



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2892 del 2022, proposto da

Ausilia Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Alessio Dell'Aquila, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Napoli, in persona del Sindaco legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, dall'Avv. Antonio Andreottola, dall'Avv. Bruno Crimaldi, dall'Avv. Annalisa Cuomo, dall'Avv. Giacomo Pizza, dall'Avv. Bruno Ricci, dall'Avv. Eleonora Carpentieri, dall'Avv. Anna Ivana Furnari e dall'Avv. Gabriele Romano dell'Avvocatura comunale presso la cui sede in Napoli, Piazza Municipio, Pzzo San Giacomo, domicilia;

per l'annullamento

- del verbale del 10/11.05.2022 di esclusione dalla gara indetta dal Comune di Napoli per l'affidamento del servizio di gestione di 21 nidi d'infanzia comunali ubicati in strutture di proprietà del Comune di Napoli, mediante la conclusione di accordi quadro ai sensi dell'art. 54 comma 3 D. Lgs. 50/2016;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2022 la dott.ssa Valeria Nicoletta Flammini 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 Determinazione Dirigenziale del Servizio Sistema Educativo Comunale e Sistema Integrato 0-6 Anni n. 1 del 04.04.2022, il Comune di Napoli indicava una procedura aperta per l'affidamento - con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - del servizio di gestione (organizzazione, coordinamento e svolgimento del servizio) di ventuno asili nido e micronidi d'infanzia, ubicati in immobili di sua proprietà. La procedura prevedeva la suddivisione in cinque lotti, ciascuno dotato di proprio codice (lotto n. 1 "Napoli Nord-Ovest"- cod. CIG: 9170814B1D; lotto n. 2 "Napoli Centro 2" - CIG: 9170824360; lotto n.3 "Napoli Centro", cod. CIG 9170833ACB; lotto n. 4 "Napoli Nord - Est", CIG 9170833ACB e n.5 "Napoli Centro 3", cod. CIG 9170836D44) nonché la selezione, per ciascun lotto, di un operatore con cui addvenire alla stipula di un Accordo Quadro (art. 54 comma 3 del D. Lgs n. 50/2016), a sua volta prodromico alla stipula di singoli contratti applicativi, modulati sulla base della programmazione dell'offerta, dell'utenza registrata e delle risorse disponibili relativi a ciascun comparto.

1.1. - La società ricorrente - pacificamente sprovveduta dei requisiti di capacità economico-finanziaria (possesso di un fatturato globale nei migliori tre esercizi finanziari dell'ultimo quinquennio antecedente la pubblicazione del bando non inferiore al 50% dell'importo a base d'asta) e tecnico-professionale (avvenuta esecuzione, nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando servizi analoghi per enti pubblici e privati di durata complessiva di almeno 18 mesi), prescritti, rispettivamente, ai punti 6.2. e 6.3. del disciplinare di gara - dichiarava (all. 2 al ricorso) di avvalersi dell'Istituto Scolastico Villa dei sette nani S.r.l., così partecipando alla selezione per il lotto n. 1 ("Napoli Nord-Ovest").

1.2. - Con provvedimento di cui al verbale del 10 maggio 2022 e dell'11 maggio 2022 (all. 6 al ricorso) la Commissione di gara determinava l'esclusione della ricorrente, sulla scorta di due distinti motivi:

a) la carenza dei requisiti di partecipazione di cui ai punti 6.2. e 6.3 del disciplinare, diano menzionati, stante il loro utilizzo da parte dell'ausiliaria Villa dei sette nani S.r.l., ai fini della partecipazione alla medesima gara, in proprio, ma per altro lotto (n.5, "Napoli Centro 3");

b) comunque, la nullità, per genericità, del contratto di avvalimento.

2. - Con ricorso notificato l'8 giugno 2022 e depositato il successivo 10 giugno, la società ricorrente impugnava l'esclusione, articolando, a sostegno, due ordini di censure.

2.1. - Con un primo motivo ("Violazione ed errata interpretazione dell'art. 89, comma 7, D. Lgs. 50/2016 - Violazione ed errata interpretazione dell'art. 2 del disciplinare di gara"), deduceva l'illegittimità dell'esclusione, stante l'autonomia dei lotti (n.1 e n.5) per i quali lei e l'ausiliaria avevano presentato, indipendentemente, domanda di partecipazione.

2.2. - Con un secondo motivo ("Violazione ed errata applicazione dell'art. 89, comma 1, D. Lgs. 50/2016"), invece, la ricorrente contestava la rilevata nullità del contratto di avvalimento, deducendone la sufficiente specificità alla luce della natura dell'avvalimento (di garanzia) e dell'intero contesto della gara.

3. - Si costituiva in giudizio il Comune di Napoli (16 giugno 2022), successivamente depositando memoria e documenti (16 luglio 2022)

4. - In esito all'udienza fissata per la discussione dell'istanza cautelare, questo Tribunale, con ordinanza n. 1434 del 22 luglio 2022, fissava l'udienza di merito per il successivo 28 settembre ex art. 55 comma 10 c.p.a.

5. - All'udienza pubblica del 28 settembre 2022, la causa, previa discussione, era trattenuta in decisione.

6. - Oggetto dell'odierno contendere è l'esclusione della ricorrente - disposta dall'Amministrazione resistente con il provvedimento in epigrafe indicato - dalla procedura indetta per l'affidamento del servizio di gestione di ventuno asili nido e micronidi d'infanzia, in relazione al lotto n. 1 ("Napoli Nord- Ovest"); esclusione disposta, come sopra anticipato, sulla scorta dei seguenti motivi: a) la carenza dei requisiti di partecipazione di cui ai punti 6.2. e 6.3 del disciplinare, diano menzionati, stante il loro utilizzo da parte dell'ausiliaria, ai fini della partecipazione alla medesima gara, in proprio per altro lotto (n.5, "Napoli Centro 3"); b) comunque, la nullità, per genericità, del contratto di avvalimento.

6.1. - Così testualmente la Commissione, nel verbale impugnato: "Il concorrente si avvale, per intero, dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico professionale di Istituto Scolastico Villa dei Sette Nani srl - Impresa Sociale la quale tuttavia li utilizza per sé stessa per la partecipazione in proprio ad altro lotto. Inoltre, il contratto di avvalimento risulta generico nell'individuazione delle risorse messe a disposizione dalla società ausiliaria e, pertanto, nullo. Pertanto, il RUP non ammette il concorrente al prosieguo delle operazioni di gara per carenza dei requisiti di partecipazione di cui ai punti 6.2 e 6.3 del disciplinare di gara" (cfr., all. 6 al ricorso).

6.2. - In questi termini circoscritto il *thema decidendum*, si osserva quanto segue.

6.2.1. - Con il primo motivo, la ricorrente - contestando la disposta esclusione con riferimento al motivo di cui *supra*, par. 6, lett. a) - sostiene che l'autonomia funzionale dei lotti di gara, desunta dall'analisi della *lex specialis*, le consentirebbe la partecipazione per il comparto n. 1 ("Napoli Nord-Ovest"), benché l'ausiliaria partecipi in proprio, per il comparto n.5 ("Napoli Centro 3"), utilizzando a tal fine i medesimi requisiti oggetto di avvalimento.

Il motivo è fondato.

In via preliminare, va anzitutto chiarito che costituisce principio ormai consolidato in giurisprudenza, quello per cui, di norma, la gara articolata in più lotti, "non costituisce una unica procedura ma tante gare autonome e distinte quanti sono i lotti". Ciascun lotto, infatti, "assume veste autonoma sia per il profilo procedurale che ai fini della partecipazione da parte di concorrenti, ogni lotto costituisce una procedura di gara autonoma e indipendente, che non subisce interferenze per effetto delle vicende che attengono agli altri lotti" dovendo soggiungersi quale corollario di tale premessa che "il decreto di indizione della gara, che la stazione appaltante adotta con riferimento a tutti i lotti, costituisce atto ad oggetto plurimo disciplinante un numero di gare corrispondente al numero dei lotti da aggiudicare, sia nel senso che contiene le disposizioni per lo svolgimento non di un'unica gara finalizzata all'affidamento di un unico contratto, bensì quelle per l'indizione e la realizzazione di tante gare contestuali quanti sono i lotti cui sono connessi i contratti da aggiudicare; sia nel senso che gli atti di gara (intesi non in senso cartolare) relativi al contenuto dei contratti da aggiudicare devono essere necessariamente differenziati per ciascun lotto e devono essere tanti quanti sono i contratti da aggiudicare" (Cons. Stato Sez. III, Sent., 06 giugno 2022, n. 4576; idem, Sent., 21 febbraio 2022, n. 1281; idem, 31 dicembre 2021, n. 8749).

La ragione ora enunciata non subisce deroghe nel caso di specie ove, a tacer d'altro: i) è la stessa *lex specialis*, a definire i lotti come "autonomamente funzionali" (così specularmente l'art. 2 del disciplinare di gara e l'art. 3 del capitolato d'appalto, in atti); ii) alla suddivisione in lotti corrisponde la stipula di altrettanti Accordi Quadro ex art. 54 d.lgs. 50/2016 e, a valle, di ulteriori contratti applicativi relativi ai singoli comparti; iii) ciascun lotto è dotato di un proprio codice e può essere assegnato a soggetto diverso (l'assegnazione di più lotti al medesimo soggetto è infatti contemplata, come ipotesi eccezionale, cfr., art. 2 del disciplinare di gara e art.3 del capitolato d'appalto); iv) la prestazione, per quanto, a monte, unica ed identica ("organizzazione, coordinamento e svolgimento del servizio sulla base di un progetto educativo elaborato dall'impresa, che preveda attività educative, ludiche e di socializzazione, la cura e l'igiene personale del bambino, il servizio di igiene, riordino e pulizia dei locali nonché tutte le operazioni di igienizzazione e sanificazione relative alla particolarità dell'utenza ed ancor di più necessarie nell'ottica di una corretta prevenzione sanitaria"), finisce, in realtà, per declinarsi e svolgersi adattandosi alle caratteristiche ed alla composizione di ciascun lotto, in sé per sé considerato; v) per ciascun lotto, inoltre, sono individuati, in ragione delle strutture scolastiche coinvolte, le seguenti distinte e diverse voci: moduli di base, moduli aggiuntivi, valore dell'Accordo Quadro; vi) le domande di partecipazione, pur presentabili per più lotti da parte dello stesso soggetto, devono contenere, per ciascun lotto alla cui assegnazione si aspira, specifica offerta tecnica ed economica (vd. art. 14.2 del disciplinare di gara).

Ora, ad avviso del Collegio tali indici - considerati partitamente e nel loro complesso ed in assenza di solidi riscontri univoci di segno contrario (non rinvenibili in atti, né forniti dall'Amministrazione comunale) - non possono che essere considerati come sintomatici di una pluralità di gare, seppur avvinte dal medesimo contesto procedurale (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

Se, pertanto, non può considerarsi (Cons. Stato Sez. V, 12/01/2017, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III - 13/04/2021- n. 3023).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Napoli a rifondere alla ricorrente le spese di lite, che liquida in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori come per legge, con distrazione in favore dell'avvocato dichiaratori antistatario.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Ida Raiola, Presidente FF

Rita Luce, Consigliere

Valeria Nicoletta Flammini, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Valeria Nicoletta Flammini

IL PRESIDENTE
Ida Raiola

IL SEGRETARIO