

**Tribunale Amministrativo Regionale per la
Campania
Sezione I**

Sentenza 4 marzo 2022, n. 1458

PRESIDENTE: SALAMONE - ESTENSORE: ESPOSITO
FATTO

La società ricorrente partecipava quale mandataria del costituendo RTP alla procedura telematica indetta dal Comune di San Lorenzo Maggiore, per l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa delle attività di progettazione definitiva, progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, relative ai lavori di sistemazione del movimento franoso di Via Pezzillo, dall'importo al netto di euro 171.000,00.

All'esito delle operazioni di gara è stata disposta l'aggiudicazione in favore del RTP controinteressato, che ha riportato un punteggio complessivo di 92,347, seguito con 91,787 punti dal raggruppamento di cui è mandataria la società ricorrente.

Quest'ultima ha impugnato con il ricorso introduttivo l'aggiudicazione e i provvedimenti ed atti indicati in epigrafe, reclamando l'aggiudicazione in proprio favore e formulando le riferite richieste.

Sono dedotti vizi attinenti al possesso dei requisiti in capo al RTP aggiudicatario, al contratto di avvalimento e alla valutazione dell'offerta tecnica del concorrente.

Si sono costituiti in giudizio per resistere il Comune e il controinteressato, producendo memorie difensive; si sono altresì costituite le Amministrazioni statali e la Consip, evocate in giudizio.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza dell'1 dicembre 2021, n. 2057.

Con atto notificato il 10 dicembre 2021 (depositato il 14 dicembre 2021) la ricorrente ha proposto primi motivi aggiunti.

Ha tratto spunto dalle vicende interessanti la società ausiliaria, che ne hanno determinato la perdita dei requisiti *ex art. 80 del d.lgs. n. 50/2016*, riguardanti

un'inchiesta giudiziaria penale a carico dell'amministratore, del socio e del direttore tecnico (va incidentalmente precisato dal Collegio che, in ragione delle esigenze di tutela della riservatezza, nel prosieguo l'ausiliaria sarà indicata con le sole iniziali della denominazione sociale).

Ciò posto, rappresenta di aver diffidato il Comune a revocare in autotutela l'aggiudicazione; evidenzia che il RTP aggiudicatario non può più avvalersi delle prestazioni dell'ausiliaria e sostiene che quest'ultima non potrebbe essere sostituita, altrimenti producendosi la modifica dell'offerta (avendo l'ausiliaria prestato i requisiti di cui l'aggiudicatario era completamente privo ed essendosi direttamente impegnata a eseguire le prestazioni).

Il Comune e il controinteressato hanno depositato memorie ed esibito la nota prot. 140 del 7 gennaio 2022, con cui il r.u.p. ha invitato l'aggiudicatario alla sostituzione dell'ausiliaria.

La nuova istanza cautelare è stata respinta con ordinanza del 12 gennaio 2022, n. 79.

Il cont[r]interessato ha poi prodotto in giudizio la nota con cui ha comunicato di aver sostituito l'ausiliaria, unitamente al nuovo contratto di avvalimento.

Con secondi motivi aggiunti (notificati il 21 gennaio 2022 e depositati il 24 gennaio 2022) la ricorrente ha ulteriormente censurato l'attività della stazione appaltante che ha consentito la sostituzione dell'ausiliaria.

Per l'udienza pubblica la difesa erariale ha depositato memoria con cui ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva; le parti private hanno prodotto scritti difensivi.

All'udienza pubblica del 23 febbraio 2022 la causa è stata assegnata in decisione.

DIRITTO

1. È impugnata, unitamente agli atti indicati in premessa, l'aggiudicazione della gara di cui alla determinazione n. 82 del 12 ottobre 2021 del Responsabile del 3° Settore - Tecnico Manutentivo del Comune di San Lorenzo Maggiore.

Occorre preliminarmente dar conto dell'eccezione sollevata dalla difesa erariale, la quale osserva che le domande sono volte a censurare provvedimenti dell'Ente locale e che, pertanto, i Ministeri evocati in giudizio sono privi di legittimazione passiva.

L'eccezione è fondata, non rinvenendosi alcuna ragione che giustifichi la partecipazione al giudizio del Ministero dell'interno e del Ministero dell'economia e delle Finanze, alla cui sfera di competenze non è riconducibile l'attività che ha condotto all'aggiudicazione controversa.

Per lo stesso motivo, oltre ai suddetti Ministeri, è ravvisabile il difetto di legittimazione passiva della Consip s.p.a., rilevabile d'ufficio.

Conseguentemente, va disposta l'estromissione dal giudizio del Ministero dell'interno, del Ministero dell'economia e delle Finanze e della Consip.

2. Si può passare all'esame delle censure.

2.1. La gara ha ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva e il coordinamento sicurezza in fase di progettazione, relativamente ai lavori di sistemazione del movimento franoso di Via Pezzillo, per opere riconducibili alle categorie S.04 ("Strutture o parti di strutture in muratura, legno, metallo - Verifiche strutturali relative - Consolidamento delle opere di fondazione di manufatti dissestati - Ponti, Paratie e tiranti, Consolidamento di pendii e di fronti rocciosi ed opere connesse, di tipo corrente - Verifiche strutturali relative") e V.01 ("Interventi di manutenzione su viabilità ordinaria").

Il criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa ha previsto l'attribuzione di 80 punti all'offerta tecnica, 10 all'offerta temporale e 10 all'offerta economica (punto 18 del disciplinare).

2.2. Relativamente al possesso dei requisiti, per quanto qui interessa, il disciplinare ha richiesto:

- al punto 7.2 (requisiti di capacità economica e finanziaria):

"d) Fatturato globale minimo per servizi di ingegneria e di architettura relativo ai migliori tre degli ultimi cinque esercizi disponibili antecedenti la data di pubblicazione del bando per un importo pari a 2 (due) volte l'importo posto a base di gara: euro 355.680,00";

- al punto 7.3 (requisiti di capacità tecnica e professionale):

"f) Elenco di servizi di ingegneria e di architettura espletati negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando e relativi ai lavori di ognuna delle categorie e ID indicate nella successiva tabella e il cui importo complessivo, per ogni categoria e ID, è almeno pari a 1 (una) volta l'importo stimato dei lavori della rispettiva categoria e ID";

"g) Servizi riferiti a tipologia dei lavori analoghi per dimensione e per caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento di ingegneria e architettura (servizi di punta) espletati negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, con le seguenti caratteristiche: l'operatore economico deve aver eseguito, per ciascuna delle categorie e ID della successiva tabella, due servizi per lavori analoghi, per dimensione e caratteristiche tecniche, a quelli oggetto dell'affidamento, di importo complessivo, per ogni categoria e ID, almeno pari a 0,40 (zerovirgolaquaranta) volte il valore della medesima".

IL RTP aggiudicatario, privo dei requisiti, ha fatto ricorso all'avvalimento.

Con il contratto del 28 maggio 2021 l'ausiliaria G.E. si è impegnata a mettere a disposizione i predetti requisiti (dettagliati ai punti 1, 2 e 3), "ai fini della partecipazione del bando di gara per l'affidamento del presente appalto, nonché per lo svolgimento delle prestazioni di servizi previste dal bando di gara" (pag. 2) e, per ciò che concerne il requisito di capacità tecnica e professionale dei servizi di punta, sono indicati nel contratto di avvalimento tre servizi analoghi svolti dalla ausiliaria, per i Comuni di San Giuliano di Puglia, Foiano di Valfortore e Castelnuovo della Daunia.

È dichiarato in contratto (pag. 3) quanto segue:

«B) L'impegno a mettere a disposizione quanto specificato al punto A, e di cui ai punti 1, 2, 3 decorre dalla data di stipula del presente contratto ed è assunto per l'intera durata dell'appalto.

C) L'impresa ausiliaria si impegna ad eseguire direttamente i servizi per cui le capacità sono richieste (Consiglio di Stato, Sentenza n. 2191/2019)».

2.3. Tanto esposto circa i requisiti richiesti, quanto ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica il punto 18.1 ha previsto l'attribuzione (limitatamente agli aspetti controversi in questo giudizio):

- di 30 punti per il criterio A - Professionalità ed adeguatezza dell'offerta ("Professionalità e adeguatezza dell'offerta desunta da un numero massimo di tre servizi relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare le prestazioni d'incarico e che sotto il profilo tecnico, tecnologico, funzionale e secondo i criteri desumibili dalle tariffe professionali, siano qualificabili affini a quelli oggetto dell'affidamento");

- di 10 punti per il criterio B - Caratteristiche metodologiche dell'offerta, *sub-criterio B.3* ("Adeguatezza dei profili che compongono il gruppo di lavori, in

relazione alla qualificazione professionale, alla relativa formazione, alle principali esperienze analoghe all'oggetto del contratto").

Il RTP aggiudicatario ha ottenuto (verbale della Commissione di gara n. 4 del 25 giugno 2021):

- punti 30 per il criterio A;
- punti 8,409 per il criterio B.3.

Per effetto della riparametrazione ha conseguito il massimo punteggio per l'offerta tecnica.

3. Come anticipato nelle premesse in fatto, la ricorrente deduce vizi concernenti il contratto di avalimento e l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica del concorrente, con profili tra loro connessi.

Rimarca che il RTP, privo dei requisiti, ha fatto ricorso interamente all'avalimento con società ausiliaria, impegnatasi a eseguire le prestazioni.

3.1. Con il primo motivo afferma che:

a) non poteva farsi ricorso all'avalimento in chiave premiale, ossia non solo per comprovare i requisiti di partecipazione ma anche al fine di conseguire la massima valutazione dell'offerta tecnica per il criterio A, relativo ai tre servizi di punta che misurano la capacità tecnica propria del concorrente, ma che non sono stati svolti dall'aggiudicatario bensì dall'ausiliaria;

b) il contratto di avalimento è nullo poiché indeterminato, in quanto privo dell'individuazione delle risorse messe a disposizione da parte dell'ausiliaria.

Con lo stesso motivo è contestata l'attribuzione del punteggio per il criterio B.3 - "Adeguatezza dei profili che compongono il gruppo di lavori", osservando che il RTP aggiudicatario, pur difettando dei requisiti tecnici e professionale (integralmente ricorrendo all'avalimento) ha pur tuttavia esposto nella propria offerta i profili dei componenti del RTP e non dei professionisti della società ausiliaria, che esegue le prestazioni e ha svolto i servizi indicati in contratto per la dimostrazione della suddetta capacità.

3.2. L'ulteriore motivo è incentrato sull'attribuzione del punteggio per i suddetti criteri A e B.3, riproponendo sostanzialmente le stesse doglianze.

È cioè ripetuto che è illegittima l'assegnazione di 30 punti per i servizi di punta (non svolti dal concorrente ma dall'ausiliaria), nonché di punti 8,409 per i profili professionali dei componenti del RTP (non valutabili in quanto essi non

hanno eseguito i servizi spesi quali pregresse esperienze, svolti invece dall'ausiliaria).

È ancora dedotto, da ultimo, che neppure vi è corrispondenza tra i servizi di punta indicati per la valutazione dell'offerta tecnica e quelli che formano oggetto del contratto di avalimento (risulta che in quest'ultimo erano indicati i servizi svolti dalla G.E. per i Comuni di San Giuliano di Puglia, Foiano di Valfortore e Castelnuovo della Daunia, mentre nell'offerta tecnica del RTP aggiudicatario al posto del primo si indicava il servizio svolto per il Comune di San Bartolomeo in Galdo, pur sempre eseguito dalla ausiliaria).

La ricorrente sostiene che ciò determina la mancanza di un elemento essenziale e in ogni caso la decurtazione del punteggio, per l'estraneità del servizio indicato al contratto di avalimento.

3.3. Oggetto di entrambi i motivi aggiunti è l'ammissibilità della sostituzione dell'ausiliaria (incorsa in vicende che ne hanno causato la perdita dei requisiti).

È contestato che, eseguendo per l'intero la prestazione ed essendo ad essa riconducibili tutti i requisiti richiesti e i servizi valutati con l'attribuzione dei punteggi, la sua sostituzione determinerebbe una inammissibile modifica dell'offerta tecnica.

4. Riassumendo, parte ricorrente sostiene che:

- si sia fatto ricorso ad un avalimento premiale non consentito (con l'illegittima attribuzione di 30 punti per il criterio A);
- i servizi di punta fatti valere non sono riconducibili ai componenti del RTP aggiudicatario, per cui non poteva essere valutata in loro favore l'adeguatezza dei profili professionali (criterio B.3);
- è nullo per indeterminatezza il contratto di avalimento;
- in ragione della specificità dell'avalimento (con possesso dei requisiti e prestazioni interamente a carico dell'ausiliaria), non potrebbe effettuarsi la sua sostituzione se non determinando la modifica dell'offerta tecnica.

4.1. Per il rapporto di continenza tra le censure articolate con il ricorso introduttivo, va previamente esaminato il motivo con cui si deduce la nullità del contratto di avalimento.

Occorre a tal fine qualificare l'avalimento in questione come di garanzia o tecnico-operativo.

Con riferimento a quanto dispone l'art. 89, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 ("il contratto di avalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria"), la giurisprudenza ha ancora da ultimo operato la distinzione di cui sopra, statuendo che: "È noto che, secondo orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, a seconda che si tratti di avalimento c.d. garanzia ovvero di avalimento c.d. tecnico o operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria; in particolare, solo in caso di avalimento 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. C.d.S., Sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6619; V, 21 luglio 2021, n. 5485; V, 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); solo così sarà rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria" (C.d.S., Sez. V, 10 gennaio 2022, n. 169).

Tanto chiarito, reputa il Collegio che l'avalimento a cui ha fatto ricorso il RTP aggiudicatario debba qualificarsi come tecnico-operativo.

Milita in tal senso la specifica previsione del disciplinare, che al punto 7.3 suindicato ha posto i requisiti prestati tra quelli di capacità tecnico-professionale [cfr. C.d.S., cit.: "Il contratto di avalimento stipulato rientrava senz'altro nella tipologia dell'avalimento c.d. operativo poiché l'ausiliaria si impegnava a prestare requisiti di capacità tecnico-professionale (giurisprudenza costante, cfr. per tutte C.d.S., Sez. IV, 11 novembre 2020, n. 6932; V, 21 febbraio 2020, n. 1330)"].

Essi, del resto, misurano nella specie la concreta capacità del concorrente all'esecuzione delle prestazioni, tant'è che l'indicazione dei servizi forma altresì oggetto della valutazione dell'offerta tecnica, reputandosene la professionalità ed adeguatezza in base a quelli "relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare le prestazioni d'incarico", in quanto affini "sotto il profilo tecnico, tecnologico, funzionale" (art. 18.1, criterio A).

Avuto riguardo a ciò, si profila carente il contratto di avalimento stipulato tra il RTP aggiudicatario e la G.E., il quale non reca alcuna indicazione delle effettive risorse messe a disposizione dall'ausiliaria.

Detto contratto fissa l'impegno dell'ausiliaria "a mettere a disposizione quanto specificato al punto A, e di cui ai punti 1, 2, 3" (ovverossia, i requisiti di cui ai punti 7.2.d, 7.3.f e 7.3.g: fatturato globale minimo, servizi espletati negli ultimi dieci anni e servizi riferiti a tipologia di lavori analoghi), senza alcuna specificazione in concreto delle risorse umane e materiali.

Non si trascura che l'interpretazione del contratto di avalimento non soggiace a rigidi formalismi e il suo oggetto è determinabile anche *per relationem* (cfr. C.d.S., Sez. V, 20 luglio 2021, n. 5464, tra le altre), ma ciò non può valere a snaturare la regola dettata dall'art. 89 cit. e a sovvertire l'esigenza di indicazione delle risorse messe a disposizione nel caso di avalimento c.d. tecnico-operativo, nel senso che occorre 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" (C.d.S., 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. C.d.S., Sez. III, 30 giugno 2021, n. 4935)» (C.d.S., n. 169/2022, cit.).

Aderendo ai suesposti principi, il Collegio ravvisa l'inadeguatezza del contratto di avalimento tra il RTP aggiudicatario e la G.E., contenente unicamente l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione i requisiti di cui è in possesso, di tal che "non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano (C.d.S., Sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543)" (T.A.R. Lazio, Sez. III-*quater*, 11 novembre 2021, n. 11585).

Per quanto esposto va dichiarata la nullità del contratto di avalimento del 28 maggio 2021 stipulato tra il RTP Iannotti e la G.E., con le conseguenze che ne derivano sull'ammissione alla gara del concorrente, per difetto dei requisiti in assenza di un valido contratto di avalimento.

4.2. L'accoglimento del motivo spiegato sul punto conduce all'accoglimento del ricorso introduttivo ed è pienamente soddisfacente delle ragioni della ricorrente, cosicché restano assorbiti gli ulteriori motivi sull'ammissibilità dell'avalimento c.d. premiale e in ordine all'attribuzione del punteggio.

Per la denunciata illegittimità derivata, sono inoltre fondati il primo ed il secondo dei motivi aggiunti, derivando "a cascata" dalla nullità del contratto di avalimento e conseguente illegittima ammissione alla gara del concorrente, in un rapporto di stretta derivazione, l'impossibilità di provvedere in seguito alla sostituzione dell'ausiliaria.

5. Conclusivamente, previamente estromessi dal giudizio i Ministeri dell'interno e dell'economia e delle finanze e la Consip s.p.a., va dichiarata la nullità del contratto di avalimento del 28 maggio 2021 tra il RTP aggiudicatario e la G.E., ai sensi dell'art. 89, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016.

Assorbita ogni altra censura, vanno annullati gli atti impugnati, nella parte in cui il RTP Iannotti non è stato escluso per mancanza dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dal disciplinare di gara (punto 7.3), e la determinazione n. 82 del 12 ottobre 2021 del Responsabile del 3° Settore - Tecnico Manutentivo del Comune di San Lorenzo Maggiore, con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato e del diritto della società ricorrente all'aggiudicazione e al subentro, fatti salvi gli eventuali ulteriori accertamenti spettanti alla stazione appaltante.

Per le suesposte ragioni vanno altresì accolti il primo e il secondo dei motivi aggiunti, per la denunciata illegittimità derivata della censurata attività posta successivamente in essere.

Il soddisfacimento in forma specifica della pretesa esclude la spettanza del risarcimento per equivalente, domandato dalla ricorrente in via subordinata.

Per la connotazione della vicenda sono ravvisabili giustificati motivi per disporre la compensazione per l'intero delle spese di giudizio tra le parti costituite, dichiarandole irripetibili nei confronti delle parti non costituite e ponendo a carico del Comune di San Lorenzo Maggiore il rimborso in favore della ricorrente del contributo unificato per il ricorso introduttivo e, ove dovuto e versato, per i motivi aggiunti depositati il 14 dicembre 2021 e il 24 gennaio 2022.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

1) estromette dal giudizio il Ministero dell'interno, il Ministero dell'economia e delle finanze e la Consip s.p.a.;

2) accoglie il ricorso e i primi e secondi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, e per l'effetto annulla gli atti impugnati, nella parte in cui il RTP Iannotti non è stato escluso dalla gara, e la determina n. 82 del 12 ottobre 2021, con conseguente declaratoria del diritto della ricorrente all'aggiudicazione e al subentro e di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato, come chiarito in motivazione, fatti salvi gli eventuali ulteriori accertamenti spettanti alla stazione appaltante.

Compensa interamente tra le parti costituite le spese di giudizio, dichiarandole irripetibili nei confronti delle parti non costituite; pone a carico del Comune di San Lorenzo Maggiore, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, il rimborso in favore della ricorrente del contributo per il ricorso introduttivo e, ove dovuto e versato, per i motivi aggiunti depositati il 14 dicembre 2021 e il 24 gennaio 2022.

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