

N. 06417/2023 REG.PROV.COLL.

N. 04334/2023 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4334 del 2023, proposto da Consorzio Stabile Soledil S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 98202316FB, rappresentato e difeso dall'avvocato Renato Balsamo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli alla via Foria, n. 25.

contro

Città Metropolitana di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Cristiano e Massimo Maurizio Marsico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli, piazza Matteotti, n. 1;
Comune di Pozzuoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Annalisa Cuccaro e Anna Sannino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Napoli, via Diaz, n. 11.

nei confronti

Granit Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

per l'annullamento

- 1) Della Determinazione n. 1535 del 21.07.2023 con la quale il Comune di Pozzuoli (NA) ha disposto in favore della GRANIT SOCIETÀ COOPERATIVA l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento dell'“appalto integrato sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica per i lavori di “Riqualficazione eco-energetica e rigenerazione urbana del complesso residenziale denominato Lotto 5 e 6 alla Via Gatto, Via Saba, Via Alvaro (Località Monteruscello)””;
- 2) Della nota del 3.08.2023 con la quale la CITTÀ METROPOLITANA DI NAPOLI, in qualità di Stazione Unica Appaltante, ha provveduto a comunicare alla ricorrente il predetto provvedimento;
- 3) Della proposta di aggiudicazione formulata dalla Commissione di Gara all'esito della Seduta di Gara del 19.07.2023 (Verbale n. 3);
- 4) Della Determina Dirigenziale n. 1392 del 3.07.2023 con la quale il COMUNE DI POZZUOLI ha approvato le risultanze delle operazioni di gara relative alla fase di verifica della documentazione amministrativa, svolta, in qualità di Stazione Unica Appaltante, dalla CITTÀ METROPOLITANA DI NAPOLI;

- 5) Del Verbale relativo alla verifica della documentazione amministrativa nella parte in cui non risulta disposta l'esclusione della GRANIT SOCIETÀ COOPERATIVA nonché della nota prot. n. U.0104825 del 30.06.2023 con la quale la S.U.A. ha trasmesso al Comune di Pozzuoli il predetto documento;
- 6) Del Verbale di Gara n. 1 relativo alla seduta pubblica del 14.07.2023 nonché del Verbale di Gara n. 2 relativo alla seduta riservata del 19.07.2023;
- 7) Di ogni altro atto connesso conseguente o preliminare lesivo degli interessi dedotti in giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Città Metropolitana di Napoli, del Comune di Pozzuoli, del Ministero dell'Interno e della Granit Società Cooperativa;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2023 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 29 settembre 2023 e depositato il successivo 3 ottobre, il consorzio Soledil s.r.l. ha premesso che con Determina Dirigenziale n. 517 del 22.01.2022, la Città Metropolitana di Napoli (CMN) approvava l'Avviso Pubblico per la raccolta di manifestazioni di interesse da parte dei Comuni appartenenti alla propria area di competenza territoriale, finalizzata alla selezione di proposte per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) –

Missione 5, Componente 2 – Investimento 2.2, relativamente alla linea progettuale “Piani Integrati”.

Il Comune di Pozzuoli, prosegue il consorzio Soledil, elaborava il progetto “Riqualificazione eco-energetica e rigenerazione urbana del complesso residenziale denominato lotto 5 e 6 alla via Gatto, via Saba, via Alvaro (località Monterusciello)” dell’importo complessivo di € 14.250.000,00, compreso nel Piano Urbano Integrato n. 18, “Una rinnovata idea di abitare resiliente nell’area dei Campi Flegrei e del Giuglianesse: un piano di rigenerazione diffuso”, poi selezionato dalla CMN e finanziato con le risorse di cui al PNRR, giusta decreto del 22 aprile 2022 del Ministro dell’Interno di concerto con il Ministro dell’Economia e delle Finanze.

Con Determina Dirigenziale n. 982 del 12.05.2023, era pertanto indetta una procedura telematica aperta per l’affidamento dell’ “appalto integrato sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica per i lavori di “Riqualificazione eco-energetica e rigenerazione urbana del complesso residenziale denominato Lotto 5 e 6 alla Via Gatto, Via Saba, Via Alvaro (Località Monteruscello)”, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa per un importo a base di gara pari ad Euro 11.365.575,71. Il relativo Bando di Gara era pubblicato in G.U.U.E. e in G.U.R.I. rispettivamente in data 23.05.2023 e in data 26.05.2023. Trattandosi di intervento rientrante nell’ambito del P.N.R.R., il Comune di Pozzuoli affidava l’attività di committenza alla S.U.A. della CMN, a cui aveva aderito con la sottoscrizione di apposita convenzione quadro relativa al conferimento delle funzioni di centralizzazione dell’attività di committenza e delle attività di committenza ausiliaria, acquisita al registro RCONV n. 347/2022 del 26.10.2022. Partecipavano oltre alla ricorrente anche la Granit società Cooperativa (Granit).

L'aggiudicazione definitiva dell'appalto integrato relativo dell'intervento di "Riqualificazione eco-energetica e rigenerazione urbana del complesso residenziale denominato Lotto 5 e 6 alla Via Gatto, Via Saba, via Alvaro (Località Monterusciello)" è stata disposta con la determinazione dirigenziale n. 1535 del 21 luglio 2023 del Comune di Pozzuoli.

Il provvedimento è stato pubblicato il 24 luglio 2023, unitamente agli allegati, sul profilo di committente sezione "Amministrazione trasparente" del Comune di Pozzuoli.

Il 3 agosto 2023, la CMN comunicava al ricorrente l'avvenuta aggiudicazione in favore di Granit Società Cooperativa, precisando che "...il contratto non verrà stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio della presente" e che "l'accesso di cui all'art. 53 del D.Lgs. 50/2016 è esercitabile con le modalità previste dalla legge, contattando...".

L'8 settembre 2023, la Soledil ha fatto pervenire al protocollo della CMN, nella qualità di SUA, un'istanza di accesso.

Il 13 settembre 2023, la CMN ha riscontrato positivamente l'istanza.

Il 28 settembre 2023, il Consorzio Stabile Soledil srl ha fatto pervenire l'istanza di annullamento, in autotutela, del provvedimento di aggiudicazione, seguita, il giorno successivo, dalla notifica del ricorso con il quale ha impugnato l'aggiudicazione della gara disposta in favore della Granit, chiedendone l'annullamento previa sospensione degli effetti sulla base alla seguente articolata censura.

Violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione dell'art. 92, comma 1, del d.p.r. n. 207/2010. Violazione dell'art. 7 del disciplinare di gara. Carezza di istruttoria.

La ricorrente premette che l'aggiudicataria, titolare dell'Attestazione SOA n. 6333/66/02 emessa, in data 4.07.2022, da IMPRESOA S.p.A., risultando autonomamente in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dalla lex specialis esclusivamente per le categorie OG1 e OG3, ricorreva per le restanti categorie oggetto di gara, ad un avvalimento plurimo.

In particolare, stipulava, in data 14.06.2023, un contratto di avvalimento con il Consorzio Stabile Artemide per acquisire il prestito dell'Attestazione SOA per le categorie OS7 – classifica IV, OS8 – classifica III bis, OS24 - classifica II, OG10 – classifica II, e, in data 29.05.2023 e un altro contratto di avvalimento con la Edil Soffitti S.r.l. per acquisire l'Attestazione SOA per la categoria OS7 – classifica III bis.

In relazione alla qualificazione per le categorie OS4 e OG2, non oggetto di avvalimento, l'aggiudicataria dichiarava di voler subappaltare ad operatore qualificato i relativi interventi, pari, per la categoria OS24, ad Euro 583.780,00, e, per la categoria OG2, ad Euro 143.773,50.

Secondo la ricorrente il contratto di avvalimento stipulato dall'aggiudicataria con la Edil Soffitti sarebbe nullo, per violazione dell'art. 89, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016, in quanto l'accordo sarebbe generico ed astratto non recando alcun dettaglio dei mezzi e delle risorse concretamente messe a disposizione.

Né potrebbe ricorrersi al soccorso istruttorio, non potendosi colmare una lacuna che determina la nullità del contratto e, in definitiva, la totale carenza del requisito.

Il contratto sarebbe, poi, affetto da un ulteriore vizio di nullità che si manifesterebbe nella condizione apposta all'impegno dell'ausiliaria di fornire risorse materiali e tecniche subordinatamente al pagamento del loro costo e valore di mercato.

Si sono costituiti in giudizio il Ministero dell'Interno (al quale il ricorso è stato notificato in ottemperanza alla previsione dell'art. 12 bis del d.l. n. 68/2022 convertito con modificazioni nella legge n. 108/2022), il Comune di Pozzuoli, La CMN e la Granit.

Le resistenti hanno eccepito preliminarmente l'irricevibilità del ricorso per tardività, in quanto la determina di aggiudicazione sarebbe stata pubblicata in data 24 luglio 2023 sul profilo del committente, la comunicazione di aggiudicazione sarebbe del 3 agosto 2023; l'istanza di accesso della ricorrente sarebbe invece dell'8 settembre 2023 (riscontrata dall'Amministrazione il successivo 12 settembre), mentre il ricorso è stato notificato in data 29 settembre.

Anche considerando la sospensione feriale di agosto, il ricorso avrebbe dovuto essere notificato entro il 24 settembre con conseguente violazione del termine di impugnazione.

Nel merito le resistenti contestano che il contratto di avvalimento con la Edil Soffitti debba considerarsi nullo, in quanto esso reca l'indicazione dei mezzi messi a disposizione in conformità con l'articolo 7 del disciplinare di gara oltre a contenere un allegato che dettaglia i mezzi oggetto di avvalimento.

2. Le parti hanno depositato memorie e documenti e alla camera di consiglio dell'11 ottobre 2023 fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, il collegio ha dato avviso alle parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a. della possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata.

2.1 Deve preliminarmente scrutinarsi l'eccezione di irricevibilità formulata dalle resistenti.

A supporto della dedotta tardività del ricorso, esse adducono che la notifica del ricorso in data 29 settembre sarebbe tardiva sia considerando come data utile la

pubblicazione dell'aggiudicazione e degli ulteriori atti sul profilo del committente avvenuta il 24 luglio 2023 sia considerando la comunicazione dell'aggiudicazione indirizzata alla ricorrente avvenuta il successivo 3 agosto.

L'eccezione è infondata.

Ed infatti, il tema della decorrenza del termine per l'impugnazione degli atti e provvedimenti afferenti alle procedure di affidamento di contratti pubblici, come disciplinata dall'art. 120 co. 5 c.p.a., è stato affrontato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 12/2020, ha enucleato il principio in forza del quale la pubblicazione degli atti di gara eseguita ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 è idonea a far decorrere il termine, al pari della conoscenza delle informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del medesimo d.lgs. n. 50/2016, salva per queste ultime la possibilità di computare la dilazione corrispondente al tempo occorrente per assolvere all'istanza di accesso presentata dal concorrente interessato, laddove i motivi di ricorso, al pari dell'odierna fattispecie, conseguano alla conoscenza dei documenti (in questo caso il contratto di avvalimento con la Edil Soffitti) che completano l'offerta dell'aggiudicatario: il computo della c.d. "dilazione temporale" risponde alla regola generale della piena conoscenza e conoscibilità del contenuto concreto degli atti lesivi, ed è conforme al diritto eurounitario, che non ammette l'obbligo di proporre impugnazioni "al buio" ("in abstracto").

Se ne è desunta, nella prospettiva di adeguata e proporzionata conciliazione del diritto di difesa del concorrente pregiudicato e della celerità dell'azione amministrativa, una articolata e cadenzata scansione temporale, puntualmente ancorata ai diversi momenti di possibile conoscenza degli atti di gara, ad ognuno dei quali corrispondono precise condizioni affinché possa aversi decorrenza

del termine di impugnazione, in base alla considerazione, di carattere generale, per la quale l'individuazione di quest'ultima dipenda dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla "informazione" e alla "pubblicizzazione" degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'"accesso informale" con una "richiesta scritta", nel termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, 2° comma, del d.lgs. n. 50/2016.

Ne segue, perciò, che:

a) se l'istanza di accesso è tempestiva (in quanto proposta, come vale ribadire, entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla comunicazione o dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione) e parimenti tempestivo è il riscontro ostensivo da parte della stazione appaltante, il termine per impugnare (di trenta giorni) subisce una "corrispondente dilazione temporale" (di quindici giorni): di tal che, in definitiva, il ricorso deve essere proposto entro il termine massimo (certo ed obiettivo) di 45 giorni (dalla comunicazione o pubblicazione);

b) se, per contro, l'istanza di accesso è tardiva (quindi, di nuovo, successiva al quindicesimo giorno dalla comunicazione o pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione) non opera, a pro del ricorrente, la ridetta "dilazione temporale": e ciò in ragione di un bene inteso canone di auto-responsabilità dell'operatore economico che concorre a gare pubbliche e della correlata necessità di evitare che il termine di impugnazione possa rimanere aperto o modulato *ad libitum*;

c) nel caso, invece, di comportamenti ostruzionistici e dilatori imputabili alla stazione appaltante (che non dia puntuale riscontro alla tempestiva istanza di accesso, ovvero la evada successivamente al termine di quindici giorni dalla ricezione), il termine per impugnare (trattandosi di vizi conoscibili solo in esito all'accesso) non inizia a decorrere se non dal momento dell'ostensione della documentazione richiesta

(sicché, più che di vera e propria “*dilazione temporale*”, in tal caso finisce per operare una *autonoma e nuova decorrenza* del termine).

Al di là delle diverse impostazioni in ordine al computo del termine, resta il fatto che la giurisprudenza in adesione alle direttive nomofilattiche della Adunanza plenaria individua come (ultimativo) *dies ne ultra quem* il 45° giorno dalla pubblicazione (o comunicazione) della intervenuta aggiudicazione (da ultimo V. Cons. Stato, n. 2736/2023).

Il Collegio ritiene che la sospensione feriale dal 1° al 31 agosto debba essere riferita al termine così complessivamente inteso (45 giorni), di modo che se, come nel caso di specie, la sospensione interviene nelle more del termine per la proposizione dell'accesso (la pubblicazione della notizia dell'aggiudicazione risale al 24 luglio 2023, mentre al 3 agosto risale la comunicazione rivolta alla ricorrente) essa debba estendersi al termine complessivamente inteso, ivi compreso quello di 15 giorni entro cui proporre l'istanza di accesso, che dunque resterebbe anch'esso sospeso, ricominciando a decorrere dal 1° settembre.

La ragione di una tale conclusione deve ravvisarsi nella circostanza che non vi sono sostanziali differenze tra il caso in cui la sospensione feriale cominci a decorrere nella pendenza del termine per proporre l'impugnazione (dopo la corretta evasione dell'istanza di accesso), per il quale non si dubita dell'applicabilità della sospensione feriale, e il caso in cui il termine inizi a decorrere nei 15 giorni per proporre istanza di accesso, trattandosi in entrambe le ipotesi di un termine complessivo di impugnazione nel caso in cui le ragioni dell'impugnazione non siano evincibili dagli atti comunicati ovvero pubblicati “d'ufficio” dall'Amministrazione.

Né nel caso di specie potrebbe in contrario rilevarsi che la stazione appaltante aveva già eseguito la pubblicazione degli atti di gara sul profilo del committente, atteso che

il ricorso si incentra sulla validità del contratto di avvalimento ed è incontestato che tale documento non fosse stato né pubblicato né comunicato prima della positiva evasione dell'istanza di accesso.

Tutto ciò considerato, deve quindi concludersi che nel caso di specie il ricorso è stato tempestivamente proposto (notificato in data 29 settembre), tenuto conto che l'istanza di accesso (dell'8 settembre) è stata proposta entro i 15 giorni sia tenendo conto della comunicazione individuale dell'aggiudicazione (3 agosto) sia tenendo conto della pubblicazione sul profilo del committente (24 luglio).

3. Può dunque passarsi al merito del ricorso con il quale parte ricorrente contesta la validità del contratto di avvalimento operativo posto in essere con la Edil Soffitti (ausiliaria) con riguardo alla categoria prevalente OS7, per omessa specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione in violazione dell'art. 89, co. 2, del d.lgs. n. 50/2016; in secondo luogo il Consorzio ricorrente evidenzia la natura condizionale della clausola di cui all'art. 4, comma 2, del citato contratto di avvalimento e, conseguentemente, l'invalidità dello stesso anche per tale aspetto. La clausola oggetto di contestazione dispone che "l'impresa ausiliaria mette a disposizione la fornitura delle risorse materiali o tecniche e la ditta ausiliata dovrà erogarne preventivamente il costo a valore di mercato a favore dell'impresa ausiliaria".

La controinteressata rileva in contrario che il contratto di avvalimento contiene tutti gli elementi per la determinazione del suo contenuto, in quanto non è necessario che esso si spinga fino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta qualificazione del personale messo a disposizione, atteso che nel caso di prestito di una qualificazione SOA, l'oggetto è l'intero apparato organizzativo nella misura necessaria all'esecuzione del contratto.

Nel caso di specie, prosegue la controinteressata, l'ausiliaria ha dichiarato di mettere a disposizione dell'avvalente i requisiti necessari "per tutta la durata dell'appalto in caso di aggiudicazione".

La Granit rileva altresì di aver depositato l'autodichiarazione, da intendersi quale parte integrante del contratto, con la quale la Edil Soffitti ai sensi del d.p.r. 445/2000, ha assunto l'impegno testuale di "mettere a disposizione in qualità di Impresa Ausiliaria nei confronti del concorrente Granit Società Cooperativa S.r.l. con sede legale in Pozzuoli (NA) CAP 80078 Via Vecchia Campana 9B, C.F. e P. IVA 01608100630 per tutta la durata dell'appalto i seguenti mezzi ed attrezzature: ..." ivi espressamente elencati, che certamente varrebbe a connotare di piena vincolatività e connessa assunzione di responsabilità l'obbligo assunto.

Con riguardo al secondo profilo di doglianza relativo alla dedotta natura condizionale dell'impegno assunto, la Granit rileva che nessuna condizione sarebbe stata apposta all'impegno dell'ausiliaria, tenuto conto che l'art. 2 del contratto prevede espressamente che "L'Ausiliaria mette a disposizione dell'Avvalente i requisiti che occorrono al fine di espletare i servizi di cui in oggetto, dunque l'Ausiliaria si obbliga con il presente atto a mettere ed a tenere a disposizione dell'Avvalente tali requisiti, in modo pieno ed incondizionato, senza limitazioni di sorta, ai fini della partecipazione alla procedura di gara di cui alle premesse". Tale incondizionata messa a disposizione sarebbe poi confermata nel successivo art. 3 laddove è espressamente previsto che "Con la presente scrittura si prevede espressamente la responsabilità solidale del Concorrente (Avvalente) e dell'impresa Ausiliaria, secondo le condizioni ed i termini stabiliti dallo Schema di contratto di appalto, in relazione ai requisiti per i quali opera l'avvalimento, ai sensi dell'art. 89 del Codice".

3.1 Il motivo di ricorso è fondato.

Il Collegio ritiene utile precisare che non sussistono dubbi sul fatto che l'avvalimento che viene in rilievo nella presente controversia rientra nel novero dell'avvalimento 'tecnico e operativo', poiché l'ausiliaria ha messo a disposizione dell'ausiliata il requisito di qualificazione OS 7 di cui è carente per l'esecuzione.

Relativamente all'avvalimento che abbia ad oggetto l'attestazione SOA, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che è ammissibile l'avvalimento anche quanto alla SOA, purché la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (Cons. Stato, sez. V, 21 dicembre 2021, n. 8486; Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543).

In definitiva, nel caso di avvalimento che abbia ad oggetto l'attestazione SOA oggetto di prestito è l'intero apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all'esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074).

Quest'ultimo profilo, ossia la correlazione tra apparato organizzativo oggetto del prestito e capacità di esecuzione del contratto d'appalto in affidamento, ha carattere decisivo poiché il concorrente privo del requisito di attestazione SOA, dichiara alla stazione appaltante di essere sprovvisto della capacità tecnico – professionale di eseguire il contratto e che si impegna, tramite avvalimento, a recuperare la capacità mancante; ma perché ciò avvenga realmente è necessaria l'effettiva integrazione dei

complessi aziendali dell'avvalente e dell'ausiliaria (Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 169; id. n. 3300/2023).

La giurisprudenza formatasi in materia ha avuto modo di precisare in più occasioni che *“l'avvalimento operativo ricorre quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto. È tale l'avvalimento che ha ad oggetto i requisiti di capacità tecnico-professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale dell'ausiliaria. (...) Diversamente, nell'avvalimento operativo è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (cfr. C.d.S., Sez. V, 14 febbraio 2018, n. 953)”*.

Ora nel caso di specie non pare al Collegio che il contratto abbia i requisiti minimi per dirsi in linea con quanto prescritto dall'art. 89 del codice dei contratti per come inteso dalla giurisprudenza.

Ed infatti, l'indicazione dettagliata dei mezzi messi a disposizione è contenuto nella dichiarazione resa dall'ausiliaria all'Amministrazione che però non fa parte del contratto e non è da esso richiamato, sicchè tale elenco non è parte del contratto di avvalimento, con la conseguenza che esso implica solo l'assunzione di un impegno dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante.

Tale autonoma dichiarazione di impegno non vale a sanare, neppure in via interpretativa, le carenze del contratto di avvalimento che difetta di specificità, in quanto l'accordo negoziale, in virtù del quale l'ausiliaria mette a disposizione del concorrente e della stessa Amministrazione i propri requisiti, risulta irrimediabilmente pregiudicato, in assenza di un richiamo espresso alla dichiarazione recante l'elencazione delle risorse e dei mezzi messi a disposizione.

Si tratta di documenti che operano su piani diversi: il contratto di avvalimento su quello negoziale tra l'ausiliaria e l'ausiliata e deve osservare i requisiti di specificità

prescritti, a pena di nullità, all'ultima parte del comma 1 dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016; la dichiarazione di impegno riguarda, invece, l'assunzione diretta della responsabilità dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante e, in buona sostanza, presuppone l'efficacia e validità del contratto di avvalimento.

La distinzione tra i due documenti è individuata anche dalla giurisprudenza che ha costantemente rilevato come "le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria e il contratto di avvalimento siano atti diversi, per natura, contenuto, finalità, costituendo la dichiarazione un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante, il contratto di avvalimento l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, contemplante le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti" (Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 4370 del 2.05.2023; cfr. Cons. Stato, V, 1 agosto 2018, n. 4765; IV, 26 luglio 2017, n. 3682, n. 4406 del 2012).

Nella fattispecie, come rilevato, il contratto di avvalimento si limita genericamente ad individuare quale oggetto del prestito le risorse necessarie all'esecuzione, senza però individuarle e incorrendo nella segnalata genericità invalidante ai sensi dell'art. 89, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016.

Il profilo esaminato esaurisce ed assorbe anche l'ulteriore profilo di doglianza, sicché il ricorso deve essere accolto e gli atti impugnati devono essere annullati per la carenza dei requisiti di partecipazione dell'aggiudicataria.

Le spese del giudizio in considerazione della novità di alcune delle questioni trattate possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere

Domenico De Falco, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico De Falco

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO