad € 7.181.941,77 (oltre € 175.663,07 per oneri di progettazione esecutiva) da aggiudicarsi con il criterio dell'*offerta economicamente più vantaggiosa*" in favore della controinteressata ATI Euroappalti Srl – Avallone Costruzioni Srl (d'ora in poi per brevità Euroappalti).

10. La riproposizione delle eccezioni di rito formulate *in prime cure* ad opera di Acamir con la memoria deposita in data 24 luglio 2024 risulta inammissibile, posto che la parte si è limitata a riscrivere, con una semplice operazione di taglia e incolla, tutto quanto riportato – anche nel merito - negli scritti di *prime cure*, senza evidenziare, come suo onere, su quali eccezioni il primo giudice non si sarebbe pronunciato o avrebbe assorbito, ex art. 101 comma 2 c.p.a..

10.1. Ciò peraltro senza mancare di evidenziare che la disamina delle eccezioni di rito, riferite al giudizio di primo grado, non si rileva necessaria, avuto riguardo all'infondatezza del gravame, dovendo decidersi la causa sulla base della ragione più liquida, in ossequio al superiore principio di economia dei mezzi processuali (Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5).

11. Con il primo motivo di appello Fenix lamenta che la sentenza sarebbe erronea nella parte in cui ha ritenuto inammissibile gli ultimi due motivi di ricorso "*nella parte in cui appaiono finalizzati a sollecitare un vaglio giurisdizionale in ordine a poteri amministrativi non ancora esercitati (i.e. verifica della sussistenza dei requisiti in capo ad Euroappalti e Hypro) in violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a., tenuto conto che, come comprovato da Acamir, risultano ancora in corso le verifiche in ordine al possesso dei requisiti (cfr. attestazioni del 4 marzo e del 3 aprile 2024, in atti).*"

Ciò in quanto in gara l'appellata aveva dichiarato:

- Per la Euroappalti Srl di essere destinataria di una recente annotazione Anac;
- Per la Hypro di essersi reso responsabile di numerose violazioni fiscali, asseritamente non definitivamente accertate.

Ciononostante, la S.A. aveva ammesso in via diretta e senza alcuna motivazione l'O.E.

Il motivo di ricorso, pertanto, non era volto a censurare un potere amministrativo non ancora esercitato (comprova dei requisiti), bensì quello preliminare e distinto della valutazione del concorrente in sede di ammissione.

In tesi di parte appellante l'art. 32, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 rimanda la verifica del possesso dei requisiti alla fase successiva all'aggiudicazione, quale condizione integrativa dell'efficacia di quest'ultima, con la conseguenza che quanto dichiarato dagli operatori economici concorrenti nella domanda di partecipazione alla gara e nel documento di gara unico europeo costituisce già prova documentale sufficiente del possesso dei requisiti dichiarati, dovendo essere basata su tali dichiarazioni la relativa valutazione, ai fini dell'ammissione e della partecipazione alla gara, che spetta alla commissione di gara.

Da ciò l'erroneità della sentenza che aveva confuso due ben distinte fasi procedurali del tutto autonome ed espletate da diversi soggetti:

- l'ammissione, che ha lo scopo di valutare il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale richiesti dal codice e dalla lex specialis, di competenza della commissione di gara;
- la comprova, che ha invece quello di verificare la veridicità delle dichiarazioni rese in gara, di competenza della S.A.

12. Il motivo va disatteso, sia pure sulla base di una motivazione diversa da quella resa dal primo giudice.

12.1. Giova al riguardo richiamare la giurisprudenza in materia secondo la quale nel giudizio amministrativo l'art. 101 c.p.a. (d.lgs. n. 104 del 2010) - che fa riferimento a specifiche censure contro i capi della sentenza gravata - deve essere coordinato con il principio di effetto devolutivo dell'appello, in base al

quale è rimessa al giudice di secondo grado la completa cognizione del rapporto controverso, con integrazione e correzione - ove necessario - della motivazione della sentenza appellata e senza che rilevino, pertanto, le eventuali carenze motivazionali di quest'ultima (ex multis Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2021, n. 3308; 17 gennaio 2020, n. 430; 13 febbraio 2017, n. 609).

Pertanto, a fronte di una motivazione effettivamente individuabile come tale nell'ambito della sentenza, l'eventuale vizio motivazionale non dà luogo a invalidità, né perciò a rinvio ex art. 105, c.p.a. ed è superato di per sé dall'effetto devolutivo dell'appello, che comporta l'esame delle questioni controverse da parte del giudice dell'impugnazione nella misura in cui devolute dalle parti in ragione delle critiche (anche motivazionali) rivolte alla sentenza, nonché di quelle rilevabili d'ufficio dallo stesso giudice di appello (Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2024, n. 7570).

12.2. Va al riguardo precisato, quanto all'annotazione dell'illecito professionale in cui sarebbe incorsa Euroappalti, che la valutazione di una notizia utile da parte di una stazione appaltante non deve essere necessariamente esplicitata nel provvedimento ammissivo del concorrente e corredata da un altrettanto esplicito supporto motivazionale atteso che, secondo la giurisprudenza in materia, *“la stazione appaltante, che non ritenga la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente incisiva della sua moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa (...); in sintesi, la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione (Cons. Stato, V, 5 maggio 2020, n. 2850; VI, 18 luglio 2016, n. 3198; C.G.A.R.S., 23 gennaio 2015, n. 53; Cons. Stato, VI, 21 maggio 2014, n. 2622; III, 24 dicembre 2013, n. 6236; V, 30 giugno 2011, n. 3924; III, 11 marzo 2011, n.1583; VI, 24 giugno 2010, n. 4019)”* (Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio

2021, n. 1500; più di recente Consiglio di Stato, sez. V, 9 maggio 2023 n. 4642).

Nell'ipotesi di specie Euroappalti aveva compiutamente rappresentato nella sua dichiarazione integrativa al DGUE l'intervenuta annotazione della notizia da parte dell'Anac e i fatti che l'avevano determinata, consentendo in tal modo ad Acamir di tenerne conto e di apprezzarne la rilevanza nell'ambito della propria autonoma valutazione in ordine alla sussistenza delle condizioni di ammissione alla gara, per cui la valutazione della non gravità dell'illecito indicato è da ritenersi implicita, secondo l'indirizzo giurisprudenziale innanzi citato.

12.2.1. Ed invero tale regola è destinata a subire eccezione solamente nel caso in cui la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente presenti una pregnanza tale che la stazione appaltante non possa esimersi da rendere esplicite le ragioni per le quali abbia comunque apprezzato l'impresa come affidabile.

E' deroga al principio generale precedentemente enunciato che si impone per una ragione evidente: in mancanza di motivazione sulle ragioni dell'ammissione pur in presenza di pregressa vicenda professionale che, *ictu oculi*, appaia di particolare rilevanza, il sindacato del giudice amministrativo, legittimamente azionato dal ricorso di altro concorrente, correrebbe il rischio di trasformarsi in una non consentita sostituzione dell'autorità giudiziaria alla stazione appaltante; in maniera più chiara: il giudice, tanto se condivide la decisione della stazione appaltante, quanto se l'avversi, finirebbe per esporre lui stesso e per la prima volta in sentenza, le ragioni rispettivamente dell'ammissione o dell'esclusione dell'impresa dalla procedura (Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1500 cit).

