

I contratti di avvalimento non possono essere modificati e/o integrati dopo la scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte

di Irene Lazzaro

Data di pubblicazione: 5-11-2024

Poiché ai sensi dell'art. 100, comma 11, D.Lg.vo n. 36/2023, l'avvalimento di cui è causa è sia di garanzia, con riferimento al suddetto requisito di capacità economica e finanziaria del fatturato, sia di carattere tecnico e/o operativo, va applicato l'art. 104, comma 1, D.Lg.vo n. 36/2023, nella parte in cui statuisce che il contratto di avvalimento deve specificare, a pena di nullità, le risorse messe a disposizione, anche se tale indicazione non deve necessariamente spingersi alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero all'indicazione numerica dello stesso personale.

Pubblicato il 17/10/2024

N. 00506/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00227/2024 REG.RIC

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 227 del 2024, proposto dalla Cooperativa Sociale E.T.S. Borgo Albergo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Emanuele Desina, PEC desina.emanuele@cert.ordineavvocatipotenza.it, con domicilio fisico in Potenza Via del Gallitello n. 281;

contro

-Comune di Calvello, in persona del Sindaco p.t., non costituito in giudizio;

-Centrale Unica di Committenza Val d'Agri, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

nei confronti

Associazione di Promozione Sociale Eureka, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Donatello Genovese, PEC genovese.donatello@cert.ordineavvocatipotenza.it, con domicilio fisico in Potenza Via Mazzini n. 23/A;

per l'annullamento

della Determinazione n. 217 del 12.4.2024 (comunicata con nota/pec di pari data), con la quale il Responsabile del Settore Servizi e Programmazione del Comune di Calvello, nella qualità di Responsabile del procedimento, ha approvato tutti i verbali di gara, redatti dalla Commissione giudicatrice, ed ha aggiudicato all'Associazione di Promozione Sociale Eureka la procedura aperta (Codice Identificativo di Gara B06A1F43A1), indetta con le Determinazioni n. 40 del 30.1.2024 e n. 126 del 7.3.2024 ed espletata dalla Centrale Unica di Committenza Val d'Agri, costituita dai Comuni Marsicovetere, Sant'Arcangelo, Grumento Nova, Paterno, Sarconi, Tramutola, Montemurro, Moliterno, Viggiano, Calvello, Spinoso e Marsico Nuovo, per l'affidamento triennale (2024, 2025 e 2026) in concessione della gestione della Casa Famiglia per Anziani, di proprietà del Comune di Calvello, destinata ad ospitare un numero massimo di 14 anziani totalmente o parzialmente autosufficienti;

nonché per la declaratoria

di inefficacia del contratto, se già stipulato, e/o di subentro nel contratto, eventualmente stipulato, della Cooperativa Sociale

E.T.S. Borgo Albergo;

Visto il ricorso principale ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Associazione di Promozione Sociale Eureka;

Visto il ricorso incidentale, proposto dall'Associazione di Promozione Sociale Eureka;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 settembre 2024 il Cons. Pasquale Mastrantuono e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con Del. G.C. n. 7 del 26.1.2024 e le Determinazioni n. 40 del 30.1.2024 e n. 126 del 7.3.2024 il Comune di Calvello ha indetto la procedura aperta, per l'affidamento triennale (2024, 2025 e 2026) in concessione della gestione della Casa Famiglia per Anziani, di proprietà comunale, destinata ad ospitare un numero massimo di 14 anziani totalmente o parzialmente autosufficienti.

La gara è stata espletata dalla Centrale Unica di Committenza Val d'Agri, costituita dai Comuni Marsicovetere, Sant'Arcangelo, Grumento Nova, Paterno, Sarconi, Tramutola, Montemurro, Moliterno, Viggiano, Calvello, Spinoso e Marsico Nuovo.

Il bando/disciplinare di gara ha previsto:

-i requisiti di ammissione:

1) di idoneità dell'iscrizione alla CCIAA o all'Albo delle società Cooperative "per attività pertinenti con quelle oggetto della presente procedura di gara";

2) di capacità economica e finanziaria il fatturato globale dell'ultimo triennio di € 500.000,00, di cui € 100.000,00 nella gestione di servizi per anziani;

3) di capacità tecnica e professionale, di aver svolto servizi di assistenza ad anziani per un periodo continuativo non inferiore ad 1 anno nell'ultimo quinquennio; 4) del possesso della certificazione di qualità ISO 9000 e della certificazione di gestione ambientale UNI EN ISO 14001;

-l'obbligo del sopralluogo nei locali, oggetto della concessione;

-il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di massimo 70 punti per l'offerta tecnica (suddivisi in massimo: 15 punti per la Capacità progettuale; 30 punti per la capacità organizzativa; e 25 punti per la Capacità innovativa), stabilendo che sarebbero state ammesse alla valutazione delle offerte economiche che avrebbero conseguito il punteggio minimo di 20 punti, e massimo 30 punti per l'offerta economica, di cui massimo 5 punti per l'offerta in aumento del canone di concessione mensile di € 800,00, posto a base di gara, e massimo 25 punti per il ribasso sulla retta mensile a carico degli utenti di € 1.280,00, posta a base di gara.

La Commissione giudicatrice, insediatasi il 5.4.2024 (cfr. verbale n. 1):

-nella seduta del 5.4.2024 ha esaminato il possesso dei requisiti di ammissione da parte delle tre ditte offerenti, escludendone una (cfr. verbale n. 2);

-nella seduta del 9.4.2024:

1) dalle ore 9,40 ha esaminato le offerte tecniche delle due ditte, rimaste in gara, attribuendo

45,67 punti all'Associazione di Promozione Sociale Eureka e 21,67 punti alla Cooperativa Sociale E.T.S. Borgo Albergo (cfr. verbale n. 3);

2) dalle ore 12,45 ha aperto le buste, contenenti le offerte economiche, assegnando all'Associazione di Promozione Sociale Eureka i punteggi massimi di 5 punti per l'offerta del canone mensile di € 950,00 e di 25 punti per l'offerta della retta mensile di

€ 1.180,00 ed alla Cooperativa Sociale E.T.S. Borgo Albergo 4,232 punti per l'offerta del canone mensile di € 804,00 e 23,116 punti per l'offerta della retta mensile di € 1.276,16; pertanto, è stata stilata la seguente graduatoria definitiva: 1° posto Associazione di Promozione Sociale Eureka con il punteggio complessivo di 75,67 punti; 2° posto Cooperativa Sociale E.T.S. Borgo Albergo con il punteggio complessivo di 49,01 punti (cfr. verbale n. 4).

Conseguentemente, con Determinazione n. 217 del 12.4.2024 (comunicata con nota/pec di pari data) il Responsabile del Settore Servizi e Programmazione del Comune di Calvello, nella qualità di Responsabile del procedimento, ha approvato tutti i predetti verbali di gara, redatti dalla Commissione giudicatrice, ed ha aggiudicato all'Associazione di Promozione Sociale Eureka la suddetta procedura aperta.

La Cooperativa Sociale E.T.S. Borgo Albergo con il ricorso principale, notificato l'8.5.2024 anche presso l'indirizzo di posta elettronica IPA comunecalvello@cert.ruparbasilicata.it ed il 9.5.2024 a mezzo posta cartacea alla Centrale Unica di Committenza Val d'Agri ed all'Associazione di Promozione Sociale Eureka e depositato il 17.5.2024, ha impugnato il predetto provvedimento di aggiudicazione, deducendo che la controinteressata Associazione di Promozione Sociale Eureka avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in quanto:

1) violando gli artt. 108, comma 9, e 110, commi 1 e 4, lett. a) e b), D.Lg.vo n. 36/2023, nell'offerta economica aveva dichiarato il costo: A) della manodopera di € 0,00, tenuto pure conto della Relazione del Responsabile del procedimento del gennaio 2023, posta a base di gara, nella parte in cui stima il costo del lavoro mensile di € 15.086,74; B) degli oneri di sicurezza aziendale di € 3.500,00, di gran lunga inferiore a quello stimato dalla stazione appaltante di € 19.124,18; C) facendo anche presente che l'offerta economica non può essere integrata e/o sanata con l'istituto del soccorso istruttorio;

2) non in possesso del requisito di ammissione dell'iscrizione alla CCIAA o all'Albo delle società Cooperative, previsto dal paragrafo 8.3 del bando/disciplinare di gara, perché nelle pagg. 18 e 19 del Documento di Gara Unico Europeo aveva dichiarato di non essere iscritta sia in un registro professionale pertinente, sia in un registro commerciale;

3) non aveva allegato all'offerta la dichiarazione di presa visione dei locali, perché l'art. 12 del bando/disciplinare di gara prevede l'obbligo del sopralluogo nei locali, oggetto della concessione;

non aveva dimostrato il possesso della certificazione di qualità ISO 9000 e della certificazione di gestione ambientale UNI EN ISO 14001, prescritte dal paragrafo 8.4 del bando/disciplinare di gara.

Si è costituita in giudizio l'aggiudicataria Associazione di Promozione Sociale Eureka, la quale, oltre a sostenere l'infondatezza del ricorso principale, ha proposto il ricorso incidentale, notificato il 3/6.6.2024 e depositato il 6.6.2024, in quanto: A) la ricorrente principale Cooperativa Sociale E.T.S. Borgo Albergo doveva essere esclusa dalla gara, perché: 1) non essendo in possesso del requisito di ammissione di capacità economica e finanziaria del fatturato negli ultimi tre anni globale non inferiore a € 500.000,00 e specifico nella gestione dei servizi per anziani non inferiore a € 100.000,00 e del requisito di ammissione di capacità tecnica e professionale di aver espletato il servizio di assistenza ad anziani per un periodo continuativo non inferiore ad 1 anno nell'ultimo quinquennio, dei quali almeno 1 anno nella gestione di strutture residenziali per anziani, aveva stipulato un contratto di avvalimento con la Cooperativa Sociale Il Sicomoro, che doveva essere considerato nullo ai sensi dell'art. 1346 C.C., in quanto, in violazione dell'art. 104, comma 1, D.Lg.vo n. 36/2023 e del paragrafo 9 del bando/disciplinare di gara, non erano state specificate le risorse umane, i beni strumentali e le attrezzature messe a disposizione, richiamando la Giurisprudenza, che esclude l'ammissibilità del soccorso istruttorio, per sanare la nullità del contratto di avvalimento, per l'omessa indicazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione; 2) aveva formulato un'offerta economica indeterminata ed ambigua, in quanto aveva offerto il ribasso dello 0,30 sulla retta mensile a carico degli utenti di € 1.280,00, posta a base di gara, e l'aumento dello 0,50 del canone di concessione mensile, a base di gara, di € 800,00; 3) non aveva presentato la dichiarazione di sopralluogo, prevista dall'art. 12 del bando/disciplinare di gara; B) ha chiesto l'annullamento e/o la declaratoria di nullità del paragrafo 8.4 del bando/disciplinare di gara, il quale prevede che, "ai sensi dell'art. 100 del Codice, per partecipare alla gara, è richiesto alle imprese partecipanti il possesso" della certificazione di qualità ISO 9000 e della certificazione di gestione ambientale UNI EN ISO 14001, se dovesse essere interpretato nel senso che il possesso delle predette certificazioni costituisce un requisito di ammissione alla gara, in quanto viola: 1) l'art. 100 D.Lg.vo n. 36/2023, che disciplina i requisiti di ordine speciale di idoneità professionale, capacità economica e finanziaria e capacità tecniche e professionali, perché: al comma 2 statuisce che "le stazioni appaltanti richiedono requisiti di partecipazione proporzionati ed attinenti all'oggetto dell'appalto", in quanto la maggior parte degli operatori, che svolgono l'attività di assistenza alle persone anziane, non possiede le suddette certificazioni; b) al comma 3 stabilisce che per la partecipazione alle gare di appalti di servizi, risulta sufficiente l'iscrizione alla CCIAA, in quanto la ricorrente incidentale Associazione di Promozione Sociale Eureka è iscritta al Registro delle Imprese della CCIAA; 2) ed anche l'art. 10, comma 2, D.Lg.vo n. 36/2023, nella parte in cui statuisce che le clausole della lex specialis di gara, che prevedono cause di esclusione dalla gara, diverse da quelle contemplate dagli artt. 94 e 95 dello stesso D.Lg.vo n. 36/2023, "sono nulle e si considerano non apposte".

La ricorrente principale con memoria del 10.6.2024 ha sostenuto l'infondatezza delle argomentazioni difensive della ricorrente incidentale, relative ai 4 motivi del ricorso principale, dimostrando di aver allegato all'offerta la dichiarazione di sopralluogo, ed ha insistito per l'accoglimento della domanda cautelare, connessa al ricorso principale.

Con Ordinanza n. 78 del 12.6.2024 questo Tribunale ha respinto la domanda cautelare, connessa al ricorso principale, specificando che il quarto motivo di impugnazione del ricorso principale avrebbe dovuto essere necessariamente esaminato congiuntamente al ricorso incidentale, il quale non era stato discusso, perché la ricorrente principale aveva chiesto il

rispetto dei termini a difesa.

Con memoria del 9.9.2024 la ricorrente principale, oltre ad insistere per l'accoglimento del ricorso principale, ha anche dedotto l'infondatezza del gravame incidentale; mentre con memorie del 9.9.2024 e del 13.9.2024 la ricorrente incidentale ha insistito per la reiezione del ricorso principale e l'accoglimento del ricorso incidentale.

All'Udienza Pubblica del 25.9.2024 il ricorso principale ed il ricorso incidentale sono passati in decisione.

Il ricorso principale è fondato con riferimento al terzo ed al quarto motivo.

Infatti vanno disattese entrambe le censure del primo motivo, in quanto:

nella parte iniziale dell'offerta economica aveva confermato il costo del lavoro di € 637.472,80, cioè quello indicato dalla stazione appaltante nella Relazione tecnica, allegata al bando di gara (costo del lavoro mensile di € 17.707,58 x 36 mesi = 637.472,80), mentre nella parte finale aveva indicato il costo della manodopera di € 0,00, volendo significare che non avrebbe sostenuto un costo del lavoro diverso da quello, stimato dal Comune di Calvello, di € 637.472,80;

gli oneri di sicurezza aziendale erano stati quantificati nell'importo di € 3.500,00, inferiore a quello stimato dalla stazione appaltante di € 19.124,18, perché le attività sulla sicurezza e sulla formazione sono svolte direttamente dai soci dell'Associazione di Promozione Sociale Eureka.

Mentre può essere assorbito il secondo motivo del ricorso principale.

Invece, risulta fondato il terzo motivo, in quanto l'art. 12 del bando/disciplinare di gara aveva prestabilito che, "per la presentazione dell'offerta è obbligatorio il sopralluogo nei locali oggetto dell'appalto, a dimostrazione di aver preso esatta conoscenza dei locali e di aver tenuto conto di tutte le circostanze generali e speciali che possono aver influito circa la convenienza", specificando che "non occorre alcun visto di conferma dell'Ufficio, restando il concorrente l'unico responsabile della propria dichiarazione".

Al riguardo, va rilevato che:

A) mentre la ricorrente principale in data 10.6.2024 ha provato di aver allegato la dichiarazione del sopralluogo alla sua offerta economica, l'Associazione di Promozione Sociale Eureka non ha dimostrato, di aver adempiuto al predetto art. 12 del bando/disciplinare di gara;

poiché l'obbligo del sopralluogo consiste in un'attività materiale ulteriore rispetto alla mera dichiarazione di aver formulato l'offerta, tenendo conto di tutte le circostanze, non risulta condivisibile la tesi della ricorrente incidentale, ai sensi della quale l'obbligo del sopralluogo può essere surrogato dalla dichiarazione ex artt. 46 e 47 DPR n. 445/2000, contenuta nella domanda di partecipazione alla gara, non comprendente l'attestazione di "essersi recati sul luogo", di aver preso: "esatta cognizione dell'appalto e di tutte le circostanze generali e

speciali che possono influire sulla sua esecuzione e di accettare senza condizione o riserva alcuna tutte le norme e disposizioni contenute nel bando e nel Capitolato speciale d'appalto; conoscenza e tenuto conto nella formulazione dell'offerta delle condizioni contrattuali, degli obblighi e degli oneri relativi alle disposizioni in materia di sicurezza, di assicurazione, di condizioni di lavoro e di previdenza e assistenza in vigore nel luogo dove deve essere eseguita la prestazione; conoscenza di tutte le circostanze generali, particolari e locali, nessuna esclusa ed eccettuata, che possono avere influito o influire sia sull'esecuzione della prestazione, sia sulla determinazione della propria offerta e di giudicare, pertanto, remunerativa l'offerta economica presentata”;

B) parimenti, non risulta condivisibile la tesi della ricorrente incidentale, secondo cui l'omessa dichiarazione del sopralluogo ai sensi dell'art. 101 D.Lg.vo n. 36/2023 e dell'art. 14 del bando/disciplinare di gara avrebbe potuto essere sanata mediante l'attivazione del subprocedimento di soccorso istruttorio, in quanto non attiene alle offerte tecnica ed economica, sia perché, al contrario, è un documento strettamente connesso all'offerta tecnica ed all'offerta economica, perché essenziale per la loro seria redazione, sia perché consentire in via postuma il sopralluogo non può trasformare in seria un'offerta che originariamente non lo era, per la mancanza tale adempimento essenziale (sul punto cfr. ex multis TAR Bari Sez. I Sent. n. 148 del 10.2.2016).

Risulta fondato anche il quarto ed ultimo motivo del ricorso principale, con il quale è stato dedotto che l'aggiudicataria Associazione di Promozione Sociale Eureka avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per non aver dimostrato il possesso della certificazione di qualità ISO 9000 e della certificazione di gestione ambientale UNI EN ISO 14001, prescritte dal paragrafo 8.4 del bando/disciplinare di gara, in quanto:

-non risulta condivisibile la tesi della controinteressata, secondo cui il possesso delle predette certificazioni non era previsto dalla lex specialis di gara a pena di esclusione, ma era un elemento di valutazione qualitativa, perché la parte del paragrafo 15 del bando/disciplinare di gara, disciplinante i criteri per l'attribuzione di massimo 30 punti per l'elemento dell'offerta tecnica della “Capacità organizzativa”, richiamata dall'aggiudicataria Associazione di Promozione Sociale Eureka, si riferisce alla diversa certificazione di qualità aziendale “UNI EN ISO 9001:2000”;

-il predetto paragrafo 8.4 del bando/disciplinare di gara non può essere dichiarato, come dedotto dalla ricorrente incidentale, nullo ai sensi dell'art. 10, comma 2, D.Lg.vo n. 36/2023, il quale statuisce che “le cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95” dello stesso D.Lg.vo n. 36/2023 “sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere invito”, specificando che “le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte”, perché tale norma si riferisce esclusivamente ai requisiti di ordine generale di ammissione alle gare di appalti pubblici, mentre il possesso delle certificazioni di qualità attiene ai requisiti di ordine speciale di capacità tecnica e/o professionale, disciplinati dall'art. 100 D.Lg.vo n. 36/2023;

-sebbene l'art. 100 D.Lg.vo n. 36/2023 al comma 3, per la partecipazione alle gare di appalti di servizi, come quella di cui è causa (cfr. il paragrafo 3 del bando/disciplinare di gara, richiama

il codice CPV, cioè la nuova classificazione dei prodotti europei, approvata con Regolamento UE n. 2195 del 5.11.2002, che ha sostituito la precedente classificazione dei prodotti delle Nazioni Unite cd. CPC, “85311100-3 Servizi di assistenza sociale per persone anziane”), si limita a prevedere l’iscrizione alla CCIAA ed al comma 12 stabilisce che “le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dal presente articolo”, mentre la lett. c) del comma 5 dello stesso art. 100 D.Lg.vo n. 36/2023 contempla la certificazione dei sistemi di qualità per il rilascio dell’attestazione di qualificazione degli operatori economici, che partecipano alle gare di appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a € 150.000,00, va rilevato le Amministrazioni committenti possono richiedere, per la partecipazione alle gare di appalti di servizi, anche il possesso delle certificazioni di qualità, perché il comma 2 dell’art. 100 D.Lg.vo n. 36/2023 si limita a statuire che “le stazioni appaltanti richiedono requisiti di partecipazione” (di ordine speciale, di idoneità professionale, capacità economico e finanziaria e capacità tecniche e professionali) “proporzionati e attinenti all’oggetto dell’appalto”;

-pertanto, la previsione tra i requisiti di ammissione ad una gara di appalto di servizi della certificazione di qualità potrebbe essere illegittima per la violazione dell’art. 100, commi 2 e 12, D.Lg.vo n. 36/2023, perché per esempio non proporzionata e/o non attinente all’oggetto dell’appalto, ma certamente non nulla ai sensi del suddetto art. 10, comma 2, D.Lg.vo n. 36/2023.

Mentre l’impugnazione della controinteressata Associazione di Promozione Sociale Eureka con il quarto motivo del ricorso incidentale del paragrafo 8.4 del bando/disciplinare di gara risulta inammissibile, in quanto, tenuto conto della natura escludente ed immediatamente lesiva del mancato possesso della certificazione di qualità ISO 9000 e della certificazione di gestione ambientale UNI EN ISO 14001, prescritte per la partecipazione alla gara dal predetto paragrafo 8.4 del bando/disciplinare di gara, tale clausola della lex specialis di gara avrebbe dovuto essere impugnata entro il termine decadenziale ex art. 120, comma 2, cod. proc. amm. di 30 giorni dalla pubblicazione del bando/disciplinare di gara (per un precedente analogo, cfr. la recente Sentenza di questo Tribunale n. 438 del 10.9.2024). Comunque, risulta inutile rilevare ai sensi dell’art. 73, comma 3, cod. proc. amm. la predetta inammissibilità, perché anche il ricorso incidentale va accolto, in quanto risulta fondato il primo motivo di tale gravame incidentale, con il quale è stata dedotta la nullità insanabile del contratto di avvalimento, stipulato tra la Cooperativa Sociale Il Sicomoro e la ricorrente principale Cooperativa Sociale E.T.S. Borgo Albergo, per il non possesso del requisito di ammissione di capacità economica e finanziaria del fatturato negli ultimi tre anni globale non inferiore a € 500.000,00 e specifico nella gestione dei servizi per anziani non inferiore a € 100.000,00 e del requisito di ammissione di capacità tecnica e professionale di aver espletato il servizio di assistenza ad anziani per un periodo continuativo non inferiore ad 1 anno nell’ultimo quinquennio, dei quali almeno 1 anno nella gestione di strutture residenziali per anziani.

Infatti, poiché ai sensi dell’art. 100, comma 11, D.Lg.vo n. 36/2023 l’avvalimento di cui è causa è sia di garanzia, con riferimento al suddetto requisito di capacità economica e finanziaria del fatturato, sia di carattere tecnico e/o operativo, con riferimento al predetto requisito di capacità tecnica e professionale, va applicato l’art. 104, comma 1, D.Lg.vo n. 36/2023, nella parte in cui statuisce che il contratto di avvalimento deve specificare, a pena di nullità, le risorse messe a disposizione, anche se tale indicazione non deve necessariamente

spingersi alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero all'indicazione numerica dello stesso personale (sul punto cfr. da ultimo TAR Toscana Sez. I Sent. n. 448 del 16.4.2024, TAR Catania Sez. II Sent. n. 1432 del 16.4.2024 e TAR Catanzaro Sez. II Sent. n. 190 del 6.2.2024), mentre il contratto di avvalimento di cui è causa si limita a prevedere all'art. 2 l'obbligo di "tenere a disposizione le risorse prestate per tutta la durata dell'affidamento".

Il suddetto obbligo di specificare, a pena di nullità, le risorse messe a disposizione è stato espressamente prescritto anche dal paragrafo 9 del bando/disciplinare di gara.

Al riguardo, va, altresì, richiamata la condivisibile Giurisprudenza (cfr. C.d.S. Sez. V Sent. n. 322 del 10.1.2024 e C.d.S. Sez. III Sent. n. 8316 del 13.12.2021), indicata dalla ricorrente incidentale, secondo la quale va esclusa "l'ammissibilità del soccorso istruttorio per sanare il vizio di nullità del contratto di avvalimento per l'omessa indicazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria a favore di quella ausiliata", in quanto i contratti di avvalimento non possono essere modificati e/o integrati dopo la scadenza del termine perentorio di presentazione delle offerte.

Mentre, per completezza, va evidenziata l'infondatezza del secondo e del terzo motivo del ricorso incidentale, in quanto:

-non è indeterminata e/o ambigua l'offerta della ricorrente principale del ribasso dello 0,30 sulla retta mensile a carico degli utenti di € 1.280,00, posta a base di gara, e dell'aumento dello 0,50 del canone di concessione mensile, a base di gara, di € 800,00;

-come sopra già detto, la ricorrente principale ha provato di aver allegato la dichiarazione del sopralluogo alla sua offerta economica.

A quanto sopra consegue l'accoglimento sia del ricorso principale e per l'effetto l'esclusione dalla gara della controinteressata Associazione di Promozione Sociale Eureka, sia del ricorso incidentale e per l'effetto l'esclusione dal procedimento della ricorrente principale Cooperativa Sociale E.T.S. Borgo Albergo, da cui discende la necessità della ripetizione della procedura aperta, per l'affidamento triennale (2024, 2025 e 2026) in concessione della gestione della Casa Famiglia per Anziani, di proprietà comunale, anche perché i predetti concorrenti erano gli unici soggetti rimasti in gara.

Ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 26, comma 1, e 29 cod. proc. amm. e artt. 91 e 92, comma 2, c.p.c., le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata accoglie sia il ricorso principale, sia il ricorso incidentale, nei sensi indicati in motivazione.

Condanna il Comune di Calvello al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in: 1) € 3.000,00 (tremila), oltre rimborso forfettario ex art. 2, comma 2, D.M. n. 55/2014, IVA, CPA e

spese a titolo di Contributo Unificato nella misura versata per la proposizione del ricorso principale, in favore della Cooperativa Sociale E.T.S. Borgo Albergo; 2) € 3.000,00 (tremila), oltre rimborso forfettario ex art. 2, comma 2, D.M. n. 55/2014, IVA, CPA e spese a titolo di Contributo Unificato nella misura versata per la proposizione del ricorso incidentale, in favore dell'Associazione di Promozione Sociale Eureka.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere, Estensore Benedetto Nappi, Consigliere

Guida alla lettura

Con la pronuncia in esame il TAR Basilicata ha indagato l'**istituto dell'avvalimento** in fase di gara, disciplinato dall'**articolo 104 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici**.

Nel caso di specie, la società ricorrente impugnava il provvedimento di aggiudicazione, deducendo che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in ragione dell'assenza di taluni requisiti, nonché dell'omissione di adempimenti da espletarsi prima della presentazione delle offerte.

Si costituiva, pertanto, l'aggiudicataria, la quale, oltre a disconoscere le censure mosse da parte attrice, proponeva ricorso incidentale, rilevando – tra l'altro – la nullità, ai sensi dell'art. 1346 c.c., del contratto di avvalimento stipulato dalla seconda qualificata, in quanto *“in violazione dell'art. 104, comma 1, D.Lg.vo n. 36/2023 e del paragrafo 9 del bando/disciplinare di gara, non erano state specificate le risorse umane, i beni strumentali e le attrezzature messe a disposizione”*.

Il Collegio, prendendo le mosse da quanto sostenuto dalla controinteressata, ha ritenuto di recepire le censure della stessa, appuntate sulla *ratio* dell'avvalimento.

Dunque, non può non ravvisarsi l'opportunità di far luce sull'istituto *de quo*, illustrandone presupposti e condizioni di applicazione.

L'avvalimento rappresenta uno strumento, di matrice europea, attraverso il quale il legislatore ha inteso perseguire il fine garantire la **più ampia partecipazione alle procedure di scelta del contraente per l'affidamento del contratto di appalto**.

Il primo comma dell'articolo 104 ne fornisce la definizione nei seguenti termini: *“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 contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti".

Tale nozione, cristallina nel delineare quale causa di nullità del contratto l'omissione degli elementi presupposto della stipula, si pone in linea con quanto stabilito dal previgente art. 89 d.lg.vo 50/2016, a mente del quale: *"Il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti di forma e delle risorse messe a disposizione"*.

Tanto premesso, preme ora ricostruire il percorso argomentativo dei giudici amministrativi, i quali si sono pronunciati sulla *quaestio decidendi* statuendo che **la mancata indicazione delle risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliata non può costituire oggetto di soccorso istruttorio**.

In merito, è stata opportunamente richiamata la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 322, espressiva dell'orientamento della giurisprudenza maggioritaria, che si è attestata nell'affermazione dell'**impossibilità di attivare il meccanismo ex art. 101, comma 1, lett. a) (soccorso istruttorio "sanante" dell'invalidità-nullità che sanziona l'omessa indicazione dell'oggetto dell'avvalimento)**.

D'altra parte, il Supremo Consesso Amministrativo ha affermato, nella sentenza di cui sopra, che: *"La **specificazione dell'oggetto dell'avvalimento**, quindi delle risorse umane e materiali che l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'operatore economico concorrente, è indispensabile **requisito di serietà dell'impegno** che, in primo luogo, l'ausiliaria deve assumere, appunto per via contrattuale, nei confronti dell'ausiliata in riferimento al singolo appalto di che trattasi e, quindi, nei confronti della stazione appaltante, per il tramite degli ulteriori adempimenti richiesti verso quest'ultima. (...) Il contratto di avvalimento non serve, infatti, a dimostrare alla stazione appaltante la capacità tecnico-professionale dell'ausiliaria, la quale è anzi il presupposto del "prestito" del requisito in favore dell'ausiliata, bensì a dare efficacia giuridica agli impegni assunti dall'ausiliaria nei confronti di quest'ultima e, per quanto sopra, anche nei confronti della stazione appaltante"*.

Alla luce di quanto sopra, non potrà che constatarsi che il dettato normativo dell'articolo 104, da cui si fa discendere, in combinato con l'articolo 101, comma 1, lett. a), l'insanabile (neppure tramite postuma integrazione o modifica) nullità del contratto di avvalimento per indeterminatezza dell'oggetto ex 1346 c.c., costituisce l'esito di un **delicato bilanciamento fra due primarie esigenze**. Invero, se, da un lato, emerge l'**opportunità di massimizzare il favor participationis**, quale substrato comune dei **principi del libero accesso al mercato e della massima partecipazione alle gare (art. 3 e art. 10 D.lgs. n. 36/2023)**, dall'altro non si può omettere di trascurare la **rilevanza dell'affidamento che la stazione appaltante ripone nell'ausiliata**, la quale pertanto dovrà dare veste ed efficacia giuridica agli impegni assunti dall'ausiliaria nei propri confronti.

In altri termini, **la produzione del contratto che qui occupa non ha valore meramente formale, ma si connota per sostanziare gli “oneri e onori” in capo all’impresa parte dell’accordo**, permettendo, in tal guisa, di prevenire finanche l’insorgenza di eventuali contestazioni tra appaltatore e ausiliaria durante la successiva fase di esecuzione della commessa, che possano comprometterne il buon esito.

Ad ogni buon conto, la portata della prescrizione relativa alla completezza dell’oggetto dell’avvalimento è resa meno cogente dall’interpretazione fornita dal TAR Basilicata nella pronuncia in esame, in quanto il giudice amministrativo ha precisato che: *“Tale indicazione non deve necessariamente spingersi alla rigida quantificazione dei mezzi d’opera, all’esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero all’indicazione numerica dello stesso. Infatti, poiché ai sensi dell’art. 100, comma 11, D.Lg.vo n. 36/2023 l’avvalimento di cui è causa è sia di garanzia, con riferimento al suddetto requisito di capacità economica e finanziaria del fatturato, sia di carattere tecnico e/o operativo, con riferimento al predetto requisito di capacità tecnica e professionale, va applicato l’art. 104, comma 1, D.Lg.vo n. 36/2023, nella parte in cui statuisce che il contratto di avvalimento deve specificare, a pena di nullità, le risorse messe a disposizione, anche se tale indicazione non deve necessariamente spingersi alla rigida quantificazione dei mezzi d’opera, all’esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero all’indicazione numerica dello stesso personale”*.

Dalla considerazione ora riportata possono prendersi le mosse per esaminare un ultimo aspetto, quello delle **tipologie di avvalimento**.

È opera della giurisprudenza di merito l’elaborazione delle due categorie di “avvalimento **di garanzia**” e “avvalimento operativo”.

Quanto alla prima, essa sottende le ipotesi in cui **l’appaltatore si avvalga della capacità economica e finanziaria dell’impresa ausiliaria al fine di far fronte alle obbligazioni derivanti dal rapporto in essere con la stazione appaltante**. In ragione di tale configurazione, non occorre che i capitali di cui l’operatore economico si serve vengano individuati con nettezza e precisione. In tema, peraltro, deve rilevarsi come la nuova definizione dell’articolo 104 non contempra espressamente tale tipologia “di garanzia”; purtuttavia, il ricorso all’avvalimento di garanzia deve considerarsi ammissibile in virtù delle previsioni della Direttiva appalti n. 2014/24/UE, che introduce lo strumento equipollente del contratto di “affidamento” (TAR Genova, 25.06.2024 n. 231).

Nel caso di avvalimento **operativo**, di converso, *“per la validità del contratto è necessaria la concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l’esecuzione dell’appalto”* (ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 16 giugno 2021, n. 4651 e 12 febbraio 2020, n. 1120).

Ecco, dunque, la chiusura del cerchio.

Da ultimo - ma non per importanza -, in considerazione della breve disamina svolta, ispirata dalla sentenza riportata, non si può omettere di considerare la novità, in tema di tipologie di

avvalimento, importata dal nuovo codice. Il **comma 4** dell'articolo 104, infatti, introduce l'**avvalimento cd. "premiale"**, sconosciuto in vigenza del codice precedente, che **consente all'operatore economico di acquisire un requisito di partecipazione o migliorare la propria offerta, con il solo limite che, in quest'ultimo caso, l'operatore ausiliario non potrà prendere parte alla medesima procedura di gara.**