

Pubblicato il 14/05/2025

N. 03746/2025 REG.PROV.COLL.

N. 05802/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5802 del 2024, proposto da Bimdis S.r.l. Società di Ingegneria, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B2CD319E79, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Maria Petrone, Francesca Cernuto, con domicilio eletto presso lo studio Luca Maria Petrone in Roma, piazza Paganica 13;

contro

Comune di Santa Croce del Sannio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ingcon S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marianna Cocca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della Determinazione del Settore Tecnico LL.PP. e Patrimonio Reg. Gen. N. 295 – Reg. Sett. n. 81 del 18.10.2024 (doc. n. 2) con cui è stata disposta l’aggiudicazione della procedura aperta ex art. 71 d.lgs. 36/2023 per l’affidamento della “Progettazione e studi connessi dei lavori di mitigazione del dissesto e messa in sicurezza del territorio e contrade Colli Augusti e Coste Martinelli” CUP G68H200007500001 CIG B2CD319E79 al concorrente INGCON S.r.l. con un punteggio pari a 91,034 per un’offerta economica, al netto del ribasso del 4,50% di € 202.709,80, dei presupposti verbali nn. 1, 2, 3 e 4 nella parte in cui non è stata disposta l’esclusione per nullità del contratto di avvalimento tra la INGCON e l’Ing. Narciso nonché, ove occorrer possa, per la declaratoria di nullità e/o annullamento e/o invalidità del contratto di avvalimento stipulato tra la INGCON s.r.l. e l’Ing. Narciso e di tutti gli altri atti presupposti e consequenziali ancorché non conosciuti alla data del presente ricorso con contestuale domanda di risarcimento in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato ovvero di risarcimento per equivalente dei danni consequenziali all’annullamento degli atti sopra impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ingcon S.r.l. e di Comune di Santa Croce del Sannio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 12 marzo 2025 il dott. Pierangelo Sorrentino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – La Bimdis s.r.l., Società di ingegneria, seconda classificata, ha impugnato gli esiti della procedura di gara aperta *ex art. 71 d.lgs. 36/2023* indetta dal Comune di Santa Croce del Sannio per l'affidamento della “*Progettazione e studi connessi dei lavori di mitigazione del dissesto e messa in sicurezza del territorio e contrade Colli Augusti e Coste Martinelli*”, aggiudicata alla Ingcon s.r.l.

2. – Ne ha dedotto l'illegittimità articolando i due motivi di censura che seguono:

1) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 104 d.lgs. 36/2023 nella parte in cui l'avvalimento è volto nel contempo a colmare la carenza del requisito tecnico professionale e di capacità economica nonché al miglioramento dell'offerta. Violazione e falsa applicazione dell'art. 119 d.lgs. 36/2023, nonché dell'art. 8 d.lgs. 36/2023 e della normativa in tema di equo compenso. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneità del presupposto, illogicità, abnormità e travisamento del fatto.*

Parte ricorrente evoca – in sintesi – tre profili di criticità che minerebbero in radice la liceità e la validità del contratto di avvalimento sottoscritto, *ex art. 104 d.lgs. 36/2023*, tra la controinteressata Ingcon s.r.l. e l'Ing. Narciso, già amministratore unico e direttore tecnico della stessa società; sarebbe in tal senso “ *censurabile la scelta dell'aggiudicataria di aver stipulato un unico contratto che ha natura di avvalimento operativo, finanziario e premiale*”, la circostanza “*che l'ausiliario si impegna ad eseguire tutte le relative prestazioni, senza che lo stesso sia stato indicato come subappaltatore e perciò ingenerando l'assoluta incertezza sull'effettiva identità dell'aggiudicatario*” e, da ultimo, la previsione contrattuale sul corrispettivo, “*talmente irrisorio da non poter qualificare il contratto come oneroso, non rinvenendosi nel contempo alcun interesse giuridicamente tutelabile in capo all'ausiliaria*”.

2) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 104, 99 e 100 d.lgs. 36/2023 e dell'art. 6.2. del disciplinare. Violazione e falsa applicazione dei criteri di valutazione di cui all'art. 18.1 del disciplinare. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneità del presupposto, illogicità, abnormità e travisamento del fatto.*

Parte ricorrente si sofferma sui requisiti di capacità tecnico professionale messi a disposizione dall'ausiliario e sulla verifica condotta, sul punto, dalla stazione

appaltante, deducendo, in buona sostanza, che i progetti presentati sarebbero inidonei ai fini dell'avvalimento in quanto “*non verificati e validati*” e, comunque, del tutto insufficienti a giustificare, come invece verificatosi, l'assegnazione alla controinteressata del punteggio massimo pari a 30,00 punti (dovendo la stessa, in tesi, conseguire un punteggio pari a 0).

3. – Si sono costituiti in giudizio il comune di Santa Croce del Sannio e la società controinteressata, entrambe concludendo per l'infondatezza del ricorso, del quale hanno conseguentemente chiesto la reiezione.

4. – Con ordinanza n. 2527/2024 la Sezione ha respinto l'istanza di tutela cautelare. Con ordinanza del Cons. Stato, Sez. III, n. 30/2025, è stato respinto l'appello cautelare.

5. – In vista della trattazione del merito le parti hanno depositato documenti, memorie e repliche, ciascuna insistendo per l'accoglimento delle domande rispettivamente formulate.

6. – All'udienza pubblica del 12 marzo 2025 la controversia è stata introitata in decisione.

7. – Il ricorso è insuscettibile di accoglimento per le ragioni di cui si dà sinteticamente conto appresso.

8. – I profili di criticità evocati dalla ricorrente con il motivo *sub* I inficanti, a suo avviso, la validità del contratto di avvalimento sottoscritto dall'aggiudicataria, per un verso non trovano alcun riscontro nella relativa disciplina, meno restrittiva, ora contenuta nell'art. 104 del codice dei contratti pubblici, per altro verso si rivelano insussistenti alla luce degli orientamenti interpretativi maturati nella giurisprudenza amministrativa.

8.1. – Non merita condivisione, *in primis*, la tesi di parte ricorrente che enfatizza la “*assoluta incertezza sull'identità dell'esecutore reale dell'appalto*” per inferirne l'esclusione dell'aggiudicataria sul rilievo che l'avvalimento, a ben vedere, sarebbe “*teso ad una*

sostituzione tra l'aggiudicatario formale, individuato nella INGCON s.r.l., e l'esecutore effettivo, nella persona dell'ing. Narciso che assomma su di sé il ruolo di ausiliario nonché di amministratore unico e direttore tecnico dello stesso operatore economico concorrente”.

8.2. – Nemmeno, d'altro canto, vale a inficiare la legittimità del contratto di avvalimento – avente a oggetto i requisiti di capacità professionale riguardanti l'espletamento di precedenti servizi di ingegneria e architettura per un importo pari all'importo complessivo del valore stimato dei lavori e l'espletamento di due servizi di punta – la dedotta irrisorietà del corrispettivo in esso pattuito (“*il contratto di avvalimento reca l'impegno alla messa a disposizione dei requisiti e delle relative attrezzature, oltre all'effettuazione delle prestazioni direttamente da parte dell'Ing. Narciso, a fronte di un corrispettivo del tutto irrisorio pari ad € 1.000,00*”).

9. – In senso contrario a siffatti rilievi – che censurano l'incertezza soggettiva sull'esecuzione dei lavori e la surrettizia sostituzione dell'aggiudicatario “*formale*” (per effetto dell'avvalimento) – va richiamato il disposto dell'art. 104, commi 1 e 3, d.lgs. n. 36/2023.

9.1. – Dalle norme si ricava agevolmente, infatti, che la validità del contratto di avvalimento deve essere valutata *ex se* ed a prescindere dal legame eventualmente in essere tra le parti (comma 1) e, ancora, che in taluni casi, ivi stabiliti, i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria, in possesso di requisiti non trasferibili (comma 3).

9.2. – Da un lato il legame (o la sostanziale “*immedesimazione*”, come sostiene la ricorrente) tra l'ausiliario e la società aggiudicataria, contrariamente a quanto dedotto in ricorso, non refluisce in alcun modo sulla validità e sull'efficacia del contratto di avvalimento, potendo quest'ultimo “*essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti*” (comma 1 *cit.*); dall'altro, la messa a disposizione della società avvalente, effettiva e sostanziale, da parte dell'ausiliario, delle risorse indispensabili per l'esecuzione dell'appalto consegue, *naturaliter*, alla connotazione in senso

“operativo” dell’avvalimento in questione (comma 3 *cit.*), nel quale l’ausiliario, come nella specie, si impegna a eseguire direttamente i servizi oggetto di avvalimento.

9.3. – In conformità alle norme suindicate, pertanto, del tutto legittimamente con il contratto in esame la Ingcon s.r.l. si è avvalsa dei requisiti posseduti, *uti singulus*, dall’ing. Narciso (servizi eseguiti, fatturato, attrezzature), il quale, trattandosi di avvalimento esperienziale, si è anche impegnato nei confronti dell’offerente e della stazione appaltante ad eseguire direttamente i servizi che ne formano oggetto, e tanto in coerenza con l’esplicita previsione secondo cui ove l’avvalimento sia stipulato (*inter alia*) “con un soggetto in possesso di titoli [...] professionali necessari all’esecuzione della prestazione oggetto dell’appalto” allora “i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall’impresa ausiliaria” (art. 104, comma 3, *cit.*).

10. – Diversamente da quanto prospettato dalla Bimdis s.r.l., poi, nessuna (ulteriore) incertezza sull’effettiva identità dell’aggiudicatario (o dell’esecutore) può derivare dalla mancata indicazione della persona dell’ausiliario nella dichiarazione di subappalto presentata dalla Ingcon s.r.l., nella quale – stigmatizza la ricorrente – le uniche due prestazioni per cui è fatta riserva di subappalto sono quella di geologo e quella di archeologo, senza alcun riferimento all’esecuzione di prestazioni da parte dell’ausiliario ing. Narciso.

10.1. – La censura è priva di fondamento ove si consideri che l’ausiliario esegue le prestazioni in forza del contratto di avvalimento, con conseguente irrilevanza della dichiarazione di subappalto, contratto rispetto al quale è terzo estraneo, in disparte l’ulteriore rilievo che, secondo un consolidato indirizzo della giurisprudenza (cfr., *ex multis*: Cons. Stato, Sez. V, 2 luglio 2020, n. 4252; Sez. V, 18 gennaio 2019, n. 471; sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4299; sez. V, 30 giugno 2014, n. 3288; Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224), la eventuale violazione delle norme in materia di subappalto incide soltanto sul divieto di ricorrere al subappalto stesso in fase di esecuzione della commessa, ove il concorrente, come nella specie, sia comunque in possesso dei

requisiti di qualificazione onde poter eseguire i lavori oggetto di appalto (Cons. Stato, Sez. V, 10 marzo 2025 n. 1959).

11. – Prive di pregio, altresì, le doglianze incentrate sull'irrisorietà del corrispettivo dell'ausiliario e, anche per tale via, sull'assenza di causa in concreto del contratto di avvalimento.

11.1. – È vero, di contro, che la fattispecie contrattuale concreta è sussumibile, *de plano*, proprio nell'ipotesi tipizzata dal Legislatore nel nuovo Codice dei contratti (“[I]l contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria”), a mente della quale la normale onerosità dell'avvalimento deve essere valutata tenendo conto della “*reale*” controprestazione di cui in ultima analisi beneficia l'ausiliaria, in ipotesi non corrispondente (se non in misura minimale o addirittura simbolica) al compenso formalizzato nell'accordo, bensì consistente in utilità patrimoniali ricavabili *aliunde* e, pur sempre, collegate e discendenti dalla “*operazione economica*” complessivamente congegnata dalle parti, come accade nella specie, in cui vi è una sostanziale “*compenetrazione*” (legittima, come visto, *ex art.* 104, comma 1, ultimo periodo, d.lgs. 36/2023; *cf.* pure comma 12) tra ausiliario e impresa ausiliata, posto che l'ing. Pasquale Narciso, come emerge dalla lettura del contratto di avvalimento, è amministratore e direttore tecnico e, inoltre, socio (e come tale percettore dei relativi “*utili*”) con il 90% del capitale sociale della Ingcon s.r.l.

11.2. – È, dunque, chiaramente individuabile nel contratto di avvalimento un interesse patrimoniale dell'ausiliaria, interesse che può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo (*ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 24/10/2023, n. 9180), con conseguente infondatezza della complessiva censura qui scrutinata.

12. – Va disattesa, da ultimo, anche l'argomentazione della ricorrente secondo cui non potrebbe “*darsi l'ipotesi in cui un unico contratto sia volto allo stesso tempo alla messa a disposizione dei requisiti e a migliorare l'offerta, e questo sarebbe stato di per sé sufficiente a rendere*

il contratto in contrasto con le previsioni recate dall'art. 104, comma 4, d.lgs. 36/2023 ovvero comunque nullo per assoluta incertezza dell'oggetto".

12.1. – Sul punto, a escludere ogni paventata violazione dell'art. 104, comma 4, d.lgs. n. 36/2023, soccorre, ad avviso del Collegio, il richiamo a quanto assai di recente ribadito in giurisprudenza a proposito dell'avvalimento cd. misto, essendosi osservato che *“l'articolo 104 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, abbia inteso ampliare e generalizzare, e non certo a restringere, gli spazi di ammissibilità del cosiddetto avvalimento premiale rispetto a quelli che, nel silenzio del Codice previgente, erano stati riconosciuti dalla giurisprudenza”* e che, come emerge *“dalle prime pronunce emesse nel vigore della nuova disciplina (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 28 maggio 2024, n. 4732), mentre sotto il vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la giurisprudenza ammetteva la possibilità di avvalimento premiale (ossia finalizzato a migliorare l'offerta tecnica) solo qualora l'avvalimento al tempo stesso servisse anche a colmare una lacuna nei requisiti di partecipazione del concorrente, e non anche l'avvalimento premiale “puro”, ora anche quest'ultimo è ammesso: ne consegue che sarebbe logicamente fuori sistema e contrario alla ratio legis ritenere, contrariamente al passato, che oggi l'avvalimento premiale debba essere sempre e solo “puro” e debba invece escludersi l'avvalimento “misto”, già in precedenza pacificamente ammesso”* (si v. Cons. Stato, Sez. III, 11.4.2025, n. 3154).

13. – Il motivo *sub I*, in conclusione, è complessivamente infondato.

14. – Analogamente è a dirsi quanto al motivo *sub II*.

14.1. – L'assunto di parte ricorrente – che richiamandosi all'art. 42 del d.lgs. n. 36/2023 pretende, ai fini della comprova dei requisiti di capacità tecnico professionale, che essi si fondino su *“progetti verificati e validati?”* – è smentito dal tenore letterale della legge di gara, che espressamente prescrive (§ 6.2.) che *“[L]a comprova del requisito è fornita mediante l'acquisizione dei certificati di corretta esecuzione del servizio”* (nella specie riguardante *“Progettazione e studi connessi dei lavori di mitigazione del dissesto e messa in sicurezza del territorio”*: § 2).

14.2. – Nemmeno sussistono, ancora, le criticità dedotte dalla ricorrente a proposito delle certificazioni prodotte dalla Ingcon s.r.l. e rilasciate dalla Barone Costruzioni s.r.l., dalla Accornero s.r.l. e dal comune di Vitulano, risultando non concludenti ai fini della dimostrazione della pretesa inidoneità dei titoli spesi a integrazione del requisito, a fronte della allegazione di certificati concernenti l'avvenuta presentazione di progetti definitivi, i rilievi della ricorrente che rimarcano la mancata aggiudicazione della commessa nella quale il progetto è stato presentato (nel caso del certificato rilasciato dalla Barone s.r.l.), ovvero valorizzano la circostanza che la prestazione cui la progettazione era preordinata non “*sia stata regolarmente svolta*” (nel caso del certificato rilasciato dalla Accornero s.r.l.).

14.2.1. – Analogamente, nemmeno può concordarsi con la tesi dell'inidoneità del certificato rilasciato dal comune di Vitulano siccome riferito alla presentazione di un progetto al quale risulta associata la dicitura “*istruttoria acquisizione pareri – progettazione esecutiva in corso*”.

Deve ribadirsi, infatti, come ben possa ritenersi utile a integrare il requisito la presentazione, come avvenuto anche nel caso del certificato rilasciato dal comune di Vitulano, di un progetto definitivo, e ciò tenuto conto dell'oggetto dell'appalto, che attiene a “*Servizi Tecnici di Ingegneria e Architettura*” tra i quali, si ritiene, sono ricompresi finanche “*gli studi di fattibilità effettuati, anche per opere pubbliche da realizzarsi tramite finanza progetto, e ogni altro servizio propedeutico alla progettazione effettuato nei confronti dei committenti pubblici e privati, traendo conferma al riguardo dalla previsione di cui all'art. 46, comma 1, lett. a) del Codice dei contratti pubblici, a mente del quale sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria i prestatori dei suddetti servizi <che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico – amministrative e studi di fattibilità economico – finanziaria ad esse connesse>*” (Cons. Stato, n. 8622 del 2022) (Cons. Stato, Sez. V, 18.7.2024, 6445).

Il motivo è dunque infondato.

15. – Per quanto osservato il ricorso va respinto, anche per ciò che riguarda le pretese risarcitorie azionate dalla ricorrente, la cui fondatezza è esclusa *in radice* dalla ravvisata insussistenza dei profili di illegittimità prospettati in ricorso.

16. – Le spese seguono, come per legge, la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente alla refusione delle spese e competenze di giudizio in favore del comune di Santa Croce del Sannio e della controinteressata Ingcon s.r.l., che liquida in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), da corrispondersi nella misura di un mezzo ciascuno, oltre accessori, come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 12 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Pierangelo Sorrentino

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO