

Publicato il 17/01/2023

**N. 00580/2023REG.PROV.COLL.
N. 05349/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5349 del 2022, proposto da Credit Network & Finance s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Cristina Colombo, Giovanni Crisostomo Sciacca, Mattia Casati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Crisostomo Sciacca in Roma, via di Porta Pinciana n. 6;

contro

Andreani Tributi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Calzolaio, M. Cristina Mattiacci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

- Comune di Bisceglie, in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Felice Ingravalle, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

- Comune di Bisceglie, Stazione Unica Appaltante (S.U.A.), Rip. Ambiente, Suap, Sua, Trasporti e Mobilità, Servizi Locali S.p.A., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) n. 00831/2022, resa tra le parti, concernente gli esiti della procedura aperta, indetta con determinazione del Comune di Bisceglie n. 62 del 14 dicembre 2020, per l'affidamento – mediante il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, e per la durata di sei anni - del “servizio di gestione ordinaria, di gestione delle attività di accertamento, liquidazione e riscossione volontaria e coattiva dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni, della tassa occupazione di spazi e di aree pubbliche, della tassa rifiuti giornaliera, del canone posteggi mercatali, nonché la gestione e manutenzione degli impianti pubblicitari di proprietà pubblica, anche nell'accezione di canone unico patrimoniale come previsto dalla legge n. 160/2019”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Andreani Tributi s.r.l. e di Comune di Bisceglie;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2022 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Sciacca, Mattiacci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con provvedimento dirigenziale n. 1468 del 30 novembre 2021, il Comune di Bisceglie ha aggiudicato alla Credit Network & Finance s.p.a. (di seguito, CNF) la procedura aperta, dal valore stimato di 1.251.036,13 euro, indetta con determinazione n. 62 del 14 dicembre 2020, per l'affidamento – mediante il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, e per la durata di sei anni - del “servizio di gestione ordinaria, di gestione delle attività di accertamento, liquidazione e riscossione volontaria e coattiva dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni, della tassa occupazione di spazi e di aree pubbliche, della tassa rifiuti giornaliera, del canone posteggi mercatali, nonché la gestione e manutenzione degli impianti pubblicitari di proprietà pubblica, anche nell'accezione di canone unico patrimoniale come previsto dalla legge n. 160/2019”.

2. CNF, con riferimento ai requisiti di capacità economico finanziaria (art. 3.3. del disciplinare) e di capacità tecnica (art. 3.4.), è ricorso all'avvalimento dell'ausiliaria Servizi Locali s.p.a. (di seguito, SL), ed ha ottenuto $(80+17,46=)$ 97,46 punti, davanti alla Andreani Tributi s.r.l. (di seguito, AT), con $(70,50+15,45=)$ 89,95 punti (mentre la terza ed ultima classificata, Publiservizi s.r.l., ha ottenuto $(70,50+15=)$ 85,50 punti).

3. AT ha impugnato l'aggiudicazione dinanzi al TAR Puglia, lamentando che SL, non iscritta all'Albo dei soggetti abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento e riscossione dei tributi e delle entrate delle Province e dei Comuni - istituito ai sensi dell'art. 53, comma 1, del d.lgs. 446/1997 e del d.m. Finanze 289/2000 - non sarebbe idonea a

prestare i richiesti requisiti di capacità economico-finanziaria e capacità tecnica, poiché l'esperienza professionale messa a disposizione dell'aggiudicataria deriva dall'attività di supporto propedeutica all'accertamento e riscossione e non dalla gestione diretta di tali servizi (che invece costituisce l'oggetto dell'affidamento e dei requisiti richiesti dagli art. 3.3 e 3.4 del disciplinare di gara). Inoltre, il contratto di avvalimento con SL sarebbe nullo, in quanto gratuito, oltre che generico.

4. Con motivi aggiunti, AT ha contestato sotto vari profili la valutazione operata dalla Commissione giudicatrice, e segnatamente l'attribuzione, per l'offerta tecnica, a CNF del punteggio massimo di 80 punti e a sé stessa di soli 70,50 punti.

In particolare, la Commissione avrebbe:

- omesso di dare rilievo al fatto che nell'offerta, ancorché l'aggiudicataria abbia partecipato alla gara *uti singula*, si faccia talvolta riferimento ad un r.t.i.;
- omesso di considerare che l'aggiudicataria avrebbe offerto un servizio parzialmente difforme da quello previsto dal capitolato di gara, ossia una mera attività di "supporto del contenzioso", in luogo dell'attività richiesta di "gestione del contenzioso";
- sopravvalutato il servizio di front office che si svolgerebbe per un numero di ore inferiore a quelle offerte dalla ricorrente;
- omesso di rilevare l'assoluta incertezza dell'offerta tecnica quanto al numero di accertatori offerti;
- non correttamente rilevato la tempistica di evasione delle istanze dei contribuenti da parte dell'aggiudicataria e della ricorrente;
- valutato servizi in realtà non attuabili o incerti nell'*an* e/o nel *quantum*, poiché condizionati all'intervento di soggetti terzi.

5. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, AT ha lamentato che l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe incongrua, poiché palesemente in perdita, avendo sottostimato il costo del personale e sovrastimato immotivatamente i ricavi senza mai aver contestato le stime comunali riportate negli atti di gara. Nel dettaglio, secondo AT l'aggiudicataria:

- avrebbe calcolato il costo del personale sulla base di parametri orari differenti da quelli offerti nel progetto tecnico, essendo indicato, nei giustificativi, relativamente ad un impiegato, lo svolgimento di un monte ore settimanale inferiore di 14 ore a quello indicato in sede di gara;
- avrebbe indebitamente riportato nella tabella dei ricavi quello che in realtà non è un ricavo, cioè il recupero di spese di notifica, pari a 8.750 euro annui;
- avrebbe immotivatamente considerato "indiretto" il costo delle tre figure apicali offerte (responsabile di contratto, coordinatore del supporto informatico e consulente legale), di cui, comunque, contesta la misura;
- avrebbe, quanto ai ricavi, sovrastimato gli incassi dell'Ente del 15%, in mancanza di impugnazione della clausola di gara che individua il valore dell'affidamento.

6. Il TAR Puglia, con la sentenza appellata (I, n. 831/2021), ha ritenuto fondato il ricorso introduttivo di AT.

6.1. Ai fini della fondatezza del primo motivo, il TAR ha ritenuto dirimente l'assenza dei richiesti requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria in capo all'impresa ausiliaria SL, posto che SL (il punto non è controverso) ha maturato la propria esperienza tecnico-operativa solo nell'attività di supporto propedeutica all'accertamento e/o riscossione e, dunque, non in quella di gestione diretta di tale servizio. In

particolare, il TAR ha sottolineato quanto appresso sintetizzato.

a) E' carente il requisito di capacità tecnica, per il quale la legge di gara (art. 3.4. del disciplinare) ha richiesto l'esecuzione, nell'ultimo quadriennio e per l'intero quadriennio, del *servizio di accertamento e/o riscossione* dei tributi oggetto di gara almeno in due Comuni di classe III (abitanti da 30.000 fino a 100.000). Infatti:

- la diversità ontologica tra l'attività di supporto all'accertamento e/o riscossione ed il servizio di accertamento e/o riscossione è palese, basti evidenziare che solo nell'ipotesi di svolgimento diretto del servizio il concessionario assume in proprio l'esercizio della relativa potestà (di accertamento) o attività (di riscossione), mentre, nel caso di svolgimento di attività di mero supporto, il soggetto presta attività preparatoria e propedeutica, restando la relativa potestà in capo all'Ente (o, eventualmente, al concessionario);

- non è percorribile la tesi delle parti resistenti, secondo cui per il requisito in questione sarebbe stata sufficiente l'esecuzione di servizi analoghi, dato che l'art. 3.4. ha un tenore letterale chiaro e il riferimento ai servizi analoghi è del tutto assente;

- neppure depongono nel senso propugnato dalle resistenti i chiarimenti resi dalla stazione appaltante in data 9 marzo 2021, in cui si legge il seguente scambio tra CNF ed il r.u.p.: “Spettabile Stazione Appaltante, stante le prescrizioni di cui all'art. 3.4 del Bando di Gara, la scrivente società, per mero tuziorismo, richiede una cortese conferma che il requisito in parola si intende soddisfatto anche da affidamenti di servizi/forniture analoghi/e, espletati anche in regime di supporto all'accertamento e/o riscossione dei tributi. Si resta a disposizione e si ringrazia. Cordialità”. - “In merito al quesito questo posto si comunica

che quanto richiamato nel punto 3.4 del bando non si riferisce alla modalità di gestione del servizio ma alle esplicite attività richieste dal servizio di accertamento e/o riscossione dei tributi oggetto di gara (...) - R.U.P.”.

- peraltro, detti chiarimenti non potrebbero porsi in contrasto con la *lex specialis* che, in tema di requisiti di capacità tecnica, omette qualsivoglia riferimento ai “servizi analoghi” (diversamente opinando, si consentirebbe ai chiarimenti di derogare la legge di gara, in violazione del principio di parità di trattamento dei concorrenti, oltre che di quello del *contrarius actus*);

- in ogni caso, dalla piana lettura del carteggio, si evince che i chiarimenti resi non hanno in alcun modo confortato la concorrente nella richiesta formulata.

b) L'ausiliaria SL è carente anche del requisito di capacità economico-finanziaria (art. 3.3.). Infatti:

- la legge di gara si riferisce al fatturato conseguito anche nello svolgimento di “servizi analoghi” a quelli oggetto di gara, specificando, tuttavia, che tali sono “quelli di accertamento e/o riscossione sui tributi comunali”; il tenore letterale di detta previsione esclude, pertanto, che il detto requisito possa riferirsi allo svolgimento della diversa attività di supporto alla diretta gestione del servizio;

- non è percorribile la tesi esposta dalle parti resistenti, secondo cui alla categoria dei “servizi analoghi” richiamata dall'art. 3.3. dovrebbe ricondursi, altresì, il servizio di supporto all'accertamento e/o riscossione, giacché il dato testuale precisa che l'estensione per analogia del perimetro delle esperienze rilevanti, ai fini che ci occupano, concerne non la tipologia di attività (precisamente dettagliata e individuata sempre

e comunque in quella di accertamento e/o riscossione), bensì l'oggetto della medesima (vale a dire, tutti i "tributi comunali" e non i soli tributi oggetto di gara, specificati sopra).

c) Quanto agli effetti della rilevata assenza dei requisiti in capo all'ausiliaria, plurime ragioni inducono a ritenere non applicabile, nel caso in esame, l'art. 89, comma 3, del Codice, che prevede la possibilità di sostituire l'ausiliaria che risulti carente dei requisiti. Infatti:

- va considerata la *ratio* dell'istituto, funzionale ad impedire che l'impresa ausiliata risponda oggettivamente per fatti imputabili esclusivamente all'impresa ausiliaria, e quindi utile ad escluderne, nel caso di specie, l'applicazione: dal trascritto carteggio intercorso tra stazione appaltante e CNF, si evince che quest'ultima si è deliberatamente avvalsa di un'impresa che sapeva sprovvista dei prescritti requisiti di capacità, di talché l'inidoneità dell'ausiliaria deve ritenersi direttamente riconducibile alla scelta operata dalla concorrente;
- d'altra parte, consentendo in simili casi la sostituzione, si finirebbe per violare il principio di parità di trattamento dei concorrenti, falsando, così, il gioco concorrenziale, nonché ammettendo, in ultima analisi, una disparità di trattamento tra l'impresa che, priva dei requisiti, non potrebbe che essere esclusa della platea dei concorrenti, senza possibilità di "rimessione in termini" e loro acquisizione postuma e l'impresa che, benché in origine in difetto dei requisiti di qualificazione, ricorrendo consapevolmente ad un avvalimento inidoneo, sarebbe nelle condizioni di poterli acquisire successivamente;
- inoltre, non è revocabile in dubbio che, consentendo la sostituzione, nel caso in esame si premierebbe un comportamento in evidente contrasto con il principio di buona fede e con l'obbligo di leale collaborazione tra

privato e Pubblica Amministrazione (espressamente sancito dall'art. 1, comma 2-bis, della legge 241/1990), posto che, a fronte dell'inequivocabile tenore testuale del disciplinare di gara (ben compreso, come emerge dalla richiesta di chiarimenti), CNF ha ritenuto di avvalersi di un'impresa sprovvista di alcuna capacità tecnico-operativa e finanziaria nell'attività oggetto di gara.

6.2. E' fondato anche il secondo motivo del ricorso introduttivo, con cui si sostiene che la società aggiudicataria avrebbe stipulato un contratto di avvalimento nullo. Il contratto di avvalimento, a titolo oneroso ma per un corrispettivo irrisorio e senza alcuna giustificazione della sostanziale liberalità, infatti, fornisce un ulteriore elemento di inidoneità della partecipazione dell'ausiliata, rendendo la sua offerta inattendibile sul presupposto della nullità del contratto di avvalimento per difetto di causa.

6.3. Il TAR ha concluso nel senso dell'accoglimento del ricorso principale, con annullamento dell'aggiudicazione "restando gli ulteriori motivi di ricorso, proposti con i ricorsi per motivi aggiunti assorbiti e conseguente loro declaratoria di improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse".

Ha poi aggiunto di non poter accogliere la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, essendo stato chiarito, nel corso della discussione orale, che esso non è stato ancora stipulato, essendosi proceduto solo all'affidamento in via di urgenza all'aggiudicataria (il Comune di Bisceglie ha disposto l'esecuzione anticipata del servizio da parte di CNF a decorrere dal 30 dicembre 2021).

7. CNF ha appellato la sentenza, deducendo le censure appresso sintetizzate.

7.1. Per ciò che concerne il possesso dei requisiti, la possibilità di provare i requisiti economico-finanziari mediante l'esecuzione di "servizi analoghi", da parte dell'operatore o dell'impresa ausiliaria, è pacifica, alla luce dell'espressa previsione dell'art. 3.3. del disciplinare.

Quanto ai requisiti tecnici, invece, mancando nell'art. 3.4. una specifica previsione espressa, CNF aveva chiesto se "il requisito in parola si intende soddisfatto anche da affidamenti di servizi / forniture analoghi/e, espletati anche in regime di supporto all'accertamento e/o riscossione dei tributi", ottenendo positivo riscontro. Infatti, il r.u.p. ha chiarito che, ai fini della dimostrazione dei requisiti richiesti, non rileva la tipologia di servizio, sia esso di accertamento/riscossione o invece di attività di supporto a tali attività, quanto piuttosto che il servizio speso ai fini dell'accesso alla gara fosse afferente all'attività di accertamento/riscossione.

E quindi, CNF, avvalendosi della propria ausiliaria SL, ha dimostrato il possesso di tutti i requisiti di partecipazione, posto che l'attività di supporto all'accertamento e/o riscossione può dirsi servizio analogo a quello di accertamento e/o riscossione in sé considerato.

In tal senso, anche qualora si nutrissero dei dubbi interpretativi sulle clausole della *lex specialis*, dovrebbe considerarsi prevalente il principio del *favor participationis* che permea l'intero Codice dei contratti pubblici.

7.2. Per negare la sostituibilità dell'ausiliaria, il TAR Puglia è addirittura giunto a sostenere che CNF si sarebbe deliberatamente avvalsa di un'impresa che sapeva sprovvista dei prescritti requisiti di capacità.

7.2.1. Al riguardo, appare anzitutto evidente la violazione degli artt. 34, comma 2, 133, comma 1, lett. e), n. 1 e 134, cod. proc. amm., in quanto

il TAR ha ritenuto di potersi sostituire alla stazione appaltante, effettuando valutazioni riservate all'Amministrazione rispetto all'approccio alla gara da parte di CNF, alla scelta di avvalersi di SL ed all'impossibilità di disporre la sostituzione di quest'ultima.

Come ricordato anche dalla CGUE (IX, 3 giugno 2021, in C--210/2020), spetta all'Amministrazione aggiudicatrice verificare l'eventuale assenza dei requisiti in capo all'ausiliaria e imporre, ove occorra, la sostituzione ai sensi dell'art. 89, comma 3 del Codice. Ciò comporta che il TAR Puglia avrebbe potuto, al più, rimettere alla stazione appaltante l'esercizio dei poteri connessi all'art. 89, comma 3 ed all'art. 3.7 del disciplinare di gara, ordinando all'Amministrazione di imporre a CNF la sostituzione di SL con altro ausiliario. L'esclusione dell'offerente che ricorre ad avvalimento, nella prospettiva in esame, potrebbe avvenire solo ed esclusivamente nel caso in cui vi fosse inottemperanza all'ordine di sostituzione oppure nel caso in cui tale sostituzione comportasse una modifica dell'offerta.

7.2.2. Diversamente, si verificherebbe un'ipotesi di illegittimità costituzionale dell'art. 89, comma 3 del d.lgs. 50/2016 in combinato disposto con gli artt. 119, 120 e 133, comma 1, lett. e), n. 1 del d.lgs. 104/2010, per violazione degli artt. 3, 97 e 103 Cost. In quest'ultimo caso, CNF ha chiesto che venga rimessa la questione di costituzionalità alla Corte Costituzionale.

7.3. La sentenza è errata anche rispetto alla ritenuta sussistenza di limiti all'applicazione dell'art. 89, comma 3, cit.. Infatti, sull'operatività incondizionata dell'istituto in esame si sono espresse sia la CGUE (sent. cit.) che il Consiglio di Stato (cfr. V, n. 368/2022, n. 2580/2021 e n. 2526/2021; nonché, id., n. 69/2019, secondo cui "la mancanza del

requisito di partecipazione (messo a disposizione), che sia originaria o sopravvenuta alla stipulazione del contratto di avvalimento, non è, in entrambi i casi, riconducibile all'operatore economico il quale, pertanto, per volontà di legge, non ne deve subire le conseguenze").

7.3.1. Se, dunque, l'operatività dell'art. 89, comma 3, non risulta subordinata a nessun onere o potere di verifica in capo all'ausiliata circa il possesso dei requisiti da parte dell'ausiliaria, è allora evidente l'errore in cui è incorso il TAR Puglia nel limitare l'operatività del meccanismo di sostituzione nel solo caso in cui non sussista la colpa dell'impresa ausiliata rispetto alla verifica dei requisiti dell'impresa ausiliaria.

7.3.2. In ogni caso, anche a voler seguire la tesi proposta nella sentenza appellata, nessuna colpa potrebbe comunque essere ravvisata in capo a CNF. Infatti:

- anzitutto, è documentalmente provato che CNF abbia chiesto appositamente un chiarimento al Comune sulle corrette modalità di partecipazione alla procedura di gara;
- la presunta insussistenza dei requisiti di partecipazione richiesti dal disciplinare in capo a SL è ravvisabile unicamente in ragione dei contenuti della sentenza appellata; prima di allora si trattava di una questione quantomeno controversa;
- CNF non avrebbe avuto alcun interesse a partecipare alla procedura di gara avvalendosi di un'impresa ausiliaria priva dei requisiti prescritti dal disciplinare, andando incontro ad esclusione certa.

7.3.3. In ogni caso, ove si seguisse l'orientamento espresso dal TAR Puglia secondo il quale il meccanismo sostitutivo di cui all'art. 89, comma 3, non opererebbe a fronte di un limite di carattere soggettivo, consistente nella colpa dell'impresa ausiliata in ordine alla verifica del

possesso dei requisiti dell'ausiliaria, verrebbe in rilievo un contrasto del predetto art. 89, comma 3, del d.lgs. 50/2016 con gli artt. 56, 58 e 63 della Direttiva 2014/24/UE.

Tale aspetto non risulta essere stato esaminato dalla menzionata sentenza della CGUE del 3 giugno 2021, in C-210/20. Pertanto, CNF chiede che venga domandato alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 267 TFUE, sul seguente quesito (o su quesito analogo che il giudice riterrà di formulare): “se il combinato disposto degli artt. 56, 58 e 63 della Direttiva 2014/24/UE osti ad una previsione, come l'art. 89, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016, come interpretato dalla giurisprudenza nazionale, che condiziona la sostituzione dell'impresa ausiliaria a valutazioni in ordine all'assenza di un comportamento colposo dell'impresa ausiliata circa la verifica del possesso dei criteri di selezione da parte dell'impresa ausiliaria”.

7.4. Infine, la nullità del contratto di avvalimento per mancanza della causa può dichiararsi “solo allorquando non sia ravvisabile una “ragione pratica giustificativa” del contratto o un interesse meritevole di tutela ad esso sotteso” (cfr. Cons. Stato, V, n. 8486/2021).

Contrariamente a quanto sostenuto dal TAR Puglia, il contratto di avvalimento stipulato tra CNF e SL risulta valido, in quanto oneroso - anche se il corrispettivo della prestazione dell'ausiliaria è limitato, “la sua modesta entità se raffrontata al valore dell'appalto, in mancanza di altri indizi, neppure allegati dalla ricorrente, non può indurre a ritenere la stipulazione contrattuale meramente simulata e, per questo, priva di effetti” (Cons. Stato, V, n. 1074/2020); peraltro, “non spetta alla stazione appaltante entrare nel merito del valore pattuito, la cui quantificazione non può che essere rimessa alla volontà delle parti contrattuali” (cfr.

TAR Lazio, II, n. 7695/2022) - e portatore di plurimi interessi meritevoli di tutela per SL – quali, maturare ulteriore esperienza nel settore in commento a seguito dell'esecuzione del servizio, e consolidare i molteplici rapporti in essere e futuri con CNF; quest'ultima, infatti, si è già avvalsa più volte di SL e intende continuare a farlo, confermando così un rapporto duraturo ed economicamente vantaggioso, tanto che, in altri casi, il compenso di SL è stato addirittura parametrato sul fatturato complessivo della commessa.

Con la conseguenza che il contratto di avvalimento non poteva essere considerato nullo.

8. AT si è costituita in giudizio ed ha controdedotto puntualmente, prospettando quanto appresso sintetizzato.

8.1. La netta distinzione tra le due attività (gestione diretta del servizio e mero supporto) è alla base dell'art. 1, comma 805, della legge 160/2019, con cui il legislatore ha istituito (demandando ad apposito regolamento la individuazione delle relative regole di iscrizione) una Sezione separata dell'Albo di cui all'art. 53 d.lgs 446/1997 “per i soggetti che svolgono esclusivamente le funzioni e le attività di supporto propedeutiche all'accertamento e alla riscossione delle entrate degli enti locali e delle società da essi partecipate.” Successivamente, le risoluzioni del MEF (in particolare, la n. 9/DF del 26 ottobre 2021), hanno marcato ancor più chiaramente la differenza tra le due tipologie di attività.

Non può pertanto avere ingresso la tesi avversaria basata sulla rilevanza dei “servizi analoghi”, perché l'art. 3.4. non ne fa menzione, e perché ciò è coerente nel caso del requisito tecnico con la netta distinzione tra attività in concessione e attività a supporto sancita dalla normativa.

Né potrebbe essere diversamente, giacché per il requisito tecnico-

operativo l'art. 89, comma 1, del d.lgs 50/2016, impone all'ausiliaria l'esecuzione diretta di lavori o servizi per cui sono richieste le capacità di che trattasi; tale obbligo è essenziale, come confermato dalla giurisprudenza, in ragione della infungibilità delle esperienze professionali (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, V, n. 2048/2021; TAR Puglia, Lecce, II, n. 1307/2020). Ma SL non è abilitata, in quanto non è iscritta all'Albo dei gestori dei tributi, e dunque l'avvalimento stipulato tra CNF e SL configura una sostanziale elusione della riserva stabilita dalla legge. Né certamente può giovare a controparte il chiarimento comunale; esso, come ha osservato il TAR, specifica che il possesso del requisito tecnico può essere dimostrato con l'esperienza maturata con riferimento alle "esplicite attività richieste dal servizio di accertamento e/o riscossione dei tributi oggetto di gara". Né il chiarimento avrebbe mai potuto stravolgere la legge di gara introducendo una previsione difforme dalla stessa, essendo in tal caso illegittimo in sé e per le ragioni che affliggono la determina di aggiudicazione. Per tale ragione AT ha cautelativamente impugnato il chiarimento in primo grado e, ove occorrer possa, ne ripropone l'impugnazione ex art. 101 cod. proc. amm..

8.2. L'istituto della sostituzione dell'ausiliaria risponde all'esigenza di evitare l'esclusione del concorrente per ragioni a lui non direttamente riconducibili o imputabili. Ma, nel caso di specie, CNF si è deliberatamente avvalsa di una società priva del requisito richiesto dalla legge di gara.

Ne discende che la questione di legittimità costituzionale sollevata ex adverso difetta innanzitutto del requisito di rilevanza, giacché la fattispecie in esame non rientra nelle ipotesi di sostituzione dell'ausiliaria. Essa è comunque infondata, giacché non vi è stata alcuna

indebita sostituzione del giudice alla stazione appaltante.

Sorte non diversa spetta alla questione di compatibilità comunitaria, dato che la giurisprudenza invocata fa riferimento a ipotesi di dichiarazioni false o reticenti dell'ausiliaria, ed afferma che il concorrente non può subire le conseguenze di una carenza (originaria o sopravvenuta) in capo all'ausiliaria del requisito, ma solo a condizione che non sia riconducibile al concorrente medesimo.

8.3. Quanto al contratto di avvalimento, il corrispettivo pattuito è oggettivamente irrisorio e dunque del tutto insufficiente per far ritenere oneroso l'avvalimento.

Non sussiste neppure alcun "interesse patrimoniale indiretto" di SL che possa far ritenere sussistente il carattere di onerosità del contratto, dato che SL non può eseguirlo, e che dall'offerta tecnica emerge che non eseguirà neppure l'attività di supporto.

8.4. AT ha poi riproposto le censure assorbite dal TAR.

Il Collegio precisa al riguardo che la sentenza appellata impropriamente ha dichiarato un'improcedibilità, posto che dette censure non sono state esaminate per esigenze di economia processuale, avendoli il TAR ritenuti "assorbiti" dopo l'annullamento dell'aggiudicazione in ragione dell'accoglimento di altri motivi di ricorso. Pertanto è corretta la riproposizione mediante la memoria di costituzione, ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. (del resto, nulla le controparti hanno eccepito in rito).

8.4.1. AT sostiene che il contratto di avvalimento, oltre che (come rilevato dal TAR) privo del requisito dell'onerosità, è nullo anche in ragione del fatto che l'esecuzione diretta (pur prevista, alternativamente, nel contratto) non è possibile, difettando SL dell'iscrizione all'Albo, e che, comunque, l'impegno assunto è generico.

8.4.2. La valutazione eccellente dell'offerta tecnica di CNF è travisata e sviata sotto molteplici profili (vedi sopra, punto 4.).

8.4.3. Infine, l'offerta di CNF è insostenibile, in quanto sottende una sottostima dei costi ed una sovrastima dei ricavi, in misura tale da determinare una sicura perdita (vedi sopra, punto 5.).

9. Anche il Comune di Bisceglie si è costituito in giudizio, argomentando per la fondatezza dell'appello di CNF e controdeducendo sulle censure riproposte da AT.

10. Le parti hanno presentato memorie e repliche.

In particolare:

- CNF ha prospettato che AT ha ommesso di dichiarare in gara l'esistenza di un contenzioso con il Comune di Sulmona a seguito di grave inadempimento, circostanza che, anche in caso di rigetto dell'appello in esame, le impedirebbe di superare il vaglio della stazione appaltante ai sensi dell'art. 80 del Codice; AT ha eccepito che controparte avrebbe dovuto far valere detta circostanza mediante specifico gravame, che comunque si tratta di un contenzioso insorto dopo la scadenza del termine per la presentazione della domanda, nonché relativo a fatti intrinsecamente inidonei a configurare un grave illecito professionale e già giudicati irrilevanti in altre gare; ed ha aggiunto che CNF è stata esclusa dalla gara per l'affidamento del servizio di riscossione delle multe, dello stesso Comune di Bisceglie, proprio a causa della suddetta segnalazione di pretese inadempienze dichiarative di AT, ritenuta rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c-bis), del Codice; CNF ha replicato di aver impugnato detta ultima esclusione dinanzi al TAR Puglia.

- AT, a sua volta, ha prospettato che CNF è stata recentemente esclusa in

una gara per il servizio di riscossione coattiva delle entrate del Comune di Taranto, a causa della nullità del contratto di avvalimento presentato, cioè per le stesse ragioni che la escludono nella procedura in esame; CNF ha replicato (oltre alla inammissibilità e tardività della produzione documentale) che in quel caso è stato erroneamente prodotto un avvalimento di garanzia mentre il bando richiedeva un avvalimento tecnico-operativo, tanto che l'esclusione non è stata impugnata, e dunque la vicenda non può assumere alcun significato ai fini del presente giudizio.

11. Il Collegio, passando alla decisione della causa, osserva anzitutto che, in disparte ogni valutazione in rito, le vicende oggetto delle memorie di replica non assumono diretta rilevanza, in quanto riguardano atti e comportamenti estranei alla gara in esame, che risultano ancora in parte sottoposti alle valutazioni di altro giudice e la cui eventuale futura considerazione ad opera della stazione appaltante comunque non condiziona la decisione di questa causa.

12. Riguardo al motivo di accoglimento basato sulla mancanza dei requisiti richiesti in capo all'ausiliaria SL, il Collegio ritiene condivisibili le valutazioni del TAR.

