

APPALTI - AVVALIMENTO - AVVALIMENTO OPERATIVO - POSSESSO DEI TITOLI PARTECIPATIVI - IMPEGNO DELL'IMPRESA AUSILIARIA ALL'ESECUZIONE

Il contratto di avvalimento deve consentire, 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. 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.

Il contratto di avvalimento è inidoneo se non è corredato dell'impegno all'esecuzione diretta delle prestazioni da parte dell'impresa ausiliaria, richiesto dall'art. 89 c. 1 secondo periodo del d.lgs. 50/2016.

TAR Campania - Napoli, Sez. IV, sentenza n. 6211/2020

Publicato il 17/12/2020

N. 06211/2020 REG.PROV.COLL.

N. 02360/2020 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2360 del 2020, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
Bourelly Health Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come

da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, corso Garibaldi 103;

contro

Comune di Napoli, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, Antonio Andreottola, Bruno Crimaldi, Annalisa Cuomo, Giacomo Pizza, Bruno Ricci, Eleonora Carpentieri, Anna Ivana Furnari, Gabriele Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maria Cristina Carbone in Napoli, p.zza Municipio, Pal. San Giacomo;

nei confronti

Scarpato Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Sergio Como, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, viale A. Gramsci 16;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a – della determinazione dirigenziale del Comune di Napoli n. 1 del 18.6.2020 con la quale si è disposta la aggiudicazione dell'affidamento in concessione del servizio di rimozione, deposito e custodia dei veicoli in favore della ditta Scarpato Service s.r.l.:

b – della nota del RUP del Comune di Napoli prot. n. 424652 del 19.6.2020 di comunicazione alla ricorrente, ai sensi dell'art. 76 comma 5 del D.Lgs. 50/2016, della determina sub a);

c – del provvedimento del Comune di Napoli prot. 409467 del 12.6.2020, con il quale si è respinta la istanza di riesame degli atti di gara della A.T.I. ricorrente;

d – ove occorra, del parere del Dipartimento Avvocatura del Comune di Napoli in data 11.3.2020;

e – di tutti i verbali di gara (n. 1 del 10.12.2019, n. 2 del 20.12.2019, n. 3 del 10.1.2020, n. 4 del 13.1.2020, n. 5 del 18.5.2020, n. 6 del 27.5.2020, n. 7 del 30.5.2020, n. 8 del 4.6.2020 e n. 9 del 16.6.2020), nella parte in cui non hanno disposto la esclusione della Società Scarpato Service;

f – di tutti gli atti del procedimento di verifica di anomalia della offerta prima graduata, dichiarata aggiudicataria;

g - di tutti gli atti presupposti, anche istruttori, collegati, connessi e consequenziali; nonché per l'accertamento

del diritto della ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. e) c.p.a., alla aggiudicazione della concessione ed al subentro nell'affidamento, anche previa declaratoria di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da BOURELLY HEALTH SERVICE S.R.L. il 13\10\2020 :

h – del provvedimento del RUP del Comune di Napoli prot. n. 582681 dell'8.9.2020, con il quale in esito ad un supplemento di verifica di anomalia, si è confermata la aggiudicazione dell'affidamento in concessione del servizio di rimozione, deposito e custodia dei veicoli in favore della ditta Scarpato Service s.r.l.;

i – del verbale della Commissione di gara e del RUP n. 11 del 7.9.2020 che, all'esito di rinnovata valutazione di anomalia, ha confermato la presunta congruità della offerta della impresa Scarpato Service;

l – della determina dirigenziale del Comune di Napoli n. 3 del 8.9.2020 di chiusura favorevole del sub procedimento di verifica della congruità della offerta Scarpato Service, riaperto a seguito della notifica del presente ricorso;

m – di tutti gli atti istruttori del sub procedimento di verifica, ivi compresa la richiesta di chiarimenti alla ditta Scarpato;

n – ove occorra del provvedimento n. 2 del 31.7.2020 di sospensione della aggiudicazione in favore di Scarpato Service;

o – di tutti gli atti presupposti, connessi, collegati e consequenziali.

nonché per l'accertamento

del diritto della ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. e) c.p.a., alla aggiudicazione della concessione ed al subentro nell'affidamento anche previa declaratoria di inefficacia del contratto, medio tempore, ove stipulato;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Napoli e della Scarpato Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2020 il dott. Luca Cestaro, celebrata l'udienza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale ai sensi degli artt. 4 co. 1 del D.L. 28/2020 (conv. con L. 70/2020) e 25 del D.L. 137/2020;

FATTO e DIRITTO

1.1. Con ricorso notificato ai soggetti meglio in epigrafe indicati in data 11 luglio 2020 e depositato il successivo 14 luglio, la Bourelly health Service s.r.l. (in seguito: BOURELLY) impugna la determinazione dirigenziale del Comune di Napoli n. 1 del 18.6.2020 con la quale si è disposta la aggiudicazione dell'affidamento in concessione del servizio di rimozione, deposito e custodia dei veicoli in favore della ditta Scarpato Service s.r.l. (in seguito: SCARPATO). La gara, bandita con determina dirigenziale n. 1/2019 e svolta con procedura aperta (art. 60 del D.Lgs.

50/2016) è relativa alla concessione del servizio indicato per il periodo di due anni rinnovabile per altri due con un valore stimato della di €. 6.594.002,00 oltre IVA.

La parte ricorrente rappresenta che il criterio di aggiudicazione prescelto è stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che la controinteressata si è aggiudicata la gara con un punteggio di 80,34, mentre il punteggio ottenuto dalla propria offerta è stato di 73,20.

1.2. La Bourelly censura le ragioni di seguito descritte.

I) La violazione dell'art. 80 co. 5 d.lgs. 50/2016 oltre all'eccesso di potere sotto più profili in quanto la controinteressata ha subito una revoca dell'aggiudicazione per analogo servizio da parte dell'ASIA nel 2017 e non l'ha dichiarato così impedendo alla Stazione appaltante (di seguito SA) di valutare adeguatamente l'affidabilità della propria impresa; la disciplina di settore e le stesse linee guida dell'ANAC impongono di comunicare ogni notizia astrattamente idonea a compromettere la propria affidabilità il che conforta la tesi dell'irredimibile violazione dell'obbligo dichiarativo. Per altro verso, non incide sulla rilevanza della questione la mancata menzione della revoca nel casellario ANAC in quanto l'art. 80 co. 5 lett. c) impone di considerare rilevanti le condotte non iscritte ma tali da compromettere l'affidabilità dell'impresa.

II) La violazione dell'art. 89 d.lgs. 50/2016 e il difetto di istruttoria quanto al contratto di avvalimento stipulato tra l'aggiudicataria e la società Dom.Pla. s.r.l. in relazione al requisito di *“aver effettuato, nell'ultimo triennio (2016-2017-2018), almeno una prestazione analoga a quella oggetto della presente concessione, che preveda il prelievo e il deposito di veicoli, in favore di Enti Pubblici Territoriali ed Economici o in favore di società concessionarie di enti pubblici, con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari dei servizi stessi”*. Si tratta, infatti, di un avvalimento relativo all'esperienza professionale di cui all'art. 89 cod. appalti che come tale richiede un impegno all'esecuzione diretta da parte dell'ausiliaria.

III) La violazione del medesimo articolo 89 cod. appalti in quanto il disciplinare di gara imponeva che il contratto di avvalimento contenesse, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria. Ebbene, il contratto tra l'aggiudicataria e l'ausiliaria è assai generico nella misura in cui reca un impegno dal seguente tenore: *“la società ausiliaria, oltre a fornire i requisiti di cui al punto 2 della premessa, si obbliga, in caso di aggiudicazione dell'appalto della ditta avvalente verso il concorrente Scarpatto Service e verso la stazione appaltante Comune di Napoli a fornire i propri requisiti, dei quali è carente il concorrente e mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, ai sensi dell'art. 89 comma 1 del D.Lgs. 50/2016”*. Non v'è, quindi, alcuna specificazione in merito al personale e alle risorse tecniche prestate risolvendosi il tutto in un mero “prestito cartolare”.

IV) La violazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 e l'eccesso di potere con particolare riferimento alla mancata accettazione del protocollo di integrità richiesto dal bando.

V) La violazione di legge per l'assenza della cauzione provvisoria e dell'impegno del fideiussore a prestare garanzia.

VI) La violazione di legge e l'eccesso di potere per la mancata considerazione dell'assenza dell'attestato di sopralluogo.

VII) La violazione dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016 in quanto l'offerta dalla SCARPATO sarebbe incongrua per diverse ragioni e, in particolare:

a) poiché ha indicato un corrispettivo a favore dell'ausiliaria pari al 10% del valore dell'appalto ossia una somma pari a 329.700,00 euro per anno che è superiore all'utile dichiarato dall'aggiudicataria (216.933,28 euro); il corrispettivo del contratto di avvalimento, quindi, non considerato nel piano economico dell'offerta, sarebbe tale da azzerare l'utile e, anzi, da comportare una perdita ingente in capo all'aggiudicataria;

b) poiché il costo del personale (indicato in complessivi euro 1.600.000,00) non ha tenuto conto della copertura del servizio di deposito dei veicoli (dalle 24 alle 3 del giorno successivo, per tutti i giorni; dalle 24 alle 7 del giorno successivo, per i giorni di martedì, mercoledì e giovedì) tanto che alla ricorrente è stato consentito di riformulare l'offerta mediante aggiunta di ben 2000 ore di servizio; ebbene, tale orario aggiuntivo, in rapporto alle 27 unità di personale previsto, è incongruo tenuto conto delle ferie, delle festività e delle altre legittime cause di assenza dal lavoro che porterebbero a un aggravio ulteriore di ben 428 ore annue; inoltre, non è stato tenuto in considerazione il costo dello straordinario; sul punto, la ricorrente conclude nel senso che vi sarebbe una sottostima dei costi di manodopera pari a 161.000 euro per gli operai e di 230.000 euro per gli impiegati;

c) in quanto il costo dei macchinari è determinato in appena 500.000 euro di cui € 260.000 per il consumo del carburante, oltre che a polizze assicurative, bolli e manutenzione; la residua quota di 230.000 euro (i.e. 240.000 euro) non copre gli ulteriori costi per macchinari e attrezzature;

d) in quanto le spese generali sono anch'esse, pari ad appena 200.000 euro, del tutto inadeguate.

1.3. La controinteressata SCARPATO chiede respingersi il ricorso a cui muove le seguenti obiezioni:

-) l'infondatezza della prima censura in quanto la revoca da parte di ASIA, poiché non presente nel casellario ANAC, non doveva essere dichiarata e anche perché si è trattato di un episodio di minima significatività (una pendenza fiscale di 12.000 euro, emersa dopo la presentazione delle offerte e, ormai, sanata);

-) il contratto di avvalimento, poi, è sufficientemente specifico in quanto la prestazione dell'ausiliaria richiama la premessa che contempla il prestito dei seguenti requisiti: fatturato specifico effettuato nel triennio 2016/2017/2018 di almeno una prestazione analoga a quella oggetto del bando di gara (prestazione

eseguita a favore dell'ATM di Milano del valore di circa €. 8.000.000,00); attrezzatura specifica, omologata ed idonea per consentire la rimozione di veicoli e motoveicoli, allestiti con braccio gru (carri con targa FT932WG, FT933WG, FT934WG); il *know how* (mezzi, attrezzature specifiche);

-) il richiamo alle risorse necessarie per eseguire l'appalto e alla relativa documentazione (certificazioni ecc.) consente, unitamente a quanto riportato in premessa, di interpretare il contratto in modo univoco in rapporto alla volontà dei contraenti di talché gli obblighi ivi contemplati non sono né cartolari né meramente formali; tale interpretazione è l'unica compatibile con la ratio del contratto di avvalimento che è quella di garantire la massima partecipazione;

-) le censure sub IV, V e VI sono infondate in fatto (produce documentazione atta a smentire la prospettazione di parte ricorrente);

-) la censura sub VII, relativa all'incongruità dell'offerta, pure sarebbe infondata in quanto la valutazione complessiva rientra nella discrezionalità tecnica della commissione e non v'è alcun profilo di palese inattendibilità della stima offerta; in merito, la controinteressata produce una nota del Comune dell'8.9.2020 che dà atto dell'avvenuta riapertura del subprocedimento di verifica dell'offerta nel corso del quale si è appurato che: i costi per le risorse messe a disposizione dall'ausiliaria sono stati inclusi nel piano economico; i carri omologati per la rimozione dei veicoli, pure prestati dall'ausiliaria, sono dei meri requisiti di esecuzione; il disciplinare si limitava a chiedere un fatturato generico mentre l'avvalimento ha inteso fornire altresì un fatturato specifico; l'aggiudicataria ha chiarito adeguatamente le voci economiche della propria offerta dovendosi rilevare che le unità di personale offerte sono più di quelle che occorrerebbero e che sono sufficienti a garantire la sostituzione del personale che si assenti giustificatamente dal lavoro.

1.4. Il Comune di Napoli chiede parimenti il rigetto del ricorso e rileva come il contratto di avvalimento sia da riferire a un cd. avvalimento di garanzia richiesto dal disciplinare di gara all'art. 6.2 con riferimento al fatturato minimo globale di euro 3.297.001,00. Non occorrerebbe, quindi, specificare i mezzi e le risorse. Quanto al requisito di capacità tecnica (punto 6.3.1. del disciplinare), a pag. 15 del DGUE, l'aggiudicataria ha portato un'ampia serie di servizi analoghi allorché il disciplinare richiedeva almeno "una" prestazione analoga nel triennio in favore di enti pubblici economici o territoriali.

1.5. Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 13.10.2020, la BOURELLY HEALTH SERVICE contesta il positivo riesame svolto dal Comune di Napoli in ordine all'offerta della controinteressata e culminato nei provvedimenti indicati in epigrafe del 7 e dell'8.9.2020.

La parte ricorrente censura gli aspetti ulteriormente indicati di seguito.

VIII) L'eccesso di potere per aver consentito che, nelle proprie giustificazioni, la controinteressata modificasse l'offerta affermando che l'importo del contratto di avvalimento sarebbe stato riferibile a voci di costo già incluse nel piano economico e, in particolare, al rimborso dei costi per sei unità di personale, per la manutenzione dei mezzi e per la relativa assicurazione oltre che per il carburante.

IX) Il difetto istruttorio e l'eccesso di potere per aver accettato la inattendibile giustificazione relativa al corrispettivo del contratto di avvalimento che si è mostrato di ritenere "ricompreso" nel pregresso piano economico sebbene di una simile sovrapposizione non vi fosse traccia nella primitiva offerta né nel contratto di avvalimento; il corrispettivo del contratto di avvalimento era, infatti, separatamente indicato e, inoltre, il contratto medesimo non prevedeva alcuna specifica indicazione delle risorse messe a disposizione.

X) Le giustificazioni, poi, adombrano una diretta presa in carico dei lavoratori e della manutenzione da parte dell'impresa ausiliata, il che integra non solo

un'inammissibile variazione dell'offerta, ma anche un maldestro tentativo di "sanare" l'assoluta genericità del contratto di avvalimento che si limitava a prevedere il trasferimento del "*Know how (mezzi, attrezzature specifiche)*".

XI) Ulteriore profilo di irragionevolezza è legato al notevolissimo costo delle tre attrezzature specifiche messe a disposizione dall'avvalsa che genera un costo di 314.000 euro ossia un costo assai maggiore del costo, sempre riportato in offerta, di euro 186.000 per altri 3 carri gru e 25 autovetture.

XII) il provvedimento di conferma della congruità, inoltre, sarebbe travisato nella misura in cui si afferma: "*la ditta Scarpato si è avvalsa del fatturato specifico dell'ausiliaria quale requisito di capacità economica e finanziaria (art. 83 comma 1 lett. b del D.lgs. 50/2016), sebbene la Stazione Appaltante richiedesse semplicemente un fatturato globale e non specifico (pag. 8 art. 6.2 del Disciplinare di Gara allegato), requisito che la Scarpato nel DGUE ha dichiarato di possedere (ed ovviamente poi da comprovare in sede di controllo dei requisiti)*". La circostanza sarebbe del tutto inesatta in quanto il contratto ha ad oggetto "*il fatturato specifico effettuato nel triennio 2016/2017/2018 di almeno una prestazione analoga a quella oggetto del bando di gara, relativa al prelievo, deposito e custodia veicoli a favore di un Ente Pubblico*". Ebbene, tale requisito, ai sensi del punto 6.3.1 del Disciplinare di Gara, è individuato espressamente come requisito di capacità tecnico professionale, ai sensi dell'art. 83 comma 1 lett. c) del d.lgs. 50/2016.

XIII) In rapporto, poi, alla denunciata sottostima dei costi della mano d'opera, si è consentito alla controinteressata di "riformulare" l'offerta con l'aggiunta di ben 2000 ore di servizio a unità di personale, peraltro, invariate. La stima effettuata dalla parte ricorrente non ha tenuto in considerazione le assenze retribuite del personale che ammontano a complessivi 428 giorni annui.

1.6. Tanto la SCARPATO SERVICE quanto il Comune si difendevano evidenziando come, nella fase di giustificazioni, la controinteressata si sia limitata a specificare voci di costo e che, in ogni caso, le valutazioni in merito all'anomalia

dell'offerta siano da ritenersi rientranti nella discrezionalità della stazione appaltante.

1.7. Con ordinanza cautelare n. 2100 del 13.11.2020, il Collegio accoglieva l'istanza cautelare sulla base delle seguenti considerazioni: “-) *il contratto di avvalimento, riferibile a un avvalimento tecnico operativo come da punto 6.3.1. del disciplinare di gara, non è sufficientemente preciso nel definire le risorse prestate (esse sono state inammissibilmente specificate solo in un secondo momento), e, inoltre, non prevede un impegno diretto; -) la precisazione dell'offerta, avvenuta in sede di giustificazioni, secondo cui i costi del contratto di avvalimento sono stati ribaltati su alcune specifiche voci di costo già inserite nell'offerta economica, è tale da modificare tardivamente la struttura dell'offerta medesima*”.

Dopo ulteriore ampia discussione, svolta da “remoto” con le modalità indicate in epigrafe, la causa era trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 3.12.2020.

DIRITTO

2. Ancor prima di passare alla trattazione del merito del ricorso, va rammentato che, in tema di contenzioso relativo alle procedure di affidamento di pubblici servizi, la sentenza è redatta «in forma semplificata» potendo, quindi, consistere «in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo» (artt. 120 co. 6 e 74 c.p.a.).

3. Nel merito, sono dirimenti le due questioni, già evidenziate in sede cautelare, della natura del contratto di avvalimento e della qualità delle giustificazioni rese in sede di giustificazione dell'anomalia.

4.1. La prima questione richiede l'analisi del disciplinare di gara.

Tale documento (versato in atti) regola, al punto 6.2, i requisiti di capacità finanziaria richiedendo, all'uopo, il possesso di un fatturato globale, conseguito negli ultimi tre esercizi disponibili, non inferiore a euro 3.297.001,00. Al successivo punto 6.3.1, sono regolati, invece i “*requisiti di capacità tecnico-professionale*” in

relazione ai quali è richiesta l'effettuazione, nel triennio 2016/2018, di almeno una prestazione analoga a quella della concessione in oggetto.

4.2. La piana lettura del disciplinare conduce a qualificare l'avvalimento in esame come “tecnico-operativo” e, in tal senso, va decisamente respinta la prospettazione della Stazione appaltante. Il contratto, infatti, è dichiaratamente volto a integrare il requisito di capacità tecnico professionale di cui – pacificamente - è priva la controinteressata SCARPATO.

La difesa della controinteressata ha citato una recentissima Sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 7436 del 26.11.2020 che, al fine di qualificare l'avvalimento come tecnico operativo, non ritiene sufficiente il riferimento del disciplinare di gara a un requisito di capacità tecnico-professionale in quanto a tale qualificazione dovrebbe “*accompagnarsi la richiesta di dimostrare il possesso «di risorse umane e tecniche» e più in generale dell'«esperienza» necessaria ad eseguire l'appalto*”.

4.3. In merito, la giurisprudenza si presenta variegata, ma occorre osservare che tanto nella giurisprudenza del giudice d'Appello (v., tra le altre, Consiglio di Stato sez. III, 09/03/2020, n.1704) quanto in quella del giudice di primo grado (T.A.R.Lazio, Roma, sez. I, 26/10/2020, n.10912 nonché, i precedenti di questo Tribunale: T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 01/07/2020, n.2795; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 05/03/2020, n.1022) è prevalente l'opzione interpretativa che assegna un valore dirimente alla qualificazione operata negli atti di gara; qualora il requisito sia riferito, dal bando o dal disciplinare, alla “capacità tecnico-professionale”, esso può essere ottenuto mediante un avvalimento tecnico-operativo e non di mera garanzia. L'opposto e recente indirizzo appena richiamato, invero, finisce con l'espandere in modo rilevante l'area dell'affidamento di garanzia, relegando l'avvalimento tecnico-operativo ai soli casi in cui il disciplinare chieda la prestazione di risorse specifiche. È dequotato, per questo orientamento minoritario, finanche il riferimento, negli atti di gara, alla

necessità di una specifica esperienza professionale pur se quest'ultima può, evidentemente, essere trasferita in concreto solo mediante la prestazione di specifiche risorse aziendali; ragionando diversamente, il requisito esperienziale finisce con l'essere riportato a una dimensione generica e astratta (una sorta di supervisione da parte dell'impresa ausiliaria) con conseguente svuotamento del significato che gli è proprio (ossia di garantire alla stazione appaltante, non semplicemente la solidità economica dell'impresa, ma una concreta esperienza nell'esecuzione dell'appalto).

4.4. In ogni caso, la formulazione del bando si riferisce non semplicemente al fatturato specifico, ma all'esecuzione di una *“prestazione analoga ... che preveda il prelievo e il deposito di veicoli in favore di enti pubblici...”* (v. punto 6.3.1, cit.); tanto induce senz'altro a concludere nel senso che si tratti di avvalimento specificamente riferibile all'esperienza professionale e, quindi, di tipo tecnico-operativo.

Nello stesso senso, va letto l'art. 8 del bando che, pur genericamente riferendosi alla possibilità di avvalimento, precisa che *“il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria”* (co. 4) e che *“la mancata indicazione dei requisiti e delle risorse messi a disposizione dall'impresa ausiliaria non è sanabile in quanto causa di nullità del contratto”* (ult. comma).

5.1. Una volta qualificato l'avvalimento come “tecnico-operativo”, risalta la fondatezza delle censure effettuate da parte ricorrente circa la genericità del contratto e alla mancanza dell'impegno all'esecuzione diretta.

5.2. Quanto al primo aspetto, la genericità del contratto è evidente e non emendata dal riferimento a *“tre carri (gru)”*, al *“fatturato specifico”* e al *“know how (mezzi, attrezzature specifiche)”*: è, in pratica, assente l'indicazione di quali siano le risorse prestate e idonee a trasferire l'esperienza professionale in capo all'ausiliata. I riferimenti appena menzionati restano irrimediabilmente generici e non danno conto alla S.A. di come l'esperienza professionale dell'avvalsa (DOM.PLA) sia

concretamente messa a disposizione della partecipante (e conseguentemente della stazione appaltante).

In merito, si è chiarito (Consiglio di Stato sez. IV, 11/05/2020, n.2953) che, sebbene il contratto di avvalimento non debba necessariamente spingersi sino alla “rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale”, tuttavia, “l'assetto negoziale deve consentire 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 (Cons. Stato, 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”.

5.3. Inoltre, il contratto di avvalimento è inidoneo poiché – il dato non è contestato – non è corredato dell'impegno all'esecuzione diretta delle prestazioni da parte dell'impresa ausiliaria, richiesto dall'art. 89 co. 1 secondo periodo del d.lgs. 50/2016 (*“per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste”*; v. Consiglio di Stato sez. V, 03/04/2019, n.2191; T.A.R. Venezia, sez. I, 16/03/2020, n.257).

5.4. Le censure sub II e III del ricorso principale sono, quindi, fondate. È anche fondata la censura sub XII del ricorso per motivi aggiunti che si appunta, come sopra indicato, sulla considerazione - operata dal Comune di Napoli in sede di supplemento istruttorio relativo all'anomalia dell'offerta e alle relative

giustificazioni – secondo cui il contratto di avvalimento sarebbe riferibile a un requisito di capacità economico-finanziaria e non, com'è invece, tecnico-operativo.

6.1. Fondate sono, pure, la censura sub VII del ricorso principale e le censure sub VIII, IX e X del ricorso per motivi aggiunti che contestano, l'una, la mancata considerazione del costo del contratto di avvalimento nel piano economico dell'offerta (il costo del contratto genererebbe non solo l'erosione dell'utile, ma addirittura una perdita) e, le altre, la “rimodulazione” dell'offerta poiché si è sovrapposto il compenso pattuito per il contratto di avvalimento (il 10% del valore dell'appalto ossia 659.400,00 euro per i due anni di contratto) alle singole voci dell'offerta, precisando che talune voci erano da intendersi, più precisamente, incluse nel corrispettivo del contratto.

6.2. La determina n. 3 dell'8.9.2020 - con cui la Stazione appaltante ha reputato adeguate le giustificazioni - reca la seguente motivazione (riportando il verbale n. 11 del 7.9.2020): *“dai chiarimenti della ditta Scarpato si evince che gli oneri che quest'ultima sosterrà col contratto di avvalimento con la ditta ausiliaria Dom.Pla. non costituiscono oneri aggiuntivi rispetto a quanto indicato nel PEF, ma la dovuta remunerazione nei confronti della stessa ausiliaria per la messa a disposizione di 6 unità impegnate di personale, della manutenzione, della RCA e del carburante dei tre mezzi speciali utilizzati, e delle attrezzature specifiche messe a disposizione; oneri quindi che sono stati ricompresi nelle corrispondenti voci del PEF presentato in sede gara (costi per la manodopera, costi per le attrezzature, spese generali)”*.

6.3.1. Tale modo di procedere è censurato dalla parte ricorrente in quanto costituirebbe una *“sostanziale e radicale modifica della proposta negoziale”*.

La doglianza, come si è detto, è fondata.

Difatti, solo in sede di giustificazioni si è inteso, da un lato, giustificare l'oneroso corrispettivo del contratto di avvalimento e, dall'altro, precisare surrettiziamente le risorse effettivamente prestate dall'ausiliaria. I costi già inclusi nell'ambito del piano economico dell'offerta e, con le giustificazioni, fatti rientrare nel previsto

corrispettivo del contratto di avvalimento sono relativi: a 6 unità di personale, alla manutenzione dei mezzi, all'assicurazione dei mezzi, al carburante per l'utilizzo dei mezzi.

Una parte dei costi indicati nel piano economico dell'offerta dalla SCARPATO (es. relativi al carburante) sarebbero, quindi, "rimborsati" alla DOM.PLA mediante l'erogazione del corrispettivo del contratto di avvalimento. In altri termini, il costo del contratto di avvalimento, menzionato, ma non considerato, nella originaria formulazione dell'offerta economica, in sede di giustificazioni, è stato "diluato" in alcune voci di costo già incluse nel piano economico.

6.3.2. L'operazione appena descritta, con evidenza, trascende la mera "precisazione" dell'offerta, integrando una modificazione qualitativa della stessa.

La scomposizione del corrispettivo del contratto di avvalimento e il suo ribaltamento su alcune voci di costo incluse nel piano economico alterano in modo sostanziale l'originaria struttura dell'offerta consentendo, in pratica, alla SCARPATO di sanare tanto la genericità del contratto di avvalimento quanto la sua insufficiente considerazione quale costo.

6.3.3. L'espedito, avallato dalla Stazione appaltante, costituisce un'inammissibile modificazione dell'offerta pienamente sindacabile dal giudice amministrativo. La discrezionalità tecnica dell'amministrazione nel valutare l'anomalia dell'offerta, infatti, limita il sindacato del G.A. ai vizi macroscopici, ma sempre a condizione che resti ferma l'entità dell'offerta economica originaria (*ex multis*, v. Consiglio di Stato sez. V, 26/08/2020, n.5215 e ivi richiamata Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2019, n. 171).

6.3.4. L'inammissibile modificazione dell'offerta, come si è detto, è volta, peraltro, a celare il grave squilibrio economico dell'offerta che – considerando il corrispettivo dell'avvalimento – non prevedeva utili e, anzi, comportava una ingente perdita in capo all'aggiudicataria.

7.1. Sono, quindi, fondate le censure del ricorso principale e del ricorso per motivi aggiunti che si riferiscono ai due aspetti sopra segnalati ossia l'inadeguatezza del contratto di avvalimento "tecnico-operativo" tra la SCARPATO e la DOM.PLA. nonché l'irragionevolezza della valutazione sull'anomalia dell'offerta che, all'esito delle giustificazioni, si è basata su una modificazione qualitativa della struttura dell'offerta economica.

7.2. Per completezza, va detto che gli ulteriori profili di doglianza si sono rivelati infondati in fatto (censure sub III, IV, V, VI) o in diritto poiché il preteso inadempimento non dichiarato, attinto dalla prima censura del ricorso principale, appare di scarsa rilevanza e non tale da pregiudicare l'affidabilità complessiva della SCARPATO.

7.3. Quanto alle spese di lite, è opportuno compensarle in ragione delle richiamate oscillazioni giurisprudenziali in merito alla qualificazione del contratto di avvalimento e per la complessità della vicenda come articolata sul piano sostanziale e processuale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

-) li accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei sensi indicati in motivazione;
-) compensa le spese di lite;
-) ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Pierina Biancofiore, Presidente

Luca Cestaro, Consigliere, Estensore

Anna Corrado, Consigliere

L'ESTENSORE
Luca Cestaro

IL PRESIDENTE
Pierina Biancofiore

IL SEGRETARIO