

L'avvalimento premiale e i limiti alla verifica di anomalia dell'offerta

di Alessia Piscopo

Data di pubblicazione: 4-7-2025

Il punteggio premiale per le politiche di parità di genere è previsto a riconoscimento di una condizione soggettiva del concorrente che persegue lo scopo di premiare chi ha già posto in atto misure concrete per il conseguimento della parità di genere. Non è ammissibile il "prestito" di tale requisito tramite avvalimento, trattandosi di prestito meramente cartolare non affiancato dall'effettività del rispetto delle politiche nell'organizzazione dell'impresa ausiliata.

Nell'avvalimento premiale esperienziale (relativo al possesso di abilitazioni professionali del personale) è necessaria l'assunzione dell'obbligo, da parte dell'ausiliaria, di eseguire personalmente e direttamente le prestazioni dedotte in contratto, non essendo sufficiente la mera "messa a disposizione" di mezzi, personale e professionalità, trattandosi di prestazioni con carattere infungibile.

In materia di verifica dell'anomalia dell'offerta, quando il concorrente propone un ribasso del prezzo che coinvolge il costo della manodopera, deve fornire una dimostrazione puntuale e rigorosa della sostenibilità del ribasso, trattandosi di voce che coinvolge eventi (malattie, infortuni, etc.) che non rientrano nella disponibilità dell'impresa e che necessitano di una stima di carattere prudenziale.

Guida alla lettura

La recente pronuncia del **Tribunale Amministrativo Regionale della Campania n. 3963 del 23 maggio 2025** offre importanti spunti di riflessione su tre questioni di particolare rilievo nell'attuale panorama del diritto degli appalti pubblici.

In primo luogo, la sentenza affronta la delicata questione della **verifica di anomalia dell'offerta con specifico riferimento al costo della manodopera**, ribadendo la necessità di una **dimostrazione puntuale e rigorosa della sostenibilità economica quando l'offerta si discosti significativamente dai parametri di riferimento**, soprattutto in presenza di ribassi considerevoli rispetto alla media delle altre proposte.

Il secondo profilo di interesse riguarda il **principio di immodificabilità dell'offerta**, che trova nella pronuncia in esame una conferma particolarmente significativa. Il Tribunale ha infatti censurato la modifica sostanziale del costo della manodopera operata in sede di giustificazioni dell'anomalia, qualificandola come **"sostanziale manipolazione" dell'offerta originaria in violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento**.

Infine, e forse questo rappresenta l'aspetto più innovativo della decisione, la sentenza si sofferma sui **limiti dell'avvalimento premiale**, stabilendo che **determinati requisiti soggettivi ed etici dell'impresa - quale la certificazione della parità di genere - non possono costituire oggetto di "prestito" tramite l'istituto dell'avvalimento**, trattandosi di **qualifiche intrinsecamente connesse alla struttura e all'organizzazione aziendale del singolo operatore economico**.

Ricostruzione della vicenda processuale

La vicenda processuale trae origine da una procedura di gara per l'affidamento di un servizio di gestione del verde pubblico di durata di trentasei mesi per un importo di circa € 600.000,00 oltre IVA, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con ripartizione di 80 punti per l'offerta tecnica e 20 per quella economica.

L'elemento di particolare interesse della vicenda risiede nel fatto che l'aggiudicataria aveva conseguito 10 punti nell'offerta tecnica attraverso il ricorso all'avvalimento premiale per due specifici criteri: da un lato, l'adozione di politiche tese alla parità di genere comprovata dal possesso della relativa certificazione ex art. 46-bis del D.Lgs. 198/2006 (5 punti); dall'altro, il possesso da parte del personale delle abilitazioni professionali per l'applicazione di prodotti fitosanitari (ulteriori 5 punti).

Successivamente all'aggiudicazione, veniva attivata una verifica di anomalia dell'offerta in ragione di un costo della manodopera dichiarato inferiore al valore indicato nel capitolato. Nel corso di tale verifica emergeva che il costo della manodopera, originariamente quantificato in € 308.000,00, veniva ridotto nelle giustificazioni a € 246.607,31, con un ribasso complessivo del 36,550% sulla base di gara, significativamente superiore alla media degli altri partecipanti (non oltre il 20%).

La società seconda classificata proponeva quindi ricorso al TAR contestando sia l'esito della verifica di anomalia che la legittimità dell'avvalimento premiale posto in essere dall'aggiudicataria.

La verifica dell'anomalia dell'offerta

La giurisprudenza amministrativa ha da tempo chiarito che **la verifica dell'anomalia dell'offerta costituisce un momento di particolare delicatezza nella procedura di gara**, caratterizzato da un **significativo margine di discrezionalità riconosciuto alla stazione appaltante**. Tale discrezionalità trova tuttavia un **limite nel rispetto dei canoni di logicità, congruità e adeguatezza dell'istruttoria**.

Il Tribunale napoletano richiama i consolidati principi giurisprudenziali secondo cui, **quando il concorrente propone un ribasso del prezzo che coinvolge il costo della manodopera, deve fornire "una dimostrazione puntuale e rigorosa" della sostenibilità di tale ribasso**. Ciò in considerazione del fatto che il **costo della manodopera costituisce una voce che**

coinvolge eventi (malattie, infortuni, etc.) che **non** rientrano **nella piena disponibilità dell'impresa** e che necessitano, per definizione, di una stima di carattere prudenziale.

Nel caso in esame, il TAR ha rilevato una **serie di profili di criticità nell'operato della commissione di gara che hanno condotto all'annullamento della procedura.**

In primo luogo, l'offerta dell'aggiudicataria non teneva conto delle precise disposizioni del disciplinare di gara in ordine al personale da impiegare e alle ore da garantire. Il capitolato prevedeva infatti l'utilizzo di 6 operai per 6 giornate da sei ore lavorative dal lunedì al sabato, mentre l'offerta calcolava il costo della manodopera "in aperta distonia" rispetto a tali parametri.

In secondo luogo, le giustificazioni presentate risultavano "inidonee a dimostrare l'affidabilità della indicata voce di costo" con riferimento all'intero contingente di forza lavoro imposto dal capitolato, essendo la giustificazione riferita solo ad una frazione del personale richiesto.

Particolarmente significativo appare poi il rilievo relativo alla "irregolare formazione delle squadre di lavoro": mentre il capitolato prevedeva tassativamente squadre composte da almeno tre operai, le giustificazioni contemplavano anche squadre da due operai e addirittura da un solo operaio, "in aperta violazione delle prescrizioni di capitolato e con una indebita contrazione dei costi di intervento".

Il principio di immodificabilità dell'offerta

La pronuncia in commento conferma, poi, che, **pur nel rispetto della discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nella valutazione dell'anomalia, il giudice amministrativo può e deve sindacare i vizi dell'istruttoria quando questa si presenti manifestamente inadeguata o illogica.**

Nel caso di specie, il TAR ha **censurato la genericità e contraddittorietà del giudizio della commissione**, la quale, pur riconoscendo l'inadeguatezza del ridotto importo della manodopera dichiarato nelle giustificazioni (€ 246.067,31) a coprire le lavorazioni aggiuntive, si limitava ad affermare che *"l'importo di € 308.000,00, offerto in fase di gara, ben può garantire interamente il costo della Manodopera anche per le prestazioni aggiuntive offerte"*.

Tale argomentazione viene efficacemente qualificata dal Tribunale come *"ammissione di una palese e rilevante dissonanza"* tra il minor valore dichiarato nelle giustificazioni e il maggiore importo originario, evidenziando una **sostanziale modifica dell'offerta che ne avrebbe dovuto comportare l'inattendibilità.**

Il principio di immodificabilità dell'offerta rappresenta uno dei cardini del sistema delle gare pubbliche, posto a tutela dell'imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che tale principio **ammette eccezioni solo per attività meramente interpretative** finalizzate a superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, sempre che sia possibile ricostruire "con esiti certi" l'effettiva volontà del dichiarante senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima.

Nel caso in esame, il TAR ha rilevato che la modifica del costo della manodopera da € 308.000,00 a € 246.607,31 operata in sede di giustificazioni integrava "una sostanziale manipolazione" dell'offerta, non riconducibile ad alcuna delle eccezioni ammesse dalla giurisprudenza.

Particolarmente significativa appare la motivazione con cui il Tribunale ha respinto le argomentazioni difensive della stazione appaltante. Quest'ultima aveva sostenuto che *"la formulazione di un'offerta economica e la conseguente verifica di anomalia si fondano su stime previsionali e dunque su apprezzamenti e valutazioni implicanti un ineliminabile margine di opinabilità ed elasticità"*, e che *"in fase di gara è impossibile pretendere una rigorosa quantificazione preventiva delle grandezze delle voci di costo"*.

Il TAR ha precisato che tali argomentazioni *"non colgono il fuoco delle contestazioni"*, atteso che ciò che era in discussione era proprio *"la illogicità di tale valutazione"*, aspetto che rientra nell'ambito del sindacato estrinseco consentito al giudice amministrativo.

La pronuncia conferma l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il **rispetto del principio di immodificabilità dell'offerta non può essere eluso attraverso la fase delle giustificazioni dell'anomalia**. Quest'ultima, infatti, deve **limitarsi a chiarire e specificare elementi già presenti nell'offerta originaria, senza comportare modifiche sostanziali della proposta economica**.

Tale approccio appare coerente con l'esigenza di **garantire la certezza del diritto e la parità di trattamento tra i concorrenti, evitando che la fase delle giustificazioni si trasformi in una impropria "seconda chance" per correggere o migliorare l'offerta originariamente presentata**.

L'avvalimento premiale

La questione più innovativa affrontata dalla sentenza riguarda la **possibilità di ricorrere all'avvalimento per l'acquisizione della certificazione della parità di genere ex art. 46-bis del D.Lgs. 198/2006**.

Il TAR ha chiarito che **tale certificazione, "per sua natura e per pacifica giurisprudenza, non può costituire oggetto di avvalimento, né di natura operativa né ai fini del miglioramento della proposta offerta"**. Ciò in quanto la certificazione riguarda **"una qualifica soggettiva ed anche etica dell'impresa concorrente alla gara"** che **"non può essere oggetto di 'prestito' in avvalimento ad altra impresa"**.

La *ratio* di tale esclusione viene individuata dal Tribunale nella circostanza che si tratterebbe di ***"prestito meramente cartolare, non affiancato dalla effettività del rispetto delle politiche di parità di genere all'interno dell'organizzazione dell'impresa ausiliata"***.

L'approccio adottato dal TAR napoletano appare **coerente con la finalità perseguita dal legislatore attraverso l'introduzione delle premialità per la parità di genere**. Come rilevato nella sentenza, **l'art. 108, comma 7, del D.Lgs. n. 36/2023** *"persegue lo scopo di sollecitare le imprese ad adottare politiche organizzative e produttive orientate al raggiungimento di obiettivi primari e superindividuali e, quindi, a premiare la condizione soggettiva di quel concorrente che ha già posto in atto le misure concrete"*.

In questa prospettiva, consentire l'avvalimento della certificazione comporterebbe, secondo i giudici napoletani, uno **snaturamento della *ratio* della norma, trasformando un incentivo volto a promuovere comportamenti virtuosi in un mero espediente tecnico per l'acquisizione di punteggio**.

Tuttavia, la giurisprudenza, sul punto, contrariamente a quanto affermato nella sentenza in commento, è tutt'altro che pacifica, in quanto un copioso filone giurisprudenziale di segno contrario riassunto nella recente **sentenza n. 5345 del 18 giugno 2025 della VI Sezione del Consiglio di Stato**, ritiene, invece, **ammissibile, alla luce del diritto interno ed eurounitario, il ricorso da parte di un operatore economico all'istituto dell'avvalimento per la dimostrazione del possesso del requisito premiale, previsto dalla *lex specialis***, della certificazione della parità di genere sull'assunto, in particolare, che **fuori dall'ambito dei requisiti generali** (corrispondenti alle cause di esclusione) di cui agli artt. 94 e 95, che riguardano per così dire l'imprenditore quale soggetto, e di detti casi tipizzati di **requisiti riguardanti l'impresa**, in cui testualmente non rientra quello delle certificazioni della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del d.lgs. n. 198 del 2006, va per, converso, **sempre ammesso il ricorso all'istituto dell'avvalimento, sia esso di tipo "partecipativo" ovvero "premile"**. Con riferimento alla decisione del Consiglio di Stato da ultimo richiamato si rinvia al commento a firma del Dott. Alessandro Quarta, pubblicato sul sito di ItaliAppalti <https://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=5669>.

Analoghe considerazioni vengono svolte dal Tribunale con riferimento ai 5 punti premiali relativi al possesso di abilitazioni professionali per l'uso di prodotti fitosanitari.

Anche in questo caso, il TAR ha censurato la genericità del contratto di avvalimento, che non indicava *"alcuna risorsa o mezzo messo a disposizione e giustificativo del requisito trasferito"*. Tale carenza viene ritenuta *"ex se sufficiente a determinare l'inidoneità del negozio sottoscritto"*, considerando *"la peculiare natura del requisito oggetto di prestito, implicante necessariamente il trasferimento di risorse umane in possesso delle dedotte abilitazioni e formazione"*.

La pronuncia richiama sul punto i consolidati principi giurisprudenziali secondo cui, **nell'avvalimento esperienziale, "la 'messa a disposizione' di mezzi, personale e professionalità non è ritenuta sufficiente al fine di garantire la validità del contratto, essendo necessaria l'assunzione dell'obbligo, da parte dell'ausiliaria, di eseguire**

personalmente e direttamente le prestazioni dedotte in contratto".

La pronuncia in commento fornisce importanti indicazioni per la corretta applicazione dell'istituto dell'avvalimento premiale, contribuendo a delineare i confini tra **requisiti "prestabili"** e **requisiti intrinsecamente soggettivi**.

Emerge chiaramente la necessità di distinguere tra:

- **requisiti oggettivi**, suscettibili di trasferimento attraverso l'avvalimento (es. attrezzature, mezzi tecnici, competenze professionali specifiche);
- **requisiti soggettivi o etici**, intrinsecamente connessi alla struttura e all'organizzazione dell'impresa (es. certificazioni di parità di genere, politiche di responsabilità sociale).

Tale distinzione appare fondamentale per **evitare che l'avvalimento premiale si trasformi in uno strumento di elusione delle finalità sottese all'introduzione delle premialità, preservando al contempo l'effettività degli incentivi previsti dal legislatore.**

Conclusioni

In conclusione, la sentenza del TAR Campania n. 3963/2025 offre importanti spunti di riflessione su questioni di particolare attualità nel diritto degli appalti pubblici, fornendo chiarimenti significativi sui **limiti della discrezionalità amministrativa nella verifica dell'anomalia delle offerte e sui confini dell'istituto dell'avvalimento premiale**.

L'approccio rigoroso adottato dal Tribunale nella valutazione della sostenibilità dell'offerta economica conferma la necessità di un'istruttoria adeguata e motivata da parte delle stazioni appaltanti, soprattutto in presenza di ribassi significativi che si discostino dalla media delle altre proposte.

Particolarmente significativo appare poi il contributo fornito dalla pronuncia in materia di avvalimento premiale, con la chiara individuazione dei limiti posti dalla natura soggettiva di alcuni requisiti premiali, rappresentante un orientamento, tuttavia, minoritario nella giurisprudenza amministrativa.

La decisione, infine, conferma l'importanza del principio di immodificabilità dell'offerta quale presidio fondamentale della trasparenza e della parità di trattamento nelle procedure di gara, ribadendo che la fase delle giustificazioni non può trasformarsi in un'impropria occasione di modifica sostanziale della proposta originaria.

In questa prospettiva, la pronuncia contribuisce a **rafforzare il quadro di garanzie procedurali a tutela della concorrenza e della trasparenza nelle gare pubbliche**, fornendo alle stazioni appaltanti e agli operatori economici utili indicazioni per una corretta applicazione della disciplina vigente.

Pubblicato il 23/05/2025

N. 03963/2025 REG.PROV.COLL.

N. 00942/2025 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 942 del 2025, proposto da Floridiana S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B1EF72B65E, rappresentato e difeso dagli avvocati Luciano Pennacchio, Gianluca Pennacchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia Locale di Sviluppo dei Comuni dell'Area Nolana S.C.P.A., non costituito in giudizio; Comune di Marano di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaele Marciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

C.R. Verde S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della Disposizione di aggiudicazione n.3 del 9/1/25, a firma del Responsabile della CUC con la quale, approvandosi i verbali di gara, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della "Procedura aperta di cui all'art. 71 del d.lgs. 36/2023, per l'affidamento del servizio di gestione del verde pubblico per 36 mesi per il comune di Marano di Napoli (Na) - CIG B1EF72B65E" in favore dell'operatore economico C.R. Verde S.r.l. (c.f. 06818701218

; B) Tutti i verbali di gara (Verbale di gara nr.1 del 10.07.2024, Verbale di gara nr. 2 del 28.08.2024, Verbale nr. 3 del 12/09/2024, Verbale di gara nr. 4 del 18/09/2024; Verbale di gara nr. 5 del 19.09.2024; Verbale nr 3 del 13/11/2024; Verbale di gara nr. 6 del 26.11.2024 – doc.2-8), limitatamente alla attuata ammissione, attribuzione dei punteggi, valutazione di congruità ed

aggiudicazione della offerta della C.R. Verde S.r.l.; C) Nota asseritamente del 14/10/24 (doc.9), a firma del RUP del Comune di Marano di Napoli, quale amministrazione delegante, con la quale, condividendosi le valutazioni della Commissione di gara, è stata ribadita la congruità dell'offerta

presentata da CR Verde S.r.l.; D) Tutti gli atti preordinati connessi e consequenziali, tra i quali Bando, Disciplinare (doc.10), Capitolato (doc.11) e relativi allegati, ove interpretati o interpretabili nel senso di consentire l'avvalimento premiale della certificazione della parità di genere;

E CON DECLARATORIA D'INEFFICACIA

EX ARTT. 122 E 124 C.P.A.

del contratto di appalto nelle more eventualmente stipulato, ancorché non conosciuto e non comunicato, con espressa dichiarazione di disponibilità da parte di Floridiana srl, all'esito dell'accoglimento del ricorso, al subentro nello stesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Marano di Napoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 aprile 2025 la dott.ssa Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente espone di avere partecipato alla gara indetta dal Comune di Marano di Napoli finalizzata all'affidamento del "Servizio di gestione del verde pubblico per 36 mesi", per importo complessivo di € 599.460,00 oltre IVA, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità prezzo di cui all'art. 108 co. 2 lett. b) del D.Lgs.n.36/23 e con attribuzione di n.80 punti per l'offerta tecnica e n.20

punti per quella economica.

La procedura veniva affidata, per la gestione , dalla Centrale unica di committenza dell'Agenzia di Sviluppo dei Comuni dell'Area Nolana SCPA (di seguito, CUC), quale stazione appaltante qualificata.

Aggiunge che all'esito delle operazioni di gara il seggio proponeva quale aggiudicataria la C.R. Verde s.r.l. con punti 90,24, dei quali punti 75,32 per offerta tecnica e punti 14,92 per offerta economica, individuando quale seconda classificata la odierna ricorrente con punti 89,17, dei quali 80,00 per offerta tecnica e 9,17 per offerta economica (cfr verbale n.5 del 19/09/24).

Con successiva Disposizione di aggiudicazione n.3 del 9/1/25 il Responsabile della CUC, recependo le risultanze di gara, approvava gli indicati verbali e disponeva l'aggiudicazione definitiva della commessa in favore dell'operatore risultato primo.

Precisa poi di avere appreso dalla pubblicazione sul portale gare avvenuta in data 9 gennaio 2025 della attivazione della verifica di anomalia nei confronti della aggiudicataria, in ragione di un costo

dichiarato della manodopera inferiore al valore indicato in gara e che in mancanza di ulteriori notizie, in data 23.1.2025 presentava istanza di accesso agli atti.

Alla luce della ostensione documentale, lamenta che l'offerta, contrariamente alla valutazione

della commissione, appare modificata ed oggettivamente non congrua, e ciò sia con riferimento al valore della manodopera, inferiore a quello previsto in gara e non ribassabile, sia riguardo alle ulteriori voci (mezzi, spese materiali, smaltimento etc.) ; inoltre lamenta che la odierna controinteressata, onde conseguire l'attribuzione di ben 10 punti per l'offerta tecnica, corrispondenti

ai parametri B-3) e B-5) della Tabella di valutazione allegata al Disciplinare (punto 18.1) si sarebbe è illegittimamente avvalsa del cd. avvalimento "premiale" ex art. 104, comma 4, del D.Lgs.n.36/23.

Il ricorso è affidato alle seguenti censure:

I-VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT.41, COMMI 13 E 14,108, 110 DEL D. LGS. 31.03.2023 N.36 – VIOLAZIONE DELL'ART.1 DELLA LEGGE N.381/1991 – ECCESSO DI POTERE PER ARBITRARIETÀ, CARENZA DI MOTIVAZIONE, ERRONEITÀ, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, ILLOGICITÀ E SVIAMENTO.

Il giudizio di verifica anomalia sarebbe palesemente illogico , con riferimento al ribasso del costo della manodopera, per il quale doveva essere fornita una dimostrazione puntuale e rigorosa ,che sarebbe in concreto mancata. Nel caso di specie, l'offerta presentata dalla ditta risultata aggiudicataria, in assenza di idonea giustificazione , si discosta in maniera

considerevole dai richiamati parametri e dalle altre indicazioni della normativa di gara.

II- VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT.15, 17 E SS. DEL D.LGS. 31.03.2023 N.36 – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI IMMODIFICABILITÀ DELL’OFFERTA – ECCESSO DI POTERE PER ARBITRARIETÀ, ERRONEITÀ, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, ILLOGICITÀ E SVIAMENTO.

L’offerta economica originariamente presentata dalla CR Verde sarebbe stata modificata nei suoi elementi costitutivi in occasione della presentazione delle giustificazioni richieste, rimanendo inalterato soltanto il prezzo finale.

Ed invero, a fronte di un costo della manodopera dichiarato in sede di gara per euro 308.000,00, ci si trova dinanzi ad un offerta “giustificata” che altera detto valore, ridotto ad 246.607,31 (cfr. tabella di pag.16 dei giustificativi) e con imputazione della presunta economia residua a copertura di eventuali e non meglio definite “criticità”.

III. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART.104 E 108 DEL D. LGS.31.03.2023 N.36 – ECCESSO DI POTERE PER ARBITRARIETÀ, CARENZA DI MOTIVAZIONE, ERRONEITÀ, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, ILLOGICITÀ E SVIAMENTO.

Sarebbero stati illegittimamente attribuiti 10 punti a fronte di un avvalimento premiale riguardante requisiti di cui non era consentito il cd, prestito; segnatamente onde conseguire i 5 punti previsti

sia per il criterio B-3), ovvero “Adozione di politiche tese alla parità di genere comprovata dal possesso della certificazione di parità (ex art.46 bis del d.lgs. 198/2006 cd. codice delle pari opportunità” che per il criterio B-5) “Possesso per il personale impiegato per l’applicazione dei prodotti fitosanitari delle abilitazioni professionali attestanti la formazione tecnica adeguata e specifica costantemente aggiornata ai sensi del decreto legislativo n. 150 del 14 agosto 2012 e del Piano di azione nazionale per l’uso sostenibile dei prodotti fitosanitari emanato con decreto interministeriale del 22 gennaio 2014”,

Nel contratto con la Vivai Antonio Marrone la ausiliaria ha dichiarato di “mettere a disposizione” in favore della odierna aggiudicataria, che espressamente dichiara di esserne priva , i suddetti requisiti.

Tuttavia quanto al primo requisito, la dedotta certificazione ex art.46 bis del d.lgs. 198/2006 non potrebbe costituire oggetto di avvalimento e in ogni caso, la radicale nullità del sottoscritto contratto per assoluta indeterminatezza e genericità.

L’avvalimento non sarebbe consentito proprio perché riguardante una qualifica soggettiva ed anche etica dell’impresa concorrente alla gara, e non può essere oggetto di “prestito” in avvalimento ad altra impresa, in quanto non in grado di ovviare al mancato rispetto delle politiche di parità di genere all’interno dell’organizzazione dell’impresa ausiliata.

Eguale contestazione viene mossa in ordine agli ulteriori 5 punti attribuiti all’aggiudicataria per

effetto del sottoscritto contratto di avvalimento e relativi al criterio B-5), ovvero “Possesso per il personale impiegato per l'applicazione dei prodotti fitosanitari delle abilitazioni professionali attestanti la formazione tecnica adeguata e specifica costantemente aggiornata ai sensi del decreto

legislativo n. 150 del 14 agosto 2012 e del Piano di azione nazionale per l'uso sostenibile dei prodotti fitosanitari emanato con decreto interministeriale del 22 gennaio 2014”

La domanda cautelare è stata accolta con ordinanza 515/2025.

Successivamente si è costituito in giudizio il comune di Marano di Napoli, contestando la fondatezza del gravame, e deducendo di essere parte marginale del presente giudizio , riportandosi all'operato della Centrale Unica di Committenza

Non si è costituita la CUC e neppure la controinteressata CR Verde.

Alla udienza pubblica del 30 aprile 2025 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e va accolto,

Coglie nel segno il primo motivo di censura, con il quale si lamenta che la verifica di anomalia è viziata da irragionevolezza, illogicità e inadeguata istruttoria, in particolare per la verifica relativa al costo della manodopera.

Nell'offerta proposta la odierna aggiudicataria ha indicato, quale costo della manodopera, un valore inferiore all'importo previsto in gara, ovvero euro 308.000,00 a fronte dei previsti euro 328.753,56 (cfr punto 1.3 del Capitolato e 3 del Disciplinare).

Nei giustificativi prodotti tale valore risulta ulteriormente modificato e decrementato, assestandosi al minor importo di euro 246.607,31.

Orbene ,pur potendo il concorrente proporre un ribasso complessivo rispetto al costo del lavoro indicato nelle apposite tabelle predisposte dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva e dalle norme in materia, in tale evenienza lo stesso rimane onerato di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo derivi da una più efficiente organizzazione aziendale.

Dunque, ove proponga un ribasso del prezzo che coinvolge anche il costo della manodopera, il concorrente deve fornire una dimostrazione puntuale e rigorosa, trattandosi di voce (il dato delle ore annue mediamente lavorate dal personale) che coinvolge eventi, tra cui malattie ed infortuni, ecc., invocati dalle imprese a proprio favore, che non rientrano nella disponibilità dell'impresa, e che quindi necessitano, per definizione, di una stima di carattere prudenziale (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 31.03.17 n. 1495; T.A.R. Lombardia, Sez.IV, sentenza n.1340 del 7.07.2016).

Nel caso di specie, l'offerta presentata dalla ditta risultata aggiudicataria, in assenza di qualsivoglia idonea giustificazione in merito, si discosta in maniera considerevole dai richiamati parametri e dalle altre indicazioni della normativa di gara.

Ciò sarebbe stato necessario, a maggior ragione considerando che il ribasso complessivo proposto è notevolmente lontano dalla media degli altri partecipanti, assestati a non oltre il 20%, a fronte di un proposta dell'aggiudicataria con una riduzione del 36,550% sulla base di gara (cfr verbale n.5 del 19/9/24).

Peraltro nelle giustificazioni non appare tenersi conto delle precise disposizioni del disciplinare di gara in ordine al personale da impiegare ed alle ore da garantire (cfr. art. 1.9 sul passaggio di cantiere; 2.1 sull'orario di lavoro “ I vari servizi dovranno essere effettuati dal lunedì al sabato per un minimo di ore sei giornaliere per unità lavorativa, con esclusione delle Domeniche e dei giorni festivi infrasettimanali o da calendario” ;2.2 direzione tecnica; 2.5- squadre di lavoro” Il numero minimo di forza lavoro da utilizzare per l'esecuzione del presente servizio è di sei unità distinto in due squadre da tre”).

Invece l'offerta della aggiudicataria calcola il costo della manodopera in aperta distonia al parametro di appalto individuato dal capitolato (punto 2.1 del Capitolato), contemplante l'utilizzo di n.6 operai x n.6 giornate da sei ore lavorative da lunedì al sabato.

Le giustificazioni inviate il 2/10/24, risultano inidonee a dimostrare l'affidabilità della indicata voce di costo , con riferimento all'intero contingente di forza lavoro imposto da capitolato (6 unità/giorno per 6 giorni/settimana), essendo la giustifica riferita ad una sola frazione, come dettagliatamente esposto in ricorso e non smentito da elementi di segno contrario.

Altro elemento di incongruità è quello relativo alla irregolare formazione delle squadre di lavoro, che il capitolato (punto 2.5) prevede tassativamente composte da almeno tre operai, mentre i giustificavi prevedono, accanto a squadre composte da n.3 unità (squadra tipo N.1 e N.2) anche squadre tipo composte da soli n.2 operai (squadra tipo N.3) e n.1 operaio (squadra tipo N.4), il tutto in violazione della citata norma di gara.

Dette squadre sono contemplate per gli interventi di cui alle voci n.11, 12, 13 e 14 del computo metrico, in aperta violazione delle prescrizioni di capitolato e con una indebita contrazione dei costi di intervento.

Anche sotto tale profilo è mancato un approfondimento da parte della commissione di gara, la quale avrebbe dovuto avvedersi dell'alterazione della proposta rispetto ai contemplati parametri di esecuzione.

Peraltro la valutazione delle giustificazioni si presenta illegittima ancor prima avendo riguardo alla modifica dell'offerta in termini quantitativi da parte di CR Verde attuata in sede di giustificazioni .

Ed invero, a fronte di un costo della manodopera dichiarato in sede di gara per euro 308.000,00, l' offerta nelle giustificazioni vede una immotivata alterazione di detto valore,

ridotto ad 246.607,31 (cfr. tabella di pag.16 dei giustificativi) e con imputazione della presunta economia residua a copertura di eventuali e non meglio definite “criticità”.

Tale variazione, in assenza di plausibili elementi addotti, appare inammissibile.

E' principio consolidato in giurisprudenza quello per cui in materia di gare d'appalto vige la regola della immodificabilità dell'offerta, posta a tutela della imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici.

In applicazione di tale principio, la giurisprudenza amministrativa ritiene ammissibile solo un'attività interpretativa da parte della stazione appaltante della volontà dell'impresa quando questa sia finalizzata a superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta e sempre che sia possibile ricostruire, con esiti certi, l'effettiva volontà del dichiarante senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima o a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente originaria (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113 che richiama i principi posti da Cons. Stato, sez. IV, 6 maggio 2016, n. 1827; TAR Piemonte, sez. I, 5 luglio 2020, n. 444).

Ciò non ricorre nel caso di specie, ove la attuata modifica di una fondamentale componente dell'offerta integra una sostanziale manipolazione della medesima.

Le difese della stazione appaltante sul punto – spiegate peraltro dal solo Comune di Marano che si è costituito, riportando le motivazioni della commissione di gara- appaiono fondate su elementi apodittici e non convincenti.

La SA si richiama alla discrezionalità riservata all'amministrazione nella valutazione di verifica di anomalia, che costituisce un dato teoricamente indiscusso, ma rimane allo stato puramente astratto. Deduce invero l'amministrazione che la formulazione di un'offerta economica e la conseguente verifica di anomalia si fondano su stime previsionali e dunque su apprezzamenti e valutazioni implicanti un ineliminabile margine di opinabilità ed elasticità. Ed ancora, rileva che in fase di gara è impossibile pretendere una rigorosa quantificazione preventiva delle grandezze delle voci di costo rivenienti dall'esecuzione futura di un contratto, per cui in fase di offerta è sufficiente che questa si mostri ex ante ragionevole ed attendibile.

La difesa non coglie il fuoco delle contestazioni attoree, atteso che ciò che è in contestazione è proprio la illogicità di tale valutazione, il che rientra nell'ambito del cd. sindacato estrinseco consentito al giudice amministrativo, né vale a superare le obiezioni il generico e contraddittorio giudizio per cui :

“La commissione ha considerato che seppur l'importo della manodopera di € 246.067,31 chiarito nei giustificativi non tenga conto delle lavorazioni aggiuntive, di contro, l'importo di €308.000,00, offerto in fase di gara, ben può garantire interamente il costo della Manodopera anche per le prestazioni aggiuntive offerte.”

Tale argomentazione, lungi dal rappresentare un convincente elemento a sostegno

dell'operato della commissione, evidenzia ed esplicita la effettiva modifica dell'offerta economica nei giustificativi, rispetto a quanto presentato in sede di gara.

Dunque la commissione, pur confermando il ridotto valore della manodopera dichiarato nei giustificativi, pari a soli euro 246.067,31 ed inidoneo a coprire le lavorazioni aggiuntive, afferma che "l'importo di € 308.000,00, offerto in fase di gara, ben può garantire interamente il costo della Manodopera anche per le prestazioni aggiuntive offerte".

In altre parole, si tratta di ammissione di una palese e rilevante dissonanza tra il minor valore dichiarato nelle giustificazioni, di cui però si ammette l'evidente incapienza per le lavorazioni aggiuntive, e il maggiore importo originario, richiamato di seguito proprio per rendere attendibile l'offerta. In tali termini, non si può parlare di giustificazioni, ma di una inammissibile modifica dell'offerta, che ne avrebbe dovuto decretare la inattendibilità.

Va inoltre rilevato come si presenti fondata anche la terza censura, dalla quale potrebbe prescindersi, essendo stato dichiarato illogico il giudizio di attendibilità e sostenibilità dell'offerta economica, ma che il Collegio ritiene di affrontare per completezza, ovvero l'attribuzione, da parte del seggio di gara, di n.10 punti derivanti dall'attuato "avvalimento premiale".

Si tratta in particolare dei 5 punti previsti sia per il criterio B-3), ovvero "Adozione di politiche tese alla parità di genere comprovata dal possesso della certificazione di parità (ex art.46 bis del d.lgs. 198/2006 cd. codice delle pari opportunità" che per il criterio B-5) "Possesso per il personale

impiegato per l'applicazione dei prodotti fitosanitari delle abilitazioni professionali attestanti la formazione tecnica adeguata e specifica costantemente aggiornata ai sensi del decreto legislativo n. 150 del 14 agosto 2012 e del Piano di azione nazionale per l'uso sostenibile dei prodotti fitosanitari emanato con decreto interministeriale del 22 gennaio 2014", , per i quali la controinteressata è ricorsa al cd. avvalimento premiale ai sensi dell'art.104, comma 3, del D.Lgs.n.36/23, sottoscrivendo contratto con la Vivai Antonio Marrone.

Con tale ultimo atto la ausiliaria ha dichiarato di "mettere a disposizione" in favore della odierna aggiudicataria, che espressamente dichiara di esserne priva i suddetti due elementi premiali, consentendole di conseguire i complessivi 10 punti previsti (cfr. griglia di attribuzione dei

punteggi tecnici allegata al verbale del n.4 del 14/9/24 – doc.19)

Ritiene il Collegio che colgono nel segno le censure con cui si contesta la possibilità che la dedotta certificazione ex art.46 bis del d.lgs. 198/2006 possa costituire oggetto di avvalimento e, dall'altro ed in ogni caso, la radicale nullità del sottoscritto contratto per assoluta indeterminazione e

genericità.

Non può invero rispondere al paradigma normativo dell'avvalimento il “prestito” speso dei detti requisiti premiali, atteso che la relativa certificazione, per sua natura e per pacifica giurisprudenza, non può costituire oggetto di avvalimento, né di natura operativa né ai fini del miglioramento della proposta offerta.

Il primo punteggio invero riconosce la certificazione ex art.46 bis del d.lgs. 198/2006 (Codice per le Pari Opportunità) con cui si prevede che a decorrere dal 1° gennaio 2022 le imprese possano dotarsi della certificazione che attesti le misure in concreto adottate dal datore di lavoro per ridurre il divario di genere all'interno dell'azienda.

Con decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Pari Opportunità - del 29 aprile 2022, sono stati definiti i parametri per il conseguimento della certificazione, che potrà essere rilasciata unicamente da Organismi di Certificazione Accreditati.

Tale decreto individua i parametri minimi per il conseguimento della certificazione in quelli della prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022, contenente “Linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere” che prevede l'adozione di specifici KPI (Key Performance Indicator - indicatori chiave di prestazione) inerenti alle politiche di parità di genere nelle organizzazioni.

La natura della certificazione e, dunque, l'attribuzione del punteggio premiale è previsto a riconoscimento di una condizione soggettiva del concorrente che deve sussistere al momento della gara ed è connessa alla propria struttura ed articolazione aziendale.

L'art. 108, comma 7, del d.lgs. 36/2023, che prevede l'attribuzione del punteggio premiale alle imprese che abbiano adottato politiche tese al raggiungimento della parità di genere, persegue lo scopo di sollecitare le imprese ad adottare politiche organizzative e produttive orientate al

raggiungimento di obiettivi primari e superindividuali e, quindi, a premiare la condizione soggettiva di quel concorrente che ha già posto in atto le misure concrete e conseguito la parità di genere, o è in via di conseguimento della medesima, ma soprattutto al quale siano riferibili direttamente .

Pertanto la relativa certificazione , proprio perché riguardante una qualifica soggettiva ed anche etica dell'impresa concorrente alla gara, non può essere oggetto di “prestito” in avvalimento ad altra impresa, perché si tratterebbe di prestito meramente cartolare, non affiancato dalla effettività del rispetto delle politiche di parità di genere all'interno dell'organizzazione dell'impresa ausiliata.

Ne consegue, pertanto, che il contratto d'avvalimento concluso nel caso di specie, non è idoneo a trasferire il requisito in capo alla concorrente , né appare sufficiente che nel contratto stesso si

preveda attività di consulenza, messa a disposizione di standard operativi e procedure di intervento o anche supporto tecnico-organizzativo all'impresa ausiliata.

Invero un simile contratto di avvalimento è inidoneo a garantire che le procedure adottate siano effettivamente funzionali ed efficaci al raggiungimento della parità di genere nell'organizzazione aziendale dell'impresa ausiliata, anche perché una simile valutazione è riservata unicamente agli organismi di certificazione accreditati.

Analoghe considerazioni possono replicarsi per gli ulteriori 5 punti attribuiti all'aggiudicataria per effetto del sottoscritto contratto di avvalimento e relativi al criterio B-5), ovvero "Possesso per il personale impiegato per l'applicazione dei prodotti fitosanitari delle abilitazioni professionali attestanti la formazione tecnica adeguata e specifica costantemente aggiornata ai sensi del decreto

legislativo n. 150 del 14 agosto 2012 e del Piano di azione nazionale per l'uso sostenibile dei prodotti fitosanitari emanato con decreto interministeriale del 22 gennaio 2014"

Il citato contratto di avvalimento con la Vivai Marrone ha consentito alla odierna aggiudicataria di conseguire, anche per detto criterio, implicante la presenza di personale munito di abilitazione e formazione per l'uso dei prodotti fitosanitari, ulteriori 5 punti.

Tuttavia, anche per detto criterio il contratto di avvalimento è del tutto carente non indicando, in

violazione dell'art.104 del D.Lgs.n.36/23, alcuna risorsa o mezzo messo a disposizione e giustificativo del requisito trasferito.

Sul punto la contestata carenza, ex se sufficiente a determinare l'inidoneità del negozio sottoscritto all'attribuzione del punteggio assegnato, si evidenzia considerando la peculiare natura del requisito oggetto di prestito, implicante necessariamente il trasferimento di risorse umane in possesso delle dedotte abilitazioni e formazione.

La mancanza di detta allegazione rende il contratto assolutamente inidoneo a trasferire il requisito, non spendibile in gara e non legittimante l'attribuito punteggio, con evidente illegittimità della valutazione posta in essere dalla commissione.

Sul punto non convincono le argomentazioni difensive della stazione appaltante che richiama il giudizio della commissione, secondo cui " La Commissione più specificamente ritiene di aver correttamente assegnato i 5 punti previsti dacché si è riconosciuto l'impegno dell'O.E. ad adottare, nell'appalto per cui concorre, le politiche di cui all'art. 46 del D.Lgs 36/2023"; ed ancora:

.....è sufficiente l'impegno ad acquisire il requisito, in quanto l'offerente, in virtù dell'alea che contraddistingue ogni competizione di gara, non è tenuto, prima dell'effettiva aggiudicazione, ad onerare di maggiori le spese la società proprio nella mera prospettiva della aggiudicazione della gara". " Anche in questa fattispecie trattandosi di offerta tecnica per la valutazione e per l'assegnazione del punteggio è sufficiente l'impegno dell'O.E. ad utilizzare per l'appalto in questione personale con specifiche competenze prese in prestito da altra ditta.

A rigore, un tale utilizzo, pare atteggiarsi come un sub appalto e non un avvalimento, comunque previsto dall'art. 1.6 del CSA.”

Il ragionamento riportato non appare assolutamente condivisibile.

E' consolidato in giurisprudenza il principio per cui il prestito dei requisiti esperienziali è diverso sia dall'avvalimento garanzia che da quello operativo. In particolare, anche sotto il vigore del precedente codice contratti, ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Dlg. 50/2016, nella particolare forma di avvalimento avente ad oggetto le esperienze professionali pertinenti, la “messa a disposizione” di mezzi, personale e professionalità non era ritenuta sufficiente al fine di garantire la validità del contratto, essendo necessaria l'assunzione dell'obbligo, da parte dell'ausiliaria, di eseguire personalmente e direttamente le prestazioni dedotte in contratto.

L'avvalimento esperienziale è una forma di avvalimento operativo che, giusta previsione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, in coerenza con l'art. 63, §1 della Direttiva n. 24/2014/UE, concerne ‘i titoli di studio e professionali’ e le ‘esperienze professionali pertinenti’, in ordine ai quali la valorizzazione cooperativa ‘delle capacità di altri soggetti’ postula, in termini condizionanti, che ‘questi ultimi eseguano direttamente’ e, per l'effetto, si impegnino effettivamente ad eseguire personalmente, non limitando l'apporto ausiliario alla mera ‘messa a disposizione’, per la durata dell'appalto, delle relative ‘risorse necessarie’, di cui il concorrente ausiliato fosse carente, quali “i lavori o i servizi per cui tali capacità siano richieste”. CdS Sez V n. 11186/2023; nonché TAR Campania sez. II 13.11.2024 n. 6211).

Detti principi sono ribaditi dall'art. 104 co 3 del nuovo codice contratti di cui al D. Lgs 32/20243. Pertanto, il contratto per essere valido deve prevedere l'esecuzione necessariamente personale delle prestazioni, ad integrazione del generico canone dell'obbligo di mettere a disposizione le risorse, reali o personali. Ciò in quanto le prestazioni oggetto del predetto avvalimento hanno carattere infungibile, ovvero trattasi di capacità non agevolmente trasferibili con la messa a disposizione che discende dal contratto.

Ne deriva l'illegittimo riconoscimento del punteggio premiale alla aggiudicataria.

Il ricorso va conclusivamente accolto, con annullamento della disposta aggiudicazione e degli atti preordinati in parte qua.

Segue la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, con diritto della odierna ricorrente al subentro, avendo presentato la relativa istanza e risultando classificata immediatamente dopo la aggiudicataria, sotto condizione della verifica della sussistenza dei requisiti di legge.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo a carico della Centrale unica di committenza dell'Agenzia di Sviluppo dei Comuni dell'Area Nolana SCPA, cui è riferibile la gestione della gara, sussistendo giusti motivi per dichiararle integralmente compensate nei confronti del Comune di Marano di Napoli e della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata e gli atti preordinati in parte qua;

dichiara l'inefficacia del contratto, ove stipulato, con diritto della odierna ricorrente al subentro, sotto condizione della verifica della sussistenza dei requisiti di legge.

Condanna la Centrale unica di committenza dell'Agenzia di Sviluppo dei Comuni dell'Area Nolana SCPA, alla rifusione delle spese di lite in favore della ricorrente liquidate in complessivi Euro 3000,00 (tremila/00) oltre accessori di legge. Spese compensate per gli altri resistenti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 30 aprile 2025 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente, Estensore

Maria Barbara Cavallo, Consigliere

Daria Valletta, Primo Referendario