

**TAR Campania, Sezione Prima, Sentenza n. 1458 del 4 marzo 2022**

Appalti di servizi – Contratto di avvalimento – Avvalimento tecnico-operativo – Omessa  
specificazione requisiti prestati – Nullità

Pubblicato il 04/03/2022

**N. 01458/2022 REG.PROV.COLL.**

**N. 04888/2021 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4888 del 2021, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:

(...) s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio quale  
capogruppo mandataria del costituendo RTP con i mandanti Ing. (...) e Ing. (...),  
rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da  
Registri di Giustizia;

*contro*

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

*nei confronti*

Ing. (...), in proprio e quale capogruppo mandatario del RTP con i mandanti Ing.  
(...) e Ing. (...), rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale

come da PEC da Registri di Giustizia;

Ing. (...), in proprio e quale mandante del RTP con gli Ingg. (...) e (...), non costituito in giudizio;

Ing. (...), in proprio e quale mandante del RTP con gli Ingg. (...) e (...), non costituito in giudizio;

Ministero dell'Interno, Ministero dell'Economia e delle Finanze e Consip S.p.A., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria *ex lege* in (...);

*per l'annullamento*

*(quanto al ricorso introduttivo)*

degli atti e dei provvedimenti adottati dal Comune di (...) nell'ambito della procedura telematica di gara gestita tramite il sistema MePa avente ad oggetto l'affidamento delle "attività di progettazione definitiva, progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, relative ai lavori di "sistemazione del movimento franoso di Via Pezzillo" (CUP H87C20000020005 - CIG 87401464A5), nella misura in cui a mezzo degli stessi si è disposta l'aggiudicazione in favore del controinteressato RTP Ing. (...) anziché nei confronti dell'odierno ricorrente, previa esclusione del primo dalla procedura e/o decurtazione del punteggio assentito all'offerta del RTP controinteressato e, in particolare:

- della determinazione del Comune di (...) n. 82 del 12.10.2021 - registro generale n. 167 del 13.10.2021 recante l'aggiudicazione della procedura in favore del controinteressato RTP Ing. (...), comunicata ex art. 76 co. 5 c.c.p. in data 14.10.2021 con nota prot. n. 4674 del 13.10.2021;
- della proposta di aggiudicazione in favore del controinteressato contenuta nel verbale di gara n. 5 del 28.06.2021;
- ove occorra, dei verbali di gara in seduta pubblica e riservata, ivi compresi nello specifico i verbali n. 1 del 9.06.2021, n. 2 del 14.06.2021, n. 3 del 21.06.2021, n. 4 del 25.06.2021, n. 5 del 28.06.2021, nelle parti in cui non si è disposta l'esclusione

del controinteressato e/o è stato attribuito un punteggio di gran lunga superiore a quello effettivamente spettante;

- ove occorra, del Bando, del Disciplinare e di ogni altra norma, documento e atto di gara, ove intesi nel senso fatto proprio dalla S.A.;
- di ogni altro atto e/o provvedimento preordinato, connesso e conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi del ricorrente;

con richiesta di subentro del ricorrente nel contratto eventualmente sottoscritto con il RTP aggiudicatario, ove nelle more stipulato, previa dichiarazione d'inefficacia del contratto stesso ex artt. 121 e/o 122 del c.p.a., ovvero in via subordinata, ove in corso di causa la pretesa al conseguimento di tale bene della vita dovesse risultare impossibile per fatto indipendente da volontà e/o colpa dell'odierno ricorrente, con richiesta di condanna dell'Ente intimato al risarcimento per equivalente del pregiudizio patito;

*(quanto ai motivi aggiunti depositati il 14/12/2021)*

di tutti gli atti già gravati col ricorso introduttivo anche a fronte:

- della impossibilità per l'ausiliaria di eseguire le prestazioni oggetto d'affidamento a fronte del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione e di altre misure cautelari comminate all'amministratore e legale rappresentante, al socio e al direttore tecnico dell'ausiliaria;
- del conseguente venir meno dei requisiti di cui all'art. 80 co. 5 lett. c) e lett.f) dell'ausiliaria;
- dell'impossibilità di sostituire l'ausiliaria senza determinare un'inammissibile modifica dell'offerta del RTP Ing. (...);
- del diniego tacito frapposto dall'Amministrazione resistente all'istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione del 6.12.2021;

*(quanto ai motivi aggiunti depositati il 24/1/2022)*

- della nota prot. 140 del 7.01.2022 a mezzo della quale il Comune di (...) ha accordato al controinteressato RTP (...) la possibilità di procedere con la sostituzione dell'ausiliaria a fronte dell'appurata e sopravvenuta incapacità di

quest'ultima di contrarre con la Pubblica Amministrazione per provvedimento dell'AGO e, quindi, della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 co. 5 c.c.p.;

- ove occorra, per la conseguente declaratoria di inefficacia e/o nullità anche del nuovo contratto d'avvalimento sottoscritto in data 15.01.2022 e del conseguente giudizio di ammissione dello stesso adottato dalla S.A.;

- per quanto occorrer possa, di tutti i nuovi atti trasmetti dal controinteressato sulla scorta della nota prot. 140/2022 della S.A. relativi alla sostituzione dell'ausiliaria originaria con altro soggetto in possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dalla *lex specialis*;

- ove occorra, della nota assunta al prot. gen. n. 286 del 13.01.2022 dell'Ente recante la comunicazione da parte del controinteressato di avvenuta sostituzione dell'originaria ausiliaria con la nuova ausiliaria, nella misura ciò ne importi l'ammissione da parte dell'Ente;

- ove occorra, della nota assunta al prot. gen. n. 380 del 18.01.2022 dell'Ente recante la trasmissione della documentazione attestante il possesso dei requisiti di moralità e di qualificazione da parte del nuovo soggetto ausiliario, nella misura ciò ne importi l'ammissione da parte dell'Ente;

- di tutti i successivi provvedimenti allo stato sconosciuti di “presa d'atto” della documentazione relativa al nuovo contratto di avvalimento del RTP Ing. (...) traendo gli stessi, comunque, origine dall'originaria nota prot. 140 del 7.01.2022 con cui l'Ente ha accordato la sostituzione dell'ausiliaria originaria.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...), dell'Ing. (...) in proprio e quale capogruppo mandatario del RTP con i mandanti Ing. (...) e Ing. (...), del Ministero dell'Interno, del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della Consip S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2022 il dott. Giuseppe

Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

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

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

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

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

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

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza dell'1/12/2021 n. 2057.

Con atto notificato il 10/12/2021 (depositato il 14/12/2021) la ricorrente ha proposto primi motivi aggiunti.

Ha tratto spunto dalle vicende interessanti la Società ausiliaria, che ne hanno determinato la perdita dei requisiti ex art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, riguardanti un'inchiesta giudiziaria penale a carico dell'amministratore, del socio e del direttore tecnico (va incidentalmente precisato dal Collegio che, in ragione delle esigenze di tutela della riservatezza, nel prosieguo l'ausiliaria sarà indicata con le sole iniziali

della denominazione sociale).

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

Il Comune e il controinteressato hanno depositato memorie ed esibito la nota prot. 140 del 7/1/2022, con cui il R.U.P. ha invitato l'aggiudicatario alla sostituzione dell'ausiliaria.

La nuova istanza cautelare è stata respinta con ordinanza del 12/1/2022 n. 79.

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

Con secondi motivi aggiunti (notificati il 21/1/2022 e depositati il 24/1/2022) la ricorrente ha ulteriormente censurato l'attività della stazione appaltante che ha consentito la sostituzione dell'ausiliaria.

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

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

## DIRITTO

1.- È impugnata, unitamente agli atti indicati in premessa, l'aggiudicazione della gara di cui alla determinazione n. 82 del 12/10/2021 del Responsabile del 3° Settore - Tecnico Manutentivo del Comune di (...).

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

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

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

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

2.- Si può passare all'esame delle censure.

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

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

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

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

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

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

*"f) Elenco di servizi di ingegneria e di architettura espletati negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando e relativi ai lavori di ognuna delle categorie e ID indicate nella*

*successiva tabella e il cui importo complessivo, per ogni categoria e ID, è almeno pari a 1 (una) volta l'importo stimato dei lavori della rispettiva categoria e ID";*

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

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

Con il contratto del 28/5/2021 l'ausiliaria G.E. si è impegnata a mettere a disposizione i predetti requisiti (dettagliati ai punti 1, 2 e 3), *“ai fini della partecipazione del bando di gara per l'affidamento del presente appalto, nonché per lo svolgimento delle prestazioni di servizi previste dal bando di gara”* (pag. 2) e, per ciò che concerne il requisito di capacità tecnica e professionale dei servizi di punta, sono indicati nel contratto di avvalimento tre servizi analoghi svolti dalla ausiliaria, per i Comuni di San Giuliano di Puglia, Foiano di Valfortore e Castelnuovo della Daunia.

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

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

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

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

- di 30 punti per il criterio A - Professionalità ed adeguatezza dell'offerta (*“Professionalità e adeguatezza dell'offerta desunta da un numero massimo di tre servizi relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare le prestazioni d'incarico e che sotto il profilo tecnico, tecnologico, funzionale e secondo i criteri desumibili dalle*



*tariffe professionali, siano qualificabili affini a quelli oggetto dell'affidamento”);*

- di 10 punti per il criterio B - Caratteristiche metodologiche dell'offerta, sub-criterio B.3 (*“Adeguatezza dei profili che compongono il gruppo di lavori, in relazione alla qualificazione professionale, alla relativa formazione, alle principali esperienze analoghe all'oggetto del contratto”*).

Il RTP aggiudicatario ha ottenuto (verbale della Commissione di gara n. 4 del 25/6/2021):

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

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

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

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

3.1. Con il primo motivo afferma che:

- a) non poteva farsi ricorso all'avvalimento in chiave premiale, ossia non solo per comprovare i requisiti di partecipazione ma anche al fine di conseguire la massima valutazione dell'offerta tecnica per il criterio A, relativo ai tre servizi di punta che misurano la capacità tecnica propria del concorrente, ma che non sono stati svolti dall'aggiudicatario bensì dall'ausiliaria;
- b) il contratto di avvalimento è nullo poiché indeterminato, in quanto privo dell'individuazione delle risorse messe a disposizione da parte dell'ausiliaria.

Con lo stesso motivo è contestata l'attribuzione del punteggio per il criterio B.3 – “Adeguatezza dei profili che compongono il gruppo di lavori”, osservando che il RTP aggiudicatario, pur difettando dei requisiti tecnici e professionali (integralmente ricorrendo all'avvalimento) ha pur tuttavia esposto nella propria offerta i profili dei componenti del RTP e non dei professionisti della Società

ausiliaria, che esegue le prestazioni e ha svolto i servizi indicati in contratto per la dimostrazione della suddetta capacità.

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

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

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

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

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

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

4.- Riassumendo, parte ricorrente sostiene che:

- si sia fatto ricorso ad un avvalimento premiale non consentito (con l'illegittima attribuzione di 30 punti per il criterio A);
- i servizi di punta fatti valere non sono riconducibili ai componenti del RTP aggiudicatario, per cui non poteva essere valutata in loro favore l'adeguatezza dei

profili professionali (criterio B.3);

- è nullo per indeterminatezza il contratto di avvalimento;
- in ragione della specificità dell'avvalimento (con possesso dei requisiti e prestazioni interamente a carico dell'ausiliaria), non potrebbe effettuarsi la sua sostituzione se non determinando la modifica dell'offerta tecnica.

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

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

Con riferimento a quanto dispone l'art. 89, co. 1, ultimo periodo, del d.lgs. n.50/2016 (*“il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”*), la giurisprudenza ha ancora da ultimo operato la distinzione di cui sopra, statuendo che: *“E' noto che, secondo orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, a seconda che si tratti di avvalimento c.d. garanzia ovvero di avvalimento c.d. tecnico o operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria; in particolare, solo in caso di avvalimento c.d. tecnico operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6619; V, 21 luglio 2021, n. 5485; V, 12 febbraio 2020, n. 1120 e le sentenze ivi richiamate; le ragioni alla base del predetto orientamento giurisprudenziale sono in Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 19 luglio 2021, n.722); solo così sarà rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, D. Lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”* (Cons. Stato, sez. V, 10/1/2022 n.169).

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

Milita in tal senso la specifica previsione del disciplinare, che al punto 7.3

suindicato ha posto i requisiti prestatati tra quelli di capacità tecnico-professionale (cfr. Cons. Stato, cit.: *“Il contratto di avvalimento stipulato rientrava senz'altro nella tipologia dell'avvalimento c.d. operativo poiché l'ausiliaria si impegnavo a prestare requisiti di capacità tecnico - professionale (giurisprudenza costante, cfr. per tutte Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2020, n. 6932; V, 21 febbraio 2020, n. 1330)”*).

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

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

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

Non si trascura che l'interpretazione del contratto di avvalimento non soggiace a rigidi formalismi e il suo oggetto è determinabile anche *per relationem* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20/7/2021 n. 5464, tra le altre), ma ciò non può valere a snaturare la regola dettata dall'art. 89 cit. e a sovvertire l'esigenza di indicazione delle risorse messe a disposizione nel caso di avvalimento c.d. tecnico-operativo, nel senso che occorre quantomeno *“l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione”* (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 (cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 giugno 2021, n. 4935)” (Cons. Stato n. 169/2022, cit.).*

Aderendo ai suesposti principi, il Collegio ravvisa l’inadeguatezza del contratto di avvalimento tra il RTP aggiudicatario e la G.E., contenente unicamente l’impegno dell’ausiliaria a mettere a disposizione i requisiti di cui è in possesso, di tal che “*non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l’impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell’appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano (Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n.1543)” (TAR Lazio, sez. III-quater, 11/11/2021 n. 11585).*

Per quanto esposto va dichiarata la nullità del contratto di avvalimento del 28/5/2021 stipulato tra il RTP (...) e la G.E., con le conseguenze che ne derivano sull’ammissione alla gara del concorrente, per difetto dei requisiti in assenza di un valido contratto di avvalimento.

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

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

5.- Conclusivamente, previamente estromessi dal giudizio i Ministeri dell’Interno e dell’Economia e delle Finanze e la Consip S.p.A., va dichiarata la nullità del contratto di avvalimento del 28/5/2021 tra il RTP aggiudicatario e la G.E., ai sensi dell’art. 89, co. 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016.

Assorbita ogni altra censura, vanno annullati gli atti impugnati, nella parte in cui il

RTP (...) non è stato escluso per mancanza dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dal disciplinare di gara (punto 7.3), e la determinazione n. 82 del 12/10/2021 del Responsabile del 3° Settore - Tecnico Manutentivo del Comune di (...), con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato e del diritto della Società ricorrente all'aggiudicazione e al subentro, fatti salvi gli eventuali ulteriori accertamenti spettanti alla stazione appaltante.

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

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

Per la connotazione della vicenda sono ravvisabili giustificati motivi per disporre la compensazione per l'intero delle spese di giudizio tra le parti costituite, dichiarandole irripetibili nei confronti delle parti non costituite e ponendo a carico del Comune di (...) il rimborso in favore della ricorrente del contributo unificato per il ricorso introduttivo e, ove dovuto e versato, per i motivi aggiunti depositati il 14/12/2021 e il 24/1/2022.

P.Q.M.

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

- 1) estromette dal giudizio il Ministero dell'Interno, il Ministero dell'Economia e delle Finanze e la Consip S.p.A.;
- 2) accoglie il ricorso e i primi e secondi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, e per l'effetto annulla gli atti impugnati, nella parte in cui il RTP (...) non è stato escluso dalla gara, e la determina n. 82 del 12/10/2021, con conseguente declaratoria del diritto della ricorrente all'aggiudicazione e al subentro e di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato, come chiarito in motivazione fatti salvi gli eventuali ulteriori accertamenti spettanti alla stazione

appaltante.

Compensa interamente tra le parti costituite le spese di giudizio, dichiarandole irripetibili nei confronti delle parti non costituite; pone a carico del Comune di (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, il rimborso in favore della ricorrente del contributo per il ricorso introduttivo e, ove dovuto e versato, per i motivi aggiunti depositati il 14/12/2021 e il 24/1/2022.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone,      Presidente

Giuseppe Esposito,      Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Giuseppe Esposito**

**IL PRESIDENTE**

**Vincenzo Salamone**

**IL SEGRETARIO**