12.2.2. Peraltro nell'ipotesi di specie non ricorrevano i presupposti per il ricorso alla deroga, quale innanzi accennata, in quanto l'annotazione iscritta nel casellario Anac di cui si discorre risultava sospesa con ordinanza cautelare di questa sezione, n. 1885 del 12 maggio 2023, sulla base del rilievo che

*“l’Autorità, nell’effettuare l’iscrizione dell’impresa nel casellario informatico ai sensi dell’art. 213, comma 10, del d.lgs. 50/2016, ha il compito di vagliare, all’esito di una istruttoria adeguata, l’eventuale inconsistenza dei fatti o la loro inconferenza ai fini dell’annotazione, senza automatismi compilativi, e che i motivi di ricorso, lamentando il difetto di istruttoria, contestano proprio l’esistenza dei fatti alla base dell’iscrizione, con argomentazioni volte a confutare sotto plurimi articolati profili l’inaffidabilità dell’impresa nella vicenda segnalata dalla stazione appaltante e, pertanto, lo stesso presupposto dell’utilità per il mercato della notizia oggetto di annotazione”* che deponeva per l’insussistenza dei presupposti per l’iscrizione.

12.2.3. L’insussistenza di detti presupposti è stata poi confermata con la sentenza di questa sezione, 26 giugno 2024 n. 5643, non essendo stato dimostrato da parte di Anac che Euroappalti avesse rinunciato all’appalto aggiudicatogli dal Comune di Pimonte prima della determina di aggiudicazione, per cui non sussisteva l’obbligo legale di stipulare il contratto, non essendo ancora intervenuta l’aggiudicazione al momento della rinuncia formalizzata dall’operatore economico.

12.3. Circa, poi, l’ulteriore questione concernente la posizione nei confronti del fisco del progettista incaricato, Hypro s.r.l., la documentazione esibita in giudizio dimostra che tale operatore economico nella sezione del DGUE, dedicata alle dichiarazioni in ordine all’eventuale sussistenza di motivi di esclusione legati al pagamento di imposte e di contributi previdenziali, aveva attestato che a proprio carico risultavano talune pendenze nei confronti dell’erario, rispetto alle quali aveva tuttavia richiesto e ottenuto, in data anteriore alla partecipazione alla selezione controversa, provvedimenti autorizzativi di rateizzazione, assumendo il correlato impegno di pagamento dilazionato. Nell’anzidetta dichiarazione la società aveva altresì puntualmente elencato i singoli provvedimenti di ammissione al rateizzo adottati dall’ente impositore.

Ciò comporta l'applicazione dell'art. 80 comma 4 del d.lgs. n. 50/2016, ultima alinea, che esclude l'applicabilità della causa di estromissione per irregolarità fiscale o contributiva, laddove, come nella fattispecie, *“l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi (...) impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, (...) purché (...) l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande”*.

12.4. Ciò senza tralasciare di considerare che l'anzidetto profilo investiva Hypro in qualità di progettista esterno.

12.4.1. Come sottolineato dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 9 luglio 2020, n. 13, *“La posizione giuridica del progettista indicato dall'impresa, che ha formulato l'offerta con la conseguente aggiudicazione e che si ricava dalla 'legge' di gara, è, come già anticipato, quella di un prestatore d'opera professionale che non entra a far parte della struttura societaria che si avvale della sua opera, e men che meno rientra nella struttura societaria quando questa formula l'offerta. Rimangono due soggetti separati e distinti, che svolgono funzioni differenti con conseguente diversa distribuzione delle responsabilità. Tale situazione non muta neppure nel caso di appalto c.d. integrato, caratterizzato dal fatto che l'oggetto negoziale è unico, nel senso che non vi è una doppia gara, una per la progettazione e un'altra per l'esecuzione dei lavori, poiché il contratto viene sottoscritto unicamente da chi si è aggiudicato la gara; e in ogni caso la legge non configura un meccanismo diverso da quello previsto in generale”*.

12.4.2. Sulla base di tale principio la giurisprudenza ha poi ritenuto legittima e possibile *“la sostituzione del progettista stesso nell'ipotesi di carenza dei requisiti in capo a quest'ultimo”* (in questo senso, tra le altre, Cgars 31 marzo 2021, n. 276, che ha evidenziato come escludere in via automatica il concorrente per una carenza riscontrata in capo ad un soggetto allo stesso estraneo costituisce un esito contrario ai principi comunitari di cui all'art. 57,

comma 3, della Direttiva UE 2014/24, ed in particolare a quello di proporzionalità, con rinvio in proposito, sia pure in tema di subappalto, a Corte di giustizia dell'Unione Europea 30 gennaio 2020, in causa C-395/2019).

13. Con il secondo motivo di appello Fenix critica il *decisum* di *prime cure* nella parte in cui aveva respinto il primo motivo di ricorso, diretto a rilevare la carenza, in capo all'aggiudicataria, del requisito dell'iscrizione nella CCIA prescritto dalla *lex specialis* di gara, con riferimento alle opere di impiantistica per la trasformazione alta/media tensione (categoria OG 10).

In tesi di parte appellante questo sarebbe in sintesi il ragionamento seguito dal Tar:

l'aggiudicataria era in possesso del requisito di ordine professionale per la lavorazione prevalente;

la stessa nel contempo era sprovvista del requisito per la categoria OG10;

al cospetto della sussistenza del requisito di ordine professionale per la categoria prevalente risultava irrilevante il possesso del requisito di ordine professionale per la categoria scorporabile.

A dire di parte appellante il ragionamento sarebbe viziato in quanto contrastante con il dato letterale della *lex specialis*, non oggetto di impugnativa, che prescriveva che “*Gli Operatori, ai sensi dell’art. 83, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, devono essere iscritti nel pertinente registro della Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura, fornendo l’indicazione del numero e della località di iscrizione per le attività corrispondenti a quella di contratto.*”

La *lex specialis* di gara aveva richiesto, quindi, il possesso di idoneità professionale con riferimento a tutte le attività corrispondenti a quella oggetto delle prestazioni da affidare che, come emerge dalla mera lettura del disciplinare, sono lavorazioni tra di loro del tutto eterogenee ed afferenti a settori del tutto diversi tra loro:

- strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, metropolitane (OG3);

- barriere Stradali di sicurezza (OS12A);
- impianti per la trasformazione alta/media tensione (OG10).

Il requisito controverso peraltro aveva natura qualitativa e non, come erroneamente sostenuto dal Tar, quantitativa, tale per cui il soddisfacimento del requisito di ordine professionale nella categoria prevalente potesse assorbire anche quello della scorporabile.

In tesi di parte appellante la *ratio* del requisito sarebbe quella di assicurare che l'appalto venga eseguito da operatori economici in possesso di determinati minimi standard professionali.

La sentenza sarebbe erronea, dunque, nella parte in cui confondeva il requisito di ordine professionale (risultante dall'iscrizione della Camera di commercio e l'attività effettivamente espletata) con il requisito di ordine speciale tecnico professionale (da comprovare mediante l'attestazione SOA per quanto riguarda i lavori).

Da ciò anche la contraddittorietà intrinseca della sentenza: proprio perché il disciplinare aveva previsto, da una parte il requisito di ordine professionale per tutte le attività da affidare e tra queste vi erano anche quelle afferenti la categoria OG 10, sarebbe stato necessario comprovare anche il requisito di ordine professionale per la realizzazione degli impianti per la trasformazione alta/media tensione.

Né, secondo parte appellante, vi sarebbe l'ipotetico assorbimento delle lavorazioni rientranti nella categoria OG10 in quelle rientranti nella categoria OG3, trattandosi di lavorazioni del tutto eterogenee tra loro.

14. Il motivo va disatteso.

14.1. Ed invero il disciplinare di gara:

- al § 4.1., rubricato "*categorie lavori*" ha previsto che l'opera si componeva delle seguenti lavorazioni: a) OG3 (Strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, metropolitane), classifica VI (importo di € 6.620.891,78, pari al 92,19% dell'affidamento complessivo): categoria prevalente, a qualificazione obbligatoria, subappaltabile entro i limiti vigenti;

b) OS12-A (Barriere stradali di sicurezza), classifica II (importo pari a € 356.401,64, con un'incidenza del 4,96% sul totale dei lavori): scorporabile, a qualificazione non obbligatoria, subappaltabile al 100%;

c) OG10 (Impianti per la trasformazione alta/media tensione e per la distribuzione di energia elettrica in corrente alternata e continua), classifica I (importo di € 204.648,35, pari al 2,85% dell'affidamento complessivo), scorporabile, a qualificazione non obbligatoria, subappaltabile al 100%;

- al § 6.3, sotto la voce *“requisiti di idoneità professionale”*, ha previsto che *“gli Operatori, ai sensi dell’art. 83, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, devono essere iscritti nel pertinente registro della Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura, fornendo l’indicazione del numero e della località di iscrizione per le attività corrispondente a quella di contratto”*;

- al § 6.4.1, nell’ambito dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa, ha richiesto in capo all’esecutore dei lavori il possesso di attestazione SOA per le categorie OG3, OS12-A e OG10 (con le classifiche ivi indicate).

14.2. Ciò posto risultano al riguardo condivisibili le conclusioni cui è pervenuto il primo giudice, sia pure integrando in parte la motivazione della sentenza appellata, alla stregua della costante giurisprudenza in materia secondo la quale il requisito d’idoneità professionale dell’iscrizione nel registro delle imprese tenuto presso la Camera di Commercio per attività inerente l’oggetto dell’appalto non deve essere confuso con la classificazione ATECO *“che in realtà assolve ad una mera classificazione ai fini statistici, fiscali e contributivi delle attività economiche che l’imprenditore dichiara di svolgere, senza alcun valore costitutivo né ricognitivo del titolo abilitativo allo svolgimento dell’attività, né dell’attività concretamente espletata”*, ma comporta piuttosto che *“l’attività riportata nella certificazione camerale quale oggetto sociale della società deve essere tendenzialmente congrua con l’oggetto dell’appalto, poiché solo in questo modo, l’iscrizione camerale*

*garantisce l'accesso alla procedura di gara a concorrenti forniti di professionalità congruente con l'oggetto dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2022, n. 6131; V, 1° giugno 2022, n. 4474; V, 4 maggio 2022, n. 3495; III, 13 aprile 2022, n. 2818, V, 18 gennaio 2021, n. 508)» (così, di recente, Consiglio di Stato, Sez. VII, sentenza n. 8101 del 31.8.2023).*

14.3. Come chiarito dalla giurisprudenza di questo Consiglio, nell'impostazione del codice dei contratti pubblici del 2016, l'iscrizione camerale è assunta a requisito di idoneità professionale (art. 83, comma 1, lett. *a*), e 3), anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara di cui alle successive lettere *b*) e *c*) del medesimo comma 1, e la sua funzione sostanziale è stata individuata in quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico (in tal senso Cons. di Stato, sez. III, 8 novembre 2017, n. 5170; Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5257, punto 8.3. del diritto).

14.4. La prescritta corrispondenza, da intendersi peraltro come coerenza tra attività indicate nell'iscrizione alla Camera di Commercio e l'oggetto dell'appalto, dev'essere pertanto valutata complessivamente e non può essere richiesta la perfetta coincidenza tra le prime e il secondo.

Come è stato affermato, la verifica del possesso del requisito di idoneità professionale di cui trattasi impone esclusivamente una valutazione di compatibilità in senso lato.

La indicata corrispondenza «[non può] *intendersi nel senso di una perfetta e assoluta sovrapposibilità tra tutte le singole componenti dei due termini di riferimento (il che porterebbe ad ammettere in gara i soli operatori aventi un oggetto pienamente speculare, se non identico, rispetto a tutti i contenuti del servizio da affidarsi, con conseguente ingiustificata restrizione della platea dei partecipanti)*» ma va accertata «*secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, in virtù di una*

*considerazione non già atomistica, parcellizzata e frazionata, ma globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto. L'interesse pubblico tutelato da tale disciplina normativa non è, infatti, la creazione e il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, ma piuttosto quello di assicurare l'accesso al mercato (nel contemperamento con i principi della massima partecipazione e concorrenzialità) anche ai concorrenti per i quali è possibile pervenire ad un giudizio di globale affidabilità professionale (cfr. Cons. di Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170; III, 10 novembre 2017, n. 5182; V, 7 febbraio 2018, n. 796)» (così Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2023, n. 529; 15 novembre 2019, n. 7846).*

14.5. L'idoneità professionale prescritta dall'art. 83, comma 1, lett. a) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è infatti volta alla dimostrazione che l'impresa è validamente costituita ed esercita nel settore di attività economica o nel segmento di mercato o professionale in cui rientrano le prestazioni oggetto del contratto da affidare.

L'iscrizione camerale funge dunque da filtro di ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico. Inoltre, la prescritta coerenza tra le attività indicate nell'iscrizione al Registro delle Imprese o all'Albo delle imprese artigiane e l'oggetto dell'appalto deve essere valutata complessivamente ed in modo sostanziale, anche alla luce delle indicazioni, utilizzabili in via ermeneutica anche per l'interpretazione del cennato disposto, applicabile *ratione temporis*, contenute nella Relazione illustrativa al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (nuovo Codice dei contratti pubblici) (così Consiglio di Stato, sez. V, 5 novembre 2024, n. 8847), e non può essere richiesta la perfetta coincidenza tra le prime e il secondo. Per il principio del *favor participationis*, l'interprete deve infatti escludere dal novero dei partecipanti soltanto coloro per i quali non sia possibile addivenire ad un giudizio di globale affidabilità professionale. In tale prospettiva, la "coerenza" (ma altresì la corrispondenza da non intendersi

come coincidenza) va ricercata non secondo una valutazione atomistica e parcellizzata delle prestazioni, ma verificando l'idoneità professionale globalmente e complessivamente con riferimento alle prestazioni dedotte in contratto (Consiglio di Stato, sez. V, 5 novembre 2024, n. 8847 cit.; 7 maggio 2024, n. 4124; sez. III, 2 maggio 2024, n. 3962; sez. V, 16 gennaio 2023, n. 529; 25 luglio 2019, n. 5257; sez. III, 8 novembre 2017, n. 5170).

14.6. Rispetto alla fattispecie di cui è causa l'esecuzione dei lavori stradali previsti dal contratto di appalto si sostanzia nel completamento di una strada e, dunque, nella esecuzione dei necessari lavori stradali, rispetto ai quali la realizzazione di talune opere di illuminazione in limitati punti del tracciato riveste carattere meramente accessorio.

14.7. Dalla visura ordinaria estratta dal registro Imprese in data 8.1.2024, n. T 543762167, emerge che l'oggetto sociale della società Euroappalti s.r.l. (§ 2) annotato presso la C.C.I.A.A. di Salerno, comprende tra l'altro le attività inerenti ad imprese di costruzioni nel settore edilizio; l'esecuzione di lavori in proprio o in appalto, pubblico o privato, di costruzione, riparazione e rifacimento di fabbricati civili, industriali e a uso diverso; lavori di restauro; lavori stradali; impianti tecnologici; manutenzione e installazione di impianti elettrici, di segnaletica e di sicurezza stradale. Il medesimo certificato attesta che la società svolge attività di manutenzione e installazione di impianti di segnaletica e sicurezza stradale, lavori edili, lavori stradali e, tra le categorie di opere generali e specializzate, include la costruzione di strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie e metropolitane e la costruzione di barriere stradali di sicurezza (doc. 30).

14.8. L'asserita incapacità e impreparazione della suindicata società è, peraltro, smentita dall'elenco dei lavori, corredato dalla relativa documentazione, prodotta *in prime cure* da Euroappalti, in cui si evince che la mandataria aveva eseguito plurimi appalti pubblici analoghi a quello oggetto della presente controversia, implicanti le medesime classi e categorie di lavori.

14.9. Come evidenziato da questa sezione con la citata sentenza 16 gennaio 2023, n. 529, *“La necessità di interpretare la portata della richiesta iscrizione al registro della CCIA come riferita al settore o all’attività intesa in senso ampio (ma coerente con l’oggetto dell’appalto da affidare), senza dover operare una puntuale verifica tra prestazioni e elencazione risultante dalla certificazione camerale, discende, quindi, anzitutto, dalla funzione assegnata all’iscrizione al registro della CCIA (ossia la prova dell’esistenza e della concreta operatività del soggetto imprenditoriale e delle attività prevalenti svolte). In secondo luogo, dalla necessità di coordinare sistematicamente le funzioni assegnate ai requisiti speciali di capacità economica, tecnica e professionale mediante i quali la stazione appaltante verifica la idoneità specifica a eseguire le prestazioni richieste. La dimostrazione dell’astratta idoneità professionale dell’impresa, è quindi integrata e completata dalla richiesta degli altri requisiti speciali con i quali l’amministrazione aggiudicatrice accerta e verifica l’affidabilità e la capacità dell’impresa di eseguire le future prestazioni. Ammettere che il requisito di idoneità professionale possa tradursi nella pretesa che l’attività prevalente per la quale l’impresa è iscritta nel registro della CCIA sia pienamente corrispondente ai contenuti del contratto da affidare significherebbe non solo restringere l’accesso al mercato degli appalti pubblici (che finirebbe per essere limitato alle sole imprese che in maniera prevalente esercitano l’attività oggetto dell’appalto, senza consentire la partecipazione a chi svolga un’attività contigua e attinente a questa, anche se non in misura prevalente o esclusiva, e dimostri la sua specifica idoneità tecnica e professionale attraverso gli ulteriori criteri di selezione individuati nel bando dalla stazione appaltante); ma anche limitare il ruolo degli altri criteri di selezione previsti dalla legge di gara o sovrapporsi a questi. In altri termini, richiedere la perfetta coincidenza tra oggetto dell’appalto e attività prevalente risultante dall’iscrizione nel registro della CCIA potrebbe infatti rendere del tutto*

*ultronea, e quindi sproporzionata, la richiesta di dimostrare il possesso di ulteriori requisiti di natura tecnica e professionale.”.*

15. Peraltro la censura è destituita di fondamento anche in considerazione del rilievo che per le opere OG 10 il RTI aveva dichiarato nel DGUE di fare ricorso al subappalto che, in quanto riferito alle opere scorporabili - sia pure secondo la lettera del disciplinare a qualificazione non obbligatoria - potevano essere oggetto di subappalto nella misura del 100%; pertanto si deve ritenere che nell'ipotesi di ricorso al subappalto, stante l'assenza del requisito di partecipazione in capo all'aggiudicataria, lo stesso si attagli come subappalto necessario, investendo opere per le quali era richiesta la qualificazione per la categoria OG 10, con la conseguenza che il requisito di idoneità professionale per le opere *de quibus* deve essere posseduto dal subappaltatore.

15.1. Un recente e condivisibile intervento dell'Anac del 15 febbraio 2023 (Delibera n. 59), ha infatti ritenuto ammissibile il ricorso al subappalto qualificante per soddisfare il possesso del requisito di idoneità professionale richiesto per la prestazione secondaria.

Nella fattispecie esaminata dall'Autorità, ricalcando quanto già previsto con determinazione n. 2/2012 in vigore del d.lgs. 163 del 2006, in merito alla possibilità di avvalersi dei requisiti di idoneità professionale altrui, l'Autorità, ha ritenuto che *“i requisiti di idoneità professionale, inerendo alla disciplina pubblicistica delle attività economiche ed essendo connotati da un elevato tasso di “soggettività”, configurano uno “status” e, pertanto, non possono essere oggetto di avvalimento. Anche giurisprudenza recente (Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 7482/2022; n. 7037/2020; n. 1667/2020) ha ritenuto di condividere l'orientamento formatosi nel vigore del previgente d.lgs. n. 163/2006, secondo cui “non possono costituire oggetto di avvalimento i requisiti di idoneità morale e professionale, prescritti dagli articoli 38 e 39 del medesimo Codice, avendo l'istituto in questione la finalità di favorire la più ampia possibile partecipazione alle gare, al tempo stesso assicurando il corretto livello di qualità prescritto dal bando, ma non anche l'aggiramento*

*di presupposti indefettibili per detta partecipazione ”(cfr. in tal senso Consiglio di Stato, V, 5 novembre 2012, n. 5595; IV, 24 novembre 2014, n. 5805; T.A.R. Campania, 25 luglio 2017, n. 3944).*

*Secondo l’Anac “La norma, tutt’ora vigente, volta ad assicurare alla stazione appaltante che l’esecuzione di tali opere sia affidata ad un operatore economico qualificato, consente dunque il subappalto cosiddetto “necessario” – in quanto indispensabile ai fini dell’integrazione del possesso dei requisiti di partecipazione da parte del concorrente – che, sebbene non sia previsto dal d.lgs. n. 50/2016, è ritenuto dalla giurisprudenza pacificamente ammissibile e attuabile anche nella vigenza dell’attuale Codice, in quanto non impedito dalle norme che regolano il possesso dei requisiti da parte degli esecutori dei lavori pubblici, estendendo la sua applicazione anche agli appalti di servizi (Consiglio di Stato, V, n. 3504/2020, “Va premesso che non è in contestazione, nel presente giudizio, l’ammissibilità, dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, dell’istituto dell’appalto c.d. necessario o qualificatorio, la cui disciplina, nel vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, è stata ricostruita dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato con la sentenza 2 novembre 2015, n. 9.”*

*La validità del ricorso all’istituto del subappalto c.d. necessario o qualificatorio anche nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016, ed anche nel settore dei servizi, è stata peraltro affermata in diverse pronunce del giudice amministrativo...») e, si applica anche se non è stato espressamente previsto dalla lex specialis”.*

*La conclusione cui perviene l’Autorità, è che “il possesso del requisito di idoneità professionale, relativo alla prestazione secondaria, da parte dal subappaltatore è idoneo ad integrare in capo all’offerente il possesso dei requisiti di idoneità professionali necessari per la partecipazione alla gara.”.*

16. Con il terzo motivo di appello viene criticata la statuizione di *prime cure* nella parte in cui sono stati disattesi i motivi di ricorso esaminati congiuntamente, con cui si deduceva che il contratto di avvalimento

sottoscritto da Euroappalti con la Pantoliano Giuseppe e C. s.a.s., avente ad oggetto l'attestazione SOA OG3 Class. V e OG10 Class. II, fosse nullo e comunque del tutto inidoneo a garantire il possesso dei requisiti speciali in capo alla concorrente, sia sotto il profilo delle risorse umane, che con riguardo ai mezzi prestati.

16.1. La ricorrente in particolare aveva lamentato *in prime cure*, per quanto concerne le risorse umane, che l'esiguo numero di operai messi a disposizione (n. 1 operaio qualificato; n. 1 operaio specializzato) fosse del tutto incongruo rispetto alle qualificazioni acquisite dalla concorrente per effetto del contratto di avvalimento (77,35 % della OG3 al per un importo pari ad € 5.120.891,78; 100% della OG10 per un importo pari ad € 204.648,35), atteso che le citate risorse:

- ove destinate all'esecuzione dei lavori in OG3, non potrebbero in alcun modo assicurare il completamento dei lavori, per i quali l'aggiudicataria aveva stimato la necessità di n. 10 squadre, composte da complessivamente n. 50 operai. Considerati il tempo di esecuzione indicato (640 gg. naturali e consecutivi, pari ad un monte orario di 3656 ore) ed il costo della manodopera dichiarato (pari ad euro 2.119.480,00) verrebbe a crearsi il paradosso per cui la controinteressata, per realizzare le opere in OG3 (pari al 92,19% dei lavori complessivi) dovrebbe sostenere costi della manodopera, riferiti ai due operai in avvalimento, ammontanti solo ad euro 221.224,56 (importo risultante dalla moltiplicazione del costo orario degli operai oggetto di prestito per il monte ore di 3656); anche tenendo conto della qualificazione posseduta dalla controinteressata in OG3 class IV bis (che l'abilita ad eseguire lavori sino ad euro 4.200.000,00), rimarrebbero comunque "scoperti" lavori in OG3 per euro 920.891,00 e si avrebbe che "*n. 48 operai eseguono lavori per Euro 5.700.000,00 con un costo della manodopera medio pro capite di Euro 118.750,00; e n. 2 operai eseguono lavori per Euro 920.891,00 con un costo medio della manodopera pro capite di Euro 460.445,50*" (ricorso, pag. 11);

- tali risorse sarebbero del tutto insufficienti anche laddove destinate unicamente alle lavorazioni in OG 10, considerato che l'aggiudicataria aveva ritenuto a tal fine necessarie n. 8 risorse umane (due squadre tipo composte da operaio qualificato – capo squadra; operaio qualificato; operatore macchina; autista autocarro); in tale ipotesi, inoltre, la controinteressata rimarrebbe del tutto sprovvista di risorse umane per eseguire le opere in OG3.

Per quanto riguarda invece le risorse materiali, dall'esame dei mezzi indicati nell'offerta tecnica emergeva che la quasi totalità delle risorse acquisite in avvalimento sarebbero state destinate all'esecuzione dei lavori in OG10 e, di conseguenza, tutte le lavorazioni in OG3 sarebbero state effettuate con risorse non messe a disposizione dall'ausiliaria, ma da soggetti terzi, non qualificatisi dinanzi alla stazione appaltante.

La ricorrente deduceva inoltre che l'ausiliaria aveva prestato al concorrente le Certificazioni ISO 9001 senza, tuttavia, indicare alcuna risorsa materiale e/o immateriale corrispondente al sistema di qualità.

17. Il primo giudice, posto che il contratto di avvalimento era sufficientemente specifico quanto al personale e ai mezzi messi a disposizione dall'ausiliario, ha ritenuto che la valutazione della congruenza degli stessi effettuata dalla stazione appaltante, in quanto non irragionevole, non fosse suscettibile di sindacato giurisdizionale.

Ha peraltro al riguardo osservato che, per quanto riguarda le lavorazioni rientranti nella categoria OG3,

- diversamente da quanto preteso dalla ricorrente, la quota di esecuzione concretamente assunta da Euroappalti era pari a € 4.301.858,23 (e non € 5.120.891,78) atteso che, stante il ribasso offerto rispetto all'importo posto a base di gara, l'ATI aggiudicataria aveva previsto per le lavorazioni in OG3 un costo pari a 5.561.549,10 e che la mandataria Euroappalti, nell'atto di impegno alla costituzione del R.T.I. si era obbligata ad eseguire il 77,35% delle opere della categoria;

- Euroappalti, in quanto qualificata per la categoria, sia pure in classifica inferiore (IV bis e non VI), era abilitata a svolgere lavori in OG3 per € 4.200.000, e risulta dunque in possesso di risorse (mezzi e personale) per l'esecuzione dell'attività oggetto dell'appalto, pur se non nella misura richiesta dalla quota di esecuzione assunta;

- il divario, dunque fra quota di esecuzione assunta e qualificazione posseduta in proprio ammontava ad € 101.858,23 (valore nettamente inferiore a quello indicato dalla ricorrente).

Pertanto risultando Euroappalti qualificata per la categoria, le risorse messe a disposizione dell'ausiliaria assumevano il precipuo scopo di integrare l'organizzazione aziendale già in possesso dell'aggiudicataria, e non quella di fornire *ex novo* l'intero apparato di mezzi e personale per l'esecuzione dell'appalto.

17.1. Il primo giudice ha inoltre ritenuto non convincenti i calcoli effettuati da parte ricorrente in ordine alla manodopera, considerato che - in disparte gli errati dati di partenza per quanto attiene sia ai tempi necessari per l'esecuzione dei lavori (n. 640 in luogo di n. 294) sia all'importo dei lavori offerti, come risultante dal ribasso praticato - i citati conteggi erano fondati sull'assunto per il quale i lavori in OG3 avrebbero dovuto essere svolti (per la totalità, ovvero per la quota superiore alla qualifica posseduta da Euroappalti) unicamente con il personale messo a disposizione mediante avvalimento, senza considerare che non venendo in rilievo un obbligo di esecuzione diretta da parte dell'ausiliaria (limitato all'ipotesi in cui quest'ultima metta a disposizione titoli professionali o titoli di studio, non trasferibili al concorrente in quanto strettamente personali) le risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria potevano essere integrate con quelle del concorrente ausiliato.

17.2. Il Tar ha infine disatteso la censura riferita alla categoria OG 10 in quanto la categoria, ai sensi del disciplinare di gara (§ 4.1) era subappaltabile al 100% e, in sede di partecipazione, Euroappalti aveva dichiarato di voler

subappaltare le “*lavorazioni appartenenti alla cat...OG10 nel limite previsto dalla legge*”.

17.3. Il giudice di *prime cure* ha inoltre osservato, con riguardo alle risorse materiali, che nella propria offerta tecnica l’ATI aggiudicataria (cfr. relazione B) aveva indicato puntualmente i mezzi da utilizzarsi per le lavorazioni afferenti alla categoria OG3, fra i quali figuravano - oltre a mezzi di proprietà della mandante e della mandataria – risorse ottenute in virtù dell’avvalimento (Escavatore Midi case CX90D, compressore simbi, carotatrice hilti) nonché alcuni mezzi oggetto di “nolo a freddo”, in relazione al quale, a differenza del “nolo a caldo”, ove il locatore mette a disposizione dell’imprenditore anche un proprio dipendente, con una specifica competenza nell’utilizzo del macchinario, il locatore si limita a concedere il godimento di un macchinario, da utilizzarsi con dipendenti dell’azienda che del nolo si avvale, con ciò escludendosi l’impiego di manodopera fornita da soggetti non qualificatisi innanzi alla stazione appaltante.

17.4. Ha, inoltre, giudicato del tutto destituita di fondamento la contestazione attinente all’inadeguatezza del contratto di avvalimento per quanto concerne la certificazione di qualità, della quale - come risultante dal DGUE e dalla documentazione prodotta in sede di gara - sia la mandante sia la mandataria dell’ATI controinteressata erano provviste.

18. Fenix assume nella presente sede come la sentenza di *prime cure* sia al riguardo erronea, essendo le risorse messe a disposizione con il contratto di avvalimento del tutto inadeguate ad evitare che il contratto di avvalimento sia meramente cartolare e, soprattutto, a garantire l’esecuzione delle lavorazioni nei tempi offerti, con riferimento, prima di tutto, alle lavorazioni in OG3.

Il giudice di primo grado aveva infatti errato il parametro su cui effettuare il giudizio di idoneità delle risorse, anche in termini di realizzabilità dei lavori nei tempi offerti.

Il Tar, infatti, in tesi, aveva erroneamente assunto quale termine di comparazione dell’importo dei lavori da eseguire non quello a base di gara, ma

quello al netto del ribasso.

Ciò in quanto il giudizio di congruità delle risorse oggetto di avvalimento andrebbe effettuato nella fase di ammissione in gara, ovvero quando ancora non è conosciuto il ribasso offerto dal concorrente e andrebbe pertanto effettuato *ex ante* e non *ex post*.

In tesi di parte appellante l'idoneità delle risorse, tanto quelle umane che materiali, andrebbe necessariamente rapportata all'importo dei lavori al lordo del ribasso, considerato tra l'altro che il ribasso non può mai incidere su costi insuscettibili di ribasso come la manodopera.

Pertanto il divario tra quota di esecuzione assunta e quota di qualificazione posseduta dalla mandataria in proprio ammonterebbe ad € 920.891,00.

18.1. Poi Euroappalti aveva fatto ricorso, in tesi, all'avvalimento integrale per le opere in categoria OG 10 per cui, a fronte di appena due risorse umane (n. 1 operaio qualificato e n. 1 operaio specializzato) e risorse materiali afferenti alla sola categoria OG3, le risorse sarebbero del tutto inidonee a garantire la qualificazione mediante avvalimento e la realizzabilità dell'opera.

18.2. Né, in tesi, sarebbe rilevante la mera clausola di stile indicata nel contratto di avvalimento, pure valorizzata dal Tar, per cui l'avvalimento "*si chiude facendo riferimento a ogni altro utile elemento non indicato nel presente contratto, ma posseduto dall'impresa ausiliaria, utile ai fini dell'avvalimento e della regolare esecuzione dei lavori*".

Ciò in quanto tale generica indicazione non assolverebbe l'obbligo di specificazione che l'art. 89 del Codice dei contratti esige per la concretezza ed effettività del prestito, a pena di nullità.

18.3. Le lavorazioni in OG3, secondo l'appellante, ammonterebbero complessivamente a euro 6.620.891,78, di cui la Euroappalti aveva assunto un importo di € 5.120.891,78, pari al 77,35 % e la mandante Avallone una quota pari di €1.500.000,00 pari al 22,65%.

Per tali lavorazioni l'ATI aveva dichiarato di eseguire le opere in OG3 mediante n. 50 operai di cui solo due acquisiti in avvalimento e, pertanto, si

avrebbe:

-che l'importo di euro 5.700.000,00 (al netto della quota lavori per cui ci si è qualificati mediante avvalimento) sarebbe stato eseguito con risorse proprie dei componenti il raggruppamento pari a ben 48 operai con una produzione complessiva di euro 118.750 per operaio;

- che l'importo di euro 920.891,78 (quota di qualificazione mediante avvalimento) sarebbe stato eseguito da due operai con una produzione media cadauno di 460.445,89 se entrambi adibiti alla Og3 e, qualora, una delle due risorse venga destinata alla categoria OG10, avremo una incidenza manodopera per singola risorsa di euro 920.891,78.

19. Con riferimento a tale terzo motivo Acamir eccepisce in primo luogo l'inammissibilità della doglianza per violazione del divieto dei "nova" in quanto, in tesi, sarebbe stato modificato il tratto delle doglianze avanzate in primo grado.

Con esse, infatti, Fenix aveva sostenuto la nullità del contratto di avvalimento, anche sotto il profilo della inadeguatezza delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria, contestando il provvedimento di ammissione alla procedura selettiva del R.T.I. Euroappalti, a suo dire sprovvisto dei requisiti di qualificazione.

In questo secondo grado di giudizio, invece, l'appellante avrebbe ritenuto che l'asserita inadeguatezza delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria renda non eseguibile il contratto, senza nulla riferire in ordine al possesso dei requisiti di ammissione.

19.1. Ad avviso del collegio non sussiste la dedotta violazione del divieto dei nova di cui all'art. 104 comma 1 c.p.a., avendo Fenix anche *in prime cure* prospettato l'insufficienza delle risorse messe a disposizione non solo sotto il profilo della prospettata nullità del contratto di avvalimento, stante in tesi la natura cartolare delle stesse – con la conseguente mancanza anche del prescritto requisito di qualificazione – ma anche avendo riguardo all'impossibilità di eseguire le opere (cfr in particolare quinto motivo del

ricorso di *prime cure*), così come indicate nell'offerta tecnica, come peraltro evincibile al riguardo dalla motivazione resa dal primo giudice che la parte ha inteso criticare con il motivo di appello, per cui le argomentazioni, in tesi diverse da quelle esposte in *prime cure*, sono semmai a supporto della critica rivolta avverso la sentenza di *prime cure*.

19.2. E' infatti noto che, secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, ai sensi dell'art. 101 c.p.a. l'appellante ha l'onere di specificare i motivi dell'impugnazione, non potendo richiamare meramente le ragioni già presentate dinanzi al giudice di primo grado, ma dovendo contestare specificamente sul punto la sentenza impugnata; il fatto che l'appello sia un mezzo di gravame ad effetto devolutivo non esclude l'obbligo dell'appellante di indicare nell'atto le specifiche critiche rivolte alla sentenza impugnata e, inoltre, i motivi per i quali le conclusioni del primo giudice non sono condivisibili, non potendo il ricorso in appello limitarsi ad una generica riproposizione degli argomenti dedotti in primo grado (ex multis Cons. Stato, sez. IV, 24 settembre 2024, n. 7756, sez. III, 1 marzo 2024, n. 2035).

20. Il motivo è peraltro infondato.

20.1. Non ignora il collegio che secondo orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, a seconda che si tratti di avvalimento c.d. garanzia ovvero di avvalimento c.d. tecnico o operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria; in particolare, in caso di avvalimento c.d. tecnico operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6619; 21 luglio 2021, n. 5485; 12 febbraio 2020, n. 1120 e le sentenze ivi richiamate; le ragioni alla base del predetto orientamento giurisprudenziale sono in Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 19 luglio 2021, n.722).

20.2. E' peraltro altrettanto noto il principio (*ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2021, n. 5464; sez. III, 4 gennaio 2021, n. 68, ma fissato dall'Adunanza plenaria nella sentenza del 14 novembre 2016, n. 23) secondo cui l'indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento c.d. operativo deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 cod. civ.).

Il contratto di avvalimento pertanto non deve quindi necessariamente spingersi, ad esempio, sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale. Tuttavia, l'assetto negoziale deve consentire quantomeno *"l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione"* (Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682); deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, dall'altro i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 giugno 2021, n. 4935 Cons. Stato Sez. V, Sent., 10 gennaio 2022, n. 169).

20.3. Inoltre questa sezione ha altresì affermato il principio (Consiglio di Stato, sez. V. 22 febbraio 2021 n. 1514) per cui *"L'elemento caratterizzante [l'avvalimento] non è limitato a un mero "prestito" formale di personale e/o di macchinari e/o di beni strumentali necessariamente, sganciato dalla relativa organizzazione aziendale [...] anche se il suo effetto – relativamente al rapporto di appalto - consiste nell'imputazione giuridica ed economica delle prestazioni che ne sono oggetto direttamente all'impresa concorrente, che, a tal fine, si avvale dell'ausiliaria"* (Cons. Stato, V, 16 marzo 2018, n. 1698) e che pertanto nel caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento, è ben

possibile “che, nel singolo contratto, sia previsto, quando si tratti di c.d. *avvalimento tecnico-operativo*, l’impiego non di un singolo elemento della produzione, bensì dell’azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato (o di un ramo di essa). Di questa l’ausiliaria non perde la detenzione, pur mettendola a disposizione, in tutto o in parte, per l’utilizzazione dell’ausiliata, secondo le previsioni del contratto di *avvalimento*, approvate dalla stazione appaltante”.

20.4. Inoltre, secondo la giurisprudenza in materia seguita dalla sezione, (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2022 n. 169) “*Relativamente all’avvalimento che abbia ad oggetto attestazione SOA, la giurisprudenza ha precisato che è ammissibile l’avvalimento anche quanto alla SOA, purché la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l’impegno dell’impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l’attribuzione del requisito di qualità a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (così in termini Consiglio di Stato, Sez. V, 21 dicembre 2021, n. 8486; 12 marzo 2018, n. 1543).*

20.4.1. In definitiva, nel caso di avvalimento che abbia ad oggetto l’attestazione SOA oggetto di prestito è l’intero apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all’esecuzione del contratto [cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074 in cui si è ulteriormente specificato che “*tale risultato (la disponibilità dell’intero complesso produttivo, n.d.s.) si potrebbe ottenere con un contratto di affitto di azienda o di ramo di azienda, ma la peculiarità di questa modalità di collaborazione tra imprese, che fa transitare l’avvalimento nella atipicità o, come altri dice, nella transtipicità, sta nel fatto che non si verifica il trasferimento definitivo dell’azienda, ma solo,*

*appunto, una sua temporanea e parziale messa a disposizione per la singola gara e per il tempo necessario all'esecuzione del contratto d'appalto”].*

20.5. Ciò posto, avuto riguardo all'indicata giurisprudenza, ad avviso del collegio non è ravvisabile nè la dedotta nullità per genericità del contratto di avvalimento stipulato fra Euroappalti e Pantoliano Giuseppe e C. s.a.s., le cui clausole vanno interpretate le une per mezzo delle altre, ex art. art. 1363 c.c. e secondo buona fede, ex art. 1366 c.c., alla luce dell'indicata giurisprudenza, né l'incongruenza delle risorse messe a disposizione, da intendersi riferite a quelle necessarie per integrare i requisiti dell'ausiliata quanto alle opere per la categoria OG 3, posto che per le opere in categoria OG 10, deve darsi prevalenza a quanto dichiarato nel DGUE circa il ricorso al subappalto nella misura massima del 100/% , come del resto rilevato dal primo giudice, con la conseguenza che sussistevano comunque i requisiti speciali di partecipazione alla procedura *de qua* da parte di Euroappalti.

20.5.1. L'indicato contratto infatti, lungi dall'essere viziato per genericità e inidoneo all'integrazione dei requisiti mancati in capo ad Euroappalti per quanto concerne le opere in categoria OG 3, risulta infatti coerente con l'indicato orientamento giurisprudenziale in materia di avvalimento operativo, secondo cui il contratto di avvalimento non deve necessariamente indicare la quantità dei mezzi d'opera, le qualifiche del personale messo a disposizione ovvero la dotazione numerica dello stesso personale, essendo sufficiente la messa a disposizione di personale qualificato, purché siano evincibile i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti, evincibili nell'ipotesi di specie dalla tipologia delle opere necessitanti la prescritta qualificazione, per cui si deve ritenere che le risorse umane e materiali ivi indicate siano a titolo meramente esemplificativo, essendosi nel contratto di avvalimento intercorso tra Euroappalti e l'impresa ausiliaria, all'art. 2 previsto che l'impresa ausiliaria “*mette a disposizione dell'impresa avvalente la categoria OG3 classifica...*” e sancisce l'obbligo per l'ausiliaria, in caso di aggiudicazione, di “*tenere a*

*disposizione il detto requisito e relativa struttura tecnico-organizzativa, per tutta la durata dell'affidamento”.*

Inoltre il contratto di avvalimento prevede all'art. 7 che *“in caso di eventuale aggiudicazione l'Impresa Avvalente è autorizzata ad utilizzare tutte le risorse, i mezzi e il personale necessario, messi a disposizione dall'Impresa Ausiliaria ed in particolare:*

*Mezzi ed attrezzature:*

*N.1 autocarro IVECO MAGIRUS A410T/E4 CIFA 1300;*

*N.1 autocarro Iveco Stralis L162 (carrellone);*

*N.1 escavatore MIDI CASE CX90D W/Blade EU STG V;*

*1 Compressore Simbi 2400 ea/20471;*

*1 carotatrice hilti dd130m 82182;*

*1 perforatore hilti te 7-c 111297;*

*1 trapano avvitatore hilti sf 6h-a22 170680096;*

*1 martello hilti te 7 190157; 6*

*1 rotatore hilti te 76-atc 16673;*

*1 monoblocco uffici-wc;*

*Personale:*

*-Operaio qualificato;*

*Operaio specializzato.*

*Ogni altro utile elemento non indicato nel presente contratto, ma posseduto dall'impresa ausiliaria, utile ai fini dell'avvalimento e della regolare esecuzione dei lavori”.*

Pertanto, deve ritenersi interpretando complessivamente le clausole del contratto di avvalimento, come le risorse umane e materiali ivi indicate fossero meramente esemplificative, come evincibile dal riferimento *“in particolare”*, avendo l'ausiliaria messo a disposizione l'intera organizzazione aziendale e quindi tutto quanto necessario ai fini della regolare esecuzione dei lavori (*“tutte le risorse, i mezzi e il personale necessario”*).

20.5.2. Va rimarcato al riguardo che la messa a disposizione dell'intera struttura aziendale a beneficio dell'ausiliata costituisce una conseguenza connaturale all'avvalimento avente a oggetto attestazioni SOA [cfr. Cons. Stato, V, 10 gennaio 2022, n. 169, in cui si pone in risalto che *“nel caso di avvalimento che abbia ad oggetto l'attestazione SOA oggetto di prestito è l'intero apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all'esecuzione del contratto”, e cioè con riferimento a “le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità a seconda dei casi”*; cfr., su tutto quanto sopra, anche *Id.*, V, 16 febbraio 2023, n. 1647) (così Consiglio di Stato, sez. V, 6 novembre 2024, n. 8879)].

21. Parte appellante con il quarto motivo di appello critica poi, con riferimento alla rilevata inidoneità delle risorse prestate con riferimento alla OG 10, la parte della sentenza secondo la quale *“Per quanto concerne la categoria OG10, in disparte ogni altra considerazione, conduce alla reiezione della censura l'osservazione, correttamente formulata dalle resistenti, per la quale la categoria, ai sensi del disciplinare di gara (§ 4.1) è subappaltabile al 100% e, in sede di partecipazione, Euroappalti ha dichiarato di voler subappaltare le “lavorazioni appartenenti alla cat...OG10 nel limite previsto dalla legge”*, confondendo in tesi la fase di qualificazione con quella di esecuzione.

L'istituto del subappalto, valorizzato dal Tar, atterrebbe esclusivamente alla fase esecutiva e non potrebbe sopperire alla carenza del requisito di qualificazione, da dimostrare necessariamente in sede di partecipazione; pertanto la possibilità, prevista dal disciplinare, di subappalto al 100% dovrebbe essere riferita solo alla fase successiva all'aggiudicazione e, quindi, sicuramente non quale opzione per soddisfare il requisito di qualificazione.

In tali condizioni, l'aver proposto di eseguire le lavorazioni in OG10 mediante n. 9 risorse al cospetto di appena 1/2 risorse acquisite in avvalimento

renderebbe l'avvalimento meramente cartolare e, certamente, l'offerta irrealizzabile.

21.1. Anche tale motivo va disatteso, sulla base del rilievo che nell'ipotesi di specie viene in rilievo un'ipotesi di subappalto qualificatorio, come innanzi precisato.

Al riguardo basti ricordare che il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 novembre 2015, n. 9, ha enunciato i seguenti principi di diritto: *“per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili”*; *“le lavorazioni relative alle opere scorporabili nelle categorie individuate non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, se sprovvisto della relativa qualificazione (trattandosi, appunto, di opere a qualificazione necessaria)”*; *“il concorrente deve subappaltare l'esecuzione di queste ultime lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione; la validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare”*.

21.2. La giurisprudenza ha anche chiarito che *“il subappalto necessario essendo previsto e disciplinato dalla legge, si applica nelle procedure di gara a prescindere da qualsiasi espresso richiamo da parte dei bandi”* (Consiglio di Stato, sez. V, 21 marzo 2023 n. 2873).

21.3. La stazione appaltante ha quindi fatto doverosamente applicazione delle indicate regole, anche in assenza di una prescrizione sul punto da parte della *lex specialis* di gara, ammettendo alla gara gli operatori economici che si sono riservati, sin dal D.G.U.E., di ricorrere al subappalto (da intendersi come qualificatorio) per le lavorazioni che sono state dichiarate espressamente come scorporabili dal disciplinare.

21.4. Il motivo di appello va pertanto respinto, vertendosi in tema di subappalto necessario che non attiene solo all'esecuzione, ma proprio all'ammissione dei concorrenti relativamente ai requisiti di ordine speciale (cfr

al riguardo anche la relazione al nuovo Codice dei contatti pubblici secondo cui detto subappalto, da intendersi ancora esistente in quanto previsto in una disposizione extracodicistica – art. 12 d.l. n. 47 del 2014- va ricondotto alla qualificazione degli operatori economici di cui all'art. 100 del codice).

22. L'appello va dunque respinto.

23. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna parte appellante alla refusione delle spese di lite in favore di Acamir e di Euroappalti, liquidate in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), in favore di ciascuna delle controparti, oltre oneri accessori, come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Diana Caminiti**

**IL PRESIDENTE**  
**Diego Sabatino**

IL SEGRETARIO