

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA – PROCESSO AMMINISTRATIVO: Consiglio di Stato - Sezione Quinta - Sentenza 12 marzo 2025, n. 2038.

1. Giustizia amministrativa – Processo Amministrativo -Bando di gara -Chiarimento stazione appaltante: contenuto non immediatamente escludente -Onere di immediata impugnazione - Non sussiste.

2. Giustizia amministrativa – Processo Amministrativo - Appello – Erronea declaratoria di irricevibilità del ricorso di primo grado – Annullamento con rinvio al primo giudice ex art. 105, comma 1, c.p.a. –Presupposti: “palese errore” o “motivazione tautologica”.

3. Appalti - Contratti continuativi di cooperazione ex art. 105, comma 3, lett. c-bis), d.lgs. n. 50 del 2016 -Natura e funzione -Apporto di qualifiche o requisiti soggettivi mancanti - Impossibilità.

1. Allorquando il chiarimento fornito dalla stazione appaltante non presenta un suo contenuto innovativo e modificativo della *lex specialis*, limitandosi a chiarirne e specificarne il portato, senza alcuna sua variazione, non sussiste l'onere di immediata impugnazione, atteso che il chiarimento fornito dalla stazione appaltante non aveva di suo portato provvedimento autonomamente lesivo, né perciò recava nuove clausole (autonomamente e) immediatamente escludenti soggette a regime di immediata impugnazione. (1)

2. Non ricorre un'ipotesi di rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., nella lettura datane da ultimo dall'Adunanza plenaria con la sentenza 20 novembre 2024, n. 16, qualora non si sia in presenza di un “palese errore” o di una “motivazione tautologica” della sentenza sul profilo dell'irricevibilità del ricorso, tale da determinare la nullità della sentenza, bensì di un'ordinaria erronea valutazione sul punto ove, per altro, che le stesse questioni correlate alla ricevibilità del ricorso involgano profili di merito, rispetto ai quali non si versa, dunque, su un piano esclusivamente preliminare alla decisione, bensì compenetrato esso stesso con i profili sostanziali inerenti al merito delle censure. (2)

3. I contratti continuativi di cooperazione di cui all'art. 105, comma 3, lett. c-bis), d.lgs. n. 50 del 2016 (che devono tra l'altro essere «sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto»), afferiscono alla fase esecutiva del rapporto contrattuale e come tali non consentono l'apporto di qualifiche o requisiti soggettivi mancanti.

(1) su cui cfr., su tutte, Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4).

(2) Difformi: Parzialmente difforme: Cons. Stato, sez. VI, sentenza non definitiva, 21 febbraio 2025, n. 1483 (oggetto della News n. 19 del 5 marzo 2025) che ha rimesso la questione alla Plenaria.

(3) Conformi: Cons. Stato, III, 17 novembre 2020, n. 7142; 19 maggio 2020, n. 3169; per ulteriori connessi profili, cfr. anche Cons. Stato, V, 17 aprile 2023, n. 3856).

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Napoletana Plastica s.r.l. e della Nocera Multiservizi s.r.l. unip.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2025 il Cons. Alberto Urso e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Nocera Multiservizi s.r.l. unipersonale indiceva procedura Me.P.A. per l'affidamento della fornitura dei kit di buste quadrimestrali per utenze domestiche con codici a barre per la raccolta differenziata porta a porta su tutto il territorio del Comune di Nocera Inferiore (SA).

Giusta provvedimento del 30 giugno 2023 della stazione appaltante, la concorrente Dimension Plastic s.r.l. veniva esclusa dalla procedura per la mancanza del requisito speciale coincidente con l'esecuzione, nell'ultimo biennio, di forniture similari a quella richiesta con importo annuale minimo complessivo di € 200.000,00.

Avverso tale provvedimento di esclusione, il conseguente provvedimento di aggiudicazione adottato dall'amministrazione in favore della Società Napoletana Plastica s.r.l., e gli altri atti di gara, la Dimension Plastic proponeva ricorso deducendo, in sintesi: che la prestazione principale oggetto dell'affidamento coincideva con la fornitura del kit di buste con codice a barre, rispetto a cui il sistema informatizzato di attribuzione (in relazione al quale l'amministrazione aveva ravvisato la mancata dimostrazione del requisito di esperienza pregressa, e dunque fondato l'esclusione) costituiva mera prestazione accessoria e complementare (del che si troverebbe conferma tra l'altro proprio nel fatto che l'appalto aveva a oggetto una "fornitura", appunto); contrasto fra la formulazione del requisito di partecipazione e quella del chiarimento reso dalla stazione appaltante, con conseguente inammissibilità di quest'ultimo; in ogni caso, illegittimità e nullità di tale chiarimento, il quale richiederebbe ai concorrenti di aver svolto forniture identiche, e non semplicemente similari a quelle oggetto della procedura, con inammissibile limitazione della concorrenza; sproporzione e non attinenza del requisito così richiesto; omessa valutazione della possibilità che la prestazione riferita al suddetto sistema informatizzato di attribuzione potesse essere eseguita da terzi sulla base di contratti di cooperazione in essere; omessa attivazione del soccorso istruttorio al riguardo; illegittima adozione del provvedimento d'aggiudicazione mentre era ancora in corso la procedura di verifica del possesso dei requisiti in capo alla ricorrente; illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione.

2. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza della Nocera Multiservizi e della Napoletana Plastica s.r.l., dichiarava irricevibile il ricorso per sua ritenuta tardività.

Osservava il giudice di primo grado, per quanto di rilievo, che l'esclusione a carico della ricorrente era stata disposta sulla base di un chiarimento reso dalla stazione appaltante il 26 maggio 2023 (con cui era stato evidenziato, appunto, come le "forniture similari" richieste riguardassero i sistemi

integrati di produzione, codifica, informatici ed automatizzati), chiarimento che recava dunque una clausola immediatamente escludente e doveva perciò formare oggetto di immediata impugnazione da parte dell'interessata.

Nella specie, la disciplina di gara, come successivamente chiarita dall'amministrazione, risultava direttamente lesiva per la posizione della ricorrente, che perciò avrebbe dovuto immediatamente contestarla, in specie impugnando il suddetto chiarimento, avente natura provvedimento in quanto integrativo del contenuto della *lex specialis*.

Peraltro il chiarimento non aveva nella specie portato del tutto innovativo o modificativo della *lex specialis*, ma comunque era intervenuto sul contenuto di un modello di dichiarazione non riproduttivo del bando o lettera di invito (mancando l'indicazione dei requisiti speciali negli atti formanti la *lex specialis*), bensì autonomamente espressivo del requisito di partecipazione. Né erano ravvisabili profili di nullità della previsione, che atteneva ai requisiti, non già ad oneri formali indebiti eventualmente passibili di nullità.

3. Avverso la sentenza ha proposto appello la Dimension Plastic deducendo:

I) *error in iudicando*: violazione di legge (artt. 80 e 83 d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione all'allegato sub D) della domanda di partecipazione); eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto; di motivazione; di istruttoria; erroneità; travisamento; sviamento; arbitrarietà; illogicità manifesta); violazione del principio del *favor participationis*;

II) *error in iudicando*: violazione di legge (artt. 80 e 83 d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione all'allegato sub D) della domanda di partecipazione); eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto; di motivazione; di istruttoria; erroneità); violazione del principio del *favor participationis*;

III) *error in iudicando*: violazione di legge (artt. 80 e 83 d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione all'allegato sub D) della domanda di partecipazione); eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto; di motivazione; di istruttoria; erroneità); violazione del principio di *favor participationis* sotto altro profilo.

Conseguentemente, l'appellante ha riproposto i motivi di ricorso di primo grado non esaminati dal Tar.

4. Resistono al gravame la Nocera Multiservizi e la Napoletana Plastica, chiedendone la reiezione.

5. All'udienza pubblica del 27 febbraio 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Col primo motivo di gravame, l'appellante si duole della dichiarazione d'irricevibilità del ricorso di primo grado deducendo come i chiarimenti resi in gara dalla stazione appaltante non abbiano alcun contenuto provvedimento, non potendo integrare o modificare la *lex specialis*, e perciò non

presentino alcun portato lesivo, né perciò andavano nella specie immediatamente impugnati dalla ricorrente.

Del resto, chiarimenti che modificano la *lex specialis* di gara sarebbero da ritenere inammissibili, sicché degli stessi non si potrebbe tener conto nell'espletamento della gara.

Nella specie, il chiarimento controverso si risolveva (inammissibilmente) nel richiedere ai concorrenti prestazioni non già simili, come previsto nella *lex specialis*, bensì identiche a quelle da affidare, con conseguente illegittima limitazione della concorrenza.

Di qui l'errore commesso dal giudice di primo grado, consistente nel ritenere che un chiarimento possa integrare o modificare la documentazione di gara.

1.1. Col secondo motivo di gravame l'appellante si duole, sotto altro profilo, della dichiarata irricevibilità del ricorso, censurando l'affermazione del giudice di primo grado in base alla quale il chiarimento controverso non aveva carattere innovativo; al contrario, detto chiarimento aveva portato integrativo della *lex specialis*, come peraltro riconosciuto dalla stessa sentenza, incorsa perciò anche in una contraddizione al riguardo.

Del resto, lo stesso oggetto e descrizione della gara era limitato alla fornitura delle buste di plastica, non recando alcun riferimento al sistema di codifica, la cui valorizzazione in sede di chiarimenti costituiva dunque una chiara innovazione della *lex specialis*.

Sotto altro profilo, ritenere che per identificare le "forniture simili" dovesse farsi riferimento anche al "sistema di codifica", significherebbe pretendere (inammissibilmente) prestazioni "identiche" anziché soltanto "simili" a quelle oggetto di gara; di qui anche la non immediata lesività del chiarimento, che non poteva assumere il significato predicato dalla sentenza.

Né rileva il fatto che il riferimento alle "forniture simili" fosse contenuto in un allegato alla *lex specialis*, inerente alle dichiarazioni richieste ai concorrenti, atteso che lo stesso ben rientrava appunto fra i documenti formanti la legge di gara, non passibili di emenda postuma ad opera di semplici chiarimenti.

1.2. Col terzo motivo di gravame l'appellante censura sotto altra prospettiva le statuizioni del giudice di primo grado deducendo che, se avesse voluto modificare le regole stabilite con la *lex specialis*, l'amministrazione avrebbe dovuto adottare coerente atto di natura normativa.

In tale contesto, il Tar sarebbe peraltro incorso in errore anche nell'escludere la nullità della regola conformata per effetto del chiarimento, la quale dovrebbe ritenersi invalida proprio perché recante ragioni escludenti (coincidenti con la richiesta di pregresse prestazioni "identiche") diverse da quelle ammesse dalla legge.

Di qui il duplice errore, da un lato dell'amministrazione nell'adottare il provvedimento d'esclusione sulla base di un chiarimento inidoneo a fungere da parametro di valutazione delle offerte dei

concorrenti; dall'altro del Tar, nel far riferimento al chiarimento nei termini suindicati, e pervenire così alla pronuncia d'irricevibilità del ricorso.

1.3. I motivi, che vanno esaminati congiuntamente per connessione e parziale sovrapponibilità delle questioni poste, sono condivisibili in relazione alla dichiarata irricevibilità del ricorso di primo grado, nei limiti e per le ragioni che seguono, pur non potendo condurre all'accoglimento nel merito del ricorso stesso (su cui v. *infra*, in relazione ai motivi di ricorso riproposti, *sub* § 2 ss.).

1.3.1. Occorre premettere che il Capitolato d'oneri prevedeva all'art. 1 che *“Oggetto del presente Capitolato è l'acquisto delle buste con codici a barre per la raccolta differenziata porta a porta per utenze domestiche sull'intero territorio comunale di Nocera Inferiore (SA) e distribuite in kit quadrimestrali agli utenti”*.

La disposizione proseguiva prevedendo che *“Le caratteristiche tecniche e le quantità delle buste da fornire saranno dettagliatamente descritte negli artt. seguenti”*, nonché, per quanto qui di rilievo, che *“La fornitura dovrà avvenire nei modi e nei termini di seguito descritti”*.

A seguire, l'art. 3 disciplinava le *“Caratteristiche del sistema informatizzato di attribuzione, codifica e controllo dei codici a barre e possibilità di implementazioni con i sistemi di distribuzione automatizzati in uso”* e prevedeva che *“All'interno del valore complessivo dell'appalto deve intendersi compreso l'intero sistema di attribuzione, codifica e controllo dei codici a barre”*, chiarendo al riguardo anche la composizione dello stesso sistema (*“Tale sistema dovrà necessariamente essere costituito da almeno: - un software di gestione da remoto - un applicativo (App) per smartphone - ulteriori sistemi di decodificazione (ad esempio pistole ad infrarossi) tali da consentire in qualsiasi momento le operazioni di attribuzione, codifica, controllo, geolocalizzazione e lettura dei codici a barre da parte degli operatori addetti”*).

La stessa disposizione prevedeva poi che *“Il sistema dovrà costantemente interfacciarsi ed integrarsi con l'attività di consegna a mano dei kit ed essere facilmente implementabile con eventuali ulteriori installazioni di dispositivi di distribuzione automatizzata, per i quali sarà successivamente effettuata separata valutazione di fattibilità tecnico-economica di merito.*

Il servizio di distribuzione automatica dovrà quindi integrarsi con il sistema di distribuzione manuale: alla consegna dei kit dovrà avvenire l'associazione del kit consegnato con il codice fiscale dell'utente tramite un lettore codici a barre portatile connesso alla rete”.

Si ricava da tale complessivo regime come la messa a disposizione e utilizzo del sistema informatizzato di attribuzione, codifica e controllo dei codici a barre costituisce a tutti gli effetti una componente sostanziale della prestazione demandata all'affidatario, integrata con quella relativa alla consegna dei kit: non solo, infatti, nell'art. 3 si fa espresso riferimento alla stessa (*“All'interno del valore complessivo dell'appalto deve intendersi compreso l'intero sistema di attribuzione, codifica e*

controllo dei codici a barre”), con indicazione anche dei relativi componenti contenutistici nei sensi suindicati (“*software di gestione da remoto*”; “*App*”, “*ulteriori sistemi di decodificazione*”), ma viepiù si chiarisce anche il ruolo e il significato del suddetto sistema nel quadro della prestazione richiesta, dando conto di come lo stesso servisse appunto alla “*attribuzione, codifica e controllo dei codici a barre*”, dovendo “*costantemente interfacciarsi ed integrarsi con l’attività di consegna a mano dei kit*”.

Di qui l’enucleazione di un’attività unitaria e composita, costituita dalla fornitura di kit di sacchetti associati - per mezzo, appunto, del sistema informatico richiesto - a una codificazione, idonea anche al conseguente monitoraggio e controllo.

Del che v’è chiara evidenza, del resto, nella stessa determinazione del valore dell’appalto, prevedendo che questo sia appunto commisurato “*alla fornitura dei kit di buste e al sistema informatizzato di gestione e controllo*”, per un importo presuntivo stimato in “*complessivi € 200.000,00 oltre IVA soggetti a ribasso*” (art. 4).

Non assume rilievo, in senso contrario, il fatto che l’art. 1 del Capitolato riferisse l’oggetto e la descrizione dell’affidamento alle “*buste con codici a barre per la raccolta differenziata porta a porta per utenze domestiche sull’intero territorio comunale di Nocera Inferiore (SA) e distribuite in kit quadrimestrali agli utenti*”: da un lato, infatti, come già posto in risalto, la stessa *lex specialis* precisava subito dopo che “*La fornitura dovrà avvenire nei modi e nei termini di seguito descritti*”, sicché le successive previsioni in ordine al sistema informatico ben valevano a completare e declinare l’oggetto della fornitura; dall’altro, la stessa indicazione dell’oggetto richiamava le buste “*con codici a barre*”, cui il sistema informato subito dopo previsto era strettamente correlato e funzionale, consentendo di valorizzare e implementare appieno tale elemento, declinandolo nei termini specificamente previsti dalla *lex specialis*.

Né consentono di pervenire a diverse conclusioni le altre disposizioni di gara richiamate dall’appellante (fra cui, in specie, l’art. 7 sulla “*Consegna della fornitura*”, l’art. 2 sulle “*Caratteristiche della fornitura*”, in relazione alle buste, o l’art. 8 su “*Verifica e collaudo*”), che non valgono a obliterare quanto suesposto, e dunque la natura composita dell’oggetto delle prestazioni, comprensivo del suddetto (caratteristico ed essenziale) sistema informatizzato, rifluente anche sulla conformazione del requisito esperienziale richiesto.

1.3.2. In tale contesto, va osservato che l’allegato D), nel chiedere ai concorrenti di dichiarare “*di aver eseguito nell’ultimo biennio forniture similari a quella in oggetto con importo annuale minimo complessivo di euro 200.000,00 (iva esclusa) e a tal fine allega[re] i [...] certificati di regolare fornitura*”, non poteva che ricomprendere, in sé, il richiamo al suddetto sistema informatico di attribuzione, codifica e controllo dei codici a barre, cui la fornitura era intrinsecamente e

funzionalmente correlata: non una semplice fornitura, infatti, veniva richiesta dall'amministrazione, bensì una fornitura caratterizzata e qualificata per l'associazione e trattamento con il suddetto sistema informatico.

Per tali ragioni, "similari" non potevano che ritenersi pregresse forniture che contemplassero entrambi i (coessenziali) profili, e che dunque avessero a oggetto una fornitura associata a utilizzo di sistema informatico, in termini "similari" a quanto richiesto.

Ne consegue che il chiarimento con cui la stazione appaltante dava conto che "*Le certificazioni da prodursi in Allegato D si riferiscono a 'forniture similari' ovvero non una mera fornitura di bustame codificato, ma la 'fornitura simile' richiesta è da intendersi relativa ai sistemi integrati di produzione, codifica, informatici ed automatizzati oggetto della presente procedura*", sicché "*non potranno ritenersi utili le certificazioni di esecuzione esclusivamente riferite a semplice fornitura di bustame codificato*" non presenta di suo un contenuto innovativo e modificativo della *lex specialis*, limitandosi a chiarirne e specificarne il portato, senza alcuna sua variazione.

Di qui la condivisibilità delle censure dell'appellante in relazione alla dichiarata irricevibilità del ricorso di primo grado, atteso che il chiarimento fornito dalla stazione appaltante non aveva di suo portato provvedimento autonomamente lesivo, né perciò recava nuove clausole (autonomamente e) immediatamente escludenti soggette a regime di immediata impugnazione (su cui cfr., su tutte, Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4).

2. Consegue peraltro a quanto suesposto il necessario esame dei motivi del ricorso di primo grado, non ricorrendo nella specie un'ipotesi di rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 105, comma 1, Cod. proc. amm., nella lettura datane da ultimo dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, considerato, da un lato, che non si è qui in presenza di un "*palese errore*" o di una "*motivazione tautologica*" della sentenza sul profilo dell'irricevibilità del ricorso, tale da determinare la nullità della sentenza, bensì di un'ordinaria erronea valutazione sul punto (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 20 novembre 2024, n. 16); dall'altro, che le stesse questioni correlate alla ricevibilità del ricorso involgono invero profili di merito inerenti al contenuto della *lex specialis*, rispetto ai quali non si versa, dunque, su un piano esclusivamente *preliminare* alla decisione, bensì compenetrato esso stesso con i profili sostanziali inerenti al merito delle censure.

Di qui il necessario esame nel merito del ricorso, ai cui fini può peraltro prescindersi dalle eccezioni preliminari sollevate dai resistenti, stante il rigetto nel merito dello stesso.

3. Col primo motivo di ricorso riproposto, Dimension Plastic deduce che la prestazione principale oggetto dell'affidamento coincideva nella specie con la fornitura del kit di buste con codice a barre, rispetto a cui il sistema informatizzato di attribuzione (in relazione al quale l'amministrazione aveva ravvisato la mancata dimostrazione del requisito dell'esperienza pregressa, e dunque fondato

l'esclusione) costituiva mera prestazione accessoria e complementare; del che si troverebbe conferma tra l'altro proprio nel fatto che l'appalto aveva a oggetto una "fornitura", appunto.

Di qui l'illegittima esclusione della Dimension Plastic adottata in ragione di elementi esorbitanti dall'oggetto dell'appalto.

3.1. Col secondo motivo di ricorso riproposto, l'appellante si duole del contrasto fra la formulazione del requisito di partecipazione e quella del chiarimento reso dalla stazione appaltante, con conseguente inammissibilità di quest'ultimo.

In ogni caso, Dimension Plastic denuncia l'illegittimità e nullità di tale chiarimento, il quale richiederebbe ai concorrenti di aver svolto forniture identiche, e non semplicemente simili a quelle oggetto della procedura, con violazione dell'art. 83, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, introduzione di una causa di esclusione non prevista, e inammissibile limitazione della concorrenza.

Deduce la ricorrente al riguardo come una lettura ingiustificatamente limitativa della *lex specialis* finirebbe per impedire l'apertura del mercato a tutti gli operatori economici interessati.

3.2. Col terzo motivo di ricorso la Dimension Plastic deduce la sproporzione e non attinenza del requisito speciale richiesto nei termini suindicati.

A ben vedere, a fronte di un oggetto della fornitura coincidente con i sacchetti di plastica, risulterebbe decentrato e irragionevole un requisito incentrato sulla certificazione del sistema informatizzato di supporto.

Ciò tanto più a mente del principio per cui, in caso di ambiguità della clausola di gara, deve prediligersi una interpretazione *in favor participationis*

3.3. I motivi, che vanno esaminati congiuntamente per stretta connessione e parziale sovrapposibilità di alcune delle questioni sollevate, non sono fondati.

3.3.1. Ai fini del rigetto è sufficiente richiamare quanto già osservato in relazione alle doglianze formulate dall'appellante sul profilo della ricevibilità del ricorso (cfr. *retro*, sub § 1.3.1 s.).

Una volta individuato infatti il contenuto dell'affidamento come comprensivo della prestazione del sistema informatizzato nei sensi suindicati, e riconosciuta al contempo la natura non novativa né modificativa - bensì meramente interpretativa e specificativa - del chiarimento reso dalla stazione appaltante in ordine alle "forniture simili" richieste, va da sé che era la stessa *lex specialis* a prescrivere siffatto requisito, per mezzo dell'allegato D), da leggere in combinazione con le previsioni del Capitolato.

Né ciò valeva a rendere "identiche" le pregresse forniture richieste, che rimangono semplicemente "simili" per *genus* a quella oggetto della gara, venendo in rilievo appunto, nella specie, non già una semplice fornitura di buste codificate, bensì una fornitura associata a sistema informatico di identificazione, monitoraggio e controllo, nei sensi sopra chiariti, la cui richiesta ai concorrenti

rimaneva appunto nella sfera della “analogia” a quella della prestazione richiesta, in relazione alle caratteristiche essenziali della stessa.

Allo stesso modo, il requisito così stabilito non risulta difforme dalle previsioni di cui all’art. 83, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, né irragionevole o sproporzionato, ben potendo lo stesso rientrare nell’ambito della «*esperienza*» pregressa funzionale all’esecuzione dell’appalto (in termini non sproporzionati o irragionevoli) in relazione al contenuto dell’affidamento, nel quadro dei generali margini discrezionalità all’uopo riconosciuti all’amministrazione ai fini della individuazione dei requisiti speciali (su cui cfr. Cons. Stato, IV, 24 aprile 2024, n. 3738; V, 12 gennaio 2023, n. 431 e richiami *ivi*; 15 novembre 2021, n. 7597).

Di qui, in via assorbente, l’assenza dei vizi di legittimità denunciati dall’appellante in relazione alla regola di gara, come chiarita e precisata nel chiarimento, nonché della sua invocata nullità, trattandosi appunto della semplice individuazione di un (non sproporzionato né irragionevole) requisito speciale da parte della stazione appaltante, con conseguente legittimità del provvedimento d’esclusione che ne ha fatto applicazione.

Per tali ragioni, le censure formulate dalla Dimension Plastic non sono condivisibili.

4. Col quarto motivo di ricorso riproposto la Dimension Plastic si duole dell’omessa considerazione della possibilità che la prestazione riferita al suddetto sistema informatizzato di attribuzione possa essere eseguita da terzi sulla base di contratti di cooperazione in essere, a norma dell’art. 105, comma 3, lett. *c-bis*), d.lgs. n. 50 del 2016.

In tale contesto, l’appellante censura anche l’omessa attivazione del soccorso istruttorio al riguardo da parte della stazione appaltante, in ordine alle modalità di esecuzione della prestazione accessoria.

4.1. Il motivo non è condivisibile.

4.1.1. Ai fini del rigetto è sufficiente osservare come la richiesta formulata dalla stazione appaltante coincidesse con un vero e proprio *requisito speciale* previsto in capo ai concorrenti, in termini di pregressa esperienza nei sensi esplicitati dalla *lex specialis*.

Come tale lo stesso doveva essere *posseduto e dimostrato* dai concorrenti - chiamati a “*certifica[re]*” l’eseguito svolgimento di forniture similari, e “*a tal fine [altresì ad] allega[re] i [...] certificati di regolare fornitura*” (profilo, questo, su cui l’appellante non muove peraltro specifiche censure) - sicché non può assumere rilievo, di suo, il richiamo alla (distinta e astratta) possibilità di soddisfazione della prestazione a mezzo di cooperazione.

Né risulta centrato in tale contesto il richiamo alla mancata attivazione del soccorso istruttorio, nei sensi invocati dalla stessa appellante: è assorbente osservare al riguardo che Dimension Plastic, pur richiamando il detto soccorso istruttorio, non ha fornito neanche nella presente sede evidenza della soddisfazione della suddetta previsione della *lex specialis* nei termini (dalla stessa Dimension Plastic)

affermati; di qui la non pertinenza del richiamo al (difetto di) soccorso istruttorio, che, come noto, va soddisfatto - laddove invocato per superare la contestata carenza di un requisito - in sede processuale, mediante dimostrazione del possesso sostanziale dello stesso (cfr., su tutte, Cons. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 975).

Ciò anche a prescindere peraltro dai principi affermati dalla giurisprudenza in ordine al fatto che, in termini generali, i richiamati contratti continuativi di cooperazione di cui all'art. 105, comma 3, lett. c-bis), d.lgs. n. 50 del 2016 (che devono tra l'altro essere «*sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto*»), afferiscono alla fase esecutiva del rapporto contrattuale e come tali non consentono l'apporto di qualifiche o requisiti soggettivi mancanti (cfr. Cons. Stato, III, 17 novembre 2020, n. 7142; 19 maggio 2020, n. 3169; per ulteriori connessi profili, cfr. anche Cons. Stato, V, 17 aprile 2023, n. 3856).

Di qui il rigetto del motivo di doglianza.

5. Col quinto motivo di ricorso riproposto l'appellante deduce l'illegittima adozione del provvedimento d'aggiudicazione (in data 26 giugno 2023), allorché era ancora in corso la procedura di verifica del possesso dei requisiti in capo alla ricorrente, conclusasi solo il 30 giugno 2023.

5.1. Il motivo non è suscettibile di favorevole considerazione, atteso che dallo stesso non emergono (né la ricorrente esplicita adeguatamente) ragioni d'illegittimità sostanziale nell'azione amministrativa, da valutare e apprezzare in relazione a ciascun provvedimento in sé, e nella specie rispetto a quello di aggiudicazione, che non si vede perché debba ritenersi illegittimo (pur a fronte della dedotta anticipazione procedimentale rispetto all'esclusione) una volta confermata la legittimità dell'esclusione di Dimension Plastic. Al più, si sarebbe di fronte a una deviazione procedurale del tutto priva di effetti sostanziali rispetto al provvedimento d'aggiudicazione, da ritenersi perciò in sé non viziato (*arg. anche ex art. 21-octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990).

Ciò senza considerare peraltro che dalle risultanze a Me.P.A. prodotte dall'amministrazione emerge come i provvedimenti di esclusione e aggiudicazione siano stati adottati in pari data (*i.e.*, 26 giugno 2023), salva la successiva formalizzazione e comunicazione dell'esclusione alla Dimension Plastic il 30 giugno 2024.

Di qui l'assenza dei profili d'illegittimità invocati dalla ricorrente.

6. Col sesto motivo l'appellante deduce illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione, quale effetto dell'erronea esclusione della ricorrente.

6.1. Il motivo va respinto, in conseguenza del rigetto dei precedenti, trattandosi di censura proposta in via derivata, che di per sé viene meno al rigetto delle doglianze formulate avverso il provvedimento d'esclusione.

7. In conclusione, per le suesposte ragioni, decidendo sul ricorso di primo grado nei termini suindicati, lo stesso va respinto.

7.1. La complessità della fattispecie giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, decidendo sul ricorso di primo grado, lo respinge, come in motivazione;

Compensa integralmente le spese di lite fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere