

Pubblicato il 07/06/2022

N. 00831/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00019/2022 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 19 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da (Omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati A. C., S. C., M. C. M., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(Omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato M. F. I., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

(Omissis); Stazione Unica Appaltante (S.U.A.); Rip. Ambiente, Suap, Sua, Trasporti e Mobilità; non costituiti in giudizio;

nei confronti

(Omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati M.C. C., A. G. O., M. C., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; (Omissis), non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

chiesto con il ricorso principale, con quello per I motivi aggiunti depositati il 10.2.2022, nonché con quello per II motivi aggiunti depositati il 9.3.2022:

1) della Determinazione Reg. Gen. n. 1468 del 30.11.2021 del Dirigente della Stazione Unica Appaltante (S.U.A.), Rip. Ambiente, SUAP, SUA, Trasporti e Mobilità del Comune (Omissis), recante ad oggetto: "Aggiudicazione appalto per l'affidamento del servizio di gestione ordinaria, di gestione delle attività di accertamento, liquidazione e riscossione volontaria e coattiva dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni, della tassa occupazione di spazi e di aree pubbliche, della tassa rifiuti giornaliera, del canone posteggi mercatali, nonché la gestione e manutenzione degli impianti pubblicitari di proprietà pubblica, anche nell'accezione di canone unico patrimoniale come previsto dalla legge n. 160/2019", trasmessa alla ricorrente a mezzo PEC in data 2.12.2021;

2) di tutti i verbali di gara allegati alla Determinazione n. 1468 del 30.11.2021:

- verbale n. 1 del 10.5.2021; - verbale n. 2 del 28.5.2021; - verbali nn. 3 e 4 del 2.9.2021; - verbale n. 5 del 21.9.2021; - verbale n. 6 del 5.10.2021, recante proposta di aggiudicazione della gara nei confronti della ditta (Omissis);

3) di ogni nota, parere, proposta, verbale, comunicazione, corrispondenza e atto in genere, comunque, connesso presupposto o conseguente, espressamente menzionato o meno nel presente ricorso, ivi inclusa la Determinazione n. 799 del 30.7.2021 del Comune di (Omissis), ed in particolare: le comunicazioni del Comune di (Omissis) prot. nn. 17373, 17389, 17384 del 13.5.2021; prot.n. 29811

del 11.8.2021; prot.n. 36937 dell'1.10.2021; la nota del 5.10.2021 (quest'ultima con protocollo non noto); - prot. n. 43081 del 18.11.2021; - prot. n. 42152 del 10.11.2021, non nota ad AT; nonché il chiarimento reso dal Comune di (Omissis) pubblicato sul portale dedicato in data 8.3.2021, atti tutti che vengono qui pure impugnati anche se non noti o non espressamente richiamati; nonché per l'accertamento, in via incidentale, della nullità del contratto di avvalimento stipulato tra (Omissis) e (Omissis);

e per la declaratoria d'inefficacia, ai sensi degli artt. 121 e 122 cpa, dell'aggiudicazione della gara a (Omissis) e del contratto d'appalto che risultasse medio tempore sottoscritto nonché la condanna del Comune di (Omissis) al risarcimento del danno ingiustamente subito dalla ricorrente in forma specifica o al risarcimento del danno per equivalente ai sensi degli artt. 124 e/o 30 e 34 cpa; nonché (chiesto con il ricorso per I e II motivi aggiunti depositati rispettivamente il 10.2.2022 ed il 9.3.2022),

per l'accesso, ai sensi dell'art. 116, c. 2, c.p.a., ai giustificativi dell'offerta prodotti da CNF nella fase di verifica di congruità svolta dal RUP del Comune di (Omissis) nonché declaratoria di nullità e/o annullamento del rifiuto di accesso di cui alla nota prot. n. 4740 dell'8.2.2022 del Comune di (Omissis);

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (Omissis) e di (Omissis);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25.5.2022 la dott.ssa Desirée Zonno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso principale notificato in data 29.12.2021, la società istante ha impugnato, unitamente a tutti gli atti ed i provvedimenti adottati nel corso della gara, l'aggiudicazione in favore della controinteressata, disposta con provvedimento dirigenziale n. 1468 del 30.11.2021, della procedura di gara aperta, dal valore stimato di € 1.251.036,13, indetta dal Comune di (Omissis) con determinazione n. 62 del 14.12.2020, per l'affidamento –per la durata di sei anni- del “servizio di gestione ordinaria, di gestione delle attività di accertamento, liquidazione e riscossione volontaria e coattiva dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni, della tassa occupazione di spazi e di aree pubbliche, della tassa rifiuti giornaliera, del canone posteggi mercatali, nonché la gestione e manutenzione degli impianti pubblicitari di proprietà pubblica, anche nell'accezione di canone unico patrimoniale come previsto dalla legge n. 160/2019”, da aggiudicarsi mediante il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa.

Il disciplinare di gara, per quanto di interesse, ha richiesto i seguenti requisiti speciali di partecipazione:

- (art. 3.2.1. – requisito di idoneità professionale) essere iscritti all'Albo dei soggetti abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento e riscossione dei tributi e delle entrate delle Province e dei Comuni, istituito presso il Ministero delle Finanze ai sensi dell'art. 53, comma 1 del D.Lgs. 15/12/1997 n. 446, e dal successivo Regolamento approvato con Decreto Ministeriale n. 289/2000. L'ammissione è limitata ai soggetti iscritti alla Sezione dell'Albo dei soggetti con capitale fissato dall'art. 6 del D.M. 289/2000 come modificato dal D.M. del 20/12/2007 e dal comma 7bis dell'articolo 32 della Legge 28/01/2009 n. 2;

- (art. 3.3. – requisito di capacità economico-finanziaria) aver conseguito, con riferimento agli ultimi tre esercizi finanziari precedenti alla data del bando di gara (2017-2018-2019), un fatturato specifico relativo ai servizi analoghi a quelli oggetto della presente procedura di gara, intendendosi per servizi analoghi quelli di accertamento e/o riscossione sui tributi comunali, complessivamente nel triennio pari ad almeno ad €. 2.000.000,00 oltre IVA se dovuta;

- (art. 3.4. – requisito di capacità tecnica) il concorrente deve aver eseguito con regolarità e senza contestazioni di sorta, nell'ultimo quadriennio e per l'intero quadriennio, il servizio di accertamento e/o riscossione dei tributi oggetto di gara almeno in due Comuni di classe III (abitanti da 30.000 fino a 100.000)".

La società aggiudicataria, con riferimento agli ultimi due requisiti, è ricorsa all'avvalimento e, all'esito delle operazioni di gara - cui hanno partecipato tre concorrenti-, si è collocata in prima posizione (con circa 97,4 punti) nella graduatoria approvata dalla Commissione giudicatrice, precedendo così, l'odierna ricorrente, seconda classificata (con circa 89,9 punti).

Quest'ultima, con ricorso introduttivo articolato in due motivi di doglianza, premessa la distinzione tra l'attività di gestione diretta del servizio di accertamento/riscossione delle entrate degli Enti Locali, riservata per legge ai soggetti iscritti all'Albo del D.M. 289/2000, e l'attività di supporto alla detta gestione, ha impugnato l'aggiudicazione de qua, sostenendo, in breve, che l'impresa ausiliaria, non iscritta all'Albo, non sarebbe idonea a prestare i richiesti requisiti di capacità economico-finanziaria e capacità tecnica, poiché l'esperienza professionale da quest'ultima maturata e messa a disposizione dell'aggiudicataria deriva dall'attività di *supporto* propedeutica all'accertamento e riscossione (non potendo aver mai esercitato tali ultime attività, proprio perché non iscritta all'Albo) e, dunque, non dalla gestione diretta di tali servizi (che invece costituisce proprio l'oggetto dell'affidamento disposto dal Comune di (Omissis) e dei riportati requisiti richiesti dalla *lex specialis* agli art. 3.3 e 3.4 del Disciplinare).

In seguito, con ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 9.2.2022, la ricorrente ha contestato sotto vari profili la valutazione operata dalla Commissione giudicatrice, e segnatamente l'avvenuta attribuzione, in capo alla aggiudicataria, del punteggio massimo di 80 punti per l'offerta tecnica e, in capo a essa stessa ricorrente, di 70,50 punti.

In particolare, la ricorrente lamenta l'erroneità della valutazione dell'offerta tecnica dell'impresa aggiudicataria operata dalla Commissione giudicatrice, per avere quest'ultima:

- omesso di dare rilievo al fatto che nell'offerta, ancorché l'aggiudicataria abbia partecipato alla gara uti singula, si faccia talvolta riferimento ad un RTI;
- omesso di considerare che l'aggiudicataria avrebbe offerto un servizio parzialmente difforme da quello previsto dal capitolato di gara, ossia una mera attività di "supporto del contenzioso", in luogo dell'attività richiesta di "gestione del contenzioso";
- sopravvalutato il servizio di front office che si svolgerebbe per un numero di ore inferiore a quelle offerte dalla ricorrente;
- omesso di rilevare l'assoluta incertezza dell'offerta tecnica quanto al numero di accertatori offerti;
- non correttamente rilevato la tempistica di evasione delle istanze dei contribuenti da parte dell'aggiudicataria e della ricorrente;
- valutato servizi in realtà non attuabili o incerti nell'an e/o nel quantum, poiché condizionati all'intervento di soggetti terzi.

La ricorrente ha, altresì, proposto, nel corpo del ricorso per I motivi aggiunti, domanda di accesso, ai sensi dell'art. 116, c. 2, c.p.a., ai giustificativi dell'offerta prodotti dalla controinteressata (Omissis) nella fase di verifica di congruità svolta dal RUP del Comune di (Omissis), nonché di declaratoria di nullità e/o annullamento del rifiuto di accesso di cui alla nota prot. n. 4740 dell'8.2.2022 del Comune di (Omissis).

In relazione a tale domanda, le parti, in sede di udienza cautelare del 23.2.2022, hanno dichiarato a verbale che l'istanza di accesso è stata pienamente soddisfatta e non è necessaria la fissazione dell'udienza camerale.

Con secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 9.3.2022, la ricorrente ha dedotto che l'aggiudicataria avrebbe formulato un'offerta incongrua, poiché "palesamente in perdita", peraltro, "sovrastimando immotivatamente i ricavi senza mai aver contestato le stime comunali riportate negli atti di gara".

Nello specifico, la ricorrente censura l'incongruità ed anomalia dell'offerta formulata dall'impresa aggiudicataria.

Nel dettaglio, sostiene che l'aggiudicataria:

- avrebbe calcolato il costo del personale sulla base di parametri orari differenti da quelli offerti nel progetto tecnico, essendo indicato, nei giustificativi, relativamente ad un impiegato, lo svolgimento di un monte ore settimanale inferiore di 14 ore a quello indicato in sede di gara;
- avrebbe indebitamente riportato nella tabella dei ricavi quello che in realtà non è un ricavo, cioè il recupero di spese di notifica, pari a € 8.750 annui;
- avrebbe immotivatamente considerato "indiretto" il costo delle tre figure apicali offerte (responsabile di contratto, coordinatore del supporto informatico e consulente legale), di cui, comunque, si contesta la misura;
- avrebbe, quanto ai ricavi, sovrastimato gli incassi dell'Ente del 15%, in mancanza di impugnazione della clausola di gara che individua il valore dell'affidamento.

L'impresa aggiudicataria e il Comune di (Omissis), rispettivamente costituitisi in giudizio il 6.1.2022 e il 7.1.2022, nei propri scritti difensivi hanno controdedotto alle censure nel merito, eccependo, in ogni caso, l'inammissibilità di entrambi i ricorsi per motivi aggiunti, involgenti, in tesi, profili di discrezionalità tecnica non sindacabili dal Collegio, non venendo in rilievo ipotesi di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale, nonché, con particolare riferimento al primo ricorso per motivi aggiunti, la tardività e l'inammissibilità, per mancanza di prova di resistenza.

In vista dell'udienza pubblica, le parti hanno argomentato le rispettive conclusioni, mediante il deposito di memorie conclusionali e repliche.

In particolare, con memoria di replica del 28.4.2022, l'impresa aggiudicataria ha sostenuto l'inammissibilità dell'allegazione difensiva svolta dalla ricorrente con conclusionale del 22.4.2022, poiché ritenuta irritalmente ampliativa del thema decidendum, nella misura in cui tesa a censurare la natura cartolare dell'avvalimento de quo e, quindi, l'assenza di qualsivoglia effettivo apporto dell'impresa ausiliaria all'esecuzione del servizio, neppure per la parte dei requisiti prestati.

All'udienza del 25.5.2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso principale è fondato.

Con il primo motivo di ricorso introduttivo, la ricorrente, argomentando dalla riserva di attività di accertamento e riscossione delle entrate degli Enti Locali nei confronti dei soli soggetti iscritti nell'Albo del D.M. 289/2000, tra i quali pacificamente non rientra l'impresa ausiliaria ed il cui difetto di iscrizione deduce anche quale profilo di censura, lamenta che quest'ultima, avendo svolto unicamente attività di supporto (quindi, propedeutica) al servizio di accertamento e riscossione, sarebbe inidonea a fornire i prescritti requisiti di capacità economico-finanziaria (art. 3.3) e di capacità tecnica (art. 3.4), relativi ad "esperienze professionali infungibili", nonché ad eseguire direttamente il servizio (se non in violazione della detta riserva di attività), benché a ciò tenuta a mente dell'art. 89, D.Lgs. n. 50/2016.

In altri termini, assume che i servizi svolti dall'ausiliaria (e da questa messi a disposizione dell'ausiliata per soddisfare i requisiti di capacità sia tecnica sia economica) non corrispondono a quelli di capacità economico finanziaria e capacità tecnica richiesti dal Disciplinare di gara, avendo essa svolto finora solo servizi di *supporto* all'attività di accertamento e riscossione dei tributi comunali, diversamente da quanto prescritto per i predetti requisiti di capacità con cui si richiede, invece, l'avvenuto svolgimento di servizi di accertamento e/o di riscossione e non di mero supporto agli stessi (che l'ausiliaria, peraltro, non avrebbe potuto mai svolgere, in quanto priva di iscrizione all'Albo).

Il motivo è fondato.

Assume rilievo dirimente l'assenza dei richiesti requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria in capo all'impresa ausiliaria.

Ai fini del decidere, è d'uopo premettere che l'impresa ausiliaria (il punto è pacifico e non controverso) ha maturato la propria esperienza tecnico-operativa solo nell'attività di supporto propedeutica all'accertamento e/o riscossione e, dunque, non in quella di gestione diretta di tale servizio.

Sotto un primo ed insuperabile profilo, l'impresa ausiliaria è, in primo luogo, carente del richiesto requisito di capacità tecnica, giacché per quest'ultimo, la legge di gara (art. 3.4.) ha richiesto l'esecuzione, nell'ultimo quadriennio e per l'intero quadriennio, del *servizio di accertamento e/o riscossione* dei tributi oggetto di gara almeno in due Comuni di classe III (abitanti da 30.000 fino a 100.000).

La diversità ontologica tra l'attività di *supporto all'accertamento e/o riscossione* ed il *servizio di accertamento e/o riscossione* è palese e non merita che ci si soffermi oltre, dovendosi solo evidenziare, in questa sede, che solo nell'ipotesi di svolgimento diretto del servizio il concessionario assume in proprio l'esercizio della relativa potestà (di accertamento) o attività (di riscossione), mentre, nel caso di svolgimento di attività di mero supporto, il soggetto presta attività preparatoria e propedeutica, restando, invece, la relativa potestà in capo all'Ente (o, eventualmente, al concessionario).

Né è percorribile la tesi propugnata dalle resistenti secondo cui per il requisito in questione sarebbe stata sufficiente l'esecuzione di servizi analoghi, in quanto, per il chiaro tenore letterale della clausola (3.4 del Disciplinare), il riferimento ai servizi analoghi è del tutto assente.

Neppure depongono nel senso propugnato dalle resistenti i chiarimenti resi dalla S.A. (cfr. i chiarimenti della SA del 9.3.21, all. 10 alla memoria di (Omissis) depositata il 10.1.2022) ed invocati a supporto di tale tesi, per un duplice ordine di motivi:

- in primo luogo, perché anche laddove fossero stati nel senso propugnato dall'aggiudicataria, essi non potrebbero, comunque, porsi in contrasto con la *lex specialis* che, in tema di requisiti di capacità tecnica, omette qualsivoglia riferimento ai "servizi analoghi", posto che, diversamente opinando, si consentirebbe ai suddetti chiarimenti di etero-integrare (rectius derogare) la legge di gara, in patente violazione del principio di parità di trattamento dei concorrenti, oltre che di quello del *contrarius actus*;

- in ogni caso, in essi si legge (così testualmente nello scambio tra quest'ultima e la SA):

"Spettabile Stazione Appaltante, stante le prescrizioni di cui all'art. 3.4 del Bando di Gara, la scrivente società, per mero tuziorismo, richiede una cortese conferma che il requisito in parola si intende soddisfatto anche da affidamenti di servizi/forniture analoghi/e, espletati anche in regime di supporto all'accertamento e/o riscossione dei tributi. Si resta a disposizione e si ringrazia. Cordialità".

"In merito al quesito questo posto si comunica che quanto richiamato nel punto 3.4 del bando non si riferisce alla modalità di gestione del servizio ma alle esplicite attività richieste dal servizio di accertamento e/o riscossione dei tributi oggetto di gara (...) - R.U.P.".

Ebbene, dalla piana lettura del carteggio trascritto, si evince incontestabilmente che i chiarimenti resi non hanno in alcun modo confortato la concorrente nella richiesta formulata.

Le considerazioni sin qui esposte sono di per sè già dirimenti.

Ad esse, tuttavia, si aggiunge un ulteriore e non meno rilevante difetto dei requisiti dell'ausiliaria che risulta priva anche di quello di cui all'art. 3.3 (capacità economico-finanziaria).

La legge di gara, infatti, nel richiedere il requisito di capacità economico-finanziaria già precedentemente trascritto, si riferisce al fatturato conseguito *anche* nello svolgimento di "servizi analoghi" a quelli oggetto di gara, specificando, tuttavia che tali sono, "quelli di accertamento e/o riscossione sui tributi comunali".

Il tenore letterale della previsione esclude, pertanto, che il detto requisito possa riferirsi allo svolgimento della diversa attività di supporto alla diretta gestione del servizio.

In sostanza, non è percorribile la tesi esposta dall'Ente Comunale e dall'impresa controinteressata, secondo cui alla categoria dei "servizi analoghi" richiamata dal citato art. 3.3. dovrebbe ricondursi, altresì, il servizio di supporto all'accertamento e/o riscossione, giacché il dato testuale precisa che l'estensione per analogia del perimetro delle esperienze rilevanti, ai fini che ci occupano, concerne non la tipologia di attività (precisamente dettagliata e individuata sempre e comunque in quella di accertamento e/o riscossione), bensì l'oggetto della medesima (i.e. *tutti* i "tributi comunali" tout court e non i soli tributi oggetto di gara, specificati sopra).

Tale soluzione ermeneutica, fondata sul dato testuale, non sfugge, peraltro, anche ad un criterio di ragionevolezza, poiché consente alla S.A. di individuare un operatore economico dotato di stabilità

finanziaria maturata nel solo campo dell'attività oggetto di gara (accertamento e riscossione), benchè relativa ad una più ampia categoria di tributi.

Ferma, quindi, l'assenza dei richiesti requisiti di capacità in capo all'impresa ausiliaria, resta da esaminare, anche a fini conformativi dell'operato dell'Amministrazione, la questione, introdotta in giudizio dall'impresa aggiudicataria in fase cautelare (cfr. memoria del 10.1.2022), anche se poi non riproposta in sede di memoria conclusionale, relativa agli effetti della rilevata assenza dei requisiti in capo all'ausiliaria.

L'Ente sostiene che, nel caso di specie, pur in ipotesi di accoglimento della tesi della ricorrente, non potrebbe, comunque, determinarsi l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, soccorrendo l'art. 89, co. 3 del D.Lgs. n. 50/2016, il quale impone alla SA di consentire alla concorrente la sostituzione dell'impresa ausiliaria, nel caso in cui quest'ultima non presenti i requisiti prescritti (*"3. La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici."*).

Il Collegio ben conosce il tenore letterale della disposizione che sembrerebbe indurre alla sua applicazione in modo indistinto.

Parimenti è nota e condivisa la ratio dell'istituto dell'avvalimento, finalizzato ad assicurare la massima partecipazione alle gare a tutela della concorrenza tra le imprese.

Tuttavia, nel caso di specie, plurime ragioni inducono il Collegio a ritenere non applicabile al caso di specie la disposizione testè richiamata.

A tale fine occorre muovere dalla ratio dell'istituto della sostituzione, per come chiarita dalla giurisprudenza che ha evidenziato essere la sostituzione dell'ausiliaria durante la procedura, "istituto derogatorio rispetto al principio generale dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi, e, per questa via, della stessa offerta)", rispondente "all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e così, seppur di riflesso, di stimolare il ricorso all'avvalimento. Il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per ciò solo, escluso" (Consiglio di Stato sez. V – 21.2.2018, n. 1101), "non potendo, alla luce della richiamata finalità dell'istituto dell'avvalimento, l'impresa ausiliata rispondere, per responsabilità oggettiva, per circostanze riconducibili solo alla sfera dell'impresa ausiliaria, delle quali la prima non sia responsabile neppure a titolo di colpa (Consiglio di Stato sez. V, 20.1.2022, n.368).

La ratio dell'istituto, funzionale ad impedire che l'impresa ausiliata risponda oggettivamente per fatti imputabili esclusivamente all'impresa ausiliaria, è utile ad escluderne, nel caso di specie, l'applicazione: dal trascritto carteggio intercorso tra la S.A. e la concorrente aggiudicataria si evince che quest'ultima si è deliberatamente avvalsa di un'impresa che sapeva sprovvista dei prescritti requisiti di capacità (certamente, per le ragioni poc'anzi esposte, con riferimento al requisito previsto dall'art. 3.4., inequivocabilmente lungi dal conferire rilievo a servizi analoghi), di talché, a ben vedere, l'inidoneità dell'ausiliaria deve ritenersi proprio direttamente riconducibile alla scelta operata dalla concorrente.

D'altra parte, diversamente opinando (consentendo, cioè, la sostituzione), si finirebbe per violare il principio di parità di trattamento dei concorrenti, falsando, così, il gioco concorrenziale, nonché ammettendo, in ultima analisi, una disparità di trattamento tra l'impresa che, priva dei requisiti, non potrebbe che essere esclusa dalla platea dei concorrenti, senza possibilità di "rimessione in termini" e loro acquisizione postuma e l'impresa che, benché in origine in difetto dei requisiti di qualificazione, ricorrendo consapevolmente ad un avvalimento inidoneo, sarebbe nelle condizioni di poterli acquisire successivamente.

Da ultimo, ma non certo per importanza, non è revocabile in dubbio che, consentendo nello specifico caso di specie (caratterizzato dalle sopra descritte modalità fattuali), la sostituzione, si premierebbe un comportamento in evidente contrasto con il principio di buona fede e con l'obbligo di leale collaborazione tra privato e Pubblica Amministrazione (espressamente sancito dall'art. 1 comma 2 bis L. 241/1990), posto che, a fronte dell'inequivocabile tenore testuale del disciplinare (ben compreso, come emerge dalla richiesta di chiarimenti) di gara, l'operatore economico ha, in ogni caso, ritenuto di avvalersi di un'impresa sprovvista di alcuna capacità tecnico-operativa e finanziaria nell'attività oggetto di gara.

Anche il secondo motivo di ricorso introduttivo, con cui si sostiene che la società aggiudicataria avrebbe stipulato un contratto di avvalimento nullo, in quanto sostanzialmente gratuito, stante il corrispettivo irrisorio pattuito in favore dell'impresa ausiliaria, nonché carente di requisiti essenziali, giacché non vi sarebbe stata una sufficiente specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dalla stessa impresa, è fondato.

Il contratto di avvalimento, a titolo oneroso, ma per un corrispettivo irrisorio e senza alcuna giustificazione della sua natura di atto di sostanziale liberalità, infatti, fornisce un ulteriore elemento di inidoneità della partecipazione dell'ausiliata, rendendo la sua offerta inattendibile sul presupposto della nullità del contratto di avvalimento per difetto di causa.

In definitiva, per le considerazioni suesposte, il Collegio nell'accogliere il ricorso principale, annulla l'aggiudicazione oggetto di impugnativa, restando gli ulteriori motivi di ricorso, proposti con i ricorsi per motivi aggiunti assorbiti e conseguente loro declaratoria di improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse.

Non può, invece, trovare accoglimento la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, essendo stato chiarito, nel corso della discussione orale, che esso non è stato ancora stipulato, essendosi proceduto solo all'affidamento in via di urgenza all'aggiudicataria controinteressata.

La domanda risarcitoria, formulata sia in forma specifica, sia per equivalente, trova accoglimento nei limiti di seguito indicati e quale diretta conseguenza della pronuncia annullatoria.

Conseguendo, infatti, all'assenza dei sopraindicati requisiti dell'ausiliaria, l'annullamento dell'aggiudicazione senza possibilità di sua sostituzione, per come in precedenza chiarito, l'Ente, rilevato il difetto dei requisiti di capacità della controinteressata, procederà alle attività di verifica nei confronti della seconda classificata, odierna ricorrente che, laddove superati i dovuti controlli, potrà risultare aggiudicataria, così ottenendo in forma specifica la reintegrazione della propria posizione giuridica, con conseguente svolgimento integrale dell'appalto, per la sua prevista durata.

Infine, per la domanda di accesso istruttorio va dichiarata la cessazione della materia del contendere, per come concordemente dichiarato a verbale dalle parti all'udienza del 23.2.2022.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, così provvede:

-accoglie la domanda impugnatoria proposta con il ricorso principale e per l'effetto annulla l'aggiudicazione oggetto di impugnativa;

-accoglie la domanda risarcitoria nei limiti indicati in motivazione;

-dichiara improcedibili, per sopravvenuto difetto d'interesse, i ricorsi per motivi aggiunti;

-dichiara cessata la materia del contendere in ordine alla domanda di accesso.

Condanna in solido il Comune di (Omissis) e la (Omissis), alla rifusione in favore della ricorrente (Omissis), delle spese di lite che liquida in euro 5.000,00, oltre accessori (IVA, CAP, spese generali e rifusione del contributo unificato come per legge).

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 25.5.2022 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Desirée Zonno, Consigliere, Estensore
Maria Luisa Rotondano, Consigliere

L'ESTENSORE
Desirée Zonno

IL PRESIDENTE
Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO