

APPALTI: Tribunale Amministrativo regionale della Campania - Salerno, Sezione prima, sentenza 30 gennaio 2024, n. 315, in Giurisprudenza Italiana, n. 3/2024, pag. 691: *“Avvalimento premiale: i requisiti dell’ausiliaria alla luce del nuovo Codice Contratti Pubblici”* di I. Grossi

1. Appalti pubblici – Appalto di servizi – Avvalimento premiale – Requisiti dell’ausiliaria – Assenza del requisito di idoneità professionale – Violazione dell’art. 104, comma 4, D.Lgs. n. 36/2023

1. L'art. 104, 4° comma, D.Lgs. n. 36/2023, applicabile anche all'avvalimento premiale, prevede che "L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta (...). L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante: (...) b) di essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 100 per i servizi e le forniture". Orbene tale norma, applicabile agli appalti di servizi, prevede che anche nell'avvalimento premiale l'ausiliaria disponga dei requisiti previsti dall'art. 100, D.Lgs. n. 36/2023, tra i quali vi è l'idoneità professionale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione e del Merito, di Gusto e Co. Società Cooperativa, e del Convitto Nazionale P. Colletta Avellino;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2024 il dott. Fabio Di Lorenzo e uditi per le parti i difensori Micera Ciro e Gabriela Felice;

I. Con ricorso ritualmente notificato e depositato G.L.M. Ristorazione S.r.L., premettendo di essere seconda graduata con punti 96,57 alle spalle di Gusto e Co. Società Cooperativa con punti 98,67, ha impugnato, unitamente agli atti connessi e presupposti, la determina di affido definitivo relativa alla procedura pubblici di servizi nei settori ordinari, con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, mediante il Sistema Dinamico di acquisizione (SDAPA) ai sensi dell’art. 32 del D. Lgs. 36/23 per il servizio di ristorazione scolastica del convitto nazionale Pietro Colletta, con cui è stato determinato “l’affidamento del servizio in oggetto alla ditta GUSTO e Co. Cooperativa, partita iva 02747410641 con sede in Manocalzati (prov) di Avellino del servizio di ristorazione scolastica”.

Si è costituita la controinteressata Gusto e Co. Società Cooperativa deducendo l’infondatezza delle censure.

Si è costituita l’amministrazione intimata per resistere al ricorso.

Nella camera di consiglio del 25 ottobre 2023 la ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare.

Dopo lo scambio di memorie, all'esito dell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2024, il Collegio ha riservato la decisione.

2. Con il primo motivo G.L.M. Ristorazione S.r.L. ha lamentato che a Gusto e Co. Società Cooperativa sarebbero stati attribuiti in modo illegittimo i 10 punti per il rating di legalità, il quale sarebbe stato conseguito solo in virtù di un avvalimento, sebbene tale profilo non possa essere oggetto di avvalimento. Parte ricorrente ha sostenuto che non è possibile l'avvalimento per cui è causa anche perché la ausiliaria Enerbroker S.r.l. è connotata da un oggetto non pertinente e non riferibile alla prestazione in contratto, in quanto tale società svolge attività di commercio all'ingrosso e al dettaglio, di importazione ed esportazione di materiale elettrico per impianti di uso industriale, apparecchi per l'illuminazione in genere, mentre l'oggetto del presente appalto è il servizio di ristorazione scolastica da svolgere per il Convitto "Pietro Colletta" di Avellino.

Parte controinteressata ha replicato sostenendo che l'avvalimento per cui è causa non è di tipo operativo, ma di tipo premiale, per cui non occorrerebbe che l'ausiliaria metta a disposizione risorse umane e materiali, non dovendo eseguire il servizio e non occorrendo quindi che possenga i requisiti speciali richiesti dal disciplinare per l'esecuzione del servizio.

Il Collegio ritiene che la censura sia fondata.

La certificazione relativa al *rating* di legalità è un indicatore sintetico del rispetto di elevati standard di legalità da parte dell'impresa destinataria della certificazione e del grado di attenzione riposto dall'impresa medesima nella corretta gestione del proprio business, in conformità a principi etici dei comportamenti aziendali; la certificazione è rilasciata dall'AGCM, sulla base dei criteri fissato dal suo Regolamento approvato con Delibera n. 28361 del 28 luglio 2020, secondo cui possono richiedere l'attribuzione del rating le Imprese (sia in forma individuale che societaria) e gli Enti che svolgono attività d'impresa che soddisfano cumulativamente i seguenti requisiti:

- sede operativa in Italia;
- fatturato minimo di due milioni di euro nell'esercizio chiuso nell'anno precedente a quello della domanda;
- iscrizione nel registro delle imprese o nel Repertorio delle notizie Economiche e Amministrative (di seguito, R.E.A.) da almeno due anni alla data della domanda;
- rispetto degli altri requisiti sostanziali richiesti dal Regolamento, tra cui alcuni di carattere oggettivo concernenti l'organizzazione aziendale.

Già in base alla descritta definizione, emerge chiaramente che tale certificazione attesta che l'impresa destinataria è dotata di adeguata organizzazione sotto il profilo del rispetto dell'etica e del contrasto alla corruzione. **Premesso che la certificazione quindi riguarda specificamente l'organizzazione dell'impresa che ha ottenuto la certificazione, nel contratto di avvalimento in atti non è**

adeguatamente spiegato come tale organizzazione dell'ausiliaria, meritevole del rating di legalità, possa fornire un apporto concreto all'organizzazione dell'ausiliata tale da farle meritare un maggiore punteggio relativo all'offerta tecnica per il profilo premiale del rating di legalità (a maggior ragione considerando che l'ausiliaria svolge attività di commercio all'ingrosso e al dettaglio di materiale elettrico, mentre il servizio oggetto di gara riguarda la refezione scolastica), limitandosi il contratto in atti, in modo del tutto generico e indeterminato, a prevedere che «*l'ausiliata intende acquisire, come in effetti con il presente atto acquisisce, i requisiti di cui è carente facendo affidamento al rating di legalità posseduto dall'ausiliaria al fine di coprire quanto richiesto dai documenti di gara; (...) l'ausiliaria si obbliga in solido con l'ausiliata nei confronti della stazione appaltante a fornire il requisito di cui sopra ed a mettere a disposizione tutte le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto e di mettere a disposizione dell'ausiliaria l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione*»; d'altra parte la stessa controinteressata, nei propri scritti difensivi, nel definire il rating di legalità, ha testualmente affermato che esso è un indicatore che mira a premiare le aziende virtuose in materia di etica e di contrasto alla corruzione, attribuendo da una a tre stellette a seconda del numero di strumenti adottati dall'azienda nel suo complesso organizzativo «*per garantire la propria legalità*», da ciò evincendosi che tale certificazione è specificamente rivolta a premiare un requisito individuale della specifica azienda beneficiaria sotto il profilo della qualità organizzativa.

Non è secondario evidenziare che l'art. 104 c. 4 del d.lgs. n. 36 del 2023, applicabile anche all'avvalimento premiale, prevede che «*L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta (...). L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante: (...) b) di essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 100 per i servizi e le forniture*». **Orbene tale norma, applicabile anche agli appalti di servizi quale quello per cui è causa, prevede che anche nell'avvalimento premiale l'ausiliaria disponga dei requisiti previsti dall'art. 100 del D.lgs. n. 36 del 2023, tra i quali vi è l'idoneità professionale; con riferimento appunto alla idoneità professionale**, il disciplinare di gara prevede quanto segue: “*6.1 Requisiti di idoneità professionale. A) iscrizione nel registro delle imprese oppure nell'albo delle imprese artigiane per attività pertinenti con quelle oggetto della presente procedura di gara*”. Così descritta nel disciplinare l'idoneità professionale richiesta per il servizio oggetto di gara, è evidente che l'ausiliaria non posseda tale requisito, in quanto svolge un'attività per nulla pertinente con quella oggetto di gara, non svolgendo attività di servizio mensa, o di refezione scolastica, e neppure *lato sensu* di ristorazione, occupandosi

invece di commercio all'ingrosso e al dettaglio di materiale elettrico. È quindi chiaro che l'avvalimento per cui è causa viola il disposto dell'art. 104 c. 4 del d.lgs. n. 36 del 2023.

Quindi, in accoglimento del primo motivo di ricorso, illegittimamente la stazione appaltante ha attribuito i 10 alla controinteressata per il rating di legalità oggetto dell'avvalimento. Ne consegue che, essendosi G.L.M. Ristorazione S.r.L. graduata al secondo posto con punti 96,57 alle spalle di Gusto e Co. Società Cooperativa con punti 98,67, è evidente che decurtando 10 punti all'aggiudicataria la ricorrente risulta prima graduata. Ne deriva che, assorbiti i successivi motivi di ricorso, l'aggiudicazione deve essere annullata.

Ne consegue altresì che, in accoglimento della domanda di parte ricorrente, deve essere dichiarato inefficace il contratto stipulato dalla controinteressata, con decorrenza *ex nunc* dalla data di pubblicazione della presente sentenza (tenuto conto del tipo di servizio, della prestazione già erogata e del tempo residuo di scadenza del servizio); inoltre, è accolta la domanda della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e di stipulare il contratto ex art. 124 c.p.a.

3. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati, con accoglimento altresì della domanda della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e di stipulare il contratto.

Condanna Gusto e Co. Società Cooperativa e l'amministrazione resistente al pagamento in solido delle spese di lite in favore della ricorrente, liquidandole in euro 3.000,00, oltre spese generali nella misura del 15%, oltre Iva e Cpa come per legge, oltre rimborso del contributo unificato se versato, con distrazione in favore degli avvocati Ciro Micera e Raffaele Montefusco.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Di Lorenzo, Presidente FF, Estensore

Anna Saporito, Referendario

Raffaele Esposito, Referendari