

Publicato il 08/01/2020

N. 00091/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 01821/2019 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1821 del 2019, proposto da  
Emergenza Amica, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio  
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Asl 104 - Caserta 1, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Simonelli, con domicilio  
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Confraternita di Misericordia di Caivano, in persona del legale  
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati  
Francesco Maresca, Donato Lettieri, Massimiliano Porcelli, con  
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio  
eletto presso lo studio Francesco Maresca in Napoli, via G. Sanfelice

38;

Associazione Confraternita di Misericordia di Caivano;

*per l'annullamento*

- a) del Provvedimento prot. n. 91584/Prov. del 19 aprile 2019 emesso dall'ASL CE recante conferma della legittimità del provvedimento di esclusione disposto il giorno 26 marzo 2019;
- b) del provvedimento del 26 marzo 2019 prot. n. 78331 dell'ASL CE recante la esclusione della ricorrente dalla gara di appalto per l'affidamento in convenzione del servizio di trasporto in emergenza (118);
- c) del verbale di gara del 5 febbraio 2019 recante proposta di esclusione della ricorrente per dedotte carenze in ordine ai contratti di avvalimento allegati alla documentazione amministrativa;
- d) del Disciplinare di gara se in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;
- e) del provvedimento di aggiudicazione se ed in quanto, medio tempore, disposto a favore della controinteressata;
- f) di ogni altro atto, provvedimento, determina, delibera propedeutica, connessa o consequenziale degli atti impugnati e se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Asl 104 - Caserta 1 e della Confraternita di Misericordia di Caivano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio e uditi nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2019 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 24 aprile 2019 l'Associazione Emergenza Amica ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, recanti la sua esclusione della procedura aperta bandita dall'ASL Caserta per l'affidamento in convenzione del servizio di trasporto in emergenza 118, suddivisa in tre lotti.

1.1 Alla base degli atti gravati la S.A. ha posto la presunta omessa comprova del requisito della c.d. "capacità tecnico – professionale" in relazione al quale la ricorrente ha prodotto n. 4 contratti di avvalimento che, tuttavia, sono stati ritenuti nulli in quanto non conformi alla *lex di gara* nonché all'art. 89 del D.lgs. n. 50/2016, come modificato dall'art. 56 del DLGS 56/2017, per cui il contratto di avvalimento deve contenere a pena di nullità *"la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria"*. Secondo l'amministrazione, in particolare, sarebbero state indicate solo genericamente tutte le risorse che le imprese ausiliarie potranno a disposizione per l'esecuzione dell'appalto, non essendo sufficiente il riferimento al *"proprio Know How che consta di tutto il supporto tecnico logistico nella organizzazione dei turni, gestione software per eventuali sostituzione di malattie, mediante risorsa umana, addestrata con comprovata esperienza nella gestione del personale relativo alle postazioni di emergenza territoriale 118, di comprovata esperienza nel settore dell'emergenze/urgenza in possesso di tutti i titoli abilitanti a tale funzione quali attestazione di Guida Sicura; .... tutte le procedure aziendali con i relativi protocolli operativi nella gestione nel trasporto e nel trattamento del paziente a bordo dei mezzi di soccorso.."*.

1.2 A sostegno del gravame sono formulati in ricorso due articolati motivi in diritto.

1.2.a Con il primo motivo, deducendo vizi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto plurimi profili, la ricorrente asserisce che non vi sarebbe alcuna “presunta ed indimostrata indeterminatezza e/o nullità dei contratti di avvalimento” come *ex adverso* ritenuto dall’Amministrazione, essendo stati indicati in maniera esaustiva tutti i mezzi messi a disposizione dalle società ausiliarie; inoltre la motivazione di una siffatta esclusione resterebbe incomprensibile in quanto non esplicitata.

1.2.b Con il secondo motivo, in via gradata, Emergenza Amica, pur ribadendo di non condividere le argomentazioni dell’esclusione, invoca l’istituto del soccorso istruttorio processuale.

Più in dettaglio, la ricorrente sostiene che, a tutto concedere, la carenza riscontrata dall’Asl resterebbe comunque sanabile, non trattandosi di dover rendere alcuna illegittima integrazione documentale bensì solo semplici chiarimenti, in ordine alle risorse già specificamente e dettagliatamente indicate nei singoli contratti.

2. Si sono costituite per resistere al ricorso l’Asl 104 - Caserta 1 e la controinteressata Confraternita di Misericordia di Caivano, eccependo l’irricevibilità del ricorso per tardiva impugnativa dell’esclusione e insistendo comunque per la reiezione del gravame, assunto come infondato in fatto e in diritto.

3. Respinta l’istanza cautelare per mancanza di *fumus*, all’udienza pubblica del 19 novembre 2019 la causa è stata trattenuta per la decisione.

4. E’ possibile prescindere dai rilievi in rito formulati dalle controparti, essendo il ricorso infondato nel merito.

4.1 Con riguardo al primo motivo, deve ribadirsi, in conformità a consolidati principi giurisprudenziali espressi *in subiecta materia*, che in caso di avvalimento operativo, come nella fattispecie in esame (in cui cioè l'impegno dell'ausiliaria consiste nel mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie "risorse tecnico – organizzative" indispensabili per assicurare i requisiti di capacità tecnico – professionale richiesti per l'esecuzione dell'appalto), la messa a disposizione del requisito mancante in favore dell'impresa concorrente-ausiliata deve essere concreta ed effettiva, non potendo risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto. Risulta dunque necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito, con l'indicazione precisa dei mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (*cf.*, *ex multis*, Cons. St. Sez. V, n. 1612/2018, 5429/2017, n. 5423/2016; Tar Campania, Napoli, Sez. V, n. 5341/2018).

4.1.a Occorre a tal fine che sia fornita un'analitica e dettagliata elencazione delle risorse umane e dei beni strumentali occorrenti per la realizzazione dei servizi oggetto della gara, in modo da consentire alla S.A. di conoscere *ex ante* la consistenza del complesso dei fattori tecnico-organizzativi offerti in prestito dall'ausiliaria. Solo in tal modo la S.A. è posta in grado di valutare l'idoneità in concreto delle imprese concorrenti, in ragione dell'insieme dei mezzi organizzativi e produttivi di cui dispongono, ad eseguire l'appalto in conformità alle esigenze e agli interessi che la S.A. intende soddisfare e che risultano dalla legge di gara (in termini Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2016, n. 346).

Va da sé che nelle gare pubbliche non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano (*cfr.* TAR Campania, 3 settembre 2018, n. 5341).

Solo con un'analitica indicazione delle effettive risorse oggetto di prestito può essere scongiurato il rischio che il prestito dei requisiti rimanga soltanto su un piano astratto e cartolare e l'impresa ausiliaria si trasformi in una semplice cartiera produttiva di vuoti schemi contrattuali.

4.1.b Nel caso di specie, tuttavia, gli impegni assunti dalle quattro imprese ausiliarie, come correttamente rilevato dalla S.A. con la censurata esclusione, risultano affatto generici e, dunque, non idonei a specificare gli obblighi assunti e a far ritenere, in particolare, che il relativo apparato produttivo e organizzativo, con le richieste necessarie professionalità, sia effettivamente messo a disposizione per l'esecuzione dell'appalto, secondo le richieste della S.A..

Ciò vale viepiù alla luce delle previsioni del disciplinare di gara che nel capo dedicato all'avvalimento prevede espressamente che *“il contratto di avvalimento dovrà contenere a pena di nullità la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dell'Associazione ausiliaria”* e tra di essi, ai sensi della lettera c) del paragrafo c) *“requisiti di capacità tecnico professionale”* è richiesta *“una dotazione di operatori tale da garantire per ogni singola postazione la presenza h24 delle figure professionali richieste in possesso dei requisiti di cui al capitolato speciale di gara”*.

In particolare, come rilevato dalla controinteressata, non vi è alcun riferimento nei contratti di avvalimento all'effettiva dotazione di personale di cui si dispone e oggetto di prestito, di modo che non può ritenersi fornita l'assicurazione circa il possesso dell'esperienza professionale richiesta in capo alla concorrente-ausiliata, non potendo, per quanto esposto, considerarsi idoneo il ricorso ai suddetti plurimi avvalimenti frazionati.

4.2 Né venendo all'esame del secondo motivo di diritto potrebbe ammettersi il soccorso istruttorio, essendo pacifico che nel caso di avvalimento operativo, come nella fattispecie in esame, vi è la necessità, fin dalla formulazione dell'offerta, dell'obbligo di effettiva messa a disposizione delle "risorse materiali" strumentali.

Si è al riguardo chiarito che *"le lacune dei contratti di avvalimento non possono essere colmate mediante il soccorso istruttorio, dovendo i contratti, necessari per consentire la partecipazione alla gara, essere validi fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume"* (T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 6 ottobre 2017 n. 2338; Cons. di St., sez. V, 30 marzo 2017 n. 1456).

Ed invero, *"la carenza del contratto di avvalimento non è emendabile mediante il ricorso al c.d. "soccorso istruttorio" giacché quest'ultimo è volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque idonei e non può essere invocato qualora, in sede di gara, sia accertata la sostanziale inutilizzabilità di un requisito essenziale per la partecipazione"* (T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 23 febbraio 2017 n. 111).

5. Alla luce delle superiori considerazioni, il ricorso è dunque respinto.

6. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli, Sez. V, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore della resistente amministrazione e della controinteressata, che si liquidano in complessivi €. 2.000,00, oltre accessori come per legge (€. 1.000,00 nei confronti di ciascuna parte).

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Diana Caminiti, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Maria Grazia D'Alterio**

**IL PRESIDENTE**  
**Santino Scudeller**

**IL SEGRETARIO**