

Nell'avvalimento esperienziale l'ausiliara non deve compiere l'ordinaria "messa a disposizione" di risorse umane e strumentali ma eseguire direttamente le prestazioni

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 12-9-2022

In realtà, il contratto de quo aveva, in fatto, previsto che l'ausiliara fosse obbligata "incondizionatamente e irrevocabilmente", nei confronti dell'ausiliata e della stazione appaltante, "ai fini della partecipazione alla gara, nonché per l'esecuzione delle relative prestazioni di appalto", a "fornire e a mettere a disposizione" per tutta la durata dell'appalto e comunque per tutto il tempo previsto dal bando di gara, "nei modi stabiliti dall'art. 89 del D.lgs. 50/2016 e dalla lex specialis di gara", i requisiti e le risorse espressamente indicati. Per tal via, alla luce degli ordinari canoni di ermeneutica contrattuale, avrebbe dovuto essere chiaro: a) che l'impegno promesso riguardasse effettivamente l'"esecuzione delle [...] prestazioni di appalto", alle quali era strumentale la, peraltro necessaria, indicazione delle risorse "messe a disposizione"; b) che, del resto, il perspicuo riferimento non meno che alla regola di gara che ai "modi stabiliti dall'art. 89" del Codice, avrebbe dovuto essere acquisito nel senso della puntuale conformazione alle condizioni normative di partecipazione in forma ausiliaria, in luogo dell'inopinato contrario.

Con la sintetica formula linguistica di "avvalimento esperienziale" si fa riferimento alla forma di avvalimento (necessariamente) operativo che – giusta la previsione dell'art. 89, comma 1 d. lgs. n. 50/2016, in coerenza con l'art. 63, § 1 della Direttiva n. 24/2014/UE, concerne "i titoli di studio e professionali" e le "esperienze professionali pertinenti", in ordine ai quali la valorizzazione cooperativa "delle capacità di altri soggetti" postula, in termini condizionanti, che "questi ultimi esegu[a]no direttamente" (e, per l'effetto, si impegnino effettivamente ad eseguire personalmente, non limitando l'apporto ausiliario alla mera "messa a disposizione", per la durata dell'appalto, delle relative "risorse necessarie", di cui il concorrente ausiliato fosse carente) "i lavori o i servizi per cui tali capacità s[ia]no richieste".

La regola trae il suo fondamento dal carattere e dalla natura essenzialmente intellettuale di tali servizi (tra cui rientrano la progettazione, la direzione dei lavori, la vigilanza e il controllo sulla esecuzione del contratto etc.), che ne postulano l'esecuzione necessariamente personale.

D'altra parte, trattandosi di apprezzare l'idoneità del contratto di avvalimento nella prospettiva a priori della verifica dei requisiti di partecipazione alla procedura evidenziale, è chiaro che il tratto testuale della condizione posta dall'art. 84 ("se [...] eseguono direttamente") va acquisito (palesandosi altrimenti illogico) nei sensi prospettici e programmatici della idoneità dell'assunzione, in parte qua, dell'impegno diviso: sicché – ad integrazione del generico canone dell'obbligo "a mettere a disposizione" le risorse, reali o personali – il contratto deve prevedere, in termini chiari e non equivoci, il (più

specifico) impegno o promessa ad “eseguire direttamente”, sì da garantire, in tal senso, la stazione appaltante.-

La recente crisi pandemica ed il conflitto, tuttora in corso, russo/ucraino, hanno inciso in modo negativo sulla realizzazione delle opere infrastrutturali e nei confronti di tutti gli interventi che rientrano nell’ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

L’esecutivo ha agito incisivamente sulla materia, adottando varie norme che hanno evitato che l’aumento vertiginoso del prezzo dei materiali pesasse negativamente sull’attività delle aziende.

Nello stesso tempo l’azione riformatrice del governo, e in particolare relativamente alla modifica del codice dei contratti pubblici, si sta incentrando, tra l’altro, sull’indispensabile e necessario tema della *qualificazione delle stazioni appaltanti*.

La predetta riforma in materia di appalti è indirizzata proprio a far sì che micro, piccole e medie imprese possano beneficiare di misure di semplificazione, attese, ormai, da molto tempo.

Dottrina e giurisprudenza sono intervenute, anche recentemente, sull’argomento, in modo che la spinta innovatrice possa accelerare ulteriormente.

Come è noto un’impresa partecipante ad una procedura di gara può non trovarsi nella condizione di possedere tutti i requisiti necessari per intervenire nella medesima selezione.

Tuttavia l’operatore economico, per far fronte a tale mancanza, può ricorrere all’istituto dell’avvalimento, previsto dall’art.89 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*).

Tale figura può essere di due tipi:

-l’*avvalimento di garanzia*, che riguarda la capacità economica e finanziaria dell’ausiliaria di rispettare le obbligazioni derivanti dal contratto;

– l’*avvalimento tecnico operativo*, concernente le risorse materiali necessarie in concreto all’esecuzione del medesimo contratto (in particolare dotazioni di personale e di macchinari).[\[1\]](#)

L’intervento del Consiglio di Stato ha il pregio di individuare, in modo dettagliato, quando sia previsto che, proprio al fine di una migliore riuscita dell’opera, lo stesso operatore economico debba eseguire “*direttamente*” la prestazione.

In particolare la pronuncia del supremo Consesso di giustizia amministrativa assume notevole importanza in quanto se è necessario, come detto, che le stazioni appaltanti e le centrali di committenza siano profondamente qualificate, la stessa miglioria è richiesta per l’operatore economico, principalmente in caso di esecuzione diretta della funzione.

Nello specifico la Sezione si concentra su due punti: la mera “*messa a disposizione*” di mezzi, personale e professionalità, a fronte, come detto, della “*diretta esecuzione*” delle prestazioni da parte dell’impresa.

Indubbiamente l’attuazione diretta è inevitabile, *in primis*, quando siano presenti *prestazioni infungibili*: di conseguenza, l’avvalimento che opererà in tale contesto sarà necessariamente quello di natura “*esperienziale*”.

Nel concreto tale specie di avvalimento si collocherà su un gradino più alto rispetto all’ordinario istituto operativo, proprio perché caratterizzata dalla peculiarità delle funzioni da svolgere, rappresentando, di conseguenza, un ulteriore distinta terza categoria.

A tal proposito giova rammentare come anche la giurisprudenza amministrativa di primo grado [\[2\]](#)abbia rimarcato la differenza esistente tra i due istituti,

Nello specifico il tribunale amministrativo ha evidenziato che nell’“*avvalimento ordinario operativo*” l’operatore economico partecipante alla gara debba dimostrare di essere in possesso di determinate caratteristiche. Soprattutto, di tutte quelle garanzie connesse all’effettivo impiego e alla reale disponibilità di mezzi e delle risorse necessarie nella fase esecutiva. L’assenza di tali requisiti determinerebbe, inevitabilmente, la *nullità* degli stessi contratti.

Al contrario, ribadisce il Tar del Lazio, nell’avvalimento afferente alle “*esperienze professionali pertinenti*” la “*messa a disposizione di mezzi, personale e professionalità non è sufficiente al fine di garantire la validità del contratto, essendo necessaria l’ineludibile assunzione dell’obbligo, da parte dell’ausiliaria, di eseguire personalmente e direttamente le prestazioni dedotte in contratto*”.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 24/08/2022

N. 07438/2022REG.PROV.COLL.

N. 05303/2021 REG.RIC.

N. 03870/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 5303 del 2021, proposto da City Green Light S.r.l., in proprio nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Enel Sole S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Calegari, Nicola Creuso e Stefania Lago, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, alla via Alberico II, n. 33;

contro

Provincia di Savona, non costituita in giudizio;

nei confronti

Engie Servizi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luisa Torchia e Gabriele Sabato, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luisa Torchia in Roma, al viale Bruno Buozzi, n. 47;

Ottima S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Martina Alò, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

Comune di Savona, Citelum S.A., Ardea Energia S.r.l., Iren Rinnovabili S.p.A., Gi One S.p.A., non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 3870 del 2021, proposto da Engie Servizi S.p.A., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Ardea Energia S.r.l., Iren Rinnovabili Spa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Luisa Torchia e Gabriele Sabato, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luisa Torchia in Roma, al viale Bruno Buozzi, n. 47;

contro

City Green Light S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Calegari, Nicola Creuso e Stefania Lago, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, alla via Alberico II, n. 33;
Gi One Spa, Enel Sole S.r.l., non costituiti in giudizio;

nei confronti

Ottima S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Martina Alò, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Massimiliano Brugnoletti in Roma, alla via Antonio Bertoloni, n. 26/b;
Provincia di Savona, Citelum S.A., Comune di Savona, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 167/2021, resa tra le parti

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Engie Servizi S.p.A., di Ottima S.r.l. e di City Green Light S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2022 il Cons. Giovanni Grasso e preso atto della richiesta in atti di passaggio in decisione, senza discussione, avanzata dagli avvocati Torchia, Sabato, Calegari, Creuso, Lago, Brugnoletti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con determinazione a contrarre n. 4466 del 20 dicembre 2018, la Provincia di Savona approvava il capitolato speciale di appalto, lo schema di contratto quadro e lo schema di contratto attuativo per l'affidamento del "*servizio di prestazione energetica, riqualificazione energetica, gestione e manutenzione dell'impianto di pubblica illuminazione del Comune di Savona*", stabilendo, altresì, di affidare l'appalto mediante procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il pedissequo bando di gara richiedeva, tra gli altri requisiti di partecipazione, il possesso “*in organico*”, da parte dell’operatore economico, “*di un tecnico professionale in grado di sviluppare i progetti che [sarebbero stati] predisposti e in grado di garantire l’espletamento di tutte le funzioni necessarie agli obblighi concessori*” (punto III 2.3. lettera A)).

Prescriveva, inoltre, che “*il progettista degli interventi di riqualificazione energetica dell’impianto elettrico, interno od esterno all’organizzazione dell’offerente, [fosse] regolarmente iscritto all’albo professionale per le specifiche competenze tecniche richieste [avendo] esercitato la professione per almeno cinque anni*” e che “*il progettista illuminotecnico, inteso come colui che redige il progetto illuminotecnico, interno od esterno all’organizzazione dell’offerente, [dovesse] possedere i seguenti requisiti: essere iscritto all’ordine degli ingegneri/architetti o all’ordine dei periti, ramo elettrico o ad una associazione di categoria del settore dell’illuminazione pubblica, regolarmente riconosciuta dal Ministero dello sviluppo economico ai sensi della L. 4/2013; aver svolto negli ultimi 5 anni prestazioni di progettazione o assistenza alla progettazione di impianti di illuminazione pubblica come libero professionista ovvero come collaboratore/associato/dipendente di uno studio di progettazione o società e che tali prestazioni comprend[essero] uno o più progetti di realizzazione/riqualificazione energetica di impianti di illuminazione pubblica per un numero di punti luce complessivo pari o superiore a 10000*”.

Presentavano offerta per l’aggiudicazione del servizio Engie Servizi s.p.a., City Green Light S.r.l., Siram S.p.A. e Ottima s.r.l., tutte in qualità di mandatarie di costituendi raggruppamenti temporanei di impresa, nonché Citelum Groupe Edf S.A., in proprio.

All’esito della valutazione comparativa, con provvedimento prot. n. 4512 del 22 novembre 2019, la gara veniva aggiudicata al raggruppamento capeggiato da Engie Servizi s.p.a., collocatosi al primo posto in graduatoria.

Con distinti ricorsi, incardinati presso il TAR per la Liguria e successivamente integrati per aggiunta di motivi, gli esiti della gara erano contestati dalla seconda graduata Ottima s.r.l. e dalla quarta gradata City Green Light s.r.l., sul concorrente, critico e decisivo assunto della carenza, in capo all’aggiudicataria, dei requisiti del c.d. avvalimento esperienziale, in ragione del fatto che l’impresa indicata quale ausiliaria, M10 Studio, si era limitata a “*mettere a disposizione*” le proprie risorse professionali, senza assumere l’impegno diretto all’esecuzione.

Per parte sua, analoga doglianza – non disgiunta da ulteriori profili censori ad attitudine caducante, incentrati sulla argomentata commissione tra offerta tecnica ed offerta economica che avrebbe connotato l’operato della Commissione di gara – formulava City Green Light s.r.l. nei riguardi della seconda e della terza graduata.

Con sentenza n. 167/2021, resa nel rituale contraddittorio delle parti e previa riunione dei gravami per ragioni di connessione oggettiva e soggettiva, il TAR adito, in assorbente accoglimento del primo motivo di censura proposto da Ottima s.r.l., annullava l’aggiudicazione in favore di Engie Service s.p.a., sull’argomentato assunto che, in relazione ai “*titoli di studio e professionali di cui all’allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali*”

pertinenti”, l’avalimento fosse condizionato all’impegno dell’ausiliaria ad “*esegu[ire] direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità [erano] richieste*”, nella specie carente. Di conserva, il ricorso proposto da City Green Light s.r.l. – ritenuto idoneo, in reiezione del motivo sul punto, le modalità di avalimento proposte da Ottima s.r.l. – era dichiarato inammissibile, per carenza di interesse.

Con separati appelli, notificati nei tempi e nelle forme di rito, sia Engie Service s.p.a. che City Green Light s.r.l. impugnavano la ridetta statuizione, di cui argomentavano, per quanto di rispettivo interesse, la complessiva erroneità ed ingiustizia, devolutivamente reiterando, altresì, i motivi di censura rimasti assorbiti.

Nel rituale contraddittorio delle parti, alla pubblica udienza del 10 febbraio 2022, sulle reiterate conclusioni dei difensori, le cause, chiamate in trattazione congiunta nella prospettiva esigenza di riunione, venivano riservate per la decisione.

DIRITTO

1.- Gli appelli, di cui occorre disporre la riunione in quanto proposti avverso la medesima sentenza (cfr. art. 96, comma 1 cod. proc. amm.) sono infondati e meritano di essere respinti.

2.- Vale esaminare con priorità l’appello proposto da Engie Service s.p.a. che, con il primo mezzo, ha lamentato *error in iudicando* per errata applicazione dell’art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, dell’art. 63 della direttiva 2014/24/UE e del punto III.2.3 del bando di gara, relativamente alla interpretazione, giusta gli artt. 1363 ss. cod. civ., del contratto di avalimento stipulato con MI10studio.

A suo dire, avrebbe errato il primo giudice nel ritenere inidoneo il ridetto contratto, per contrasto con le condizioni scolpite all’art. 89 del d. lgs. n. 50/2016, sul presupposto che lo stesso non avrebbe previsto l’*“esecuzione diretta”* della prestazione da parte dell’ausiliaria, ma la semplice *“messa a disposizione”* del requisito professionale, al pari di ogni altro contratto di avalimento c.d. *standard*.

In realtà, il contratto *de quo* aveva, in fatto, previsto che l’ausiliaria fosse obbligata *“incondizionatamente e irrevocabilmente”*, nei confronti dell’ausiliata e della stazione appaltante, *“ai fini della partecipazione alla gara, nonché per l’esecuzione delle relative prestazioni di appalto”*, a *“fornire e a mettere a disposizione”* per tutta la durata dell’appalto e comunque per tutto il tempo previsto dal bando di gara, *“nei modi stabiliti dall’art. 89 del D.lgs. 50/2016 e dalla lex specialis di gara”*, i requisiti e le risorse espressamente indicati. Per tal via, alla luce degli ordinari canoni di ermeneutica contrattuale, avrebbe dovuto essere chiaro: a) che l’impegno promesso riguardasse effettivamente l’*“esecuzione delle [...] prestazioni di appalto”*, alle quali era strumentale la, peraltro necessaria, indicazione delle risorse *“messe a disposizione”*; b) che, del resto, il perspicuo riferimento non meno che alla regola di gara che ai *“modi stabiliti dall’art. 89”* del Codice, avrebbe dovuto essere acquisito nel senso della puntuale conformazione alle condizioni normative di partecipazione in forma ausiliaria, in luogo dell’inopinato contrario.

2.1.- Il motivo non è persuasivo.

Con la sintetica formula linguistica di “*avvalimento esperienziale*” si fa riferimento alla forma di *avvalimento (necessariamente) operativo* che – giusta la previsione dell’art. 89, comma 1 d. lgs. n. 50/2016, in coerenza con l’art. 63, § 1 della Direttiva n. 24/2014/UE, concerne “*i titoli di studio e professionali*” e le “*esperienze professionali pertinenti*”, in ordine ai quali la valorizzazione cooperativa “*delle capacità di altri soggetti*” postula, in termini condizionanti, che “*questi ultimi esegu[a]no direttamente*” (e, per l’effetto, si impegnino effettivamente ad eseguire personalmente, non limitando l’apporto ausiliario alla mera “*messa a disposizione*”, per la durata dell’appalto, delle relative “*risorse necessarie*”, di cui il concorrente ausiliato fosse carente) “*i lavori o i servizi per cui tali capacità s[ia]no richieste*”.

La regola trae il suo fondamento dal carattere e dalla natura essenzialmente intellettuale di tali servizi (tra cui rientrano la progettazione, la direzione dei lavori, la vigilanza e il controllo sulla esecuzione del contratto etc.), che ne postulano l’esecuzione necessariamente personale.

D’altra parte, trattandosi di apprezzare l’idoneità del contratto di avvalimento nella prospettiva *a priori* della verifica dei requisiti di partecipazione alla procedura evidenziale, è chiaro che il tratto testuale della condizione posta dall’art. 84 (“*se [...] eseguono direttamente*”) va acquisito (palesandosi altrimenti illogico) nei sensi prospettici e programmatici della idoneità dell’assunzione, *in parte qua*, dell’impegno divisato: sicché – ad integrazione del generico canone dell’obbligo “*a mettere a disposizione*” le risorse, reali o personali – il contratto deve prevedere, in termini chiari e non equivoci, il (più specifico) *impegno o promessa* ad “*eseguire direttamente*”, sì da garantire, in tal senso, la stazione appaltante.

Nel caso di specie, importa osservare: *a*) che – all’evidenza – è irrilevante il mero (ed in sé anodino) richiamo all’art. 89 cit. (che comprende anche modalità di avvalimento ordinario, ancorché operativo), non meno che (genericamente) alla *lex specialis*: dovendo, nel senso chiarito, l’impegno alla esecuzione diretta essere *specifico, concreto ed espresso*; *b*) che non è dirimente - a fronte del mero impegno a mettere a disposizione le proprie risorse (che, di nuovo, connota genericamente l’avvalimento in quanto tale) – il concorrente ed incidentale riferimento prospettico alla “*esecuzione delle relative prestazioni di appalto*”: e ciò in quanto la proposizione finale, di suo, incorpora e veicola una (generica ed omnicomprensiva) destinazione impressa alla dichiarata “*messa a disposizione*” delle risorse, ma non la qualifica nei sensi della “*personale*” esecuzione.

Correttamente, in definitiva, il primo giudice ha ritenuto inidoneo il contratto, sancendo l’estromissione dell’appellante dalla procedura, per difetto dei requisiti.

3. – Con il secondo motivo di gravame, l’appellante si duole di una irragionevole regolazione del carico delle spese di lite operata dal primo giudice, in asserita violazione dei canoni di cui all’art. 26 cod. proc. amm.: non trovando, in tesi, razionale e coerente giustificazione la concorrente misura della condanna disposta, per un verso, a proprio carico (in quanto parte soccombente nel giudizio proposto da Ottima s.r.l.) e della integrale compensazione disposta, anche nei propri confronti, nella lite promossa da City Green Light s.r.l. (bensì dichiarata, in

rito, inammissibile, ma in ragione della ritenuta infondatezza della censura proposta nei confronti della seconda graduata): onde, in definitiva, avrebbe dovuto beneficiare, quale parte vittoriosa *in parte qua*, del favore delle liti (ovvero di una generale e complessiva compensazione).

3.1.- Il motivo è infondato.

Corretto, sotto il primo profilo, il richiamo – che non postula giustificazioni aggiuntive – all'ordinario e regolare canone della soccombenza (cfr. art. 26 cod. proc. amm.), appare altresì esente da censura – in quanto giustificata, nell'esercizio di un potere ampiamente discrezionale, dalla valorizzazione degli esiti di mero rito, con assorbimento delle ulteriori ragioni di doglianza – l'opzione compensativa nel secondo giudizio.

4.- In definitiva, alla luce delle esposte considerazioni, deve ritenersi infondato l'appello di Engie Service s.p.a.

5.- Con un primo motivo di doglianza, anche City Green Service s.r.l. censura, per quanto di interesse, la sentenza impugnata, lamentando *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell'art. 89 cit. e della legge di gara.

All'uopo rammenta che, con il capo di sentenza individuato al punto 2.a), il TAR ha esaminato la propria "*impugnazione in aggiunta*", con cui essa, quarta classificata, aveva impugnato l'atto di aggiudicazione definitiva a favore di Engie Servizi s.p.a., sulla scorta di un duplice ordine di motivi, rispettivamente preordinati alla (strumentale) esclusione dei tre concorrenti collocati in posizione poziora e (subordinatamente) all'annullamento e al rifacimento della procedura di gara: nel far ciò, ha ritenuto – "*a prescindere dalla fondatezza o meno della censura [...] nei riguardi del RTI aggiudicatario Engie*" (di fatto, accolta negli assorbenti sensi discussi *supra*) – che la critica "*non coglie[sse] nel segno nei confronti della seconda classificata*", di tal che – "*poiché l'ammissibilità del motivo dipende[va] dalla fondatezza delle censure dirette avverso le posizioni di tutti i tre concorrenti che preced[eva]no in graduatoria la ricorrente*" – la riconosciuta infondatezza della censura "*relativamente al RTI Ottima*" determinasse la sua "*complessiva inammissibilità*".

Ciò posto, si duole che – relativamente alla posizione della seconda classificata (RTI Ottima) – sia stato ritenuto idoneo il contratto di avvalimento stipulato tra la mandante Gi One s.p.a. e l'ausiliaria Cler s.c., sull'assunto della sua estraneità (in quanto inerente il possesso della SOA richiesto a fini di qualificazione) all'ambito dell'avvalimento *stricto sensu* esperienziale: l'unico per il quale, giusta le coordinate ermeneutiche più sopra evocate e validate – sarebbe stata necessaria l'assunzione di un impegno specifico alla esecuzione personale.

A sostegno, assume che sarebbe proprio la formulazione dell'art. 89, comma 1 cit., a pretendere, anche nel caso di appalti di lavori (e quindi di appalti che prevedono il possesso dell'attestazione SOA), l'obbligo di esecuzione diretta da parte dell'ausiliario.

5.1.- Il motivo non è fondato.

Non è in discussione la possibilità che l'avvalimento che abbia ad oggetto l'attestazione SOA, che, del resto è, per consolidato intendimento (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 169), pienamente ammissibile, purché – come per regola – la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (cfr., *ex multis*, sez. V, 21 dicembre 2021, n. 8486).

Ciò posto, trattandosi di integrare comprensivamente i requisiti di capacità tecnico-professionale, tale modalità di avvalimento si caratterizza bensì come operativo (a differenza dell'avvalimento c.d. di garanzia, che concerne i requisiti economici e finanziari), ma non rientra (alla luce di una interpretazione necessariamente restrittiva, che deve guidare nella individuazione dei limiti, delle condizioni e dei divieti *in subiecta materia*, in quanto eccezioni alla generale operatività del preordinato meccanismo proconcorrenziale) nella (sottospecie) del descritto avvalimento "*esperienziale*", che concerne i soli requisiti strettamente "professionali", per i quali si impone, nei sensi considerati, l'impegno esecutivo personale e la sua programmatica assunzione.

6.- Alla luce delle considerazioni che precedono – che valgono a definitivamente consolidare la posizione di Ottima s.r.l. – le ulteriori ragioni di doglianza formulate da City Green Light s.r.l. relativamente ai contestati esiti di gara possono essere assorbite, per carenza di interesse.

7.- Restano, peraltro, da analizzare – non potendo, in tal caso, operare il meccanismo dell'assorbimento, in relazione alla attitudine prospetticamente caducante dell'intera procedura evidenziale, con potenziale riattivazione delle *chances* di aggiudicazione – gli ulteriori ed autonomi motivi, con i quali si duole: *a)* che la Commissione di gara avesse effettuato un nuovo esame delle offerte tecniche dei concorrenti quando erano note (e note integralmente) le offerte economiche dei concorrenti, violando così il principio di segretezza; *b)* che, per giunta, siffatto riesame fosse avvenuto, in violazione delle prescrizioni disciplinari, in seduta riservata e non in seduta pubblica; *c)* che fossero state violate le modalità di elaborazione del punteggio tecnico, che avrebbero dovuto procedere e risultare dalla valutazione operata da ciascuno dei commissari, e non esitare in una valutazione complessiva e collegiale; *d)* che l'offerta tecnica dell'aggiudicataria avrebbe inammissibilmente alterato, in violazione della *par condicio* dei concorrenti, i "dati della *baseline*" prefigurati nei documenti di gara, rendendo la proposta negoziale incerta e, comunque, inammissibile.

7.1- I motivi sono, nei sensi delle considerazioni che seguono, infondati.

Premesso che la doglianza *sub b)* risulta evocata nelle premesse, ma non sviluppata criticamente (risultando, per tal via inammissibile), opina il Collegio che, sotto il primo profilo, appaiono pienamente condivisibili i rilievi del primo giudice, il quale ha osservato: *a)* che, nell'assunto critico della odierna appellante, la tabella "*Stato di Progetto - SDP*", estrapolata dalla pagina 16 della "*Relazione Illustrativa*" del RTI Ottima, avrebbe (surrettiziamente) evidenziato "*il dato del 77,15% quale differenza percentuale dei consumi rispetto allo Stato di Fatto*", con ciò palesando, già in sede di offerta tecnica, il dato inerente "*il risparmio*"

energetico” che la concorrente si sarebbe impegnata a garantire e che, di suo, integrerebbe un profilo di rilevanza economica; *b*) che, nondimeno, il dato *de quo* non andasse riferito “*all’entità del risparmio offerto*” (puntualmente indicato nell’offerta economica ed indicato nella “*diversa entità dell’85%*”), ma concernesse solo “*il risultato della diagnosi energetica e del conseguente dimensionamento energetico della proposta tecnica*”, come tale, del resto, “*espressamente richiesto quale componente dell’offerta tecnica*” quale preciso elemento di valutazione; *c*) che, in definitiva, pur trattandosi di elementi connotati da valore economico, “*in quanto prestazioni tecniche della proposta, non potevano essere pretermesse pena lo svuotamento del contenuto dell’offerta tecnica*”; *d*) che, in tale prospettiva, la tabella incriminata si era limitata, di fatto, “*a fornire le informazioni richieste dalla norma UNI 11630, richiamata dal disciplinare*”, che si sostanziavano “*nel raffronto tra i risultati energetici attesi ed in particolare il consumo previsto nello Stato di Progetto e la situazione esistente, evidenziata dai consumi dello Stato di Fatto*”, senza correlativa “*quantificazione del risparmio energetico*”.

Si tratta di considerazioni corrette, che trovano riscontro nella documentazione in atti e che, per tal via, si sottraggono alle formalizzate censure.

7.2.- Parimenti infondato l’ulteriore ed integrativo profilo critico valorizzato dall’appellante, secondo cui l’offerta tecnica del RTI Ottima sarebbe stata redatta in violazione della *par condicio* poiché conterrebbe “*una soggettiva e non ammissibile modifica complessiva dei dati di baseline*”, il che avrebbe reso l’offerta “*incerta, contraddittoria o alternativa e comunque inammissibile*”.

Invero, come adeguatamente chiarito dalla società appellata, la censura confonde la funzione della *baseline* messa a disposizione dalla Stazione appaltante con le risultanze del censimento svolto dal RTI Ottima e riportato nell’offerta tecnica. La *baseline*, come dichiarato dalla stessa Stazione appaltante (da un lato) fungeva da “*mero supporto tecnico funzionale alla redazione dell’offerta tecnica*”, quindi (dall’altro) esclusivamente un punto di riferimento per la formulazione dell’offerta economica: tanto che nella “Busta C” occorreva indicare la percentuale di risparmio garantito con “*una riduzione minima dei consumi energetici complessivi non inferiori al 35% rispetto alla Baseline*”.

È dunque evidente che la *baseline* utilizzata per la determinazione del risparmio energetico e del relativo canone non poteva essere in alcun modo modificata. Gli impegni di risparmio assunti dal RTI Ottima nei confronti della Stazione appaltante erano, per tal via, solo ed esclusivamente quelli riportati nell’offerta economica, secondo le modalità indicate dal disciplinare, ovvero un risparmio minimo garantito del 85% rispetto ai consumi evidenziati nella *Baseline*.

7.3.- Non fondato, infine, l’assunto che il punteggio avrebbe dovuto risultare dalla sommatoria delle votazioni dai singoli commissari, essendo, per contro, del tutto legittimo il giudizio espresso in forma unitaria e collegiale (cfr., per il principio, la sua *ratio* ed i suoi limiti, non superati nella specie, Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2020, n. 8295).

8.- Alla luce del complesso delle considerazioni che precedono, gli appelli esaminati vanno integralmente respinti.

Le peculiarità della vicenda procedimentale giustificano la 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 sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

[1] Cfr. [Consiglio di Stato, sez. III, 04.01.2021 n. 68.](#)

[2] Cfr. Tar Lazio, sede di Roma, sentenza n. 155 del 5 gennaio 2021.