12.1. Non è superfluo ricordare che il disciplinare di gara, per quanto di interesse, ha richiesto i seguenti requisiti speciali di partecipazione:

- (art. 3.2.1. – requisito di idoneità professionale) essere iscritti all'Albo dei soggetti abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento e riscossione dei tributi e delle entrate delle Province e dei Comuni, istituito presso il Ministero delle Finanze ai sensi dell'art. 53, comma 1 del D.Lgs. 15/12/1997 n. 446, e dal successivo Regolamento approvato con Decreto Ministeriale n. 289/2000. L'ammissione è

limitata ai soggetti iscritti alla Sezione dell'Albo dei soggetti con capitale fissato dall'art. 6 del D.M. 289/2000 come modificato dal D.M. del 20/12/2007 e dal comma 7bis dell'articolo 32 della Legge 28/01/2009 n. 2;

- (art. 3.3. – requisito di capacità economico-finanziaria) aver conseguito, con riferimento agli ultimi tre esercizi finanziari precedenti alla data del bando di gara (2017-2018-2019), un fatturato specifico relativo ai servizi analoghi a quelli oggetto della presente procedura di gara, intendendosi per servizi analoghi quelli di accertamento e/o riscossione sui tributi comunali, complessivamente nel triennio pari ad almeno ad €. 2.000.000,00 oltre IVA se dovuta;

- (art. 3.4. – requisito di capacità tecnica) il concorrente deve aver eseguito con regolarità e senza contestazioni di sorta, nell'ultimo quadriennio e per l'intero quadriennio, il servizio di accertamento e/o riscossione dei tributi oggetto di gara almeno in due Comuni di classe III (abitanti da 30.000 fino a 100.000).

12.2. Dunque, l'art. 3.4., a differenza dell'art. 3.3., non fa menzione dei “servizi analoghi a quelli oggetto della presente procedura di gara”, ma soltanto al “servizio di accertamento e/o riscossione dei tributi oggetto di gara”. Anche alla luce della differenza nelle formulazioni, non può che applicarsi il brocardo *ubi voluit dixit ubi noluit tacuit*.

12.3. L'assenza di riferimenti ai servizi analoghi, intesi come comprendenti anche le attività propedeutiche o comunque di supporto all'accertamento e/o riscossione, appare coerente, nel caso del requisito tecnico, con la netta distinzione tra attività in concessione e attività a supporto sancita dalla normativa.

Il TAR ha correttamente rimarcato (definendola “diversità ontologica”)

la distinzione tra le attività di gestione diretta del servizio di accertamento e riscossione e quelle di mero supporto, che è alla base dell'art. 1, comma 805, legge 160/2019, con cui è stata istituita (demandando ad apposito regolamento la individuazione delle relative regole di iscrizione) una sezione separata dell'Albo di cui all'art. 53 d.lgs 446/1997 “per i soggetti che svolgono esclusivamente le funzioni e le attività di supporto propedeutiche all'accertamento e alla riscossione delle entrate degli enti locali e delle società da essi partecipate.” La circostanza che, al momento della gara in esame, detta disposizione non fosse ancora entrata in vigore, non ne diminuisce il significato. Successivamente, le risoluzioni del MEF (in particolare, la n. 9/DF del 26 ottobre 2021), hanno marcato ancor più chiaramente la differenza tra le due tipologie di attività.

12.4. Se è vero che, come sottolinea CNF (invocando Cons. Stato, IV, n. 2953/2020, TAR Veneto, n. 393/2022, e la delibera ANAC n. 672/2020), un servizio analogo non può essere inteso come servizio identico a quello oggetto di gara, ma è sufficiente una similitudine tra le prestazioni richieste, l'applicazione del *favor participationis* non può cancellare le differenze che emergono dal dato normativo, come riflesso di una diversa connotazione in termini di imputazione degli effetti e della responsabilità delle attività.

12.5. Né è vero che, secondo l'interpretazione qui accolta, non vi sarebbero servizi analoghi a quello oggetto di gara. A ben vedere, è lo stesso art. 3.3. che lo chiarisce: “intendendosi per servizi analoghi quelli di accertamento e/o riscossione sui tributi comunali”, vale a dire di altri tributi locali, diversi da quelli oggetto di gara.

12.6. Quello esplicitato dal disciplinare, come ha affermato il TAR, è

l'unico significato legittimo attribuibile al chiarimento chiesto ed ottenuto da CNF.

L'appellante fa leva sul chiarimento per scardinare le previsioni del disciplinare. Ma la portata concreta del chiarimento, in sé ambiguo (l'art. 3.4. “ ... non si riferisce alla modalità di gestione del servizio ma alle esplicite attività richieste dal servizio di accertamento e/o riscossione dei tributi oggetto di gara ...”), può ben essere intesa nel senso che l'ampliamento interpretativo del perimetro del requisito riguardi l'oggetto dell'attività, e non la tipologia della medesima.

Il diverso significato proposto da CNF, quello cioè di legittimare la spendita dei servizi analoghi, e ricompredervi i servizi comunque afferenti all'attività di accertamento e riscossione dei tributi comunali, ancorché soltanto in funzione propedeutica o di supporto al titolare della concessione, condurrebbe a modificare radicalmente il punto 3.4. del disciplinare, e determinerebbe quindi, per giurisprudenza consolidata, l'illegittimità del chiarimento (peraltro, oggetto di impugnazione da parte di AT, che è stata espressamente riproposta in questo grado di giudizio).

12.7. Del resto, richiedere come requisito di idoneità professionale l'iscrizione alla Sezione dell'Albo dei soggetti con capitale fissato dall'art. 6 del D.M. 289/2000, e poi consentire che il requisito di idoneità tecnica venga interamente prestato da un soggetto che non ha detta iscrizione (e nemmeno sia tenuto a dimostrare di avere i requisiti che potrebbero consentirgli l'iscrizione alla Sezione relativa alle attività di supporto), apparirebbe privo di coerenza.

12.8. AT ha anche invocato l'applicazione dell'art. 89, comma 1, del Codice, nella parte in cui, ai fini della stessa ammissibilità

dell'avvalimento, richiede l'impegno alla esecuzione diretta da parte dell'ausiliaria, nel caso riguardi requisiti consistenti in titoli di studio e professionali o, per quel che ci interessa, "esperienze professionali pertinenti".

Tuttavia, detta norma viene intesa dalla prevalente giurisprudenza in senso restrittivo. Nel senso, cioè, che l'aver eseguito servizi per un dato importo, che può costituire requisito di capacità tecnico professionale, non rientra nella ristretta accezione di "esperienza professionale pertinente" (cfr. Cons. Stato, V, n. 3374/2021), e che la disposizione riguarda i soli casi in cui l'ausiliaria metta a disposizione titoli professionali o di studio che non possono essere trasferiti al concorrente in quanto strettamente personali (cfr. Cons. Stato, V, n. 7438/2022, n. 3374/2021 e n. 8111/2020; III, n. 5286/2021; CGUE, 7 aprile 2016, in C-324/14); mentre è rara un'interpretazione ampia e funzionale delle "esperienze professionali pertinenti" che non possono essere "prestate" dall'ausiliaria (cfr. Cons. Stato, V, n. 8838/2022, che cita id., n. 6347/2021).

13. Col secondo ordine di censure, CNF lamenta che il TAR, nel negare la possibilità di sostituire l'ausiliaria SL, ai sensi dell'art. 89, comma 3, del Codice, riprodotto nell'art. 3.7. del disciplinare, si sia sostituito alla stazione appaltante nell'esercizio di potere ad essa riservato. Col terzo, contesta la intrinseca erroneità di tale valutazione.

13.1. Il Collegio non ritiene che vi sia stata un'usurpazione delle valutazioni riservate alla stazione appaltante.

L'art. 89, comma 3, non menziona, per l'ipotesi di difetto dei requisiti in capo all'ausiliaria, un potere della stazione appaltante di valutare il comportamento dell'operatore economico, al fine di consentire o meno

la sostituzione dell'ausiliaria. Prevede che tale sostituzione sia imposta, o consentita se richiesta, al verificarsi del presupposto indicato dalla norma.

Il TAR ha interpretato la norma, ritenendo che la sostituibilità abbia un limite interno, costituito dall'esistenza di una scelta consapevole, a titolo di dolo o quantomeno di colpa, da parte del concorrente nell'individuazione di un'ausiliaria priva dei requisiti.

13.2. L'appellante non ha esplicitato in cosa consisterebbe la incostituzionalità della norma, come interpretata dal TAR.

Il collegamento ad un motivo di gravame imperniato anche sulla violazione dell'art. 34, comma 2, cod. proc. amm., ed il riferimento, come parametri della dedotta illegittimità costituzionale, agli artt. 3, 97 e 103 Cost., fa capire che la questione di legittimità costituzionale riguarda la previsione di un potere giurisdizionale che si suppone violi la sfera riservata all'amministrazione.

Tuttavia, per quanto esposto, il TAR ha esercitato il sindacato di legittimità ad esso spettante, interpretando una disposizione di legge al fine di definirne la portata applicativa in senso coerente alla stessa *ratio* sottesa alla deroga del principio di immodificabilità della forma di partecipazione concorsuale ed agli altri principi rilevanti. Ed ha censurato l'omesso riscontro, da parte della stazione appaltante, della sussistenza del suddetto limite interno.

La questione è dunque manifestamente infondata e comunque non rilevante.

13.3. Si può tuttavia discutere se il contenuto precettivo della norma, così interpretata, non si ponga in contrasto con le disposizioni sovraordinate, e se, sotto tale profilo, sia rilevante la questione di

compatibilità comunitaria, pure sollevata da CNF.

L'appellante ha infatti invocato l'orientamento giurisprudenziale - formatosi nel solco di CGUE, IX, 3 giugno 2021, in C-210/20, che, per contrasto con l'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE letto alla luce del principio di proporzionalità, ha imposto la disapplicazione dell'art. 89, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici ove interpretato nel senso che poteva essere disposta l'esclusione dell'offerente a causa di false dichiarazioni dell'ausiliaria, senza consentire il rimedio della sostituzione di quest'ultima – secondo cui l'operatore ausiliato non può legittimamente subire le conseguenze pregiudizievoli dell'eventuale non veridicità delle dichiarazioni dell'ausiliaria, rispetto alle quali è privo di poteri di verifica, conseguendo l'esclusione dalla gara del concorrente soltanto alle dichiarazioni mendaci provenienti da quest'ultimo (cfr. Cons. Stato, V, n. 368/2022).

Precedente che, tuttavia, non appare del tutto pertinente, esulando dalla questione in esame il profilo della falsità delle dichiarazioni.

Pienamente pertinente è invece l'orientamento, altresì invocato da CNF, secondo cui l'avvalimento costituisce un “istituto del tutto innovativo” (cfr. Cons. Stato, III, n. 5359/2015), che consente la sostituzione dell'ausiliaria anche nell'ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, V, n. 2527/2018 e n. 1101/2018; vedi anche, id., n. 2580/2021 e n. 2526/2021); e quindi “la mancanza del requisito di partecipazione (messo a disposizione), che sia originaria o sopravvenuta alla stipulazione del contratto di avvalimento, non è, in entrambi i casi, riconducibile all'operatore economico il quale, pertanto, per volontà di legge, non ne deve subire le conseguenze”

(Cons. Stato, Sez. V, n. 69/2019). Così che alla stazione appaltante non resterebbe che verificare la compatibilità della sostituzione dell'impresa ausiliaria, proposta dall'ausiliata, con la preservazione dei contenuti sostanziali dell'offerta.

13.4. Il Collegio, in relazione a detti orientamenti, osserva che:

- l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, al par. 1, II parte, dispone che “L'amministrazione aggiudicatrice verifica, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intenda fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57. L'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione”.
- l'art. 89, comma 3, del Codice, dispone in senso conforme (a parte la precisazione, nel caso in esame non rilevante, che la sostituzione per motivi di esclusione non obbligatori può essere imposta dal bando di gara per i requisiti tecnici);
- il bando della gara riproduce il predetto comma 3;
- come esposto, la CGUE (sent. cit., in C-210/20) ha stabilito che l'art. 89, comma 1, che (derogando al comma 3) prevedeva l'esclusione in (nell'unico) caso di dichiarazioni mendaci dell'ausiliaria, contrasta con gli artt. 63 e 57, par. 4, lettera h), della Direttiva; nella pronuncia si dà atto della (probabile, in quel caso) inconsapevolezza del vizio escludente (precedente penale) da parte dell'impresa ausiliata e della impossibilità

di attingere direttamente l'informazione dal casellario giudiziale, e tali circostanze hanno assunto un peso ai fini della decisione, orientata, oltre che dal principio proconcorrenziale (che sostanzia l'avvalimento), dal criterio di proporzionalità.

13.5. La formulazione testuale dell'art. 89, comma 3, del Codice, e prima ancora dell'art. 63 della Direttiva, nel riferirsi (oltre che alla esistenza di motivi di esclusione che attengono a condizioni soggettive di moralità/affidabilità/capacità dell'impresa, di cui all'art. 57) al non soddisfacimento di "pertinenti criteri di selezione" (vale a dire, tutti i requisiti di partecipazione, abilitativi, economico-finanziari, o tecnico-professionali, di cui all'art. 58), condurrebbe a consentire, attraverso la sostituzione dell'ausiliaria, non soltanto di porre rimedio alle cause di esclusione soggettive dell'ausiliaria, ma anche di effettuare un'integrazione postuma di requisiti aziendali di partecipazione, solo per il fatto che siano prestati dall'ausiliaria al concorrente e non invece posseduti in proprio da quest'ultimo (ipotesi nella quale, viceversa, il concorrente verrebbe senz'altro escluso).

Con una disparità di trattamento di cui si faticherebbe a comprendere la giustificazione, e che, se concretamente rilevante nel caso in esame, giustificerebbe la proposizione di una questione pregiudiziale interpretativa.

Infatti, se pure è stato affermato che la sostituzione ex art. 89, comma 3, mira ad evitare l'esclusione del concorrente per ragioni a lui non direttamente riconducibili o imputabili, e quindi quel che rileva ai fini della sostituzione è che la carenza del requisito dell'ausiliaria non fosse conoscibile dall'ausiliata, secondo il criterio di responsabilità richiesto agli operatori economici ed il ragionevole grado di diligenza

professionale (in tal senso, Cons. Stato, V, n. 506/2022; vedi anche, III, n. 8043/2021), i limiti di compatibilità della norma nazionale sono stati vagliati dalla CGUE solo con riferimento all'ipotesi di false dichiarazioni dell'ausiliata, e comunque nella sentenza in C-210/20 non è rinvenibile una chiara affermazione della legittimità di un'esclusione basata sulla valutazione discrezionale della sussistenza di colpa dell'ausiliata rispetto ai vizi di partecipazione concernenti l'ausiliaria.

13.6. Quanto alla rilevanza della questione pregiudiziale, occorre però ribadire che, dall'orientamento ricordato al punto 13.3., secondo cui l'operatività dell'art. 89, comma 3, non è subordinata a nessun onere o potere di verifica circa il possesso dei requisiti, CNF fa discendere che il TAR avrebbe errato a limitare l'operatività del meccanismo di sostituzione al solo caso in cui non sussista la colpa dell'impresa ausiliata rispetto alla verifica del possesso dei requisiti dell'ausiliaria.

Il Collegio, pertanto, ritiene che la questione pregiudiziale sia posta all'appellante in modo suggestivo. Infatti, CNF ha partecipato alla gara avvalendosi dei requisiti di SL ed auspicando che detti requisiti, basati sullo svolgimento dei servizi di supporto all'accertamento ed alla riscossione dei tributi locali, potessero essere ritenuti dalla stazione appaltante conformi alle previsioni del disciplinare.

In altri termini, CNF non ha confidato nel possesso di requisiti di cui in seguito l'ausiliaria si è invece dimostrata carente, nel qual caso scatterebbe la sostituibilità prevista dall'art. 89, comma 3, oppure dovrebbe porsi una questione pregiudiziale interpretativa sulla compatibilità della norma, secondo la sua interpretazione riduttiva. Al contrario, CNF ha confidato che i requisiti ritenuti (a ragione) in possesso dell'ausiliaria fossero idonei ad integrare le previsioni del

disciplinare.

Ma così, per quanto esposto, non è, non essendo i servizi di supporto all'accertamento e alla riscossione analoghi a quelli oggetto dell'affidamento, né comunque idonei ad integrare i requisiti richiesti, a prescindere dal soggetto che li possieda. E tale discrasia non è riconducibile ad una condizione dell'ausiliaria, di cui l'ausiliata in base alle norme suddette non dovrebbe sopportare le conseguenze, bensì ad una erronea interpretazione del disciplinare, alla luce della normativa vigente, dei cui effetti negativi CNF deve farsi carico, non esistendo alcuna norma che in tali casi (come per qualsiasi altro errore, non meramente ostativo, che investa le consapevoli scelte strategiche aziendali nella partecipazione alla gara e nella presentazione delle offerte) consenta di sanare l'errore.

Né vale a condurre a diversa conclusione il chiarimento, per i motivi esposti al punto 12.6..

13.7. Non può dunque sostenersi che, secondo l'interpretazione del TAR – condivisibile, con le precisazioni esposte - si finirebbe per creare una nuova fattispecie escludente a carico dell'impresa ausiliata, normativamente non prevista e legata all'assenza dei requisiti di partecipazione prestati dall'ausiliaria.

Ne discende la non rilevanza della questione di compatibilità eurounitaria prospettata dall'appellante.

13.8. Può aggiungersi che anche la tesi della assenza di qualsivoglia colpa in capo a CNF nella partecipazione mediante avvalimento di SL desta perplessità, se si considera la univoca formulazione del disciplinare, la non dirimente portata del chiarimento e l'effettiva natura della discrasia tra requisiti prescritti dal disciplinare e requisiti posseduti.

Anche l'argomento secondo cui CNF non avrebbe avuto alcun interesse a partecipare alla procedura di gara avvalendosi di un'impresa ausiliaria priva dei requisiti prescritti dal disciplinare, prova troppo, poiché ben potrebbe la società aver corso il rischio di esclusione, nella prospettiva di poter ottenere di concorrere a condizioni vantaggiose (più vantaggiose, ad esempio, di quelle legate ad una partecipazione in r.t.i. con altri operatori idonei) per l'affidamento del servizio.

14. Il terzo motivo di appello è volto a contrastare l'accoglimento del motivo di esclusione basato sulla non onerosità sostanziale del contratto di avvalimento.

Il Collegio osserva che il corrispettivo pattuito nel contratto di avvalimento è sproporzionato rispetto alla controprestazione a carico di SL, e dunque di per sé elemento insufficiente per far ritenere oneroso l'avvalimento.

Infatti, l'art. 5 del contratto di avvalimento prevede la corresponsione da parte di CNF a SL di soli 1.000 euro *una tantum* come corrispettivo per il prestito dei due requisiti e per la messa a disposizione, per tutti e sei gli anni di contratto, di sei risorse lavorative. Il tutto nell'ambito di una concessione il cui valore stimato è pari ad oltre 1.250.000 euro.

14.1. CNF ed il Comune di Bisceglie invocano un precedente (Cons. Stato, V, n. 1074/2020), secondo il quale la presenza di un corrispettivo comporta la natura onerosa del contratto e dunque la riconducibilità allo schema tipico elaborato dalla giurisprudenza, così che la sua modesta entità se raffrontata al valore dell'appalto, in mancanza di altri indizi, non può indurre a ritenere la stipulazione contrattuale meramente simulata e, per questo, priva di effetti.

Tuttavia, come pure viene sottolineato dal Comune di Bisceglie, la

giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni affermato che, qualora in sede contrattuale non sia stabilito un corrispettivo in favore dell'ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale un interesse – di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che abbia indotto l'ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità (cfr. Cons. Stato, V, sent. ult. cit., nonché n. 2953/2018, nel solco di A.P. n. 23/2016).

Recentemente, in un caso caratterizzato da un corrispettivo palesemente incongruo a fronte della messa a disposizione di una notevole quantità di attrezzature e personale, è stato affermato che “la concreta struttura economica dell'accordo fa configurare il contratto come pressoché gratuito, o simbolicamente oneroso, tenuto conto dell'enorme sproporzione che si registra fra le prestazioni contemplate a carico delle due parti” e che “la non remuneratività del contratto di avvalimento costituisce indice sintomatico della scarsa attendibilità dell'impegno negoziale assunto dall'ausiliaria” (CGA, n. 74/2022, in cui viene preso in esame anche il precedente succitato, n. 1074/2020, e viene sottolineato che in quel caso il contratto di avvalimento conteneva una prescrizione “operativa” secondo la quale le ulteriori risorse eventualmente fornite anche tramite contratti di subappalto sarebbero state regolate economicamente in maniera separata, e, dunque, esisteva un interesse patrimoniale ulteriore dell'ausiliaria, a fronte di un compenso inizialmente irrisorio concordato).

14.2. Anche CNF argomenta sull'esistenza di un “interesse patrimoniale indiretto” di SL, ciò che, astrattamente, potrebbe far ritenere sussistente l'onerosità del contratto.

Ma è ormai assodato che SL non può eseguire attività di accertamento e riscossione. Inoltre, come ha reiteratamente contestato AT, dall'offerta tecnica di CNF non è possibile evincere che SL eseguirà l'attività di supporto. Pertanto, detto interesse indiretto non può consistere nel maturare ulteriore esperienza nel servizio oggetto di affidamento.

Quanto all'altra possibile declinazione dell'interesse indiretto indicata da CNF, i consolidati rapporti contrattuali tra CNF e SL, nel contratto di avvalimento non si fa specifico riferimento ad essi, e dunque non possono apprezzarsi in rapporto sinallagmatico alla prestazione offerta. La invocata pregressa collaborazione tra CNF e SL non garantisce nulla con riferimento al contratto di avvalimento in esame, che non prevede alcun obbligo in capo a CNF, nemmeno nel senso di dare continuità a una effettiva partnership commerciale.

Il contratto di avvalimento deve essere infatti di per sé oneroso, mediante la previsione nel testo contrattuale di un puntuale corrispettivo economico e/o di altre utilità che manifestino la sussistenza di un interesse di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale che la stazione appaltante possa valutare in sede di gara.

Dette condizioni non risultano soddisfatte nel caso in esame (senza che occorra approfondire se, come sostiene AT con le censure non esaminate in primo grado e riproposte in appello, in realtà l'avvalimento delle risorse lavorative abbia natura meramente cartolare).

Anche per tale capo, dunque, la sentenza si sottrae alle censure dell'appellante.

15. Tanto sarebbe sufficiente per confermare le conclusioni della decisione appellata.

16. Per completezza, possono anche esaminarsi, tra le censure riproposte

in appello da AT, quelle che concernono l'insostenibilità economica dell'offerta di CNF, risultando esse di più agevole soluzione.

16.1. Con il secondo ricorso per motivi aggiunti, AT aveva lamentato che l'esito della verifica di congruità (nota r.u.p. prot. 42152 in data 10 novembre 2021) e la conseguente aggiudicazione fossero in violazione dell'art. 97 del Codice (richiamato dal disciplinare – cap. 9.5.), poiché l'offerta di CNF sarebbe in realtà in perdita, in ragione di evidenti sovrastime dei ricavi e sottostime dei costi.

Nello specifico, AT ha censurato l'incongruità dell'offerta, sostenendo che CNF:

- a) - avrebbe calcolato il costo del personale sulla base di parametri orari differenti da quelli offerti nel progetto tecnico, essendo indicato, nei giustificativi, relativamente ad un impiegato, lo svolgimento di un monte ore settimanale inferiore di 14 ore a quello indicato in sede di gara;
- b) - avrebbe indebitamente riportato nella tabella dei ricavi quello che in realtà non è un ricavo, cioè il recupero di spese di notifica, pari a € 8.750 annui;
- c) - avrebbe immotivatamente considerato “indiretto” il costo delle tre figure apicali offerte (responsabile di contratto, coordinatore del supporto informatico e consulente legale), di cui, comunque, AT contesta anche la misura;
- d) - avrebbe, quanto ai ricavi, sovrastimato gli incassi dell'Ente del 15%, in mancanza di impugnazione della clausola di gara che individua il valore dell'affidamento.

16.2. Dette censure sono state riproposte in appello.

Quanto al primo dei profili di incongruità, AT sottolinea che CNF, in sede di giustificativi, ha esposto i costi del personale nell'allegato 1, in

cui la quarta colonna (orario settimanale) indica che per il primo dipendente ivi indicato (I livello) è impiegato per 26 ore settimanali (mesi di novembre e dicembre 2021) e per 25 ore settimanali (2022-2026 e gennaio-ottobre 2027).

In tal modo, rispetto alle 40 ore settimanali indicate nell'offerta tecnica (punto 1.1.7.), mancano 14 ore settimanale per i primi due mesi di contratto e 15 per il restante periodo, riguardo alla prestazione del soggetto più qualificato tra i dipendenti che obbligatoriamente devono essere disponibili in loco.

CNF ha eccepito, illustrando la giurisprudenza secondo cui il giudizio di anomalia deve valutare l'attendibilità dell'offerta nel suo complesso ed è sindacabile solo per macroscopica irragionevolezza, e ribadendo i motivi per i quali ha potuto presentare un'offerta economica particolarmente competitiva, ma non ha confutato puntualmente i suddetti rilievi.

Tuttavia, le censure fanno leva proprio sulla irragionevolezza rilevabile dall'esame dei giustificativi presentati da CNF.

In particolare, è oggettiva la modificazione dell'offerta tecnica consistente nell'aver CNF giustificato il costo di uno dei tre impiegati offerti (quello più qualificato) per sole 25 ore settimanali (26 nei primi due mesi), anziché per le ben 40 ore indicate nel progetto tecnico.

Nella prospettiva della verifica dell'anomalia, tale alterazione (di per sé costituente una non ammissibile modifica postuma dell'offerta) comporta che vi sia una sottostima dei costi esposti nei giustificativi rispetto a quelli che l'impresa, in esecuzione dell'offerta tecnica, dovrà sostenere.

AT ha prospettato, mediante una semplice proporzione matematica basata sui dati di costo indicati da CNF, che il maggior costo

dell'impiegato parametrato alle 40 ore previste nell'offerta tecnica, ammonta a 16.776,27 euro in più all'anno.

Somma superiore all'utile annuo d'impresa, stimato (tabella par. 2.2. dei giustificativi) in 15.776,37 euro.

La circostanza che il contratto in esame sia una concessione e non un appalto non rileva, essendo immutati il c.c.n.l. di riferimento e le ore offerte, che determinano il costo della manodopera; com'è irrilevante la circostanza – sottolineata dal Comune - che il costo della manodopera indicato nell'offerta economica non sia cambiato rispetto a quello indicato nei giustificativi, posto che l'offerta tecnica è vincolante, e che quella di CNF aveva ottenuto un giudizio di eccellenza sotto tutti i criteri rilevanti, anche grazie alle ore offerte. Né, infine, potrebbe di contro risultare dirimente nemmeno una coincidenza del costo del personale con quello stimato nel PEF allegato al capitolato speciale; peraltro, AT ha evidenziato anche il fatto che il costo della manodopera offerto da CNF è ingiustificatamente inferiore a quello previsto nel PEF comunale, che prevede un costo che va da 130.000 a 136.000 euro nei sei anni con una differenza totale di circa 20.000 euro, senza che CNF abbia mai contestato detta stima (ed anche per questo aspetto, non vi sono state in giudizio specifiche confutazioni).

In assenza di convincenti confutazioni, deve quindi ritenersi che le giustificazioni abbiano modificato (sottostimato) l'impiego orario dei dipendenti, per farne rientrare il costo nell'ammontare dei 130.000 euro indicati nella offerta economica. Ma la corretta considerazione del maggior costo esaminato (fermi tutti gli altri conteggi di CNF) comporta di per sé che l'offerta sia in perdita.

16.3. E' altrettanto evidente il travisamento legato alla comprensione,

nella tabella dei ricavi (allegato 2 dei giustificativi), di una voce relativa al recupero spese di notifica, costi che però non compaiono nel relativo prospetto, con una incidenza sui conti economici di 8.750,00 euro annui e quindi di 52.500 euro in 6 anni.

AT ha sottolineato che sono costi che l'operatore sostiene per lo svolgimento del servizio e rimborsati dall'Ente, e quindi (a parte il rilievo che non si tratti di ricavi in senso proprio) il saldo tra le spese per la notifica ed il relativo recupero deve essere quantomeno pari a zero (se non negativo, dati possibili errori di notifica del concessionario, le cui spese non vengono rimborsate dall'Ente). Quindi, detta voce, se presente tra i ricavi, deve essere presente anche tra i costi; ma tra i costi non figura.

Su tale aspetto, CNF non svolge confutazioni, il Comune si limita ad affermare che la relativa voce è un'entrata e quindi va computata nei ricavi, rilievo che però non giustifica detta asimmetria.

Pertanto, è fondata la censura di AT sotto tale profilo, evidenziandosi una sovrastima dei ricavi (ovvero una sottostima dei costi) pari all'importo della voce in questione, cioè 8.750,00 euro annui.

Dato che rafforza la conclusione secondo cui l'offerta deve in realtà considerarsi in perdita.

17. Per quanto esposto, anche detti profili di censura concernenti l'insostenibilità economica dell'offerta di CNF sono fondate e devono essere accolte, comportando autonomamente l'esclusione di CNF dalla gara.

Per ragioni di economia processuale, il Collegio ritiene di potersi esimere dall'esaminare i restanti profili di incongruità dell'offerta dedotti da AT, nonché le censure attinenti all'attribuzione dei punteggi, in

quanto comporterebbero una più complessa valutazione.

18. L'infondatezza dell'appello principale e la fondatezza di alcune delle censure riproposte dall'appellata, comportano che l'esito della sentenza di primo grado debba essere confermato, con le motivazioni e decisioni integrative che precedono.

19. Le spese del grado di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- respinge l'appello di Credit Network & Finance;
- esamina e accoglie parte delle censure riproposte dall'appellata Andreani Tributi s.r.l.;
- per l'effetto, conferma, con le integrazioni esposte in parte motiva, la sentenza appellata.

Condanna Credit Network & Finance s.p.a. ed il Comune di Bisceglie al pagamento in favore di Andreani Tributi s.r.l. della somma di euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre agli accessori di legge, ciascuno, per spese ed onorari del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO