

**APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Avvalimento - Ha normalmente carattere oneroso - Necessità di desumere direttamente od indirettamente l'interesse patrimoniale - Sussiste.**

**Tar Sicilia - Catania, Sez. IV, 13 luglio 2021, n. 2276**

*“[...] Nelle gare pubbliche d'appalto il contratto di avvalimento, anche se generalmente oneroso, deve ritenersi validamente prestato anche a titolo non oneroso ed anche se manchi il corrispettivo in favore dell'ausiliario, ma a condizione che dal testo contrattuale emerga chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto in questione e le relative responsabilità [...].*

#### FATTO e DIRITTO

Il Comune di Ragusa ha indetto la procedura per l'affidamento biennale del servizio di pulizia degli immobili comunali, da aggiudicarsi col sistema dell'O.E.P.V., con importo a base d'asta di euro 898.700,26.

Alla gara hanno partecipato varie imprese, ed all'esito dell'esame congiunto delle offerte tecniche ed economiche è risultata prima in graduatoria la Coop. Sociale Artemide, che ha riportato il punteggio complessivo di 74,36, mentre l'odierna ricorrente ESG srl si è classificata al secondo posto, con il punteggio di 74,16, con uno scarto quindi di appena 0,20 punti.

La stazione appaltante, infine, ha aggiudicato con determina n. 27 dell'1.3.2021 l'appalto alla Coop. Artemide.

Dall'esame della documentazione prodotta in gara dall'aggiudicataria, la ricorrente ESG srl avrebbe ricavato l'esistenza di plurime invalidità ed illegittimità dell'offerta, implicanti l'esclusione, nonché l'illegittima attribuzione del punteggio all'offerta tecnica.

In dettaglio:

- 1.- Carenza del requisito inerente l'iscrizione alla CCIAA per attività inerente l'oggetto d'appalto; il disciplinare richiede infatti l'iscrizione camerale per attività coerenti con quelle oggetto della presente procedura di gara (pulizia degli immobili comunali), mentre l'attività primaria/prevalente risultante dalla certificazione della CCIAA posseduta dalla Coop. Artemide è quella di assistenza sociale non residenziale; l'attività di pulizia viene invece indicata solamente come secondaria;
- 2.- Violazione art. 89 comma 1 del d. lgs. 50/2016 – carenza della documentazione prodotta dall'impresa ausiliaria; infatti, l'impresa ausiliaria Pavone Francesco srl avrebbe omesso di attestare: il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 80 del D. Lgs. 50/2016; il possesso dei requisiti tecnici (l'iscrizione nella fascia di classificazione E) di cui all'art. 3 del DM 274/97; il requisito di capacità tecnica professionale di cui al punto 7.3 lettera G) del disciplinare (in base al

quale “*Il concorrente deve aver eseguito nell’ultimo triennio antecedente alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte: - servizi analoghi all’oggetto della presente gara per un importo complessivo non inferiore al 15% di quello posto a base di gara, cioè a euro 134.805,03 oltre IVA.*”); delle risorse oggetto di avvalimento; inoltre, avrebbe altresì reso in forma assolutamente generica la dichiarazione con cui si obbliga a mettere a disposizione dell’ausiliata, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie;

3.- Invalidità del contratto di avvalimento – Incongruità: il corrispettivo concordato per l’avvalimento è di soli 4.000 euro (euro 2.000 per anno), a fronte delle tante attrezzature e risorse umane messe a disposizione;

4.- Invalidità del contratto di avvalimento per genericità: manca totalmente qualunque esatta descrizione ed elencazione della tipologia, modello e marca delle attrezzature fornite;

5.- Falsità della dichiarazione dell’impresa ausiliaria. Violazione art. 80 D. Lgs. 50/2016. Violazione della legge 68/99. L’ausiliaria ha dichiarato di non essere assoggettabile alle legge 68/99, in quanto Cooperativa sociale che opera nel campo nel settore della solidarietà sociale, mentre non è una cooperativa sociale ma bensì una semplice srl con 2 soci e con una media di n° 66 dipendenti. La falsa dichiarazione comporterebbe, altresì, che con ogni evidenza la società Pavone Francesco srl pur avendo ben 66 dipendenti non ha rispettato e non rispetta la normativa sui disabili, con conseguente carenza anche sostanziale del requisito di partecipazione;

6.- Violazione dell’art. 16 del Disciplinare e dell’articolo 6 del Capitolato Tecnico. Mancato rispetto dei CAM (criteri ambientali minimi). Violazione art. 34 del D. lvo 50/16;

l’offerta tecnica doveva contenere, a pena di esclusione, l’elenco dei prodotti utilizzati, conformi al DM 24 Maggio 2012; l’impresa aggiudicataria ha esposto che avrebbe impiegato tutti prodotti “ecolabel” (ossia, conformi ai suddetti CAM), mentre almeno 4 prodotti su 21 di quelli inseriti nell’offerta tecnica non sono Ecolabel;

7.- Violazione art. 14 del Capitolato tecnico – Assenza nell’offerta tecnica di prodotti disinfettanti. Violazione art. 16 del Disciplinare;

il concorrente avrebbe dovuto, a pena di esclusione, inserire nella propria offerta tecnica un elenco dei prodotti che si impegna ad utilizzare, che doveva necessariamente contenere prodotti disinfettanti. Tale circostanza non si è verificata, e ciò costituirebbe sia causa di esclusione, sia di errata applicazione del punteggio massimo;

8.- Incongruità dell’offerta - Violazione art. 97 del Codice: sarebbe stato applicato un costo della manodopera inferiore ai minimi tabellari;

9.- Illegittimità dell’attribuzione dei punteggi. Violazione del Disciplinare di gara.

Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso sia il Comune di Ragusa sia la controinteressata Coop. Artemide. Entrambe hanno presentato memorie per la fase cautelare.

All'udienza camerale del 15 aprile 2021, la ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare, in vista di una ravvicinata celebrazione dell'udienza di merito.

Sono state poi presentate da tutte le parti in causa memorie in vista dell'udienza di merito e relative repliche.

All'udienza del 10 giugno 2020 la causa è stata posta in decisione.

In sintesi, può affermarsi che la ricorrente ESG srl contesta l'ammissione in gara della controinteressata Coop. Artemide, nonché il punteggio a questa attribuito dalla Commissione, sotto i seguenti profili: a) difetto di requisiti soggettivi della ditta partecipante; b) invalidità ed inadeguatezza del contratto di avvalimento stipulato con terzo operatore, al fine di acquisire i requisiti non posseduti; c) invalidità dell'offerta tecnica presentata; d) errata attribuzione di punteggio alla controinteressata.

Il ricorso è fondato e va quindi accolto, secondo quanto emerge dall'analisi dei seguenti motivi.

1.- Il primo motivo è infondato.

Va premesso che l'art. 7.1. della *lex specialis* di gara richiedeva ai concorrenti l'“*Iscrizione nel registro tenuto dalla Camera di commercio industria, artigianato e agricoltura oppure nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato per attività coerenti con quelle oggetto della presente procedura di gara*” (ossia, al servizio di pulizia degli immobili comunali).

Il certificato camerale relativo alla Coop. Artemide contempla nell'oggetto sociale “*8. gestione di servizi di pulizia, specializzata e non, di edifici, macchinari industriali, custodia e facchinaggio c/o strutture pubbliche, strutture comunali, uffici giudiziari, strutture museali ecc; 9. servizi di disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e fumigazione di edifici, navi, treni, aeroplani ecc.;*”.

Nel certificato si dice anche che quella di pulizia generale (non specializzata) di edifici è attività secondaria esercitata nella sede legale, mentre le attività principali eseguite dalla cooperativa attengono essenzialmente all'ampio settore dei servizi socio-sanitari-educativi.

Occorre, quindi, comprendere se l'attività di pulizia degli edifici – indicata nell'oggetto sociale e nel certificato camerale della Coop. Artemide, ma qualificata come attività secondaria – sia sufficiente a legittimare la cooperativa a partecipare alla selezione.

Su tale problematica la giurisprudenza amministrativa non è univoca: a fronte, di una serie di pronunce che affermano il principio per il quale, qualora l'attività da affidare rientri nell'oggetto sociale come riportato nell'iscrizione camerale l'idoneità professionale del concorrente deve ritenersi presunta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2019, n. 7846; IV, 23 settembre 2015, n.

4457; V, 7 febbraio 2012, n. 648), altre pronunce evidenziano che ai fini in discussione non può giovare la mera contemplazione di un'attività nell'oggetto sociale; quest'ultimo, infatti, esprime solo la misura della capacità di agire della società interessata, indicando i settori - per vero, potenzialmente illimitati - nei quali la stessa potrebbe in astratto operare e, così facendo, indica degli ambiti operativi che devono reputarsi non rilevanti ove non effettivamente attivati (in questo senso si veda, in particolare, Cons. giust. amm., sez. giuris., 26 marzo 2020, n. 213; Cons. di Stato, V, 10 aprile 2018, n. 2176), per cui occorre tener conto dell'attività principale o prevalente, in concreto espletata e documentata dall'iscrizione alla Camera di Commercio, non rilevando quanto riportato nell'oggetto sociale indicato nell'atto costitutivo e nello statuto, che esprime soltanto ulteriori potenziali indirizzi operativi dell'azienda, non rilevanti ove non attivati (Cons. Stato, VI, 15 maggio 2015 n. 2486; III, 28 dicembre 2011 n. 6968; V, 19 febbraio 2003, n. 925; VI, 20 aprile 2009, n. 2380).

Pur nella varietà di orientamenti giurisprudenziali registrati sul punto, il Collegio ritiene che nel caso di specie il requisito di partecipazione non possa dichiararsi insussistente in capo alla Cooperativa Artemide giacché questa: contempla l'attività di pulizia degli edifici nel proprio oggetto sociale; ha iscritto detta attività nel registro della camera di commercio (seppur come ambito secondario); sembra aver concretamente avviato l'attività (secondaria) di pulizia degli edifici, tanto da aver conseguito gli attestati di qualità ISO prodotti nel presente giudizio.

Dunque, anche applicando l'orientamento giurisprudenziale più restrittivo sopra riportato, il motivo in esame non potrebbe essere accolto.

2.- Il secondo motivo di ricorso, concernente l'omessa o insufficiente dichiarazione del possesso dei requisiti da parte dell'impresa ausiliaria della controinteressata, nonché l'insufficiente determinazione del contenuto del contratto di avvalimento, non risulta fondato.

Infatti, emerge dagli atti che l'ausiliaria Pavone abbia dichiarato nel contratto di avvalimento di avere il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 80 del Codice, come meglio specificati nella documentazione allegata. La dichiarazione attestante il possesso dei requisiti è superata (o assorbita), a parere del Comune resistente e della controinteressata, dalla presentazione da parte della ditta ausiliaria del DGUE del 10.07.2020, che contempla l'indicazione dei requisiti necessari, ivi incluso quello previsto dal punto 7.3 lett. G del disciplinare.

Per quanto concerne l'avvalimento, va precisato che nel caso in esame esso ha valenza mista: sia di garanzia, sia tecnico/operativo. In relazione alla seconda tipologia, vi è nelle pagg. 2 e 3 del contratto una adeguata indicazione degli strumenti e del personale tecnico offerto all'ausiliata. In relazione alla prima, la ditta Pavone ha dichiarato di mettere a disposizione dell'ausiliata i requisiti

di capacità economica e finanziaria di cui al punto 7.2, lett. D, del disciplinare, cioè la sua complessiva solidità economica e finanziaria, garantendo alla stazione appaltante di farsi carico degli impegni economici conseguenti al contratto, anche in ipotesi di inadempimento dell'ausiliata. Pertanto, ritiene il Collegio che i requisiti di sufficiente determinatezza dell'impegno siano soddisfatti.

3.- Il terzo motivo di ricorso – riguardante l'invalidità del contratto di avvalimento per incongruità – risulta invece fondato, e determina l'accoglimento del ricorso, previo assorbimento delle altre censure.

Infatti, il corrispettivo pattuito per l'avvalimento (solo euro 4.000 per il biennio di svolgimento dell'appalto) non appare per nulla remunerativo per l'ausiliaria, con la conseguenza che lo squilibrio economico fra le due prestazioni dedotte in contratto induce a dubitare della effettività dell'impegno assunto dall'ausiliaria.

In tema di avvalimento, la giurisprudenza ha affermato che *“Nelle gare pubbliche d'appalto il contratto di avvalimento, anche se generalmente oneroso, deve ritenersi validamente prestato anche a titolo non oneroso ed anche se manchi il corrispettivo in favore dell'ausiliario, ma a condizione che dal testo contrattuale emerga chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto in questione e le relative responsabilità.”* (Cons. Stato, V, 242/2016);

*“Deve escludersi la gratuità del contratto di avvalimento; invero o tale contratto è a titolo oneroso oppure, in mancanza di corrispettivo in favore dell'ausiliario, deve emergere dal testo contrattuale chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario nell'assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità.”* (CGA 52/2016);

*“Il contratto di avvalimento presenta tipicamente un carattere di onerosità, per cui ove in sede negoziale non sia stato espressamente stabilito un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria, il contratto potrà dirsi valido a condizione che dal relativo tenore sia comunque possibile individuare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale ovvero anche non patrimoniale, che ha indotto l'ausiliaria medesima ad assumere, senza corrispettivo, le proprie obbligazioni;”* (Tar Roma 155/2021).

Fermi e condivisi gli esposti principi, va rilevato che nel caso in esame la lettura del contratto di avvalimento non consente di scorgere in alcun punto quel necessario interesse direttamente od indirettamente patrimoniale che avrebbe spinto l'ausiliaria a porre a disposizione dell'aggiudicataria una consistente flotta di mezzi e di risorse umane di cui la seconda è pacificamente priva (nello

specifico: n. 15 lavapavimenti; n. 8 aspiratori; n. 5 idropulitrici, n. 20 carrelli multiuso, n. 25 lavavetri, n. 1 elevatore, n. 35 scope elettriche, n. 1 tecnico specialista, n. 1 supervisore, n. 1 squadra di pronto intervento con automezzo attrezzato), oltre all'assunzione di responsabilità solidale con l'ausiliata nei confronti della stazione appaltante (art. 4 del contratto); il tutto, a fronte di un corrispettivo modestissimo di euro 4.000 per l'intero biennio in cui si espleta l'appalto. In altre parole, la concreta struttura economica dell'accordo fa configurare il contratto come pressochè gratuito, o simbolicamente oneroso, tenuto conto dell'enorme sproporzione che si registra fra le prestazioni contemplate a carico delle due parti. Ne consegue ulteriormente che la non remuneratività del contratto di avvalimento costituisce indice sintomatico della scarsa attendibilità dell'impegno negoziale assunto dall'ausiliaria. Infatti, la giurisprudenza afferma che: *“l'onerosità del contratto è ritenuta indice dell'effettiva concessione delle risorse da parte dell'ausiliaria in favore della concorrente e, per questo, idoneo (unitamente alla determinatezza del contenuto contrattuale) a fugare i dubbi sul carattere meramente formale della disponibilità delle risorse che spesso circondano il ricorso all'avvalimento per l'acquisizione dei requisiti di partecipazione mancanti da parte di un concorrente”* (Tar Roma 155/2921); *“Il contratto di avvalimento non può avere causa liberale. Anche in mancanza di corrispettivo in favore dell'ausiliario, deve emergere dal testo contrattuale chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario nell'assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità. Diversamente, il contratto è nullo per mancanza di causa”* (Tar Firenze 1144/2018).

In conclusione, accogliendo il motivo in esame, il Collegio dichiara incidentalmente nullo il contratto di avvalimento, come dedotto dalla ricorrente, ed illegittima l'ammissione in gara e l'aggiudicazione alla controinteressata Coop. Artemide, perché priva dei requisiti necessari, che non risultano posseduti né in proprio (come non contestato), né in forza di valido contratto di avvalimento.

Vista la domanda di risarcimento in forma specifica presentata dalla ricorrente, e la connessa richiesta di subentro nel contratto, ove stipulato, va anche dichiarata ai sensi dell'art. 122 cpa l'inefficacia del contratto stipulato con la Cooperativa Artemide, l'aggiudicazione in favore della ESG srl, ed il subentro di quest'ultima nel contratto col Comune di Ragusa, che il Collegio ritiene di poter far decorrere dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione della presente sentenza, tenuto conto della natura dell'appalto (servizio di pulizia) e della possibilità di consentire l'avvicendamento dei gestori senza alcuna compromissione dell'interesse pubblico alla continuità del servizio.

Per quanto concerne il regime delle spese processuali, trova applicazione il principio della soccombenza, e si dispone quindi la condanna in solido della resistente e della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati; dichiara aggiudicataria la ricorrente ESG srl, dichiara inefficace il contratto stipulato col Comune resistente, a decorrere dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione della presente sentenza; dispone il subentro nel medesimo contratto della ricorrente.

Condanna il Comune di Ragusa e la Cooperativa Artemide in solido al rimborso delle spese processuali, liquidate in euro 3.500,00, oltre IVA, CPA, spese generali e contributo unificato.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2021, celebrata da remoto, in videoconferenza, ai sensi dell'art. 25 del D.L. n. 137/2020, convertito in L. n. 176/2020, con l'intervento dei magistrati:

Federica Cabrini, Presidente

Francesco Bruno, Consigliere, Estensore

Maurizio Antonio Pasquale Francola, Referendario