

Pubblicato il 25/07/2024

N. 00246/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00194/2024 REG.RIC.



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

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 194 del 2024, proposto dalla società (...) in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato R. L., con domicilio digitale come da pec estratta dal Registro di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...);

contro

Comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato G. D. P., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della società (...) in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato E. T., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensiva

- della determina emessa dal Comune di (...) n. prot. 8533 del 10.6.2024, avente ad oggetto "P.N.R.R. MISSIONE 2 "Rivoluzione verde e transizione ecologica" componente 1 economia circolare e agricoltura sostenibile investimento 1.1 realizzazione nuovi impianti di gestione rifiuti e 1.2 Ammodernamento di impianti esistenti linea d'intervento - "Miglioramento e meccanizzazione della rete di raccolta differenziata dei rifiuti urbani - forniture e messa in esercizio relative al sistema di raccolta differenziata digitale ed intelligente - cup (...) - annullamento d'ufficio ed in via di autotutela della determinazione n. 333 del 02.05.2024", provvedimento notificato il 10.06.2024 a mezzo pec, con il quale il Comune di (...) ha disposto l'esclusione della (...) dalla suindicata gara;

- della comunicazione contenente l'annullamento d'ufficio in via di autotutela della determinazione n. 333 del 02.05.2024, recante l'aggiudicazione dell'appalto precedentemente disposta in favore della ricorrente;

- della comunicazione di avvio del procedimento trasmessa ai sensi degli artt. 7 e seguenti della Legge n. 241/1990, e sfociata nell'annullamento d'ufficio, in via di autotutela, della stessa determina di aggiudicazione dell'appalto;

- di ogni altro atto o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, tra cui in particolare: (a) il Bando di gara; (b) il Regolamento di gara, il Capitolato Speciale, il Capitolato Tecnico e le Regole di valutazione delle offerte; (c) tutti i chiarimenti resi dalla stazione appaltante in merito alla disciplina di gara; (d) tutti i verbali di gara, i relativi allegati e i giudizi ivi espressi dalla Commissione giudicatrice, incluse le valutazioni tecniche;

nonché per la dichiarazione di inefficacia

ai sensi degli articoli 121 e 122 c.p.a. dei contratti di appalto eventualmente stipulati *medio tempore*;

ed infine per la condanna

del Comune di (...) al risarcimento del danno in forma specifica, mediante il subentro della società ricorrente all'impresa aggiudicataria nella stipula ed esecuzione dei contratti di appalto, o, in via subordinata, per equivalente, e, in estremo subordine, mediante la rinnovazione della gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e della società (...);

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2024 il dott. Roberto Ferrari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierno giudizio scaturisce dal provvedimento con il quale il Comune di (...) ha annullato in autotutela la propria precedente determina di aggiudicazione n. 333 del 2.5.2024, con la quale aveva aggiudicato alla ricorrente la gara di appalto avente ad oggetto la *“Fornitura e messa in esercizio relative al sistema di raccolta differenziata digitale ed intelligente”*, procedura correlata all'intervento *“P.N.R.R. MISSIONE 2 “Rivoluzione verde e transizione ecologica” - Componente 1 economia circolare e agricoltura sostenibile investimento 1.1 realizzazione nuovi impianti di gestione rifiuti e ammodernamento di impianti esistenti linea d'intervento a “miglioramento e meccanizzazione della rete di raccolta differenziata dei rifiuti urbani”*.

1.1 L'espletamento della procedura ad evidenza pubblica era stato demandato alla Centrale di Committenza dell'Unione dei Comuni (...), la quale aveva quindi indetto la gara mediante *“Procedura aperta telematica ai sensi dell'art. 71 del D.Lgs. 36/2023”*.

1.2 Alla gara avevano partecipato 3 concorrenti.

All'esito della valutazione delle offerte delle concorrenti la società (...) era risultata aggiudicataria, avendo conseguito il punteggio complessivo di 93,07, mentre la (...) seconda classificata, aveva invece conseguito quello di 92,24.

1.3 L'aggiudicataria aveva peraltro partecipato alla gara fruendo (ai sensi dell'art. 104 del D.lgs. n. 36/2023) del contratto di avvalimento concluso con la società (...).

1.4 La seconda graduata, (...), con la nota del 9.5.2024 assunta al protocollo del Comune al n. 6810/2024, aveva presentato allora un'istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, fondandola sulla affermata sussistenza di vizi relativi al contratto di avvalimento prodotto in sede di gara dalla (...), i quali sarebbero stati tali da determinarne la nullità per indeterminatezza dell'oggetto.

L'istante, in particolare, aveva dedotto che nel contratto di avvalimento dell'aggiudicataria fosse mancata la specificazione delle risorse messe dall'ausiliaria a disposizione per l'esecuzione del contratto di appalto, in violazione di quanto espressamente disposto dall'art. 7 del disciplinare di gara e dall'art. 104 del d.lgs. 36/2023 (Codice di contratti pubblici). Sicché il Comune avrebbe dovuto ritenere nullo il contratto di avvalimento, e conseguentemente escludere dalla procedura l'allora aggiudicataria e annullare in autotutela l'aggiudicazione.

1.5 A seguito dell'istanza l'Ente, mediante la nota prot. n. 7129 del 15.05.2024, aveva avviato il procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, trasmettendone comunicazione all'aggiudicataria e assegnandole un termine per la trasmissione di osservazioni difensive. E quest'ultima, con nota del 24.5.2024, aveva respinto le contestazioni mosse, chiedendo di confermare l'aggiudicazione già ottenuta.

1.6 Nonostante tali difese il Comune, con la determinazione n. 458 del 10.6.2024, ha infine disposto l'esclusione della (...) dalla procedura di gara, e, di conseguenza, annullato in autotutela l'aggiudicazione in suo favore.

2. A questo punto la società, estromessa dalla gara, ha impugnato il provvedimento di esclusione e annullamento in autotutela mediante l'attuale ricorso, munito di istanza cautelare e domanda risarcitoria e fondato su due motivi così rubricati *“1. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione della disciplina di gara, dell'art. art. 104 d.lgs. n. 26/2023, degli artt. 1325 e 1418 c.c. - Eccesso di potere - Difetto di istruttoria - Carenza assoluta del presupposto; 2. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione dell'articolo 21 nonies della l. 241/90. - Violazione del legittimo affidamento del privato ed insussistenza dei presupposti per l'annullamento in autotutela. - Violazione dell'art. 3 della l. 241/90”*.

La ricorrente, in estrema sintesi, mediante il primo mezzo di gravame ha censurato le diverse motivazioni poste a fondamento della propria esclusione, mentre con il secondo motivo, dedotto in via subordinata, ha veicolato una censura intesa a colpire le modalità di svolgimento del procedimento comunale di autotutela denunciando, in particolare, una violazione dell'art. 21 nonies l. n. 241/1990.

2.1 Il Comune intimato, costituitosi in giudizio, ha innanzitutto sollevato due distinte eccezioni preliminari di inammissibilità, fondate sulla mancata notifica del ricorso sia nei confronti della Centrale di Committenza individuata nell'Unione dei Comuni (...), sia nei riguardi del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza energetica, quale Amministrazione centrale titolare dell'intervento PNRR a base dell'appalto in controversia. Nel contempo, il legale del Comune ha difeso con argomentazioni di merito anche la legittimità del provvedimento espulsivo impugnato.

Si è altresì costituita in giudizio la società controinteressata, la quale ha sollevato le medesime eccezioni preliminari dell'Amministrazione argomentando, comunque, anche sulla fondatezza delle ragioni di esclusione dalla procedura della ricorrente.

2.2 Alla camera di consiglio odierna, a seguito della discussione tra le parti, il Collegio ha dato avviso alle stesse della possibile definizione integrale della controversia con sentenza in forma semplificata. In assenza di obiezioni sul punto, la causa è stata infine trattenuta in decisione.

3. Il ricorso è manifestamente infondato, esito che consentirebbe di non soffermarsi sulle questioni preliminari di rito sollevate dalle parti resistenti o, comunque, potenzialmente rilevabili d'ufficio.

3.1 Tuttavia il Collegio reputa opportuno occuparsi quantomeno dell'eccezione d'inammissibilità fondata sulla mancata notifica del ricorso nei confronti del Ministero della Transizione Ecologica, titolare dell'intervento PNRR a monte della gara e che involge, pertanto, una questione afferente l'individuazione delle giuste parti del giudizio.

Il rilievo muove dalla previsione dell'art. 12-bis, comma 4, del decreto-legge n. 68 del 2022, in base al quale sono *“parti necessarie dei giudizi disciplinati dal presente articolo le amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel PNRR, ai sensi dell'articolo 1, comma 4, lettera l), del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, per le quali si osservano le disposizioni delle leggi speciali che prescrivono la notificazione presso gli uffici dell'Avvocatura dello Stato. Si applica l'articolo 49 del codice del processo amministrativo”*.

Il Consiglio di Stato, con giurisprudenza già citata in altre recenti sentenze di questo Tribunale (TAR Molise, n. 232/2024), ha chiarito che la norma in esame ha introdotto un'ipotesi di litisconsorzio necessario nei confronti dell'Amministrazione centrale titolare dell'intervento previsto nel P.N.R.R., la quale però, va precisato, non riveste il ruolo di controinteressato in senso tecnico, cui il ricorso debba quindi essere notificato a pena di inammissibilità ex artt. 27 e 41, comma 2 del cod. proc. amm. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 2023, n. 6525; id. 3 agosto 2023, n. 7520; id. 16 ottobre 2023, n. 9003).

L'ultimo comma del suesposto articolo 12 bis ha poi esteso l'applicazione dell'art. 49 cod.proc.amm. - ordinariamente riguardante i cd. controinteressati - alle anzidette Amministrazioni statali. Quest'ultima disposizione, al secondo comma, stabilisce che in caso di manifesta infondatezza del ricorso *“L'integrazione del contraddittorio non è ordinata nel caso in cui il ricorso sia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato; in tali casi il collegio provvede con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'articolo 74”*.

Applicando la regola appena indicata all'attuale vicenda, siccome il ricorso si presenta manifestamente infondato per le motivazioni che subito d'appresso s'andranno a dettagliare e risulta già notificato ad almento un controinteressato, ragioni di congruenza logica e di economia processuale consentono al Collegio di non disporre l'integrazione del contraddittorio, decidendo fin da subito la controversia.

3.2 Lo scrutinio delle doglianze della ricorrente può essere utilmente anticipato, per maggiore chiarezza, da un richiamo tanto all'attuale inquadramento normativo del contratto di avvalimento, quanto ai contenuti propri del concreto accordo intercorso tra la ricorrente e la società (...).

3.3 Il vigente codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 36/2023) contiene la definizione del contratto di cui si tratta nel comma 1 dell'art. 104: *“L'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico [...] Il successivo comma 2 precisa che “Qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, o di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta...”*.

3.3.1 In precedenza, il tema era stato disciplinato dall'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016. E quest'ultimo, per la parte riguardante l'oggetto e gli specifici contenuti negoziali dell'accordo, prevedeva espressamente,

all'ultimo capoverso del I comma, che *“Il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”*.

Non molto diversamente, però, l'attuale art. 104, come si è visto, al comma 1 stabilisce pur sempre che *“Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico”*.

La nuova disposizione, dunque, rispetto alla precedente, oltre a imporre la forma scritta del contratto di avvalimento a pena di nullità, nel contempo ha comunque mantenuto il richiamo all'obbligo di *“specifica”* indicazione delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico.

3.4 Venendo ai contenuti dello specifico contratto di avvalimento oggetto di causa, può introduttivamente notarsi che la società (...) nella premessa dell'accordo negoziale, aveva dichiarato che, *“sebbene tecnicamente ed economicamente organizzata, è carente dei requisiti obbligatori indicati nel Disciplinare di gara premesso”*. In particolare, essa era priva di tre dei requisiti obbligatori prescritti dal disciplinare di gara: i) *“Certificazione ISO 45001:2018”* (Criterio A.8); ii) *“Salute e sicurezza”* (DVR) (Criterio A.9); iii) *“Requisiti di capacità tecnica e professionale - Esecuzione negli ultimi tre anni di forniture analoghe per un importo non inferiore a Euro 712.379,41”* (Requisito 6.3).

A fronte delle relative esigenze della concorrente (...), la società ausiliaria si era allora obbligata, giusta quanto previsto al punto 2 dell'accordo, *“... a mettere e a tenere a disposizione dell'Ausiliata tali requisiti in modo pieno ed incondizionato senza limitazioni di sorta ai fini della partecipazione alla procedura di gara di cui alle premesse ed inoltre, in caso di aggiudicazione si obbliga sin d'ora a tenere a disposizione detto requisito e le risorse prestate per tutta la durata dell'affidamento anche eccedente il tempo previsto negli atti di gara di durata dell'appalto”*.

Nel contratto, come si vede, mancava tuttavia, in ordine alle risorse poste effettivamente a disposizione dell'ausiliaria, la specificazione richiesta sia dalla disciplina normativa appena richiamata, sia dall'art. 7 del disciplinare (di cui a breve si scriverà).

4. Ciò posto, la determinazione espulsiva oggetto di gravame è basata su tre distinte, ancorché connesse, argomentazioni.

Segnatamente, nella motivazione del provvedimento l'Amministrazione ha rilevato che le parti contraenti del contratto di avvalimento, disattendendo le prescrizioni contenute nel richiamato art. 104 del d.lgs. n. 36/2023, come pure nell'art. 7 del disciplinare di gara, non avevano *“specificato le risorse strumentali e umane che l'ausiliario mette a disposizione del concorrente essendo indicati nel contratto esclusivamente i requisiti messi a disposizione e di cui è carente il concorrente ossia: A9) Certificazione ISO 45001:2018, A8) Salute e sicurezza (DVR), 6.3) requisiti di capacità tecnica e professionale- esecuzione negli ultimi tre anni di forniture analoghe per un importo non inferiore a Euro 712.379, 41”*.

Di conseguenza, l'oggetto del contratto si sarebbe presentato *in parte qua* indeterminabile, e quindi nullo. E da ciò era conseguito il procedimento in autotutela, attivato su istanza della seconda graduata, che si era concluso, appunto, mediante l'annullamento della precedente aggiudicazione disposta in favore della (...).

4.1 Il Collegio è dell'avviso che ai fini di causa sia dirimente constatare l'infondatezza, che si presenta di immediata quanto assorbente evidenza, delle censure di parte ricorrente riguardanti l'esclusione disposta dall'Amministrazione per la carente dimostrazione del possesso, in particolare, del requisito di capacità tecnico-professionale individuato al punto 6.3 del disciplinare di gara.

La detta previsione del disciplinare è la seguente: *“6.3 Requisiti di capacità tecnica e professionale. Esecuzione negli ultimi tre anni delle seguenti forniture analoghe: Il concorrente deve aver eseguito, nel triennio precedente alla data di indizione della procedura di gara, forniture e prestazioni analoghe presso enti pubblici o privati di importo complessivo non inferiore a € 712.379,41; La comprova del requisito è fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: - certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione; - contratti stipulati con le amministrazioni pubbliche, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse; - attestazioni rilasciate dal committente privato, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione; - contratti stipulati con privati, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse”*.

La (...), come si è già premesso, difettava di questo requisito, e aveva perciò inteso acquisirlo mediante il contratto di avvalimento, il quale ha però dato adito alle critiche dell'Amministrazione sopra illustrate.

4.1.1 La ricorrente appunta le proprie censure in argomento sul fatto che, contrariamente a quanto contestato dal provvedimento impugnato, l'oggetto del contratto di avvalimento non sarebbe stato indeterminabile *in parte qua*.

Ai fini della dimostrazione del requisito in esame, si assume, sarebbe stata sufficiente la comprova da parte dell'ausiliaria del fatturato minimo richiesto. E del possesso da parte sua di tale requisito, in sede di gara, l'aggiudicataria aveva fornito piena prova mediante l'allegazione del fatturato specifico e delle certificazioni rilasciate dagli enti pubblici e privati presso i quali l'ausiliaria (...) aveva prestato la propria attività nell'ultimo triennio.

Secondo la prospettazione della ricorrente, difatti, con riferimento al requisito in esame il disciplinare richiedeva, in sostanza, soltanto la messa a disposizione della capacità economico-finanziaria dell'ausiliaria.

Seguendo questa prospettiva, ai fini della determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento, come pure della dimostrazione della sussistenza del requisito di partecipazione qui in esame, sarebbe stata allora sufficiente l'allegazione dei fatturati pregressi nell'ambito del triennio di cui l'Amministrazione chiedeva dimostrazione.

4.2 Queste deduzioni non sono condivisibili.

E ciò in primo luogo per la loro scarsa coerenza con il dato testuale offerto dalla rubrica che definiva la natura del requisito individuato al punto 6.3: *“Requisiti di capacità tecnica e professionale”*.

4.2.1 La *lex specialis* si richiamava difatti al fatturato dei concorrenti, ancor prima che al punto 6.3, e precipuamente, nel precedente punto 6.2: *“Requisiti di capacità economica e finanziaria: fatturato globale complessivo, riferito agli ultimi 3 (tre) esercizi finanziari disponibili di € 712.379,41; [...]”*.

Nelle previsioni della *lex specialis*, in altre parole, il fatturato assumeva rilievo su due piani ben distinti, assolvendo quindi a una duplice funzione: *i)* dimostrare la capacità economico-finanziaria (requisito 6.2); *ii)* concorrere a dimostrare la capacità tecnico-professionale (requisito 6.3), ai fini della quale occorreva non solo che nel triennio precedente all'indizione della gara fossero state eseguite *“forniture e prestazioni analoghe”*, ma anche che l'importo complessivo delle medesime fosse *“non inferiore a € 712.379,41”*.

Dove il richiamo a quest'ultima specifica funzione ha trovato un preciso spazio nella motivazione espulsiva, allorché l'Amministrazione ha precisato che *“con riferimento all'avvalimento operativo, come quello che ricorre nel caso di specie, la giurisprudenza ha ritenuto necessaria la specifica indicazione delle specifiche risorse, il cui impiego dovrà essere verificato in fase esecutiva dal RUP (art. 104 co. 9) ; ciò a maggior ragione nel caso in cui, oltre alla certificazione di qualità, si intenda ricorrere all'avvalimento dei servizi pregressi, avvalimento c.d. operativo, per il quale è necessaria la messa a disposizione di ben determinate “dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali” (art. 104 co. 1 del Codice dei contratti)”*.

4.2.2 La distinzione tra le due diverse funzioni appena individuate, cui i dati di fatturato potevano attendere secondo la legge di gara, assume particolare rilievo per la soluzione dell'odierna controversia.

E infatti, nel caso in cui l'avvalimento occorra a supportare un requisito di capacità economico-finanziaria, come per il richiamato requisito 6.2 del disciplinare in esame, si integra la fattispecie del cd. avvalimento *“di garanzia”*, il quale svolge la mera funzione di *“rassicurare la stazione appaltante sulla capacità della parte di far fronte alle obbligazioni derivanti dal contratto”* (Consiglio di Stato, sez. III, n. 68/2021).

Diversamente, si determina un avvalimento professionale cd. *“tecnico-operativo”* allorquando, come nel caso previsto dal requisito 6.3 qui in discussione, l'ausiliario, in forza del contratto sia chiamato a mettere in campo *“le risorse materiali in concreto necessarie per eseguire il contratto, per es. le dotazioni di personale ovvero di macchinari”* (ibidem).

Le ricadute della prefata distinzione sui contenuti del contratto di avvalimento sono perciò rilevanti, posto che, come sottolineato dalla giurisprudenza appena richiamata, nel caso di avvalimento di garanzia non è richiesto che il contratto si riferisca *“a beni capitali descritti e individuati con precisione”*, laddove, nell'ipotesi di avvalimento tecnico-operativo, l'individuazione specifica dei *“mezzi”* che l'ausiliaria s'impegna a fornire è invece necessaria.

Come sottolineato più volte dal Consiglio di Stato nel solco del costante orientamento espresso anche nel vigore del precedente codice degli appalti, invero, *“Con particolare riguardo, poi, all'avvalimento operativo che ha ad oggetto il prestito di personale, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato richiede la disponibilità effettiva del*

personale dell'ausiliaria, onde evitare avvalimenti meramente astratti o cartolari, vale a dire potenzialmente ingannevoli" (Consiglio di Stato, sez. V, n. 953/2018).

4.3 Applicando le suesposte coordinate ermeneutiche al caso di specie, il Collegio non può quindi che condividere il percorso argomentativo seguito nel provvedimento impugnato e supportato dalle difese in giudizio delle resistenti, percorso in base al quale l'avvalimento del requisito indicato al punto 6.3 del documento di gara, del quale la ricorrente aveva fruito, atteneva a un requisito tecnico-operativo.

Da qui la piena appropriatezza del richiamo della determina di annullamento alla giurisprudenza che, in vicende analoghe, aveva *"ritenuto necessaria la specifica indicazione delle specifiche risorse, il cui impiego dovrà essere verificato in fase esecutiva dal RUP (art. 104 co. 9) ; ciò a maggior ragione nel caso in cui, oltre alla certificazione di qualità, si intenda ricorrere all'avvalimento dei servizi progressi, avvalimento c.d. Operativo, per il quale è necessaria la messa a disposizione di ben determinate "dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali" (art. 104 co. 1 del Codice dei contratti)"*.

4.3.1 Proprio con riferimento a questa ipotesi, infatti, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte affermato che, *"Qualora la lex specialis di gara intenda il fatturato specifico quale espressione della capacità tecnica e non già di solidità economico-finanziaria, e per la dimostrazione di tale requisito si faccia ricorso all'avvalimento, si è in presenza di un avvalimento non di garanzia, ma operativo, il che comporta la necessità da parte dell'ausiliaria di una concreta ed adeguata messa a disposizione di risorse determinate, affinché il suo impegno possa dirsi effettivo"* (Consiglio di Stato, sez. III, n. 7293/2023).

E lo stesso indirizzo è stato espresso, *mutatis mutandis*, da altre pronunce, secondo le quali *"Nel caso di avvalimento c.d. tecnico-operativo i contraenti sono tenuti ad indicare con precisione i mezzi aziendali e il personale che l'impresa ausiliaria fornisce all'ausiliata per eseguire l'appalto; diversamente, nell'ipotesi di avvalimento c.d. di garanzia l'ausiliaria si limita a mettere a disposizione il suo valore aggiunto in termini di capacità economico-finanziaria, onde è sufficiente l'impegno contrattuale a « prestare » all'ausiliata la sua solidità economica, garantendo una maggiore affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità"* (tra le tante, TAR Liguria, sez. I, n. 170/2023).

4.4 L'inequivoca giurisprudenza richiamata è dunque sufficiente ad affermare che nel caso in esame l'impegno dell'ausiliaria di mettere a disposizione della concorrente le proprie risorse tecnico-organizzative si sarebbe dovuto trasporre in un accordo nel quale le parti, a pena di nullità, avrebbero dovuto indicare *"in modo preciso ed analitico le risorse umane e materiali messe a disposizione dell'impresa ausiliata"* (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 7293/2023 cit; sez. V, n. 6619/2021).

A questo scopo, d'altra parte, la documentazione del fatturato dell'ausiliaria prodotta in sede di gara poteva valere a comprovare null'altro che la sussistenza in capo ad essa del requisito richiesto, mentre lasciava del tutto sguarnita l'offerta della concorrente della dimostrazione *hic et nunc* delle risorse poste a sua disposizione dall'ausiliaria stessa per l'esecuzione dell'appalto.

4.4.1 Tutto ciò posto, il Collegio deve ora evidenziare che, nel concreto, la dimostrazione della disponibilità delle risorse da impiegare nello specifico appalto non avrebbe potuto essere integrata dall'impegno *de futuro*, che l'ausiliaria aveva assunto nel contratto, di porre a disposizione le risorse necessarie alla sua esecuzione.

Queste ultime, invero, avrebbero dovuto essere specificate, secondo la disciplina normativa vigente rifluita nel punto 7 del disciplinare, proprio per consentire all'Amministrazione di verificarne la consistenza, e, *in primis*, ai fini della determinatezza dell'obbligo assunto dall'ausiliaria a mezzo del relativo contratto.

Per contro, dalla disamina del contratto di avvalimento, e della documentazione presentata in gara dalla ricorrente, è agevole desumere che la puntuale e specifica messa a disposizione delle risorse non era offerta dal contratto stesso, né direttamente, né *per relationem*.

L'accordo, come si è detto, ancorché magari nei suoi allegati, avrebbe dovuto contenere *"la concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificatamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente, atteso che solo così sarà rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lg. 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"* (Consiglio di Stato, sez. V, n. 3300/2023).

In assenza, perciò, di questa indefettibile allegazione, l'oggetto del contratto, quantomeno con riferimento al requisito 6.3, contrariamente a quanto vanamente sostenuto dalla ricorrente doveva ritenersi indeterminabile, pregiudicando la validità del contratto stesso. Questo in aderenza anche ai più recenti

avvisi espressi dal Consiglio di Stato, che da ultimo ha ribadito che “È nullo il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente l'obbligo dell'impresa ausiliaria di fornire i requisiti e mettere a disposizione le risorse necessarie, senza specificare queste ultime” (Consiglio di Stato sez. V, 10/01/2024, n. 322).

Di conseguenza la ricorrente, non avendo dimostrato di possedere il predetto requisito di capacità tecnico-professionale, andava necessariamente esclusa dalla procedura di gara.

4.4.2 Né possono trovare accoglimento le affermazioni di parte ricorrente che l'indicazione delle risorse e del personale mancante nel contratto di avvalimento sarebbe stata rinvenibile nel DVR (documento di valutazione dei rischi) prodotto dall'ausiliaria, che era stato allegato all'offerta tecnica al fine di comprovare la sussistenza in capo ad essa del diverso requisito (A.9), che pure era stato oggetto di avvalimento.

Il documento così invocato era invero finalizzato esclusivamente a individuare il personale impiegato dalla società ausiliaria per garantire, come richiesto dal correlativo requisito A.9), gli standard di sicurezza richiesti dal disciplinare.

E, d'altra parte, lo stesso DVR non forniva alcuna indicazione rispetto alle specifiche risorse di personale che l'ausiliaria avrebbe effettivamente dovuto porre a disposizione della concorrente per l'esecuzione dell'appalto.

Più ampiamente, la giurisprudenza, in fattispecie simili, ha del resto avuto già modo di escludere che anche l'offerta tecnica possa tener luogo del contratto di avvalimento (Consiglio di Stato, sez V, n. 322/2024 cit.).

4.4.3 Non è poi nemmeno condivisibile l'argomento, speso dalla ricorrente soprattutto nella memoria di replica, che il testo dell'art. 104 del d.lgs. 36/2023 non avrebbe riprodotto la clausola di nullità prevista dal previgente art. 89 del d.lgs. 50/2016.

Nel precedente paragr. 3.2. è stata qui già rilevata la pregnanza del simile dato letterale offerto anche dalla nuova norma: “Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico”

E il Consiglio di Stato anche da ultimo ha confermato che deve reputarsi “nullo il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente l'obbligo dell'impresa ausiliaria di fornire i requisiti e mettere a disposizione le risorse necessarie, senza specificare queste ultime” (Consiglio di Stato sez. V, 10/01/2024, n. 322).

La ricorrente assume che la carente o assente (come nel caso *de quo*) specificazione delle risorse poste a disposizione dell'ausiliata, pur al cospetto di un solo generico impegno a erogarle nel corso dell'esecuzione del contratto, non avrebbe potuto inficiare la validità del contratto di avvalimento, per la quale sarebbe bastata la dichiarazione contrattuale con cui l'ausiliaria si era impegnata a mettere a disposizione dell'ausiliata “...detto requisito e le risorse prestate per tutta la durata dell'affidamento...” (senza specificare, però, a quali risorse si riferisse).

Ma un'enunciazione di tal fatta, al contrario di quanto affermato nel ricorso, vale proprio a qualificare il contratto, come affermato in fattispecie analoghe dal Consiglio di Stato, “come affetto dal vizio di nullità per indeterminatezza dell'oggetto, senza che rilevi che fosse invece determinata la causa di avvalimento del requisito tecnico-professionale. In proposito, va ribadito che la giurisprudenza si è da tempo attestata nell'affermazione della nullità del contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente l'obbligo dell'impresa ausiliaria di fornire i requisiti e mettere a disposizione le risorse necessarie, senza specificare queste ultime” (Consiglio di Stato, sez. V, n. 322/2024 cit., che a sua volta richiama le decisioni n. 1781/2023 e n. 1243/2018 della medesima Sezione).

5. Il Collegio deve a questo punto soggiungere che l'onere di specificazione delle risorse rimasto inadempito era inoltre preteso dalla stessa *lex specialis*, e segnatamente dall'art. 7 del disciplinare di gara. Quest'ultimo - mutuando i contenuti del cd. “bando tipo” di cui alla delibera ANAC n. 1/2023 – aveva, invero, disposto che: “Il concorrente può avvalersi di dotazioni tecniche, risorse umane e strumentali messe a disposizione da uno o più operatori economici ausiliari per dimostrare il possesso dei requisiti di ordine speciale di cui al punto 6 e/o per migliorare la propria offerta. Nel contratto di avvalimento le parti specificano le risorse strumentali e umane che l'ausiliario mette a disposizione del concorrente e indicano se l'avvalimento è finalizzato ad acquisire un requisito di partecipazione o a migliorare l'offerta del concorrente, o se serve ad entrambe le finalità”.

E inoltre aveva univocamente aggiunto: “Non è sanabile la mancata indicazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliario in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento”.

5.1 La disposizione della *lex specialis* appena citata non è stata neppure specificamente impugnata dalla ricorrente, che si è limitata a impugnare genericamente, oltre al provvedimento di esclusione, anche gli atti di gara ad esso presupposti.

Il Collegio, nel senso dell'irritualità di una simile iniziativa processuale, deve però sottolineare, per un verso, appunto, l'insufficienza della generica indicazione, contenuta nel ricorso, dell'impugnazione degli "atti presupposti", a tener luogo della necessaria specifica impugnativa; e, per altro verso, l'inammissibilità che comunque inficerebbe l'ipotetico gravame contro il suddetto art. 7 per l'assoluta assenza di specifiche censure avverso la relativa previsione della legge di gara.

In argomento è d'obbligo il richiamo all'avviso costantemente espresso in giurisprudenza secondo il quale i motivi di ricorso espressi in maniera indeterminata e generica sono inammissibili ai sensi dell'art. 40 comma 1, lett. d), c.p.a. E infatti, "*Affinché un vizio di illegittimità possa essere conosciuto ed accertato dal Giudice amministrativo, e posto a fondamento della pronuncia di annullamento, si rende necessario che il ricorrente esprima una censura puntuale, articolata in un motivo che contenga la specificazione del vizio dal quale ritenga inficiata la legittimità del provvedimento impugnato*". (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2467/2024; sez. VI n. 3964/2022; T.A.R. Campania, sede di Napoli, sez. III, n.6856/2021).

5.2 Ora, dalla disamina svolta nei capi precedenti è già emerso che il contratto di avvalimento che qui viene in rilievo risultava del tutto privo di elementi, neppure reperibili *per relationem*, idonei a specificare, secondo quanto prescritto dall'art. 7 del disciplinare "... le risorse strumentali ed umane che l'ausiliario mette a disposizione del concorrente".

Deve qui aggiungersi che la relativa carenza, costituente il fondamento dell'impugnata esclusione della ricorrente, era stata ritenuta già *ex ante* particolarmente grave dalla Stazione Appaltante, tanto da indurla a precisare, con lo stesso articolo, che "*Non è sanabile la mancata indicazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliario in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento*".

La ricorrente non ha però contrastato ritualmente nemmeno l'anzidetta previsione di "insanabilità" contenuta nella norma del disciplinare. Sicché l'affermazione del suo scritto di replica, tardiva, e oltretutto solo generica e apodittica, per cui la carenza documentale posta a base del provvedimento espulsivo non sarebbe stata così grave da rendere inapplicabile il soccorso istruttorio, non può essere in alcun modo utilmente considerata.

6. Il Collegio, una volta disattese le censure ricollegabili al difetto del requisito di cui al punto 6.3 del disciplinare, deve a questo punto evidenziare che, data la natura plurimotivata del provvedimento impugnato, l'esclusione in epigrafe, quali che fossero gli esiti del prosieguo della disamina del ricorso, non potrebbe in alcun modo esserne intaccata.

Di conseguenza, i residui profili del primo motivo di ricorso devono ritenersi improcedibili per carenza d'interesse. A tale conclusione conduce, infatti, il consolidato orientamento della giurisprudenza in base al quale "*Per sorreggere l'atto plurimotivato in sede giurisdizionale è sufficiente la legittimità di una sola delle ragioni espresse, con la conseguenza che il rigetto delle doglianze svolte contro una di tali ragioni rende superfluo l'esame di quelle relative alle altre parti del provvedimento; pertanto, il giudice, qualora ritenga infondate le censure indirizzate verso uno dei motivi assunti a base dell'atto controverso, idoneo, di per sé, a sostenerne ed a comprovarne la legittimità, ha la potestà di respingere il ricorso sulla sola base di tale rilievo, con assorbimento delle censure dedotte avverso altri capi del provvedimento, indipendentemente dall'ordine con cui i motivi sono articolati nel gravame, in quanto la conservazione dell'atto implica la perdita di interesse del ricorrente all'esame delle altre doglianze*" (cfr. tra le più recenti Consiglio di Stato, sez. III n.3480 /2024).

7. Il Collegio deve invece occuparsi della censura dedotta in via autonoma e subordinata con il secondo mezzo di gravame, mediante il quale è stata veicolata l'affermazione della violazione dell'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990 per la mancata individuazione dell'interesse pubblico all'annullamento in sede di autotutela dell'aggiudicazione.

Anche detta censura è manifestamente infondata.

Nel provvedimento impugnato l'Amministrazione ha operato un chiaro riferimento all'art. 18 del d.lgs. n. 36/2023, il quale ha confermato la sussistenza del potere di annullamento in autotutela, previsto in via generale dall'art. 21 *nonies* L. n. 241/1990, anche con riguardo ai provvedimenti di aggiudicazione delle gare pubbliche, trattandosi comunque di atti attributivi di vantaggi economici. Del resto, già nel vigore del precedente codice dei contratti pubblici la giurisprudenza aveva più volte precisato questo aspetto,

sottolineando che “La disposizione dell'art. 21-nonies l. n. 241 del 1990, secondo cui l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo può essere disposto entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi, si applica anche in caso di annullamento dell'aggiudicazione di un contratto pubblico” (tra le tante, TAR Calabria, Catanzaro, n. 959/2020; Tar Lazio, Roma, Sez.1, n. 1461/2020).

E, soprattutto, il provvedimento impugnato ha dato testuale conto della prevalenza, rispetto alle ragioni della concorrente esclusa, dell'interesse pubblico alla rimozione dell'aggiudicazione, in ragione della difformità di quest'ultima rispetto alle caratteristiche dell'offerta prescritte dalla *lex specialis* della Stazione appaltante.

E il Consiglio di Stato, in vicende simili, anche di recente ha richiamato la rilevanza dell'interesse pubblico all'annullamento in sede di autotutela, quand'anche al cospetto di un contratto di appalto già sottoscritto: “Il potere di annullamento in autotutela, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa da parte della stessa amministrazione procedente, va riconosciuto anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia di quest'ultimo, stante la stessa consequenzialità tra aggiudicazione e stipulazione del contratto” (Consiglio di Stato sez. V, n. 7896/2023).

In ragione di quanto esposto, la determinazione impugnata resiste dunque anche alle censure veicolate con il secondo motivo, in quanto nel provvedimento impugnato il Comune ha dato ampia espressione alle ragioni a fondamento dell'esercizio del potere di autotutela (dopo aver correttamente coinvolto la ricorrente stessa nel procedimento da cui è scaturito l'annullamento).

Tanto basta quindi a respingere anche quest'ulteriore doglianza.

8. Conclusivamente, il ricorso deve essere nel suo complesso respinto per la manifesta infondatezza dei suoi mezzi di gravame.

9. Le spese di giudizio, tenuto conto del peculiare andamento della vicenda e della parziale novità della disciplina normativa ad essa applicabile, possono però essere integralmente compensate tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Le spese di lite vengono integralmente compensate tra tutte le parti in causa.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Gaviano, Presidente

Roberto Ferrari, Referendario, Estensore

Federico Giuseppe Russo, Referendario

L'ESTENSORE

Roberto Ferrari

IL PRESIDENTE

Nicola Gaviano

IL SEGRETARIO