

Pubblicato il 10/06/2021

N. 03931/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00994/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 994 del 2021, proposto da L.E.S.S. Società Cooperativa A R.L. - Ets, Dafne Società Cooperativa Sociale A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Gianfranco D'Angelo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via del Parco Margherita n. 33;

contro

Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, Antonio Andreottola, Bruno Crimaldi, Annalisa Cuomo, Giacomo Pizza, Eleonora Carpentieri, Anna Ivana Furnari, Gabriele Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maria Cristina Carbone in Napoli, p.zza Municipio, P.zzo San Giacomo;

nei confronti

Medihospes Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) del verbale n. 2 del 25.02.2021, pubblicato sul sito del Comune di Napoli nella sezione Amministrazione trasparente in pari data, nella parte in cui il RUP competente all'esame della documentazione amministrativa nella procedura aperta "per l'affidamento della gestione di azioni di sistema per l'accoglienza, la tutela e l'integrazione a favore di titolari di protezione internazionale nel quadro del Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati (SIPROIMI) per una durata di 21 mesi nell'ambito del BIENNIO 2021-2022" (CIG 85661491C8) di cui al bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. 2021/S001-001939 del 4.01.2021 ha disposto, in seduta pubblica, l'esclusione della costituenda ATI tra la LESS SOCIETA' COOPERATIVA A R.L. – ETS e la DAFNE Società Cooperativa Sociale a r.l. (di seguito anche ATI Less) dalla relativa gara;

b) delle pedissequa comunicazioni di esclusione ex art. 76 comma 5 lett. b) del D.Lgs. 50/2016 trasmesse, rispettivamente, a mezzo p.e.c. del 25.02.2021 e a mezzo piattaforma informatica in pari data;

c) ove non coincidente con gli atti di cui sub a) e b), del provvedimento, di data ed estremi sconosciuti, con il quale l'anzidetta ATI è stata esclusa dalla medesima procedura selettiva;

d) del parere reso dal Servizio Difesa Giuridica Amministrativa e trasmesso al Servizio Politiche di Integrazione e Nuove Cittadinanze del Comune di Napoli con nota PG/2021/140682 del 16.02.2021 e posto agli atti dell'Area CUAG Servizio Gare Forniture e Servizi con nota PG/2021/147690 del 18.02.2021, i cui estremi e contenuto allo stato non è dato conoscere;

e) qualora adottati, della proposta di aggiudicazione e del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui innanzi;

f) di tutti gli atti presupposti, preparatori, conseguenti e comunque connessi, inclusi, ove necessario e per quanto di ragione: f.1) tutti i verbali di gara, ivi compresi, il verbale n. 1 della seduta pubblica del 27.01.2021, nella parte in cui il RUP ha ammesso la costituenda ATI tra la LESS SOCIETA' COOPERATIVA A R.L. – ETS e la DAFNE Società Cooperativa a r.l. con la riserva di effettuare ulteriori approfondimenti ed ha richiesto il parere di cui sub d), nonché il verbale n. 3 della seduta pubblica del 25.02.2021, nella parte in cui la Commissione di Gara, all'uopo nominata, nel prendere atto dell'ammissione di un solo concorrente ha proceduto all'apertura dell'offerta tecnica della MediHospes Cooperativa Sociale Onlus; f.2) la richiesta di parere di cui alla nota del Servizio Politiche di Integrazione e Nuove Cittadinanze PG/2021/105090 del 5.02.2021, il cui contenuto non è dato conoscere; f.3) il bando di gara di cui sub a), il disciplinare di gara, la relazione tecnico-illustrativa ed il capitolato speciale d'appalto a questo annessi, nonché i relativi allegati, nelle parti di seguito indicate;

g) del provvedimento di cui alla nota PG/2021/178566 del 1°.03.2021 del Comune di Napoli Servizio Politiche di Integrazione e Nuove Cittadinanze, con cui il RUP ha denegato la richiesta di accesso avanzata dall'ATI Less acquisita dall'URP con prot. n. PG/2021/167801 in data 25.02.2021; h) della nota PG/2021/182060 del 2.03.2021 del Comune di Napoli Servizio Politiche di Integrazione e Nuove Cittadinanze, con cui il RUP ha rigettato i rilievi mossi dall'ATI Less nella propria nota di accompagnamento all'istanza di accesso del 25.02.2021, confermando la legittimità del procedimento di gara e ribadendo la non ostensibilità del parere legale reso dall'Avvocatura comunale; nonché declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, qualora già stipulato o in corso di stipulazione, e accertamento del diritto dell'ATI ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della relativa commessa, subentrando, ove del caso, nell'esecuzione della stessa; in subordine, per il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi dal ricorrente per effetto dell'esecuzione degli atti impugnati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2021 la dott.ssa Anna Corrado;

Visto l'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. in legge 18 dicembre 2020, n. 176, il D.P.C.S. del 28.12.2020 e l'art. 6 del d.l. 1 aprile 2021, n. 44;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con Determina Dirigenziale n. 28 del 17.12.2020 e bando pubblicato sulla G.U.U.E. n. 2021/S001-001939 in data 4.01.2021, il Comune di Napoli – Servizio Politiche di Integrazione e Nuove Cittadinanze ha indetto una gara a procedura aperta con modalità telematica - da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente ad oggetto l'affidamento "della gestione di azioni di sistema per l'accoglienza, la tutela e l'integrazione a favore di titolari di protezione internazionale nel quadro del Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per i minori stranieri non accompagnati (SIPROIMI) per una durata di 21 mesi nell'ambito del BIENNIO 2021-2022" (CIG 85661491C8).

L'importo complessivo posto a base di gara è fissato in € 3.148.270,30 oltre I.V.A., di cui € 1.363.441,64 per l'anno 2021 ed € 1.784.828,66 per l'anno 2022.

Il disciplinare di gara ha previsto che l'oggetto del servizio consiste nell' "offrire supporto al Comune di Napoli nell'organizzazione e gestione di un programma territoriale di accoglienza integrata per un totale di 132 posti già attivi ed autorizzati dal Ministero dell'Interno - Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione per il triennio precedente."

In ordine ai requisiti, lo stesso disciplinare stabilisce che i concorrenti, ai fini dell'ammissione alla procedura, debbano dimostrare il possesso:

i) quale requisito di capacità economico-finanziaria, di un "a) Fatturato annuo, nell'ultimo triennio 2017-2019, riferito ai servizi di accoglienza residenziale dei rifugiati e richiedenti asilo o di inserimento sociale unitamente ad accoglienza residenziale o diurna di soggetti immigrati particolarmente svantaggiati a causa di ragioni politiche, economiche e sociali, conferiti da Enti pubblici, per l'importo di almeno euro 250.000,00 escluso IVA", sottolineando che "In caso di RTI/consorzio ordinario di concorrenti, rete di impresa GEIE, il requisito viene soddisfatto dal raggruppamento nel suo complesso, fermo restando che l'impresa mandataria dovrà possedere la quota maggioritaria" (cfr. § 6.2 del disciplinare di gara);

ii) quale requisito di capacità tecnico-professionale, di aver maturato "Esperienza, nell'ultimo quinquennio antecedente alla pubblicazione del presente bando, almeno biennale e consecutiva nell'accoglienza degli stranieri (richiedenti asilo/titolari di protezione internazionale), debitamente documentata – ai sensi dell'art. 10 comma 2 delle Linee guida approvate con DM 18/11/2019", con la precisazione che, nel caso in cui "gli enti attuatori si costituiscono in consorzio, ovvero in ATI/ATS/RTI (associazione temporanea di impresa/associazione temporanea di scopo/raggruppamento temporaneo di impresa), il requisito della pluriennale e consecutiva esperienza nel settore di attività assegnata deve ricorrere per ciascuno degli enti consorziati, associati o raggruppati" (cfr. § 6.3 del disciplinare di gara);

iii) - quanto alla comprova del "requisito di capacità organizzativa", ossia del predetto requisito di capacità tecnico-professionale, lo stesso disciplinare di gara specifica, al § 6.4, che la stessa "verrà effettuata attraverso la presentazione di certificati di buon esito degli enti pubblici titolari dell'attività nei quali venga espressamente indicato: il buon esito dell'attività con assenza di rilievi e contestazioni, l'importo totale finanziato, la tipologia del servizio, la durata in mesi con data di inizio e fine, gli obiettivi, i destinatari, la determinazione dirigenziale di affidamento".

Alla gara hanno presentato offerta due concorrenti, ossia l'ATI ricorrente (la cui mandataria è il gestore uscente del servizio) e la MediHospes Cooperativa Sociale Onlus (di seguito MediHospes).

Nel corso della seduta pubblica del 27.01.2021, il RUP, nell'esaminare i documenti caricati in piattaforma dell'ATI Less, ha rilevato che la Dafne (mandante del costituendo raggruppamento), assumendo di essere "carente dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs 50/2016 e non avendo la disponibilità di strutture idonee ad essere adibite a servizi residenziali", si era avvalsa dei requisiti della mandataria Less

Cooperativa Sociale a r.l. mediante contratto di avalimento.

Il RUP ammetteva l'ATI Less "con la riserva di effettuare ulteriori approfondimenti, anche attraverso la richiesta di parere al Dipartimento Avvocatura del Comune di Napoli".

Nella successiva seduta pubblica tenutasi il 25.02.2021 il RUP - nel prendere atto e condividere il parere del Servizio Difesa Giuridica Amministrativa trasmesso al Servizio Politiche di Integrazione e Nuove Cittadinanze con nota PG/2021/140682 del 16.02.2021 e posto agli atti dell'Area CUAG Servizio Gare Forniture e Servizi con nota PG/2021/147690 del 18.02.2021 – disponeva l'esclusione dell'ATI Less dalla procedura selettiva in ragione dell'asserita nullità del contratto di avvalimento stipulato tra la mandante Dafne e la mandataria Less.

Con nota pec del 25.02.2021 l'ATI Less ha avanzato richiesta di accesso a tutti gli atti correlati al provvedimento di esclusione, ivi incluso il parere del Servizio di Difesa Giuridica Amministrativa trasmesso con nota PG/2021/140682 del 16.02.2021, evidenziando altresì, nella relativa nota di accompagnamento, che la modalità di svolgimento della seduta pubblica, svoltasi da remoto in data 25.02.2021, non aveva consentito alla medesima impresa "né di assistere, né di instaurare alcun contraddittorio" ovvero alcuna interlocuzione con il RUP, né avrebbe avuto la possibilità di inserire nel verbale le osservazioni e/o controdeduzioni avverso la decisione di esclusione, né di visionare gli atti prodromici" richiamati nello stesso verbale.

L'istanza di accesso è stata riscontrata con nota PG/2021/178566 del 1° marzo 2021 con cui è stato chiarito che i verbali di interesse sono stati pubblicati sulla piattaforma telematica e sul sito istituzionale del Comune di Napoli, mentre si rigettava l'istanza di ostensione concernente il parere legale reso dal Servizio di Difesa Giuridica Amministrativa del Comune di Napoli ritenuto non accessibile in ragione di quanto stabilito dall'art. 53 comma 5 lettera b) del D. Lgs. 50/2016.

Parte ricorrente impugna gli atti di gara per come elencati in epigrafe, deducendo, a sostegno del proposto ricorso, i seguenti motivi di ricorso:

I. violazione e falsa applicazione degli artt. 48, 83, comma 1 lett. b) e c) e comma 9, e art. 89 del d.lgs. 18.04.2016 n. 50 - violazione e falsa applicazione dei §§ 4, 6.2, 6.3, 6.4, 7 e 12 del disciplinare di gara – violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche – violazione del principio del *favor participationis* - eccesso di potere per falsità dei presupposti - travisamento dei fatti - difetto di istruttoria – disparità di trattamento - illogicità – ingiustizia manifesta.

Parte ricorrente lamenta l'illegittimo operato del seggio di gara il quale avrebbe motivato l'esclusione dell'ATI Less sul presupposto (riportato nella parte conclusiva del verbale di gara n. 2 del 25.02.2021) dell'asserita nullità del contratto di avvalimento stipulato tra l'impresa mandante Dafne e la mandataria Less "sia per mancata indicazione e specificazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria a favore dell'ausiliata, sia per mancata indicazione del compenso/utilità dell'ausiliario per il prestito dei requisiti per partecipare alla gara". Espone parte ricorrente che l'impresa mandante Dafne, per come emergerebbe dalle dichiarazioni dalla stessa prodotte nel D.G.U.E. all'atto della partecipazione alla selezione controversa, possedeva in proprio e *ab initio* i requisiti di partecipazione imposti dalla *lex specialis* di gara ai fini dell'ammissione alla procedura selettiva e non aveva, dunque, la necessità di ricorrere all'avvalimento. Inoltre, ha rilevato che, nel caso in cui l'Ente committente avesse avuto perplessità con riferimento a quanto dalla stessa dichiarato nel proprio D.G.U.E., avrebbe potuto invitare l'ATI Less "a fornire chiarimenti in ordine al contenuto" della stessa, in ossequio a quanto consentito dal disciplinare di gara.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 89 del d.lgs. 18.04.2016 n. 50 – violazione della *lex specialis* di gara - eccesso di potere per falsità dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria - illogicità-irragionevolezza.

Parte ricorrente lamenta la illegittimità dell'attività dell'amministrazione in quanto non avrebbe tenuto conto della ininfluenza del contratto di avvalimento stipulato tra la mandataria Less e la mandante Dafne ai fini della legittima partecipazione del raggruppamento ricorrente alla procedura selettiva controversa in quanto la predetta mandante sarebbe in possesso e ha per tempo attestato di possedere in proprio i requisiti di capacità tecnico-professionale imposti dalla *lex specialis*, in perfetta conformità all'art. 10 delle linee guida approvate con il Decreto del Ministero dell'Interno del 18.11.2019, ai fini dell'ammissione alla gara.

Inoltre, il contratto di avvalimento, stipulato tra mandataria (ausiliaria) Less e mandante (ausiliata) Dafne, al fine di integrare il requisito della "pluriennale e consecutiva esperienza nel settore di attività", si dimostra comunque niente affatto generico quanto alla indicazione del personale: tanto la Less quanto la Dafne, conformemente alla specifica clausola sociale contemplata dalla *lex specialis* di gara, si sono debitamente impegnate ad "assumere in via prioritaria ... i lavoratori dipendenti impiegati nella gestione del precedente appalto" per cui non era per nulla necessaria, in sede contrattuale, una più specifica individuazione delle risorse professionali messe a disposizione e da utilizzare per l'esecuzione della commessa, trattandosi delle stesse risorse impiegate dalla mandataria ed ausiliaria Less quale gestore uscente del medesimo servizio posto a gara.

La *lex specialis* di gara, inoltre, delineerebbe l'obbligo di eseguire le attività appaltate mediante personale debitamente qualificato non come condizione di partecipazione, ma quale impegno rilevante solo ai fini dell'esecuzione del servizio, tant'è che la correlata verifica dei titoli, da parte dell'ente committente, è successiva all'aggiudicazione. Ne discende che la disponibilità di detto personale era del tutto irrilevante ai fini sia del possesso del requisito di capacità tecnica prescritto dalla *lex specialis* di gara sia, per l'effetto, dell'avvalimento dello stesso; ragion per cui le ricorrenti non erano in alcun modo tenute ad indicare il medesimo personale nel contratto di avvalimento stipulato.

Lo stesso vale per la disponibilità di strutture da adibire ad alloggi residenziali per i titolari di protezione internazionale da accogliere, tutelare e integrare. Pure in tal caso, infatti, il disciplinare di gara impone ai concorrenti, al citato § 14.4, di corredare la propria domanda con una dichiarazione di impegno ad acquisire la piena disponibilità giuridica di unità immobiliari per civili abitazioni situate sul territorio del comune di Napoli o di un altro comune della medesima provincia formalmente aderente al progetto, per i rimanenti 108 posti di accoglienza, predisposte e organizzate in relazione alle esigenze dei beneficiari, tenendo conto delle caratteristiche delle persone da accogliere, secondo i requisiti la cui dimostrazione e comprova era tuttavia demandata alle fasi del procedimento successive a quella di verifica della documentazione amministrativa.

Quanto, infine, al secondo profilo posto a sostegno del provvedimento di esclusione - inerente l'asserita mancata indicazione nel contratto di cui trattasi, di un "compenso/utilità dell'ausiliario per il prestito dei requisiti per partecipare alla gara", secondo consolidata giurisprudenza detta mancata indicazione non può determinare ad avviso di parte ricorrente l'invalidità del contratto.

Si è costituito in giudizio il Comune intimato affermando la infondatezza del proposto ricorso.

Con ordinanza n. 531/2021 è stata accolta la domanda cautelare proposta.

Alla pubblica udienza del 19 maggio 2021 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso deve essere accolto siccome fondato.

Parte ricorrente è stata esclusa dalla gara, per come si legge nel verbale n. 2 del 25 febbraio 2021 del RUP, in quanto "...il contratto di avvalimento appare inficiato da nullità sia per mancata indicazione e specificazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria a favore dell'ausiliata, sia per mancata indicazione del compenso/utilità dell'ausiliario per il prestito dei requisiti per partecipare alla gara....".

Il punto 6.2 del disciplinare richiede, in tema di requisiti di capacità economico-finanziaria - ex 83 comma 1 lett. b) del Codice, un "a) Fatturato annuo, nell'ultimo triennio 2017-2019, riferito ai servizi di accoglienza residenziale dei rifugiati e richiedenti asilo o di inserimento sociale unitamente ad accoglienza residenziale o diurna di soggetti immigrati particolarmente svantaggiati a causa di ragioni politiche, economiche e sociali, conferiti da Enti pubblici, per l'importo di almeno euro 250.000,00 escluso IVA. Si precisa che tale requisito viene richiesto a garanzia della solidità e stabilità aziendale, tenuto conto della particolare natura del servizio e dell'esigenza che esso sia continuativo ed efficiente. In caso di RTI/consorzio ordinario di concorrenti, rete di impresa GEIE, il requisito viene soddisfatto dal raggruppamento nel suo complesso, fermo restando che l'impresa mandataria dovrà possedere la quota maggioritaria..."; b) del requisito di capacità tecnico-professionale consistente nell'aver maturato un'esperienza almeno biennale e consecutiva debitamente documentata, nell'ultimo quinquennio antecedente alla pubblicazione del bando, nell'accoglienza degli stranieri (richiedenti asilo/titolari di protezione internazionale).

Il requisito di cui al punto a), come d'altro canto emerge anche dal verbale n. 1 del 27 gennaio 2021 del RUP, risulta assolto dalla mandataria Less, come risulta dal D.G.U.E. prodotto in gara dalla stessa.

Con riguardo al requisito di cui al punto b), la mandante ha dichiarato di aver svolto da aprile 2016 a giugno 2019, in favore della Prefettura di Napoli, i "Servizi di accoglienza ai cittadini stranieri Richiedenti protezione internazionale, art. 20 D.Lgvo 163/2006 Supporto socio-psicologico, mediante incontri individuali e di gruppo, rivolti ai nuclei familiari in condizioni di fragilità, coppie

madre-bambino, adolescenti non accompagnati e giovani adulti, singoli cittadini stranieri ospiti del CAS. Supporto nella formazione e supervisione dell'equipe di lavoro interna alla struttura".

Va inoltre condiviso quanto affermato in sede di ricorso dalla ricorrente secondo cui la mandante Dafne era in possesso del requisito di capacità tecnica, stabilito dal punto 6.4 del disciplinare di gara, già in sede di partecipazione alla gara con esito positivo del servizio svolto, per come anche attestato dalla certificazione della Prefettura di Napoli (allegato 8), proprio riferita alla fornitura di beni ed erogazione dei servizi di accoglienza a cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale.

Va, quindi, richiamato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui il possesso in proprio dei requisiti prescritti per la partecipazione e la rilevazione del carattere c.d. sovrabbondante dell'avvalimento consente la partecipazione alla gara nel caso in cui già dalla documentazione presentata entro i prescritti termini fissati dalla legge di gara risulti detta qualificazione (cfr. TAR Lazio, II bis, n. 7134/2019, Cons. Stato, V, n. 386/2020). Da ciò deriva che "l'eventuale inadeguatezza o invalidità dell'avvalimento -dichiarato in sede di gara - non configura un mutamento della domanda di partecipazione, né un'inammissibile contraddizione con quanto dichiarato nell'istanza, nel momento in cui il concorrente prova di essere comunque in possesso dei requisiti in relazione ai quali aveva dichiarato di far ricorso all'avvalimento" (Cons. Stato, V, n. 4301/2017).

Inoltre, va ribadito quanto già espresso in sede cautelare secondo cui il requisito di capacità economico-finanziaria, per espressa previsione del bando, è soddisfatto se è posseduto dal raggruppamento (punto 6.2 del disciplinare); e che il contratto di avvalimento è idoneo a integrare il requisito di capacità tecnica ove si ritenesse che la DAFNE s.c.a.r.l. ne fosse sprovvista.

Ora, mentre nel verbale n. 1 sopra citato si legge proprio che "*...il requisito di capacità economico-finanziaria viene soddisfatto dal raggruppamento nel suo complesso e che l'impresa mandataria deve possedere la quota maggioritaria, pertanto, il requisito predetto si considera assolto dall'impresa mandataria*", dal verbale n. 2, invece, risulta che l'esclusione è determinata sia dalla mancata indicazione e specificazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria in favore dell'ausiliata, sia dalla mancata indicazione del compenso dell'ausiliaria per il prestito dei requisiti ai fini della partecipazione.

In merito alla prima mancanza, deve rilevarsi che effettivamente, come lamentato in ricorso, detta affermazione risulta generica in quanto non si specificano le risorse che non sarebbero state indicate dall'ausiliaria. Dal contratto di avvalimento emerge infatti che l'ausiliaria/mandataria Less è in possesso dei requisiti di capacità tecnico professionali come richiesti dall'art. 6.3 del disciplinare, dei requisiti di capacità economico-finanziaria come richiesti dall'art. 6.2, di avere nella disponibilità in forza di titoli validi, immobili idonei all'erogazione dei servizi di cui alla gara (contratti di fitto registrati presso l'Agenzia delle Entrate), per cui non si comprendono quali siano le risorse non indicate o specificate (messe a disposizione dall'ausiliaria in favore dell'ausiliata) che rendono "nullo" il contratto di avvalimento. Il contratto di avvalimento, inoltre, fa riferimento alla disponibilità, da parte dell'ausiliaria LESS, a mettere a disposizione dell'ausiliata Dafne tutti i requisiti di carattere tecnico indicati nel medesimo, quali l'esperienza nell'accoglienza di cittadini stranieri riferita al periodo 2016-2020, la capacità finanziaria triennio 2017-2019, la disponibilità di immobili idonei ad ospitare servizi residenziali. Inoltre, dalle dichiarazioni (all. 9) rese ex art. 14.4 l'ausiliaria Less e l'ausiliata Dafne si impegnano, in caso di aggiudicazione, ad operare con personale professionalmente individuato e ad acquisire gli immobili per la disponibilità dei 108 posti previsti per l'accoglienza. Non si ritiene, quindi che si tratti di contratto generico o di avvalimento prestato che si possa rivelare una sorta di "scatola vuota" non effettivo o concreto, anche considerato che la Less già assicura le attività oggetto di appalto essendo il gestore uscente del medesimo servizio posto a gara (circostanza affermata in ricorso e non smentita da controparte).

In merito al secondo motivo di nullità del contratto di avvalimento in quanto carente dell'indicazione del compenso/utilità dell'ausiliaria per il prestito dei requisiti, deve innanzitutto richiamarsi la giurisprudenza amministrativa che ha chiarito come "non potrà automaticamente parlarsi di invalidità del contratto ogni qualvolta in sede contrattuale non sia stato espressamente stabilito un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria: il negozio manterrà infatti intatta la sua efficacia ove dal testo contrattuale sia comunque possibile individuare l'interesse – di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che ha indotto l'ausiliaria medesima ad assumere, senza corrispettivo, gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità. Dal tenore dell'accordo deve dunque potersi desumere l'interesse patrimoniale, che può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo." (cfr. Cons. Stato, V, n. 2953/2018). Con il contratto di avvalimento è espressamente convenuta l'onerosità dello stesso e l'interesse dell'ausiliaria può essere ravvisato nella partecipazione alla gara e nella aggiudicazione della stessa con i conseguenti vantaggi economici.

Peraltro è pure da rilevare che, per come emerso in sede di discussione, all'esito dell'ordinanza cautelare il raggruppamento Less è stato riammesso alla gara e che la S.A. sta operando la valutazione dell'offerta tecnica.

Alla luce delle svolte considerazioni il ricorso va, quindi, accolto siccome fondato.

Sussistono giuste ragioni per compensare le spese di lite tra le parti considerata la particolarità della questione.

P.Q.M.

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

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Pierina Biancofiore, Presidente

Ida Raiola, Consigliere

Anna Corrado, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Anna Corrado

IL PRESIDENTE

Pierina Biancofiore

IL SEGRETARIO