

Illegittimità dell'avvalimento meramente premiale

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 8-4-2021

La (concreta) funzione dell'avvalimento (che ne fonda e, ad un tempo, ne limita la meritevolezza sul piano civilistico dei programmati assetti negoziali e la legittimità sul piano pubblicistico della dinamica procedimentale evidenziale) si specifica in relazione alla sua chiarita attitudine a dotare un operatore economico (che ne fosse privo) dei requisiti economico-finanziari, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici "necessari per partecipare ad una procedura di gara". Sta in ciò (di là dalla distinzione tra avvalimento operativo ed avvalimento tutorio, rispettivamente operanti sul piano della prestazione divisata o della mera funzione di garanzia della serietà e qualità dell'offerta) il fondamento, diffusamente ribadito in giurisprudenza (cfr., da ultimo, la ricordata Cons. Stato n. 1881/2020), del divieto dell'avvalimento (meramente) premiale, il cui scopo (che trasmoda in alterazione, piuttosto che di implementazione, della logica concorrenziale) sia, cioè, esclusivamente quello di conseguire (non sussistendo alcuna concreta necessità dell'incremento delle risorse) una migliore valutazione dell'offerta.

Guida alla lettura

Con la **pronuncia n. 2526** dello scorso 25 marzo la **V Sezione del Consiglio di Stato ha analizzato** la problematica dell'**avvalimento cd. premiale**.

Con tale terminologia si fa riferimento all'**utilizzo della fattispecie dell'avvalimento ai fini del riconoscimento di un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica, ove essa sia formulata tenendo in considerazione le competenze, risorse e capacità effettivamente trasferite all'operatore economico ausiliato.**

Ora, la illegittimità di un tale avvalimento passa da una più generale analisi della natura e funzione dell'istituto, complessivamente inteso.

Come è noto, **la funzione essenziale dell'avvalimento è quella di legittimare, nella prospettiva proconcorrenziale del *favor participationis*, l'ampliamento della platea dei potenziali concorrenti alle procedure evidenziali, attraverso l'abilitazione all'accesso di operatori economici che, pur privi dei necessari requisiti, dei mezzi e delle risorse richieste dalla legge di gara, siano in grado di acquisirli grazie all'apporto collaborativo di soggetti terzi, che ne garantiscano la messa a disposizione per la durata del contratto.**

La complessiva logica ‘economica’ sottesa al meccanismo partecipativo si traduce, sul piano ‘giuridico’, nella valorizzazione – in un **contesto negoziale trilaterale, operante sia sul piano interno dei “legami”** (peraltro formalmente non tipizzati) **tra la concorrente ausiliata e l’impresa ausiliaria che sul piano esterno dei rapporti con la stazione appaltante** (cfr. art. 89, comma 1 d. lgs. n. 50/2016, che pretende la formalizzazione di apposita dichiarazione promissoria impegnativa indirizzata *ad utrasque*) – di una **effettiva ‘messa a disposizione’ di risorse di carattere economico, finanziario tecnico o professionale** (corrispondenti ai cd. requisiti speciali, di ordine oggettivo, concretanti criteri di selezione delle offerte, ex art. 83 d. lgs. cit.) **che, ferma restando la formale imputazione della esecuzione** (cfr. art. 89, comma 8), **giustifica** (anche laddove l’ausiliaria non assuma, come pure è astrattamente possibile, il ruolo di impresa associata o subappaltatrice: cfr., rispettivamente, art. 89, commi 1 e 8) **la responsabilità solidale per l’esatto adempimento** (cfr. art. 89, comma 5).

Per tal via, la (concreta) funzione dell’avvalimento (che ne fonda e, ad un tempo, ne limita la meritevolezza sul piano civilistico dei programmati assetti negoziali e la legittimità sul piano pubblicistico della dinamica procedimentale evidenziale) si specifica in relazione alla sua chiarita attitudine a dotare un operatore economico (che ne fosse privo) dei requisiti economico-finanziari, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici “necessari per partecipare ad una procedura di gara”.

Sta in ciò (di là dalla distinzione tra avvalimento operativo ed avvalimento tutorio, rispettivamente operanti sul piano della prestazione divisata o della mera funzione di garanzia della serietà e qualità dell’offerta) **il fondamento**, diffusamente ribadito in giurisprudenza (cfr., da ultimo, Cons. Stato n. 1881/2020), **del divieto dell’avvalimento (meramente) premiale, il cui scopo (che trasmoda in alterazione, piuttosto che di implementazione, della logica concorrenziale) sia, cioè, esclusivamente quello di conseguire (non sussistendo alcuna concreta necessità dell’incremento delle risorse) una migliore valutazione dell’offerta.**

Appare, in altri termini, dirimente la circostanza che **il ricorso all’istituto operi a favore di un operatore che, in difetto, sarebbe effettivamente privo dei requisiti di partecipazione** (alla cui acquisizione è, per tal via, concretamente funzionale l’apporto operativo dell’impresa ausiliaria) **ovvero di chi – potendo senz’altro concorrere, avendone mezzi e requisiti – miri esclusivamente a alla (maggior) valorizzazione della (propria) proposta negoziale:** nel qual caso **la preclusione deve essere, propter tenorem rationis, correlata all’abuso di avvalimento, che lo trasforma, di fatto, in un mero escamotage per incrementare il punteggio ad una offerta cui nulla ha concretamente da aggiungere la partecipazione ausiliaria.**

Dunque, mentre appare del tutto fisiologica l’eventualità che l’operatore economico concorrente ricorra all’avvalimento al fine di conseguire requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempi nell’ambito della stessa anche beni prodotti o forniti dall’impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest’ultima (nel qual caso è evidente che i termini dell’offerta negoziale devono poter essere valutati e apprezzati in quanto tali, con l’attribuzione dei relativi punteggi, nella prospettiva di una effettiva messa a disposizione della stazione appaltante all’esito dell’aggiudicazione e dell’affidamento del contratto), non lo stesso può ritenersi nell’ipotesi in cui il concorrente si avvantaggi, rispetto agli altri, delle esperienze pregresse dell’ausiliaria,

ovvero di titoli o di attributi spettanti a quest'ultima (che, in quanto tali, non qualificano operativamente e integrativamente il tenore dell'offerta e non siano, perciò, oggetto di una prospettiva e specifica attività esecutiva). Ciò è quanto avviene, appunto, nell'ipotesi in cui il concorrente posseda già, in proprio, le risorse necessarie per l'esecuzione della commessa e ricorra all'ausilio all'esclusivo (ed evidentemente immeritevole) fine di conseguire un mero punteggio incrementale, cui non corrisponderebbe una reale ed effettiva qualificazione della proposta.

Del resto, **contrariamente opinando**, non solo **si negherebbe la stessa ratio proconcorrenziale dell'istituto**, ma **si finirebbe per contraddire il canone di *par condicio dei competitori***, per i quali non sussistono, sul piano generale, preclusioni di sorta alla possibilità di indicare, nell'offerta, beni prodotti da altre imprese ovvero mezzi, personale e risorse, la cui disponibilità fosse acquisita in forza di contratti di subappalto o di subfornitura o di qualunque altro tipo di contratto idoneo. In questo senso, anzi, trova piena giustificazione la genericità tipologica che connota, per espressa opzione positiva, l'avvalimento, il cui tratto essenziale (fatto palese dalla evidente labilità connotativa della relativa formula linguistica) è proprio quello della irrilevanza, per la stazione appaltante, della natura dei rapporti sottostanti tra il concorrente ausiliato e l'impresa ausiliaria, in quanto ciò che occorre accertare è solo che il primo dimostri di poter disporre, a qualsiasi titolo, dei mezzi della seconda.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7289 del 2020, proposto da Orion S.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con il Consorzio Stabile Infratech s.c. a r.l. e Novasistemi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci e Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Arturo Cancrini in Roma, alla piazza San Bernardo, n. 101;

contro

Consorzio per l'area di sviluppo industriale della Provincia di Napoli, in persona del legale

rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocati Innocenzo Calabrese e Felice Laudadio, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Mangazzo in Roma, alla via Valadier, n. 44;

nei confronti

Società cooperativa Clei a r.l. , in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliana Vosa e Paolo Vosa, con domicilio digitale come registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Maria Alessandra Sandulli in Roma, al Corso Vittorio Emanuele II, n. 349

Consorzio Stabile Policost s.c. a r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Napoli, sez. II, n. 3531/2020, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio per l'area di sviluppo industriale della Provincia di Napoli e della Società Cooperativa Clei a r. l.;

Visto l'appello incidentale proposto dalla Società Cooperativa Clei a r. l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, conv. in l. 18 dicembre 2020, n. 176 il Cons. Giovanni Grasso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il Consorzio per l'area sviluppo industriale della Provincia di Napoli indiceva una procedura aperta per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (ex artt. 60, comma 1 e 95, comma 2 d. lgs. n. 50/2016) dell'appalto misto delle forniture e dei lavori per la realizzazione del "Progetto finalizzato al rafforzamento degli standard di sicurezza "ASI CURA", per un importo a base d'asta pari ad € 3.688.524,67, di cui € 2.868.852,46 per forniture (77,78%) ed € 819.772,21 per lavori (22,22%).

Il disciplinare di gara indicava i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che i concorrenti avrebbero dovuto possedere per essere ammessi alla gara e, all'art.10, ne autorizzava l'avvalimento, chiarendo che l'eventuale impresa ausiliaria avrebbe potuto "assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati".

Il medesimo disciplinare, al par. 20.1, scollava i criteri di valutazione dell'offerta tecnica ai quali la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto attenersi nell'attribuzione dei relativi punteggi, all'uopo valorizzando le *caratteristiche delle forniture* proposte dai concorrenti (criterio A1 e criterio A2), la *qualità dei servizi aggiuntivi* offerti dal concorrente (criterio A3), *l'organizzazione, la qualifica e l'esperienza* dei tecnici impiegati (criterio A4), la *durata dei servizi successivi* alla vendita e alla assistenza tecnica (criterio A5).

2.- Alla gara partecipavano, in forma di raggruppamento temporaneo di imprese, la società Orion s.r.l. e la società cooperativa Clei a r.l., la quale ultima, allegando il mancato possesso di alcuni dei requisiti prescritti dalla *lex specialis*, dichiarava di volersi avvalere, quale imprese ausiliarie: a) della BM Tecnologie Industriali s.r.l. (per coprire la carenza dei due requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti dal bando in relazione alla voce 1 della Tabella 1 dell'art. 3 del Disciplinare di gara, inerenti le *“opere ed impianti (fornitura e posa in opera) di bonifica e protezione ambientale (monitoraggio acqua)”*); b) del Consorzio stabile Inpower Group s.c. a r.l. (per coprire la carenza del requisito di capacità economico-finanziaria incentrato sul fatturato medio dell'ultimo triennio e dei requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti in relazione alla voce *“Impianti di reti di telecomunicazione di trasmissione dati (videosorveglianza)”* e alla voce *“Hardware e dispositivi mobili”*); c) della Project Automation S.p.A. (per coprire la carenza dei requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti dal bando in relazione alla voce *“monitoraggio dell'aria”*).

Con i contratti di avvalimento, ciascuna delle imprese ausiliarie: a) si impegnava a mettere a disposizione dell'ausiliata, per tutta la durata dell'appalto, i requisiti di cui quest'ultima era carente e le connesse risorse (mezzi, attrezzature, personale); b) dichiarava che avrebbe altresì assunto il ruolo di subappaltatore.

3.- All'esito dell'esame comparativo delle offerte, la Commissione redigeva la graduatoria finale, nella quale il raggruppamento capeggiato dalla società Clei si collocava al primo posto, con complessivi punti 96,25, e il concorrente raggruppamento capeggiato da Orion al secondo posto, con punti 87,14: sicché, con decreto dirigenziale n. 8 del 17 febbraio 2020, la stazione appaltante disponeva l'aggiudicazione definitiva della gara alla prima, dandone rituale comunicazione ai concorrenti.

4.- Avverso gli esiti della gara la società Orion proponeva rituale ricorso dinanzi al TAR per la Campania, con il quale lamentava, con plurimo mezzo:

a) l'indebito utilizzo che raggruppamento aggiudicatario avrebbe fatto dell'istituto dell'avvalimento per conseguire un migliore punteggio tecnico (c.d. *avvalimento premiale*);

b) l'asserita impossibilità giuridica di eseguire alcune delle prestazioni previste (e positivamente vagliate) nella relativa offerta tecnica, in tesi formulata in forma condizionata;

c) l'incertezza in ordine alla effettiva possibilità di eseguire tutte le prestazioni formalizzate nella proposta negoziale;

d) l'asserita carenza dei requisiti di qualificazione in capo alla mandataria ausiliata;

e) l'inammissibilità dell'offerta tecnica della controinteressata, in relazione all'impianto di videosorveglianza e alla fornitura di *hardware* e *software*.

5.- Nel resistere al gravame, la società Clei proponeva, a sua volta, ricorso incidentale, con il quale evidenziava che la concorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura evidenziale, in quanto il Consorzio Infratech (mandante del RTI Orion) e la società SITE (designata dal Consorzio per l'esecuzione di una quota pari al 25,46% delle attività inerenti la *"fornitura e posa in opera delle reti di telecomunicazione e trasmissione dati (videosorveglianza urbana)"* sarebbero state carenti dei prescritti requisiti di qualificazione ed avrebbero offerto un periodo di garanzia inferiore rispetto a quello minimo stabilito dal disciplinare di gara.

6.- Nel rituale contraddittorio delle parti, con sentenza n. 3531/2020, meglio distinta in epigrafe, l'adito Tribunale accoglieva (relativamente al primo motivo, con assorbimento del secondo) il ricorso incidentale e respingeva il principale, disponendo, per l'effetto, l'annullamento del provvedimento conclusivo della gara, avuto riguardo *"alla mancata esclusione della concorrente seconda classificata, per mancanza dei requisiti di capacità tecnico-professionale relativi ad una delle tre ripartizioni oggettive del contratto di appalto da affidare"*.

7.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Orion s.r.l. impugna la ridetta statuizione, di cui assume la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale reiezione.

Si sono costituiti, in resistenza, il Consorzio per lo sviluppo dell'area industriale della Provincia di Napoli, nella qualità di stazione appaltante, nonché, in proprio e nella qualità di mandataria del relativo raggruppamento temporaneo, la società Clei a r.l., che, per parte sua, ha proposto appello incidentale con il quale auspica la riforma della sentenza, nella parte in cui, pur avendo accolto, accertandone la fondatezza, il primo motivo del ricorso incidentale escludente e rigettato, perché infondato, il quarto motivo del ricorso principale, anch'esso escludente, non si era limitata a dichiarare improcedibili per carenza di interesse gli altri motivi del ricorso principale, (I, II, III, e V), in tesi attinenti ad un diverso segmento procedurale (e precisamente a quello di valutazione delle offerte tecniche) e, come tali, privi di carattere escludente.

Alla pubblica udienza del 18 febbraio 2021 la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello principale è infondato; quello incidentale è improcedibile.

2.- Con il primo motivo di gravame, l'appellante lamenta *error in iudicando*, censurando la sentenza impugnata nella parte in cui, nel respingere il primo motivo affidato al ricorso di prime cure, avrebbe illegittimamente avallato un indebito ed abusivo utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, al quale la controinteressata aggiudicataria avrebbe, in tesi, fatto ricorso non solo ai (fisiologici) fini del soddisfacimento dei requisiti partecipativi di cui non era concretamente in possesso, ma anche allo scopo, in tesi avulso dalla funzione tipica dell'istituto, di conseguire una migliore valutazione della propria offerta

tecnica (c.d. *avvalimento premiale*).

Segnatamente e in dettaglio: a) il raggruppamento capeggiato da Clei avrebbe prodotto un'offerta tecnica integralmente modellata sui requisiti partecipativi forniti dalle ausiliarie Project Automation S.p.A., B.M. Tecnologie Industriali S.r.l. e Consorzio Stabile Inpower; b) nella sua offerta figurerebbero esclusivamente elementi rappresentativi del bagaglio esperienziale, qualitativo, tecnologico delle società ausiliarie; c) nei requisiti messi a disposizione da parte delle ausiliarie sarebbero stati inseriti altri elementi che, lungi dal rappresentare ciò che occorreva per l'accesso alla gara, sarebbero stati utilizzati (indistintamente, per tutti i criteri previsti dalla legge di gara) ai fini premiali nella valutazione dell'offerta tecnica.

2.1.- Il motivo non persuade.

La problematica dell'avvalimento c.d. premiale (che evoca, in buona sostanza, la praticabilità del suo utilizzato anche ai fini del riconoscimento di un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica, ove essa sia formulata tenendo in considerazione le competenze, risorse e capacità effettivamente trasferite all'operatore economico ausiliato) postula, alla luce della diffusa e non sempre inequivoca elaborazione giurisprudenziale, di essere ricondotta ai suoi esatti termini.

Invero, come con puntualità evidenziato dal primo giudice, a fronte di un orientamento sostanzialmente favorevole e *prima facie* generalizzante (che muove dalla considerazione che ciò che è oggetto del contratto di avvalimento entri a fare organicamente parte della complessiva offerta presentata dalla concorrente: cfr. CGARS, sez. I, 15 aprile 2016, n. 109), si trova affermato un avviso apparentemente preclusivo (da ultimo ribadito – peraltro, con riferimento ad una fattispecie in cui l'ausiliata *era già in possesso, in proprio, dei requisiti di partecipazione* – da Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1881) ed uno in certo senso intermedio, sposato dalla sentenza appellata, che lo esclude nei casi in cui l'elemento di valutazione dell'offerta consista in un requisito soggettivo o curriculare, ammettendolo per i requisiti speciali.

2.2.- Il Collegio ritiene, alla luce delle considerazioni che seguono, che si tratti di un contrasto piuttosto apparente che reale.

Come è noto, la funzione essenziale dell'istituto è quella di legittimare, nella prospettiva proconcorrenziale del *favor participationis*, l'ampliamento della platea dei potenziali concorrenti alle procedure evidenziali, attraverso l'abilitazione all'accesso di operatori economici che, pur privi dei necessari *requisiti*, dei *mezzi* e delle *risorse* richieste dalla legge di gara, siano in grado di acquisirli grazie all'apporto collaborativo di soggetti terzi, che ne garantiscano la messa a disposizione per la durata del contratto.

La complessiva logica '*economica*' sottesa al meccanismo partecipativo si traduce, sul piano '*giuridico*', nella valorizzazione – in un contesto negoziale trilaterale, operante sia *sul piano interno* dei "*legami*" (peraltro formalmente non tipizzati) tra la concorrente ausiliata e l'impresa ausiliaria che *sul piano esterno* dei rapporti con la stazione appaltante (cfr. art. 89,

comma 1 d. lgs. n. 50/2016, che pretende la formalizzazione di apposita dichiarazione promissoria impegnativa indirizzata *ad utrasque*) – di una effettiva ‘*messa a disposizione*’ di risorse di carattere economico, finanziario tecnico o professionale (corrispondenti al c.d. *requisiti speciali*, di ordine oggettivo, concretanti *criteri di selezione* delle offerte, ex art. 83 d. lgs. cit.) che, ferma restando la formale imputazione della esecuzione (cfr. art. 89, comma 8), giustifica (anche laddove l’ausiliaria non assuma, come pure è astrattamente possibile, il ruolo di impresa associata o subappaltatrice: cfr., rispettivamente, art. 89, commi 1 e 8) la responsabilità solidale per l’esatto adempimento (cfr. art. 89, comma 5).

Per tal via, la (concreta) funzione dell’avvalimento (che ne fonda e, ad un tempo, ne limita la *meritevolezza* sul *piano civilistico* dei programmati assetti negoziali e la *legittimità* sul *piano pubblicistico* della dinamica procedimentale evidenziale) si specifica in relazione alla sua chiarita attitudine a dotare un operatore economico (che ne fosse privo) dei *requisiti* economico-finanziari, delle *risorse* professionali e dei *mezzi* tecnici “*necessari per partecipare ad una procedura di gara*”.

Sta in ciò (di là dalla distinzione tra avvalimento *operativo* ed avvalimento *tutorio*, rispettivamente operanti sul piano della *prestazione divisata* o della mera funzione di *garanzia* della serietà e qualità dell’offerta) il fondamento, diffusamente ribadito in giurisprudenza (cfr., da ultimo, la ricordata Cons. Stato n. 1881/2020), del divieto dell’avvalimento (*meramente*) premiale, il cui scopo (che trasmoda in *alterazione*, piuttosto che di *implementazione*, della logica concorrenziale) sia, cioè, *esclusivamente* quello di conseguire (non sussistendo alcuna concreta *necessità* dell’incremento delle risorse) una migliore valutazione dell’offerta.

Appare, in altri termini, dirimente la circostanza che il ricorso all’istituto operi a favore di un operatore che, in difetto, sarebbe effettivamente *privo dei requisiti di partecipazione* (alla cui acquisizione è, per tal via, *concretamente funzionale* l’apporto *operativo* dell’impresa ausiliaria) ovvero di chi – potendo senz’altro concorrere, avendone mezzi e requisiti – miri esclusivamente a alla (maggior) valorizzazione della (*propria*) proposta negoziale: nel qual caso la preclusione deve essere, *propter tenorem rationis*, correlata all’*abuso* di avvalimento, che lo trasforma, di fatto, in un mero *escamotage* per incrementare il punteggio ad una offerta *cui nulla ha concretamente da aggiungere la partecipazione ausiliaria*.

Con più lungo discorso, appare del tutto *fisiologica* l’eventualità che l’operatore economico concorrente ricorra all’avvalimento al fine di conseguire requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempli nell’ambito della stessa anche beni prodotti o forniti dall’impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest’ultima: nel qual caso è evidente che i termini dell’offerta negoziale devono poter essere valutati ed apprezzati *in quanto tali, con l’attribuzione dei relativi punteggi*, nella prospettiva di una effettiva messa a disposizione della stazione appaltante all’esito dell’aggiudicazione e dell’affidamento del contratto.

Deve, per contro, ritenersi precluso che il concorrente si avvantaggi, rispetto agli altri, delle esperienze *pregresse* dell’ausiliaria, ovvero di *titoli* o di *attributi* spettanti a quest’ultima (che, in quanto tali, non qualificano *operativamente* ed *integrativamente* il tenore dell’offerta e non

siano, perciò, oggetto di una *prospettica e specifica* attività esecutiva): ciò che, appunto, deve segnatamente dirsi nella ipotesi in cui il concorrente *possessa già, in proprio*, le risorse necessarie per l'esecuzione della commessa e ricorra all'ausilio all'esclusivo (ed evidentemente immeritevole) fine di conseguire un mero punteggio incrementale, cui non corrisponderebbe una *reale ed effettiva* qualificazione della proposta.

Del resto, a diversamente opinare, non solo si negherebbe la stessa *ratio* proconcorrenziale dell'istituto, ma si finirebbe per contraddire il canone di *par condicio* dei competitori, per i quali non sussistono, sul piano generale, preclusioni di sorta alla possibilità di indicare, nell'offerta, beni prodotti da altre imprese ovvero mezzi, personale e risorse, la cui disponibilità fosse acquisita in forza di contratti di subappalto o di subfornitura o di qualunque altro tipo di contratto idoneo.

In questo senso, anzi, trova piena giustificazione la *generità tipologica* che connota, per espressa opzione positiva, l'avvalimento, il cui tratto essenziale (fatto palese dalla evidente labilità connotativa della relativa formula linguistica) è proprio quello della irrilevanza, per la stazione appaltante, della natura dei rapporti sottostanti tra il concorrente ausiliato e l'impresa ausiliaria, in quanto ciò che occorre accertare è solo che il primo dimostri di poter disporre, *a qualsiasi titolo*, dei mezzi della seconda.

Se così è, non è esatto l'assunto, che dà corpo alla tesi dell'appellante, per cui l'avvalimento rilevi soli *ai fini della qualificazione* e non anche (alle riassunte condizioni) *per la valutazione dell'offerta* (come accaduto nel caso di specie).

Per l'effetto, sotto il profilo in questione, l'appello non è fondato.

3.- Con il secondo motivo di gravame, l'appellante lamenta che la stazione appaltante, e con essa il primo giudice, non abbia tenuto conto della circostanza, vanamente denunciata in prime cure, che alcune delle prestazioni che il raggruppamento aggiudicatario controinteressato aveva deciso di affidare, a titolo di miglioria, ad impresa ausiliaria (segnatamente: il supporto da remoto attraverso il *web call center* gestito da Project Automation S.p.A. dalla propria sede di Monza) non avrebbero, in realtà, potuto essere garantite in sede esecutiva, dal momento che le stesse non avevano costituito oggetto di corrispondente ed idoneo avvalimento: sicché l'offerta avrebbe dovuto essere esclusa o, quanto meno, avrebbe dovuto subire una corrispondente decurtazione del relativo punteggio.

3.1.- Il motivo non è fondato.

Va osservato che il "*software web call center*" e la correlativa piattaforma "*Zabbix*" (cui era stato affidato il profilo migliorativo della complessiva offerta tecnica) costituiscono sistemi c.d. *open source* liberamente scaricabili e, dunque, senz'altro accessibili ed acquisibili, senza necessità di espressa e specifica formalizzazione inclusiva nell'oggetto del contratto di avvalimento.

Come è noto, invero, la formula giuridica del c.d. *open source* evoca, nel linguaggio informatico, un *software* rilasciato e distribuito con 'codice sorgente' aperto, liberamente

utilizzabile oltrech  eventualmente modificabile dai singoli sviluppatori, in modo da ottenere un prodotto finale pi  completo e funzionale del prodotto di partenza, a sua volta redistribuibile alla medesime condizioni (c.d. *share alike*).

Si tratta di una nozione di bene immateriale che fa capo alle tipologie di modelli di licenza *Creative commons*, tutti rigorosamente *non esclusivi* e *gratuiti* e preordinati a rendere libera la copia, la distribuzione, la pubblicazione, lo sviluppo di creazioni, sempre e comunque nei limiti e nel rispetto del diritto d'autore e del *copyright*: nozione pi  ampia del c.d. *free software*, che ammette l'uso non gratuito.

Ne discende che – proprio in correlazione alla *libera disponibilit * della relativa risorsa – non appare, per un verso, necessario che, le quante volte se ne prefiguri l'utilizzazione in sede di formalizzazione dell'offerta, l'operatore economico dia dimostrazione di un *autonomo titolo giuridico* e che, per altro verso – laddove se ne programmi, come nella specie, l'utilizzazione da parte di impresa ausiliaria – si incorpori il relativo impegno negli accordi sottesi alle divise modalit  di avvalimento (proprio perch    sempre possibile, senza condizioni e limitazioni, farvi ricorso).

Erra, perci , l'appellante nel ritenere che la prestazione migliorativa di teleassistenza non avrebbe potuto essere fornita (per asserita impossibilit  giuridica) non essendo posseduta in proprio dalle imprese del raggruppamento controinteressato e non potendo nemmeno essere subappaltata alla Project Automation perch  estranea al contratto di avvalimento.

4.- Con distinto motivo, l'appellante evidenzia, in dissenso rispetto alla valutazione espressa sul punto dal primo giudice, che lo schema partecipativo utilizzato dal raggruppamento Clei – caratterizzato da tre avvalimenti e prospettico subappalto alle tre imprese ausiliarie – non sarebbe stato idoneo a conferire certezza in ordine alla effettiva possibilit  di eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto, essenzialmente in ragione della circostanza che l'autorizzazione al subappalto (a favore dell'ausiliaria) sarebbe normativamente oggetto di una (facoltativa e, perci , solo eventuale) determinazione autorizzativa rimessa alla (non sindacabile) discrezionalit  della stazione appaltante.

Con ci , in buona sostanza, la mera eventualit  che, per qualunque ordine di ragioni, tale autorizzazione non fosse stata rilasciata testimonierebbe, sotto il profilo sostanziale, della intrinseca *incertezza* della proposta negoziale e, sotto il profilo formale, del carattere *condizionato* della stessa.

4.1.- L'assunto   senz'altro erroneo.

Importa, anzitutto, ribadire che le modalit  di partecipazione alla gara di operatori economici (anche e soprattutto quando siano in concreto privi dei necessari requisiti) rispondono ad una libera scelta di organizzazione imprenditoriale, che la normativa di settore, in piena conformit  alla prospettiva eurocomune, conosta contemplando plurime forme di "*collaborazione*" tra imprese, al precipuo scopo, ispirato ad una logica proconcorrenziale, di consentire l'accesso competitivo anche quando, da sole, non potrebbero conseguirlo: tra queste forme rientrano, oltre alle modalit  consortili e temporaneamente associative, lo sfruttamento dell'avvalimento

e il ricorso al subappalto (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2019, n. 321).

In tale prospettiva, l'art. 89, comma 8 del d. lgs. n. 50/2016 concede *senz'altro* all'impresa concorrente di indicare come subappaltatore (sia pure "*nei limiti dei requisiti prestati*") un operatore economico coinvolto a titolo di ausiliario: il che è, di suo, sufficiente a legittimare (di là dal rilievo che, *ad abundandiam*, la relativa possibilità era stata prevista ed autorizzata *ex ante* dalla *lex specialis*) la prescelta opzione organizzativa e la strumentale articolazione dell'offerta. L'assunto che si tratti, in tal caso, di offerta condizionata e, come tale, inammissibile è contraddetto dalla stessa portata della norma (di quella generale, come di quella speciale conforme), che sarebbe, a seguire il ragionamento dell'appellante, priva di senso.

5.- Con un quarto motivo di appello, la società Orion censura la sentenza impugnata, nella parte in cui ha respinto il motivo del proprio ricorso di prime cure, con il quale aveva lamentato la carenza, in capo al raggruppamento Clei, del requisito di cui alla lettera *d*) dell'art.7.3 del Disciplinare ("*elenco delle attività simili o analoghe a quelle del presente appalto eseguite negli ultimi tre anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando di gara, per un fatturato complessivo non inferiore al 80% dell'importo a base di gara*"), sull'assunto che siffatto requisito avrebbe costituito oggetto dell'avvalimento concesso dal Consorzio Inpower ma non, invece, degli avvalimenti concessi dalle società Project Automation Spa e B.M. tecnologie industriali.

5.1.- Il motivo non è fondato.

Invero, come correttamente ritenuto dal primo giudice, la lettura dei contratti stipulati dalla Clei con le imprese ausiliarie conferma che oggetto di avvalimento erano entrambi i requisiti di capacità tecnica di cui alla lettera *C*) delle premesse (e – quindi – sia il requisito indicato *sub e*) che il requisito indicato *sub d*) di cui al par. 7.3. del disciplinare di gara).

A diversa interpretazione non può indurre la circostanza che, nelle note di trasmissione occorse tra le parti, a causa di un evidente errore materiale, siano stati erroneamente indicati i requisiti di capacità tecnica professionale richiesti dal Disciplinare: deve, infatti, darsi prevalenza alle *effettive* pattuizioni intercorse tra le imprese, consacrate nei contratti di avvalimento e confermate dalle dichiarazioni rese dalle imprese ausiliarie ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. 50/16.

6.- Con il quinto motivo, l'appellante reitera la doglianza con la quale si duole che nel contratto di avvalimento stipulato con il Consorzio Stabile Inpower, avente ad oggetto le prestazioni riferite all'impianto di videosorveglianza e alla fornitura di *hardware*, era stato previsto che quest'ultimo avrebbe messo a disposizione dell'ausiliata Clei le seguenti unità di personale: "*N. 1 Direttore Tecnico; N. 1 Impiegato tecnico – operatore CAD; N. 1 Responsabile di Commessa – Impiegato tecnico; N. 1 Responsabile per la sicurezza in cantiere; N. 2 Operai IV livello metalmeccanico e n. 1 operaio V livello metalmeccanico*", laddove, nell'offerta tecnica, e segnatamente nell'allegato n. 3, erano state indicate tre unità di personale (*1 Network Engineer Ing. Angelo Russo, n.1 System Engineer Ing. Pasquale Vitagliano e n.1 Network Administrator Giovanni Postiglione*) tutte e tre dipendenti della soc. Metoda S.p.A. (consorziata

del consorzio stabile Inpower). Per l'effetto, non essendo le suddette risorse mai state concesse in avvalimento dalla Metoda S.p.A. in favore del Consorzio Stabile Inpower, esse non avrebbero potuto essere utilizzate dal predetto Consorzio per l'esecuzione delle prestazioni di sua competenza e, in ogni caso, la società sarebbe incorsa nel divieto di cui all'art. 89, comma 6 del d. lgs. n. 50/2016, che vieta l'avvalimento c.d. a cascata, inibendo all'ausiliario di avvalersi, a sua volta, di altro soggetto.

6.1.- Il motivo non è fondato.

Di là da ogni altro rilievo, occorre invero osservare (con considerazione che assume, in relazione al caso in esame, carattere assorbente) che il modulo del consorzio stabile, quale delineato dagli artt. 45, comma 2 lettera c) e 48 d. lgs. n. 50/2016, struttura e concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza, nella sostanza, una peculiare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile, con la conseguenza che siffatto modulo organizzativo e gestionale consente al Consorzio, che non opti per la qualificazione in proprio e sulla base dei requisiti direttamente posseduti, di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento ex art. 89 d.lgs. n. 50/2006.

Ne discende che, nei rapporti consorzio e imprese consorziate non è configurabile – nel caso in cui, come nella specie, il Consorzio si presenti nelle vesti di operatorie ausiliario – una fattispecie di avvalimento c.d. a cascata.

7.- Va esaminato, a questo punto, il motivo dell'appello principale con cui si lamenta l'erroneità della sentenza impugnata, nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso incidentale di primo grado (e ciò in relazione all'interesse dell'appellante principale a veder consolidata, a dispetto della sancita estromissione, la propria posizione di seconda graduata.

Con il motivo in questione, la società Clei aveva criticamente evidenziato che il raggruppamento appellante, in cui la Orion s.r.l. aveva assunto il ruolo di mandataria e il Consorzio Stabile Infratech s.c.a.r.l. e la Società Novasistemi s.r.l. quello di mandanti, avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per mancanza, da parte della consorziata designata dal Consorzio Stabile Infratech S.C.a.r.L. (Società SITE), dei requisiti di qualificazione di cui al paragrafo 7.3, lettere c) e d) del disciplinare, in relazione ai servizi di fornitura e posa in opera delle reti di telecomunicazione e di trasmissione dati (videosorveglianza urbana).

Il TAR ha ritenuto tale doglianza fondata, sul complessivo assunto: a) che, quanto alla ripartizione dei requisiti di ammissione tra i partecipanti di un raggruppamento temporaneo orizzontale o – come nel caso in esame – di tipo misto, per la specifica sub-articolazione orizzontale in relazione alla attività sopra indicata, fosse necessario, ai sensi dell'art. 83, comma 8 del d. lgs. n. 50/2016, il possesso, da parte di ciascun partecipante al raggruppamento, dei requisiti tecnico-professionali di ammissione seppure in quote non uguali, ma con un maggioritario possesso da parte della mandataria (o sub-mandataria); b) che – pur non essendo direttamente operante, nella specie, la rigida ripartizione delle quote sancita dall'art. 92, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010 (tuttora vigente in virtù della previsione di cui all'art. 216, comma 14, del D.Lgs. n. 50 del 2016, su cui, da ultimo, cfr. Consiglio di Stato,

Adunanza Plenaria n. 6/2019), non trattandosi di qualificazione per lavori – tutti i partecipanti al raggruppamento avrebbero dovuto possedere la qualificazione richiesta per le prestazioni oggetto di gara; c) che la consorziata SITE, designata dal Consorzio Infratech per l'esecuzione della quota (minoritaria) dell'attività di videosorveglianza, non aveva fatto alcuna menzione del possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionali richiesti dal punto 7.3 della *lex specialis* (e, segnatamente, dalla domanda di partecipazione alla gara emergeva che, in relazione agli impianti di reti di telecomunicazioni e di trasmissione dati – videosorveglianza urbana, la quota maggioritaria, pari al 74,54%, era stata assunta da Novasistemi s.r.l., mentre la restante quota, pari al 25,46%, era stata assunta da Infratech Consorzio Stabile s.c. a r.l., la quale, sul punto, aveva rimandato “a quanto dichiarato dalla consorziata indicata SITE”, senza tuttavia dare congruo seguito al preannuncio e, con ciò, facendo riferimento solo alle capacità tecnico-professionali richieste per un'altra prestazione oggetto del complesso appalto, ovvero per l'attività di monitoraggio della qualità dell'aria, non menzionando quella oggettivamente separata della videosorveglianza.

L'appellante lamenta che il TAR non abbia considerato che, come vanamente dedotto in prime cure, la partita “videosorveglianza” era formata da due macrovoci: a) la prima rappresentata dalla vera e propria installazione delle tecnologie; b) l'altra da lavorazioni (opere civili) contenute nel computo metrico estimativo dell'importo di € 178.877,40 (voce NP01) e di € 113.289,02 (voce L.02.040.060b): di tal che la somma delle predette voci rappresentava proprio il 25,46% della quota di videosorveglianza che il Consorzio Infratech aveva assunto nell'ambito del subraggruppamento con la società Novasistemi.

7.1.- Il motivo non è fondato.

Nella colonna “*parte della fornitura/del servizio*” della domanda di accesso alla procedura, si legge che il Consorzio Infratech avrebbe eseguito una quota pari al “*25,46% degli impianti di rete e di telecomunicazione e di trasmissione dati (videosorveglianza urbana); una quota al 100% delle opere edili OG1; una quota del 100% delle componenti strutturali in acciaio OS18A; una quota del 74,54% degli impianti di rete di telecomunicazione e trasmissione dati*”.

Nel DGUE del Consorzio, era confermato che, “*relativamente al requisito di cui al punto 7.3, lettera c) e d) si rimanda a quanto dichiarato dalla consorziata indicata SITE*”.

Senonché, la SITE – designata dal Consorzio Infratech – non è risultata in possesso di alcun requisito tecnico-professionale relativo alle attività di videosorveglianza, possedendo solo requisiti relativi all'altra attività di opere di impianti di bonifica e protezione ambientale dalla stessa assunta come mandante nell'ambito di altro subraggruppamento orizzontale con la Società Orion.

Appare, perciò, corretta la valutazione del primo giudice in ordine alla mancata dimostrazione dei necessari requisiti di partecipazione, che legittima l'estromissione dalla gara del raggruppamento.

8.- Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello principale deve ritenersi complessivamente infondato (risultando inammissibili, per carenza di interesse, le ulteriori

doglianze intese a censurare l'accoglimento, per quanto di ritenuta ragione, del ricorso incidentale di primo grado).

Ne discende, altresì, per carenza di interesse, l'improcedibilità dell'appello incidentale.

La complessità delle questioni esaminate giustifica l'integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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