N. 03282/2025REG.PROV.COLL.

N. 08302/2024 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8302 del 2024, proposto dalla società Tre G - S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Silvio Garofalo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la Aorn San Giuseppe Moscati, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lydia D'Amore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

la società Regionale per la Sanità – So.Re.Sa. S.p.A., non costituita in giudizio;

nei confronti

della Nichelv- S.r.l in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana e Sergio Grillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

LAVORI PUBBLICI

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sede di Salerno, n. 1765/2024,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Aorn San Giuseppe Moscati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale, proposto dalla società Nichelv S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2025 il Cons. Antonio Massimo Marra e sentiti difensori delle parti come in atti.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante principale Tre G S.r.l. ha partecipato, alla «Procedura aperta per l'affidamento in concessione per un periodo di sette anni di spazi finalizzati alla gestione del Servizio di Bar, Posto di Ristoro e Servizio distribuzione automatica di bevande, *snack*, acqua, bibite nei plessi ospedalieri dell'A.O.R.N., Città Ospedaliera in Avellino e Plesso Ospedaliero di Solofra», approvata con Deliberazione del Direttore Generale n. 69/2022.

1.1. La procedura è stata suddivisa in tre lotti; la odierna società appellata Nichelv-S.r.l classificatasi al secondo posto nella graduatoria, relativamente al Lotto 1, ha chiesto al Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Salerno, l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della società Tre G s.r.l., con Deliberazione n. 1015 del 27 settembre 2023.

LAVORI PUBBLICI

1.2. Si è costituita in giudizio la Azienda Ospedaliera di Rilevo Nazionale "San Giuseppe Moscati" di Avellino, per chiedere la reiezione del ricorso, di cui ha eccepito la infondatezza.

1.3. Si è costituita in giudizio anche Società Tre G - S.r.l., odierna appellante, concludendo negli stessi termini.

2. Con ricorso incidentale, notificato il 4 dicembre 2023, avanti al medesimo Tribunale, la società Tre G ha sostenuto che Nichelv sarebbe dovuta essere, a sua volta, esclusa dalla gara per mancanza dei requisiti di partecipazione alla gara e, segnatamente, del requisito dell'iscrizione da almeno cinque anni nei registri della CC.II.AA. per attività coerenti con quelle oggetto di gara (gestione servizio del bar – punto di ristoro – tavola calda – servizio di distribuzione automatica di bevande, *snack* e bibite).

2.1. Con atto notificato e depositato in data 19 gennaio 2024, la società Nichelv s.r.l. ha, a sua volta, proposto ricorso incidentale (nel ricorso RG 46 del 2024), in relazione alla offerta tecnica proposta dalla società Tre G, asseritamente ritenuta viziata da c.d. "aliud pro alio" *e/o* "condizionata" in relazione alle previsioni di cui all'articolo 2 del C.S.A.

2.2. Infine, all'esito del giudizio così incardinato, il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sede di Salerno, (di qui in avanti, per brevità, solo il Tribunale), con la sentenza n. 1765 del 25 settembre 2024, previa riunione dei ricorsi, rispettivamente n. R.G. 1750 del 2023, proposto da Nichelv (avente ad oggetto l'aggiudicazione della gara alla società Tre G) e, n. R.G. 46 del 2024, proposto da quest'ultima società Tre G (avente ad oggetto revoca della aggiudicazione alla società odierna appellante della gara per il servizio di gestione del *bar*): *i.* ha respinto il ricorso principale e dichiarato improcedibile il ricorso incidentale n. RG

46/2024; *ii.* ha dichiarato improcedibili il ricorso principale e il ricorso incidentale n. R.G. 1750/2023.

3. Avverso tale sentenza ha proposto appello principale la società Tre G - S.r.l., deducendo tre motivi e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con il conseguente annullamento degli atti impugnati e, ove possibile, l'aggiudicazione della gara o, in subordine, il risarcimento del danno.

3.1. Si sono costituite per opporsi all'appello la società Nichelv, che ha proposto appello incidentale e l'Azienda Ospedaliera San Giuseppe Moscati" di Avellino.

3.2. Nella camera di consiglio del 21 novembre 2024, fissata per la disamina della domanda cautelare proposta dall'appellante principale ai sensi dell'art. 98 c.p.a., il Presidente del Collegio, sull'accordo dei difensori, ha rinviato la causa, per il sollecito esame del merito, all'udienza pubblica del 6 marzo 2025.

3.3. Infine nell'udienza del 6 marzo 2025, il Collegio, ha trattenuto la causa in decisione.

4. L'appello principale della società Tre G deve essere accolto limitatamente al primo motivo sulla contestazione della irregolarità fiscale, stigmatizzata nella impugnata sentenza; deve essere, peraltro, accolto anche l'appello incidentale di Nichelv, là dove si contesta la violazione dell'art. 2 del CSA, in relazione alla offerta tecnica ritenuta viziata da c.d. "aliud pro alio" e/o "condizionata".

4.1. Con il primo articolato motivo del ricorso principale, Tre G contesta, anzitutto, l'erroneità della sentenza gravata, nella parte in cui ha respinto i primi due motivi dedotti avanti al Tribunale, relativi alla revoca dell'aggiudicazione, in favore dell'odierna appellante, fondata sull'erroneo presupposto della sua irregolarità fiscale.

LAVORI PUBBLICI

4.2. Il primo giudice si sarebbe limitato a confermare pedissequamente le conclusioni dell'amministrazione intimata, là dove è stato escluso «il requisito della regolarità fiscale alla data del 27 settembre 2023 (data della verifica), almeno fino al 21 dicembre 2023, quando l'Agenzia delle Entrate si era limitata ad attestare che il debito tributario fosse inferiore alla soglia di € 5.000,00 a seguito degli sgravi delle predette cartelle, tutti di gran lunga successivi alla notifica degli atti impositivi ».

4.3. Sul punto specifico l'appellante principale evidenzia, in contrario che, sia la certificazione della Agenzia delle Entrate - Ufficio Territoriale di Avellino del 10 novembre 2023, sia quella dell' Agenzia delle Entrate - Riscossione del 21 dicembre 2023, sia, infine, le successive cartelle di pagamento, notificate alla società appellante nei mesi di maggio/giugno 2023, avrebbero avuto ad oggetto un debito fiscale allegatamente inesistente, in ragione dell'assorbente considerazione che gli importi degli atti impositivi presupposti, sarebbero stati tutti già corrisposti dalla società Tre G, anteriormente alla data di partecipazione alla gara del 24 gennaio 2023. Del resto, soggiunge la società appellante, lo sgravio delle cartelle di pagamento, notificate alla società Tre G nel visto bimestre maggio/giugno 2023, non può che avere effetto dalla data del pagamento, non potendosi imputare alla contribuente il ritardo della comunicazione da parte dell'Ufficio.

4.4. Risulterebbe, quindi, evidente, a giudizio dell'appellante, che il primo giudice si è limitato a scrutinare in maniera solo formale i primi due motivi di ricorso, avendo omesso di analizzare la surrichimata documentazione da cui emergeva la regolarità fiscale contributiva di Tre G, senza alcuna interruzione, come attestato da entrambe le Agenzie: di qui la illegittimità della revoca della aggiudicazione.

5. Il motivo, per le ragioni che seguono, è fondato.

LAVORIPUBBLICI

5.1. E' vero che la prevalente giurisprudenza amministrativa (C.d.S., Sez. V, 12 febbraio 2018, n. 856), come ricorda il primo giudice, ha chiarito che: "la definitività dell'accertamento tributario decorre non dalla notifica della cartella esattoriale, bensì dalla comunicazione di quest'ultimo: la cartella di pagamento costituisce infatti "solo uno strumento in cui viene enunciata una pregressa richiesta di natura sostanziale, cioè non possiede […] alcuna autonomia che consenta di impugnarla prescindendo dagli atti in cui l'obbligazione è stata enunciata" (*ex multis*, Cass., SS.UU., 8 febbraio 2008, n. 3001); laddove, è l'avviso di accertamento l'atto mediante il quale l'ente impositore notifica formalmente la pretesa tributaria al contribuente, a seguito di un'attività di controllo sostanziale.

5.2. Nella fattispecie all'esame non può, tuttavia, ritenersi sussistente il requisito della "definitività" del debito tributario; quale requisito che certamente sarebbe rilevante ai fini della legittimità dell'esclusione di Tre G dalla gara, disposta ai sensi dell'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016.

5.3. Dalla documentazione allegata nel primo grado di giudizio (esito istruttorio, attestazione e chiarimenti alla SA) la situazione effettiva risulta, infatti, essere la seguente e precisamente: *i.* il certificato rilasciato in data 28 settembre 2023, riporta anzitutto le cartelle di pagamento quali carichi definitivi, perché -a quella data- gli sgravi non erano ancora stati disposti; tali sgravi fiscali, infatti, risultano eseguiti soltanto a seguito del rilascio del certificato; *ii.* tuttavia, i medesimi sgravi sono stati disposti, non perché la società avesse effettuato il pagamento dopo la notifica delle cartelle, ma in quanto, su istanza di parte, a mezzo applicativo CIVIS, sono stati abbinati i versamenti che la società aveva già eseguito con il modello *F24*, già prima della notifica delle cartelle stesse.

LAVORI PUBBLICI

5.4. Risulta, dunque, non irragionevole concludere nel senso che di fatto, la società alla data del rilascio del certificato, si trovava in una situazione certamente regolare, poiché i versamenti erano stati effettuati, seppur non abbinati alla dichiarazione, la cui causa -del mancato abbinamento automatico- rimane, per vero, non del tutto chiaro, ma verosimilmente potrebbe essere stato determinato dall'erronea indicazione di qualche dato da parte della società nella compilazione del su visto modello.

5.5. In conclusione per quanto osservato, la posizione della società Tre G non può ritenersi irregolare e, dunque, il motivo come detto deve essere accolto.

5.6. Di qui, complessivamente, la fondatezza del motivo in esame.

6. Occorre ora procedere all'esame del secondo motivo, fatto valere da TRE G, che investe lo scorrimento della graduatoria in favore della società controinteressata.

6.1. In particolare, la ricorrente principale ha contestato lo scorrimento della graduatoria in favore della società Nichelv in quanto iscritta di registri della CCIIAA di Avellino, con il codice ATECO, corrispondente all'attività di commercio per mezzo di distributori automatici, asseritamente non coerente con le attività oggetto di gara per il lotto n. 1, vale a dire per l'attività di gestione del bar- punto di ristoro presso la città ospedaliera di Avellino, come espressamente richiesto dall'art. 8.1. lett. *A* del disciplinare di gara.

6.2. Il primo giudice ha respinto il terzo motivo di ricorso della società Tre G, avendo interpretato tale disposizione del capitolato come congruenza contenutistica tra le risultanze descrittive dell'iscrizione camerale e l'attività oggetto della gara di appalto; circostanza che, secondo il primo giudice, sarebbe stata soddisfatta dalla visura camerale da cui risultava che:… *era oggetto della società la somministrazione al*

pubblico di alimenti e bevande, ancorché a mezzo di distributori automatici inquadrata in un codice Ateco . n. 47.99.2, anziché 56.30.00.

6.3. Il Tribunale ha ritenuto, quindi, non incoerenti le prestazioni svolte da Nichelv, con quelle da assumere", tenuto conto che, tale requisito, postula, in capo all'operatore economico, la titolarità dell'iscrizione camerale dell'attività prevalente che intende assumere, purché rientrante tra risultanze descrittive dell'iscrizione presso la Camera di commercio, requisito ritenuto sussistente in capo alla società aggiudicataria, come confermato dal visto raffronto tra le risultanze descrittive del certificato camerale dell'impresa Nichelv e le attività oggetto del contratto di appalto: vi sarebbe, quindi, corrispondenza tra queste ultime e quelle oggetto di iscrizione.

6.4. Secondo la tesi dell'appellante, invece, la società Nichelv sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara, per insussistenza del requisito della capacità professionale, erroneamente riconosciuto dal giudice di prime cure.

6.5. La statuizione avrebbe violato a dire della ricorrente la *lex specialis,* costituita dall'art. 8, comma 1, lett. *A*), del disciplinare di gara, avendo il primo giudice erroneamente confuso il requisito dell'*idoneità professionale* di cui all'art. 83, comma 1, lett. a) D. Lgs. n. 50/2016, con il distinto requisito della *capacità professionale* di cui all'art. 83 comma 1, lett. b), D. Lgs. n. 50/2016.

6.6. Il motivo deve essere respinto.

6.7. Il primo giudice, del tutto correttamente ha, anzitutto, evidenziato che "la coerenza tra le prestazioni svolte e quelle da assumere presuppone, in capo all'operatore economico, la titolarità dell'iscrizione camerale per l'attività prevalente che intende assumere, purché rientrante tra le risultanze descrittive dell'iscrizione presso la Camera di Commercio".

6.8. Il requisito della idoneità professionale, quale iscrizione camerale, da almeno cinque anni, per

attività congruenti con quella oggetto del bando risulta quindi correttamente interpretato come *congruenza contenutistica* tra le attività descritte nell'iscrizione camerale e quelle oggetto della gara di appalto.

6.9. D'altro canto, come chiarito dalla giurisprudenza consolidata, i codici Ateco, non rivestono finalità certificative dell'attività svolta in concreto dall'impresa, di tal che essi non rilevano ai fini dell'attribuzione del requisito sostanziale d'idoneità professionale, richiesto dal bando ai fini dell'ammissione alle pubbliche gare, avendo finalità essenzialmente statistiche (Consiglio di Stato, Sez. V, 17.1. 2023, n. 564).

6.10. Nel caso in esame il disciplinare di gara, non richiedeva il Codice Ateco che, in ogni caso, si ribadisce, riveste essenzialmente valore statistico; bensì il possesso dell'iscrizione camerale per attività coerenti con quelle oggetto di gara, servizio di gestione di bar, punto di ristoro, tavola calda.

6.11. La società Nichelv risulta, infatti, in possesso dell'iscrizione camerale per i servizi di distribuzione automatica di cibo e bevande, (codice ATECO 47.99.2) ed ha esercitato in precedenza l'attività per cui è causa, poiché iscritta, tra le altre, anche per attività di gestione, … "di ristoranti, tavole calde, *fast food*, nell'ambito di strutture pubbliche e/o private quali, aziende, caserme, ospedali, aeroporti stazioni ferroviarie, *etc*".

6.12. La censura deve essere, perciò, respinta.

6.13. Il ricorso principale della società Tre G deve essere, quindi, accolto limitatamente al primo motivo di appello.

7. Occorre ora procedere all'esame dell'appello incidentale proposto da Nichelv, volto ad evidenziare taluni profili di illegittimità dell'offerta tecnica presentata da Tre

G, che avrebbe dovuto determinare la sua esclusione dalla procedura di gara, ove fosse stata scrutinata dal primo giudice.

7.1. Ad avviso della appellante incidentale, la sentenza del Tribunale sarebbe erronea in relazione alla circostanza che la concedente non avrebbe escluso l'offerta della TRE G, malgrado la stessa dovesse ritenersi aleatoria, poiché di fatto "condizionata" ad un complesso *iter* autorizzatorio, da renderne del tutto incerta la effettiva realizzazione.

7.2. La censura proposta con il ricorso incidentale, nella sua complessa articolazione, deve trovare accoglimento per le seguenti rispettive ragioni.

7.3. Anzitutto va rilevato che dalla stessa relazione tecnica prodotta dalla società appellante traspare, invero, il carattere aleatorio dell'offerta, là dove viene espressamente dato atto, non solo della circostanza che la proposta progettuale *dovrà essere preliminarmente assoggettata ad un complesso iter autorizzatorio da parte delle competenti Autorità*, ma soprattutto del fatto che non si sarebbe potuto escludere un possibile adeguamento strutturale ed impiantistico.

7.4. È evidente, quindi, come ha ben evidenziato Nichelv che, nel caso che occupa, la realizzazione del progetto della ricorrente principale non può ritenersi sorretto da un *concreto impegno*, non solo perché connotato da ragionevoli incertezze circa la sua oggettiva fattibilità: i. le aree considerate dalla ricorrente principale, esulano non solo dalla superficie oggetto di concessione; ii. il progetto evidenzia un assetto strutturale, per vero, complesso tale da modificare le condizioni di utilizzo delle aree stesse; ma anche perché, il contenuto dell'offerta tecnica, non può prescindere -ai fini della sua effettiva realizzazione- da atti di assenso, che rappresentano eventi "futuri" e "incerti", il cui realizzarsi non rientra nella esclusiva determinazione della società Tre G..

LAVORI PUBBLICI

7.5. Dalla documentazione prodotta nel primo grado di giudizio (cfr. relazione tecnica), e non efficacemente e contraddetta dalla controparte, emerge chiaramente che l'intervento proposto dalla ricorrente principale è subordinato come detto al rilascio di plurimi titoli autorizzativi, quali permessi di costruire da parte del Comune di Avellino, il parere igienico sanitario della, oltre alla modifica sostanziale del certificato di prevenzione incendi esistente.

7.6. La stessa relazione chiarisce, infatti, che *l'intervento proposto va modificato allo stato del piano interrato con conseguente invalidazione di tutte le autorizzazioni esistenti*; ed ancora: "l'edificio in questione è di per sé molto complesso e quindi modificando le condizioni di utilizzo delle aree se inficia tutta la regolarità delle autorizzazioni rilasciate dalle autorità competenti".

7.7. Le suddette argomentazioni dell'appellante incidentale devono essere, dunque, condivise trovando conferma anche nella consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, là dove ha avuto modo di chiarire che il carattere "condizionato" di una offerta si manifesta in tutte quelle ipotesi in cui la proposta non sia suscettibile di valutazione concreta ed oggettiva.

7.8. Ne discende che, per tutte le ragioni sin qui esposte, tale profilo di censura dell'appellante incidentale deve essere accolto, dovendosi ritenere illegittima la valutazione della concedente della proposta progettuale ai requisiti minimi previsti dalla *lex specialis* per rivestire l'offerta della ricorrente principale non conforme a quanto prescritto dal bando di gara.

7.9. Né a conclusioni distinte e diverse potrebbe poi condurre la circostanza che la legge di gara non commini una espressa sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle richieste, risolvendosi tale difformità, come chiarito dalla prevalente giurisprudenza, in un *aliud pro alio* che comporta di per sé

l'esclusione dalla gara anche in mancanza di un'apposita comminatoria in tal senso (*ex multis* Cons. Stato V 25 luglio 2019, n. 5260).

7.10. L'appello incidentale deve essere, pertanto, accolto con conseguente annullamento della mancata esclusione dalla procedura dell'offerta di Tre G.

Dall'accoglimento dell'appello incidentale e dal rigetto del secondo motivo dell'appello principale, attinente la richiesta di esclusione dell'appellata, deriva il rigetto dell'istanza di parte appellante di annullamento dell'aggiudicazione con conseguente subentro e risarcimento del danno.

8. Le spese del presente grado del giudizio possono compensarsi attesa la complessità delle questioni.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando: sull'appello principale proposto da Tre G s.p.a. e sull'appello incidentale proposto da Nichelv li accoglie entrambi nei limiti e nei sensi di cui in motivazione.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati

Michele Corradino, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

LAVORI PUBBLICI

L'ESTENSORE
Antonio Massimo Marra

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI