

Sulla distinzione tra la produzione della dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria verso il concorrente e vero la stazione appaltante e la produzione del contratto di avvalimento

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 7-6-2023

La distinzione tra le due attività trova ragion d'essere sotto i plurimi profili evidenziati dalla giurisprudenza, che ha costantemente rilevato come le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria e il contratto di avvalimento siano atti diversi, per natura, contenuto, finalità, costituendo la dichiarazione un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante, il contratto di avvalimento l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, contemplante le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti.

La "specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria" è richiesta dal legislatore (all'ultimo periodo dell'art. 89, comma 1) a pena di nullità per il solo contratto di avvalimento, mentre, per la dichiarazione di impegno è richiesto solo che l'ausiliaria assuma l'obbligo di porre a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse di cui il concorrente è carente. Il diverso tenore letterale delle disposizioni è coerente con la diversa natura e finalità dei due atti negoziali: il primo è un contratto riconducibile, sia pur con sue peculiarità, alla tipologia dei contratti c.d. di prestito, con il quale i contraenti si obbligano reciprocamente e che necessita della specificazione del contenuto delle rispettive prestazioni per non incorrere nella indeterminatezza dell'oggetto (e, dunque, nella causa di nullità di cui all'art. 1418, comma 2, cod. civ.); il secondo è una promessa unilaterale resa dall'ausiliaria alla stazione appaltante con l'impegno al rispetto delle obbligazioni assunte nel contratto di avvalimento (ed in particolare a non sottrarre le risorse messe a disposizione del concorrente per la durata dell'esecuzione del contratto di appalto).

Sarebbe del tutto ultroneo richiedere la dettagliata indicazione nella dichiarazione di impegno dell'ausiliaria, come già all'interno del contratto di avvalimento, delle risorse e dei mezzi posti a disposizione, perché la stazione appaltante verifica attraverso l'esame del contratto di avvalimento, trasmesso dal concorrente in sede di presentazione dell'offerta, e non mediante la dichiarazione, la serietà dell'impegno assunto dall'ausiliaria nei confronti del concorrente, assicurandosi che il trasferimento di risorse non sia "meramente cartolare".

Guida alla lettura

Con pronuncia n. **4370** dello scorso 2 maggio 2023, la **V Sezione del Consiglio di Stato** si è soffermata sull'istituto dell'avvalimento, in specie sulla **distinzione** tra la **produzione della dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria verso il concorrente e verso la stazione appaltante** e la **produzione del contratto di avvalimento**, al fine di valutare la **correttezza documentale che, a sua volta, produce riflessi sulla legittimità dell'avvalimento**.

A tal fine, occorre avviare l'analisi dall'**art. 89, comma 1, quarto periodo, d.lgs. n. 50/2016**, secondo il quale: *"L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente"*.

7.1.1. Tale dichiarazione, secondo il tenore della disposizione (cui la lex specialis è allineata) come letta dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, costituisce un atto distinto rispetto al contratto di avvalimento, come si evince dall'art. 89, comma 1, d.lgs. 50/2016 laddove dispone che "Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria".

Tanto premesso, la distinzione tra le due attività innanzi indicate *"trova ragion d'essere sotto i plurimi profili evidenziati dalla giurisprudenza, che ha costantemente rilevato come **le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria e il contratto di avvalimento siano atti diversi, per natura, contenuto, finalità, costituendo la dichiarazione un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante, il contratto di avvalimento l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, contemplante le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti** (Cons. Stato, V, 1 agosto 2018, n. 4765; IV, 26 luglio 2017, n. 3682, n. 4406 del 2012)"* (così, Cons. Stato, Sez. V, 20 novembre 2018, n. 6551).

La sentenza appellata trae dalla delineata distinzione tra i due atti la principale argomentazione per sostenere che **anche nella predetta dichiarazione, al pari di quanto avviene nel contratto di avvalimento, occorre specificare in maniera dettagliata i mezzi e le risorse poste a disposizione dell'operatore concorrente dall'ausiliaria: in mancanza di ciò, la dichiarazione sarebbe da considerarsi nulla o, comunque, inefficace e, per questo, inoperante l'avvalimento**.

A parere dei Giudici del Supremo Consesso amministrativo la **tesi non merita condivisione**.

Induce a tale conclusione, opposta a quella raggiunta dalla sentenza appellata, innanzitutto il **dato letterale**: la *"specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria"* è richiesta dal legislatore (all'ultimo periodo dell'art. 89, comma 1) a pena di nullità per il solo contratto di avvalimento, mentre, per la dichiarazione di impegno è richiesto solo che l'ausiliaria assuma l'obbligo di porre a disposizione per tutta la durata

dell'appalto le risorse di cui il concorrente è carente. **Il diverso tenore letterale delle disposizioni è coerente con la diversa natura e finalità dei due atti negoziali:** il primo è un contratto riconducibile, sia pur con sue peculiarità, alla tipologia dei contratti c.d. di prestito, con il quale i contraenti si obbligano reciprocamente e che necessita della specificazione del contenuto delle rispettive prestazioni per non incorrere nella indeterminatezza dell'oggetto (e, dunque, nella causa di nullità di cui all'art. 1418, comma 2, cod. civ.); il secondo è una promessa unilaterale resa dall'ausiliaria alla stazione appaltante con l'impegno al rispetto delle obbligazioni assunte nel contratto di avvalimento (ed in particolare a non sottrarre le risorse messe a disposizione del concorrente per la durata dell'esecuzione del contratto di appalto).

La Corte precisa ulteriormente che *“anche le posizioni più rigorose, che invero non sono mancate in altre pronunce, richiamate dal Tribunale e riferite però a vicende sottoposte al vecchio codice dei contratti pubblici, non sono inconciliabili con la tesi qui accolta, poiché si è affermata la sola necessità di produrre siffatta dichiarazione a perfezionamento dell'avvalimento al fine di impegnare l'ausiliaria anche nei confronti della stazione appaltante, rendendola direttamente responsabile nei suoi confronti per il caso di inadempimento delle obbligazioni assunte con il contratto di avvalimento, ciò che non sarebbe derivato in via immediata dal contratto di avvalimento efficace solo inter partes (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2020, n. 3506), senza, però, nulla aggiungere quanto alla necessità di specificazione nella detta dichiarazione resa dall'ausiliaria delle risorse e dei mezzi posti a disposizione dell'impresa concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017, n. 2036 e i precedenti ivi richiamati)”*.

Ancora, il Collegio chiarisce che **sarebbe del tutto ultroneo richiedere la dettagliata indicazione nella dichiarazione di impegno dell'ausiliaria, come già all'interno del contratto di avvalimento, delle risorse e dei mezzi posti a disposizione, perché la stazione appaltante verifica attraverso l'esame del contratto di avvalimento, trasmesso dal concorrente in sede di presentazione dell'offerta, e non mediante la dichiarazione, la serietà dell'impegno assunto dall'ausiliaria nei confronti del concorrente, assicurandosi che il trasferimento di risorse non sia “meramente cartolare”**.

Tale indirizzo è stato di recente ribadito dalla giurisprudenza, la quale ha respinto la doglianza concernente la mancata presentazione da parte della controinteressata aggiudicataria della dichiarazione d'impegno dovuta dall'ausiliaria ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 che, secondo l'appellante, non sarebbe stata surrogabile dalle previsioni del contratto di avvalimento e dall'impegno ivi contenuto (perché vincolante solo *inter partes*, non coercibile dall'amministrazione nei medesimi termini della dichiarazione diretta nei suoi confronti e, quindi, insufficiente a soddisfare le prescrizioni in materia di avvalimento). Al riguardo, è stato infatti osservato che *“se è vero che dichiarazione d'impegno e contratto di avvalimento costituiscono atti distinti muniti di diversa funzione, la loro distinzione attiene invero al contenuto e significato (e conseguenti effetti giuridici) degli atti, non anche al supporto materiale (o “corpus physicum”) che li reca: la dichiarazione d'impegno, se provvista dei necessari requisiti e destinata alla stazione appaltante, può infatti ben essere incorporata anche in un supporto coincidente con il contratto di avvalimento; ciò che rileva, come chiarito dalla giurisprudenza, è l'assunzione delle obbligazioni da parte*

dell'ausiliaria direttamente nei confronti della stazione appaltante, non già il supporto redazionale che ne racchiude la fonte" (così Cons. Stato, Sez. V, 1° luglio 2022, n. 5497). Pertanto, una siffatta assunzione di obbligazioni ben può ritenersi integrata dalla dichiarazione impegnativa dell'ausiliaria, direttamente nei confronti della stazione appaltante, contenuta nel contratto di avvalimento presentato dall'operatore economico, con cui l'ausiliaria assume la responsabilità solidale con l'impresa avvalente "e" nei confronti della stazione appaltante, cioè direttamente nei riguardi di questa: ciò vale di per sé a ritenere integrata la prescritta dichiarazione dell'ausiliaria di cui all'art. 89, comma 1, cit.; infatti, l'impegno dell'ausiliaria ha rilevanza sostanziale e non meramente formale e ben può estrinsecarsi non in documento distinto, ma all'interno dello stesso contratto di avvalimento (in tal senso, Cons. Stato, n. 5497/2022 cit.).

Guida alla lettura

Con pronuncia n. 4370 dello scorso 2 maggio 2023, la **V Sezione del Consiglio di Stato** si è soffermata sull'istituto dell'avvalimento, in specie sulla **distinzione** tra la **produzione della dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria verso il concorrente e vero la stazione appaltante** e la **produzione del contratto di avvalimento, al fine di valutare la correttezza documentale che, a sua volta, produce riflessi sulla legittimità dell'avvalimento.**

A tal fine, occorre avviare l'analisi dall'**art. 89, comma 1, quarto periodo, d.lgs. n. 50/2016**, secondo il quale: "*L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente*".

7.1.1. Tale dichiarazione, secondo il tenore della disposizione (cui la lex specialis è allineata) come letta dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, costituisce un atto distinto rispetto al contratto di avvalimento, come si evince dall'art. 89, comma 1, d.lgs. 50/2016 laddove dispone che "Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria".

Tanto premesso, la distinzione tra le due attività innanzi indicate "*trova ragion d'essere sotto i plurimi profili evidenziati dalla giurisprudenza, che ha costantemente rilevato come le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria e il contratto di avvalimento siano atti diversi, per natura, contenuto, finalità, costituendo la dichiarazione un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante, il contratto di avvalimento l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale,*

stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, contemplante le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti (Cons. Stato, V, 1 agosto 2018, n. 4765; IV, 26 luglio 2017, n. 3682, n. 4406 del 2012)" (così, Cons. Stato, Sez. V, 20 novembre 2018, n. 6551).

La sentenza appellata trae dalla delineata distinzione tra i due atti la principale argomentazione per sostenere che **anche nella predetta dichiarazione, al pari di quanto avviene nel contratto di avvalimento, occorre specificare in maniera dettagliata i mezzi e le risorse poste a disposizione dell'operatore concorrente dall'ausiliaria: in mancanza di ciò, la dichiarazione sarebbe da considerarsi nulla o, comunque, inefficace e, per questo, inoperante l'avvalimento.**

A parere dei Giudici del Supremo Consesso amministrativo la **tesi non merita condivisione.**

Induce a tale conclusione, opposta a quella raggiunta dalla sentenza appellata, innanzitutto il **dato letterale**: la "*specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*" è richiesta dal legislatore (all'ultimo periodo dell'art. 89, comma 1) a pena di nullità per il solo contratto di avvalimento, mentre, per la dichiarazione di impegno è richiesto solo che l'ausiliaria assuma l'obbligo di porre a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse di cui il concorrente è carente. **Il diverso tenore letterale delle disposizioni è coerente con la diversa natura e finalità dei due atti negoziali**: il primo è un contratto riconducibile, sia pur con sue peculiarità, alla tipologia dei contratti c.d. di prestito, con il quale i contraenti si obbligano reciprocamente e che necessita della specificazione del contenuto delle rispettive prestazioni per non incorrere nella indeterminatezza dell'oggetto (e, dunque, nella causa di nullità di cui all'art. 1418, comma 2, cod. civ.); il secondo è una promessa unilaterale resa dall'ausiliaria alla stazione appaltante con l'impegno al rispetto delle obbligazioni assunte nel contratto di avvalimento (ed in particolare a non sottrarre le risorse messe a disposizione del concorrente per la durata dell'esecuzione del contratto di appalto).

La Corte precisa ulteriormente che "*anche le posizioni più rigorose, che invero non sono mancate in altre pronunce, richiamate dal Tribunale e riferite però a vicende sottoposte al vecchio codice dei contratti pubblici, non sono inconciliabili con la tesi qui accolta, poiché si è affermata la sola necessità di produrre siffatta dichiarazione a perfezionamento dell'avvalimento al fine di impegnare l'ausiliaria anche nei confronti della stazione appaltante, rendendola direttamente responsabile nei suoi confronti per il caso di inadempimento delle obbligazioni assunte con il contratto di avvalimento, ciò che non sarebbe derivato in via immediata dal contratto di avvalimento efficace solo inter partes (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2020, n. 3506), senza, però, nulla aggiungere quanto alla necessità di specificazione nella detta dichiarazione resa dall'ausiliaria delle risorse e dei mezzi posti a disposizione dell'impresa concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017, n. 2036 e i precedenti ivi richiamati)*".

Ancora, il Collegio chiarisce che **sarebbe del tutto ultroneo richiedere la dettagliata indicazione nella dichiarazione di impegno dell'ausiliaria, come già all'interno del contratto di avvalimento, delle risorse e dei mezzi posti a disposizione, perché la**

stazione appaltante verifica attraverso l'esame del contratto di avvalimento, trasmesso dal concorrente in sede di presentazione dell'offerta, e non mediante la dichiarazione, la serietà dell'impegno assunto dall'ausiliaria nei confronti del concorrente, assicurandosi che il trasferimento di risorse non sia "meramente cartolare".

Tale indirizzo è stato di recente ribadito dalla giurisprudenza, la quale ha respinto la doglianza concernente la mancata presentazione da parte della controinteressata aggiudicataria della dichiarazione d'impegno dovuta dall'ausiliaria ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 che, secondo l'appellante, non sarebbe stata surrogabile dalle previsioni del contratto di avvalimento e dall'impegno ivi contenuto (perché vincolante solo *inter partes*, non coercibile dall'amministrazione nei medesimi termini della dichiarazione diretta nei suoi confronti e, quindi, insufficiente a soddisfare le prescrizioni in materia di avvalimento). Al riguardo, è stato infatti osservato che **"se è vero che dichiarazione d'impegno e contratto di avvalimento costituiscono atti distinti muniti di diversa funzione, la loro distinzione attiene invero al contenuto e significato (e conseguenti effetti giuridici) degli atti, non anche al supporto materiale (o "corpus physicum") che li reca: la dichiarazione d'impegno, se provvista dei necessari requisiti e destinata alla stazione appaltante, può infatti ben essere incorporata anche in un supporto coincidente con il contratto di avvalimento; ciò che rileva, come chiarito dalla giurisprudenza, è l'assunzione delle obbligazioni da parte dell'ausiliaria direttamente nei confronti della stazione appaltante, non già il supporto redazionale che ne racchiude la fonte"** (così Cons. Stato, Sez. V, 1° luglio 2022, n. 5497). Pertanto, una siffatta assunzione di obbligazioni ben può ritenersi integrata dalla dichiarazione impegnativa dell'ausiliaria, direttamente nei confronti della stazione appaltante, contenuta nel contratto di avvalimento presentato dall'operatore economico, con cui l'ausiliaria assume la responsabilità solidale con l'impresa avvalente "e" nei confronti della stazione appaltante, cioè direttamente nei riguardi di questa: ciò vale di per sé a ritenere integrata la prescritta dichiarazione dell'ausiliaria di cui all'art. 89, comma 1, cit.; infatti, l'impegno dell'ausiliaria ha rilevanza sostanziale e non meramente formale e ben può estrinsecarsi non in documento distinto, ma all'interno dello stesso contratto di avvalimento (in tal senso, Cons. Stato, n. 5497/2022 cit.).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4985 del 2022, proposto da

Edilflorio S.r.l. in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Tenaglia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Michele Coromano, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

I.C.I. - Impresa Costruzioni Industriali s.p.a. e Nidaco Costruzioni S.r.l., nelle rispettive qualità di mandataria e mandante del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Giuseppe Gileno, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio di Bonifica Sud Bacino Moro-Sangro-Sinello e Trigno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luisa Ebe Russo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

F.Ili di Carlo S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo- Sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) n. 00231/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio di Bonifica Sud Bacino Moro-Sangro-Sinello e Trigno, di Nidaco Costruzioni S.r.l. e di I.C.I. - Impresa Costruzioni Industriali s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2022 il consigliere Angela Rotondano e preso atto delle richieste di passaggio in decisione depositate in atti dagli avvocati Coromano, Gileno e Russo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra la mandataria I.C.I.- Impresa

Costruzioni Industriali s.p.a. e la mandante Nidaco Costruzioni S.r.l. (di seguito *RTI Ici*), che aveva partecipato alla procedura di gara aperta indetta dal Consorzio di Bonifica Sud Bacino Moro-Sangro-Sinello e Trigno (di seguito *Consorzio di Bonifica* o *Consorzio*) per l'affidamento dei “*Lavori di completamento e adeguamento funzionale degli impianti irrigui nella Val di Sangro- Intervento impianti irrigui a servizio della zona II/C – III/N – 1° Intervento*”, classificandosi secondo, impugnava innanzi al T.a.r. Abruzzo- Sede di Pescara gli atti della procedura e l'aggiudicazione disposta (con determina n. 131 del 21 luglio 2021) in favore del raggruppamento con capogruppo mandataria Edilflorio S.r.l. e la mandante Tenaglia s.r.l. (di seguito *Edilflorio* o *RTI Edilflorio*), all'esito della rinnovazione della procedura ordinata dalla sentenza del medesimo Tribunale n. 137/2021, che aveva annullato gli atti di gara e la prima aggiudicazione, disposta sempre a favore del RTI Edilflorio, per l'assorbente vizio di incompetenza.

2. Con la sentenza indicata in epigrafe, nella resistenza del Consorzio di Bonifica e della controinteressata, l'adito Tribunale amministrativo ha accolto parzialmente il ricorso.

In particolare, la sentenza di primo grado:

a) ha respinto preliminarmente l'*exceptio doli generalis seu praesentis* dedotta dalla controinteressata per l'asserita parcellizzazione ed il frazionamento delle censure formulate dalla ricorrente (con riferimento alle censure riguardanti la gara che quest'ultima avrebbe in ipotesi potuto sollevare anche nel primo giudizio), ritenendo che non vi fosse stato abuso del processo né violazione del divieto di *venire contra facta propria*, non ravvisandosi un comportamento contrario a buona fede: nella sua discrezionalità, la difesa della ricorrente ha scelto quali censure far valere (tra quelle per le quali non era incorsa in decadenze), considerato che a valle dell'annullamento vi è stato un complessivo riesame da parte dell'organo competente (la Commissione) e quindi la ricorrente ha legittimamente rivalutato *ex novo* il procedimento nella sua completezza, aggiungendo censure che in ipotesi, per le più varie ragioni, aveva potuto ritenere di non proporre nel primo giudizio;

b) nel merito ha respinto i primi due motivi: il primo - con cui si era dedotto che la mandataria Edilflorio non sarebbe stata in possesso dei requisiti per eseguire le prestazioni «*in misura maggioritaria*» rispetto a tutti i membri del raggruppamento in violazione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016- alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia Ue, 28 aprile 2022, causa C642/20 (secondo cui la disciplina di cui all'articolo 83 cit. in combinato disposto con l'articolo 89 cit., se interpretati nel senso che il mandatario in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, si pone in contrasto con l'articolo 63 della direttiva 2014/24, il quale, fissando un criterio meramente qualitativo e non quantitativo nel consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di esigere, per gli appalti di servizi, che «*taluni compiti essenziali*» siano svolti da un partecipante al raggruppamento di imprese, non sembra limitare la possibilità per un operatore economico di ricorrere alle capacità di operatori terzi; il secondo motivo- con cui si era lamentata la genericità del contratto di avvalimento stipulato con l'ausiliaria F.Ili Di Carlo (cui il RTI Edilflorio aveva fatto ricorso per l'attestazione SOA categoria OG6 classifica V prevista dalla *lex specialis*)- perché il detto contratto non poteva ritenersi generico nell'oggetto né poteva ritenersi puramente cartolare e astratta la messa a disposizione del requisito, risultando “*in modo chiaro dal*

contratto l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse, il proprio apparato organizzativo e il personale con le relative qualifiche, cioè tutte quelle risorse che dovrebbero avere giustificato l'attribuzione del requisito" e non avendo la ricorrente neppure fornito la prova della inidoneità delle risorse indicate a rendere effettivo il trasferimento del requisito SOA per la categoria in questione;

c) ha invece ritenuto fondato e assorbente "a un maggiore approfondimento in sede di merito" il terzo motivo, con cui si era denunciata la nullità o, comunque, l'inefficacia della dichiarazione di impegno presentata dall'impresa ausiliaria perché priva di una specifica e puntuale indicazione delle risorse e dei mezzi aziendali messi a disposizione, sulla base del richiamo a quella giurisprudenza, maturata prevalentemente nella vigenza del precedente d.lgs. 163 del 2006 ma confermata anche in più recenti pronunce, successive alla entrata in vigore del d.lgs. 50 del 2016 (in particolare, Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2019, n. 7188; Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209), secondo cui l'impresa ausiliaria si obbliga, in sostanza, nei confronti della stazione appaltante, con separata dichiarazione unilaterale di impegno, di modo che l'esigenza di determinazione dell'oggetto esiste anche con riferimento a quest'ultima dichiarazione, che deve dunque contenere l'elencazione dettagliata di tutti i mezzi e risorse messe a disposizione, come, peraltro, nel caso di specie, avrebbe espressamente previsto, a pena di esclusione, il disciplinare di gara;

d) ha quindi ritenuto che alla mancata elencazione nella dichiarazione di impegno dei mezzi e risorse messe a disposizione dall'ausiliaria conseguisse l'esclusione della controinteressata e ha dichiarato ai sensi dell'art. 122 Cod. proc. amm l'inefficacia del contratto di appalto nelle more stipulato tra il Consorzio e l'aggiudicataria, con il conseguente subentro nello stesso della ricorrente, assorbendo la domanda di risarcimento per equivalente monetario proposta in subordine;

e) ha compensato le spese di lite.

3. Di tale sentenza il RTI Edilflorio ha domandato la riforma, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia per contrasto con i più recenti indirizzi della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in materia di contratto di avvalimento e dichiarazione unilaterale di impegno dell'ausiliaria.

3.1. L'appellante ha poi lamentato l'illegittimità della sentenza per omesso esame di eccezioni decisive, che ha quindi riproposto, sostenendo l'inammissibilità e l'improcedibilità dei motivi proposti con il ricorso di primo grado per abusivo esercizio del potere processuale, in quanto lo stesso RTI ICI, pur essendo incorso negli stessi (asseriti) vizi contestati all'odierna appellante (sia quanto alla dichiarazione d'impegno dell'ausiliaria, priva anch'essa dell'elencazione specifica delle risorse messe a disposizione, che con riguardo al contratto di avvalimento stipulato dal RTI ricorrente per la qualificazione OG6), ha dedotto, in violazione dei doveri di correttezza e buona fede di cui costituisce precipitato il generale divieto di "venire contra factum proprium", motivi di gravame in contraddizione con i precedenti comportamenti tenuti. Al riguardo, Edilflorio ha eccepito anche l'inammissibilità della produzione documentale del RTI ICI nel presente giudizio di appello perché in contrasto con il disposto dell'art. 104 cod. proc. amm..

3.2. Inoltre, l'appellante ha contestato le statuizioni della sentenza che hanno respinto l'eccezione di inammissibilità e/o improcedibilità dei motivi interposti dal RTI ICI per abuso del diritto e del processo, per aver frazionato e parcellizzato le censure, articolando (in particolare con il primo e il quarto motivo di ricorso) doglianze che ben avrebbe potuto e dovuto contestare già con il primo ricorso definito con la sentenza del T.a.r. Abruzzo n. 137/2021 di annullamento dell'originaria aggiudicazione dell'appalto.

3.3. Infine, l'appellante ha lamentato la violazione e falsa applicazione dell'art. 122 cod. proc. amm., contestando l'uso irrazionale e irragionevole del potere di dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato tra il Consorzio e l'aggiudicataria e di disporre il subentro della ricorrente, non sussistendone i presupposti in considerazione dello stato di esecuzione dei lavori già consegnati in via di urgenza, stante l'interesse pubblico alla celere esecuzione dell'opera anche per scongiurare il rischio di perdita dei finanziamenti comunitari, e viste altresì le difformità delle soluzioni migliorative proposte dalle concorrenti, ostative al subentro: ciò avrebbe dunque imposto se non il rigetto della domanda risarcitoria in forma specifica, quanto meno una motivazione rafforzata- qui invece del tutto mancata- delle ragioni che giustificavano la compressione dell'interesse pubblico all'esecuzione dell'appalto in favore di quello del privato ricorrente, comunque ristorabile per equivalente.

3.4. Si è costituito in senso adesivo alle tesi dell'appellante il Consorzio di Bonifica, che ha sostenuto la legittimità del suo operato, insistendo per l'accoglimento del gravame.

3.5. Si è costituita in giudizio anche l'originaria ricorrente, domandando il rigetto dell'appello. L'appellata ha poi riproposto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., i motivi di ricorso assorbiti e non esaminati in primo grado.

3.6. Con decreto presidenziale n. 2797/2022 del 17 giugno 2022 l'istanza di concessione di misure cautelari monocratiche è stata accolta ed è stata fissata la camera di consiglio per la trattazione cautelare collegiale.

3.7. Con ordinanza n. 3367 del 15 luglio 2022 il Collegio ha accolto la domanda cautelare, sussistendo sia il requisito del *fumus boni iuris* che il *periculum in mora*.

3.8. Con ordinanza n. 4655 del 23 settembre 2022 la Sezione ha dichiarato inammissibile la domanda di revocazione dell'ordinanza cautelare n. 3367/2022 proposta dal RTI appellato ai sensi dell'art. 58 c.p.a., non essendo stati allegati fatti nuovi sopravvenuti né evidenziata una erronea percezione dei fatti allegati, e ha disposto la sollecita fissazione dell'udienza di merito.

3.9. Alla pubblica udienza del 1° dicembre 2022, previo scambio di memorie e repliche tra le parti, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

4. La sentenza appellata ha accolto in parte il ricorso di primo grado, ritenendone fondato il terzo motivo con cui si era denunciata la nullità o, comunque, l'inefficacia della dichiarazione unilaterale di impegno dell'impresa ausiliaria perché priva di una specifica indicazione delle

risorse e dei mezzi aziendali messi a disposizione, sulla base dei seguenti essenziali passaggi:

- la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2019, n. 7188; Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209), anche con riferimento al vigente Codice dei Contratti pubblici, ha rilevato che l'art. 89 comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 distingue la dichiarazione con cui l'ausiliaria si obbliga verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente dal contratto di avvalimento;

- da tale distinzione e dalla conseguente sostanziale diversità di funzioni tra i due atti discende che la detta dichiarazione di impegno, lungi dal costituire un mero formalismo, appare di per sé fondamentale perché l'ausiliaria assuma direttamente nei confronti della stazione appaltante gli obblighi di mettere a disposizione del concorrente i requisiti e le risorse di cui quest'ultimo è carente per tutta la durata dell'appalto, laddove il contratto di avvalimento è fonte per il medesimo ausiliario di obblighi nei soli confronti del concorrente ausiliato;

- tale orientamento avrebbe il pregio di conferire all'impegno espresso nella dichiarazione unilaterale resa dall'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante maggiore autonomia rispetto al contratto di avvalimento stipulato tra l'impresa concorrente e l'ausiliaria, che, se ricondotto alla figura del contratto a favore del terzo ai sensi degli art. 1411 e ss. cod. civ., implica tutte le conseguenze che ne derivano in termini di disciplina, sia sul piano della revoca o modifica della stipulazione a favore del terzo- art. 1411, comma 2, cod. civ. – che della opponibilità delle eccezioni al terzo da parte del promittente- ovvero il concorrente ausiliato- in base alla regola di cui all'art. 1413 cod. civ: ciò spiegherebbe perché nell'ambito del contratto di avvalimento l'impegno assunto dall'ausiliario a favore della stazione appaltante non è equivalente ad una dichiarazione diretta a quest'ultima, la quale ai sensi dell'art. 1334 cod. civ. produce effetto dal momento in cui perviene a conoscenza della persona alla quale è destinata e diviene così irretrattabile, oltre che insuscettibile di eccezioni legate a rapporti con altri soggetti;

- per tali ragioni, secondo il primo giudice, anche la dichiarazione di impegno resa dall'ausiliaria dovrebbe contenere l'elencazione dettagliata di tutti i mezzi e risorse messe a disposizione della concorrente, ossia *"in modo autonomo tutti gli elementi per renderla di per sé valida ed efficace"*, senza collegamenti di tipo negoziale, che potrebbero far rientrare nell'impegno verso la stazione appaltante *"anomalie nello svolgimento del rapporto o difetti di conformità legale del contratto di avvalimento"*;

- non sarebbe, quindi, neppure ammesso il soccorso istruttorio, trattandosi di dichiarazione negoziale, in ossequio all'orientamento giurisprudenziale che ne esclude l'operatività con riguardo ai profili contenutistici e negoziali del contratto di avvalimento;

- tali conclusioni sarebbero poi avvalorate nel caso di specie anche dalle previsioni del disciplinare di gara, che espressamente richiedeva, a pena di esclusione, di produrre *"c) una dichiarazione dell'impresa ausiliaria, resa utilizzando l'All. "A1" in cui si attesti e dichiari: ... - di impegnarsi con il concorrente e con l'ente appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto delle risorse (elencati specificamente) necessarie di cui è carente il concorrente"*, specificando, inoltre, nel modello di dichiarazione di impegno che la ausiliaria

dovesse dichiarare *“di obbligarsi, nei confronti del concorrente e della Stazione Appaltante, a fornire i propri requisiti di ordine speciale dei quali è carente il concorrente e mettere a disposizione le risorse specificamente elencate”*,

- la controinteressata andava pertanto esclusa, in quanto la dichiarazione d'impegno presentata dalla ausiliaria – pur redatta secondo il modello predisposto dalla stazione appaltante – non recava siffatta specifica elencazione delle risorse prestate: prevarrebbe, infatti, l'espressa previsione della *lex specialis*, sicché anche l'uso del modello predisposto dalla stazione appaltante sarebbe circostanza ininfluenza ai fini del giudizio di validità della dichiarazione, perché genericamente prospettata e, comunque, non sufficiente a superare una prescrizione imposta con norma imperativa, integrativa del bando di gara.

5. Le ridette statuizioni sono contestate dal raggruppamento appellante, il quale ne sostiene l'erroneità sulla base dell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria non deve avere il medesimo contenuto del contratto di avvalimento stipulato tra le due imprese, sicché *“solo in questo e non nella prima è necessaria l'indicazione dettagliata delle risorse e dei mezzi posti a disposizione dell'operatore concorrente (qualora, come noto, sia stato concluso un avvalimento c.d. tecnico – operativo)”* (Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2022, n. 48; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 4 maggio 2021, n. 395).

5.1. In conformità all'art. 89 del d.lgs. 50/2016 il disciplinare di gara non avrebbe poi ricollegato la sanzione dell'esclusione dalla procedura alla mancanza di una dettagliata elencazione delle risorse e dei mezzi messi a disposizione nella dichiarazione unilaterale di impegno resa dall'ausiliario, ma soltanto alla mancanza della dichiarazione.

5.2. Anche la giurisprudenza richiamata dal TAR non sarebbe pertinente né decisiva, in quanto riferita a fattispecie diverse, in cui si contestava l'assoluta mancanza della dichiarazione di impegno dell'ausiliaria ovvero la genericità del contratto di avvalimento.

6. L'appello è fondato.

7. La questione del contenuto richiesto ai fini della validità della dichiarazione prevista dall'art. 89, comma 1, quarto periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 è stata già affrontata dalla giurisprudenza, la quale ha ritenuto, con orientamento che il Collegio condivide e dal quale non si intravede ragione per discostarsi, che non va disposta l'esclusione di un operatore economico che abbia fatto ricorso all'avvalimento per la mancata specificazione da parte dell'ausiliaria dei mezzi e delle risorse messi a disposizione del concorrente all'interno della dichiarazione d'impegno di cui all'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016.

7.1. Preliminarmente occorre richiamare le previsioni di cui all'art. 89, comma 1, quarto periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale: *“L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente”*.

7.1.1. Tale dichiarazione, secondo il tenore della disposizione (cui la *lex specialis* è allineata) come letta dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, costituisce un atto distinto rispetto al contratto di avvalimento, come si evince dall'art. 89, comma 1, d.lgs. 50/2016 laddove dispone che «*Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*».

In particolare, è stato chiarito in ordine alla distinzione fra i diversi atti (*“una cosa è la produzione della dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria verso il concorrente e verso la stazione appaltante, altra cosa è la produzione del contratto di avvalimento”*: Cons. Stato, V, 20 novembre 2018, n. 6551) che essa *“trova ragion d'essere sotto i plurimi profili evidenziati dalla giurisprudenza, che ha costantemente rilevato come le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria e il contratto di avvalimento siano atti diversi, per natura, contenuto, finalità, costituendo la dichiarazione un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante, il contratto di avvalimento l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, contemplante le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti (Cons. Stato, V, 1° agosto 2018, n. 4765; IV, 26 luglio 2017, n. 3682, n. 4406 del 2012)”* (Cons. Stato, n. 6551 del 2018 cit.).

7.2. Orbene, come evidenziato, la sentenza appellata trae dalla delineata distinzione tra i due atti la principale argomentazione per sostenere che anche nella predetta dichiarazione, al pari di quanto avviene nel contratto di avvalimento, occorre specificare in maniera dettagliata i mezzi e le risorse poste a disposizione dell'operatore concorrente dall'ausiliaria: in mancanza di ciò, la dichiarazione sarebbe da considerarsi nulla o, comunque, inefficace e, per questo, inoperante l'avvalimento.

7.3. La tesi non merita condivisione.

7.4. Come già chiarito dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato - che nei precedenti richiamati dall'appellante ha in effetti già affrontato la tematica con dovizia di argomentazioni alle quali si rimanda ai sensi e per gli effetti dell'art. 88, comma 2, lett. d) c.p.a. - induce a tale conclusione, opposta a quella raggiunta dalla sentenza appellata, innanzitutto il dato letterale: la *“specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”* è richiesta dal legislatore (all'ultimo periodo dell'art. 89, comma 1) a pena di nullità per il solo contratto di avvalimento, mentre, per la dichiarazione di impegno è richiesto solo che l'ausiliaria assuma l'obbligo di porre a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse di cui il concorrente è carente.

7.4.1. Il diverso tenore letterale delle disposizioni è coerente con la diversa natura e finalità dei due atti negoziali: il primo è un contratto riconducibile, sia pur con sue peculiarità, alla tipologia dei contratti c.d. di prestito, con il quale i contraenti si obbligano reciprocamente e che necessita della specificazione del contenuto delle rispettive prestazioni per non incorrere nella indeterminatezza dell'oggetto (e, dunque, nella causa di nullità di cui all'art. 1418, comma 2,

cod. civ.); il secondo è una promessa unilaterale resa dall'ausiliaria alla stazione appaltante con l'impegno al rispetto delle obbligazioni assunte nel contratto di avvalimento (ed in particolare a non sottrarre le risorse messe a disposizione del concorrente per la durata dell'esecuzione del contratto di appalto).

7.5. Anche le posizioni più rigorose, che invero non sono mancate in altre pronunce, richiamate dal Tribunale e riferite però a vicende sottoposte al vecchio codice dei contratti pubblici, non sono inconciliabili con la tesi qui accolta, poiché si è affermata la sola necessità di produrre siffatta dichiarazione a perfezionamento dell'avvalimento al fine di impegnare l'ausiliaria anche nei confronti della stazione appaltante, rendendola direttamente responsabile nei suoi confronti per il caso di inadempimento delle obbligazioni assunte con il contratto di avvalimento, ciò che non sarebbe derivato in via immediata dal contratto di avvalimento efficace solo *inter partes* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2020, n. 3506), senza, però, nulla aggiungere quanto alla necessità di specificazione nella detta dichiarazione resa dall'ausiliaria delle risorse e dei mezzi posti a disposizione dell'impresa concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017, n. 2036 e i precedenti ivi richiamati).

7.5.1. È stato, infatti, chiarito che sarebbe del tutto ultroneo richiedere la dettagliata indicazione nella dichiarazione di impegno dell'ausiliaria, come già all'interno del contratto di avvalimento, delle risorse e dei mezzi posti a disposizione, perché la stazione appaltante verifica attraverso l'esame del contratto di avvalimento, trasmesso dal concorrente in sede di presentazione dell'offerta, e non mediante la dichiarazione, la serietà dell'impegno assunto dall'ausiliaria nei confronti del concorrente, assicurandosi che il trasferimento di risorse non sia *"meramente cartolare"* (così Cons. Stato, V, 48/2022 cit.).

7.6. Di recente la giurisprudenza ha ribadito tale indirizzo, giungendo a respingere la doglianza concernente la mancata presentazione da parte della controinteressata aggiudicataria della dichiarazione d'impegno dovuta dall'ausiliaria ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 che, secondo l'appellante, non sarebbe stata surrogabile dalle previsioni del contratto di avvalimento e dall'impegno ivi contenuto (perché vincolante solo *inter partes*, non coercibile dall'amministrazione nei medesimi termini della dichiarazione diretta nei suoi confronti e, quindi, insufficiente a soddisfare le prescrizioni in materia di avvalimento).

Al riguardo, è stato infatti osservato che *"se è vero che dichiarazione d'impegno e contratto di avvalimento costituiscono atti distinti muniti di diversa funzione, la loro distinzione attiene invero al contenuto e significato (e conseguenti effetti giuridici) degli atti, non anche al supporto materiale (o "corpus physicum") che li reca: la dichiarazione d'impegno, se provvista dei necessari requisiti e destinata alla stazione appaltante, può infatti ben essere incorporata anche in un supporto coincidente con il contratto di avvalimento; ciò che rileva, come chiarito dalla giurisprudenza, è l'assunzione delle obbligazioni da parte dell'ausiliaria direttamente nei confronti della stazione appaltante, non già il supporto redazionale che ne racchiude la fonte"* (così Cons. Stato, V, 1 luglio 2022, n. 5497).

Pertanto, una siffatta assunzione di obbligazioni ben può ritenersi integrata dalla dichiarazione impegnativa dell'ausiliaria, direttamente nei confronti della stazione appaltante, contenuta nel contratto di avvalimento presentato dall'operatore economico, con cui l'ausiliaria assume la

responsabilità solidale con l'impresa avvalente "e" nei confronti della stazione appaltante, cioè direttamente nei riguardi di questa: ciò vale di per sé a ritenere integrata la prescritta dichiarazione dell'ausiliaria di cui all'art. 89, comma 1, cit.; infatti, l'impegno dell'ausiliaria ha rilevanza sostanziale e non meramente formale e ben può estrinsecarsi non in documento distinto, ma all'interno dello stesso contratto di avvalimento (in tal senso, Cons. Stato, n. 5497/2022 cit.).

7.7. Di ciò si ha evidenza nel caso di specie.

7.7.1. L'appalto in discussione riguarda l'esecuzione di lavori per € 4.346.884. La *lex specialis* richiedeva quale requisito di partecipazione di ordine speciale la qualificazione SOA per la categoria OG6, classifica V (cfr. art. 9.2 Disciplinare di gara), requisito che il RTI aggiudicatario ha ottenuto in avvalimento dall'impresa ausiliaria F.lli Di Carlo.

7.7.2. Infatti, come si legge nel contratto, l'avvalimento riguarda: a) (l'intera) "categoria OG 6 classifica V" posseduta dall'impresa ausiliaria e b) (l'intera) organizzazione aziendale.

In particolare il contratto di avvalimento precisava: «*l'impresa ausiliaria, come sopra indicato, si obbliga a fornire all'impresa ausiliata tutti i requisiti di carattere tecnico, ma anche economico, finanziario ed organizzativo (art. 83 comma 1 del D.Lgs 50/2016) previsti dal Bando di Gara indicato in premessa con riferimento particolare al "certificato di iscrizione SOA, categoria OG6 classifica V mettendo a disposizione di questa tutte le risorse ed i mezzi propri che saranno necessari"*, come di seguito esposti.

7.7.3. Ebbene, come correttamente ritenuto dalla sentenza di primo grado nelle statuizioni di rigetto della doglianza di genericità dell'oggetto contrattuale (che, non essendo state impugnate con appello incidentale, sono passate in giudicato) l'oggetto del contratto di avvalimento è determinato: esso reca, infatti, in conformità a quanto previsto all'art. 89, c. 1 d.lgs. 50/2016, la specifica elencazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria.

7.7.4. A sua volta, con la dichiarazione di impegno presentata, l'impresa ausiliaria ha dichiarato «*b) di possedere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 89 del D.Lgs. 50/2016, i seguenti requisiti di ordine speciale prescritti dal bando di gara, dei quali il concorrente risulta carente e oggetto di avvalimento: Categoria OG6 classifica V, come risultante da Attestato SOA n. 57067/3/00 rilasciato da Soa Mediterranea Spa in data 15/11/2019*» e, altresì, di obbligarsi «*nei confronti del concorrente e della Stazione Appaltante, a fornire i propri requisiti di ordine speciale dei quali è carente il concorrente e mettere a disposizione le risorse specificatamente elencate e necessarie per tutta la durata dell'appalto, rendendosi inoltre responsabile in solido con il concorrente nei confronti della stazione appaltante*»

7.7.5. La dichiarazione di impegno è dunque valida ed efficace poiché con essa l'impresa ausiliaria ha dichiarato di essere in possesso del requisito di qualificazione prescritto dalla *lex specialis* e contestualmente si è obbligata a fornirlo alla concorrente (che ne era sprovvista), mettendo altresì a disposizione tutte le risorse necessarie ai fini della spendita del requisito, così come specificamente elencate all'interno del contratto di avvalimento. Ne consegue che anche l'oggetto della dichiarazione di impegno presentata dall'ausiliaria (la quale non doveva

riprodurre pedissequamente la specifica elencazione delle risorse già contenuta nel contratto di avvalimento) è stato puntualmente determinato e risulta coerente con la disciplina normativa di riferimento: infatti, l'obbligo di specifica indicazione delle risorse è declinato dal legislatore (all'art. 89, comma 1, d.lgs. 50/2016), come requisito a pena di nullità, con riferimento al solo contratto di avvalimento e, inoltre, sempre ai sensi del più volte richiamato art. 89 «*Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto*».

7.7.6. L'impegno assunto dall'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante è, dunque, riferito alle prestazioni oggetto del contratto di avvalimento, che nel caso di specie ha dettagliatamente specificato il requisito e le risorse messe a disposizione, laddove la dichiarazione di impegno, a sua volta, svolge appieno la funzione, impegnando l'ausiliaria, direttamente nei confronti della stazione appaltante, a mettere a disposizione il requisito prestato e, per l'effetto, le risorse specificamente elencate nel contratto di avvalimento.

7.8. La dichiarazione di impegno esprime così l'autonoma assunzione da parte dell'ausiliaria verso l'amministrazione degli obblighi dell'avvalimento, in linea con la prescrizione di cui all'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, cui espressamente rinviava il disciplinare di gara che, coerentemente a tali previsioni, non ha affatto contemplato una simile causa espulsiva, sanzionando con l'esclusione soltanto l'omessa produzione della dichiarazione di impegno dell'ausiliaria e non la mancata specificazione al suo interno dei mezzi e delle risorse.

7.8.1. Tanto si evince dal tenore letterale delle previsioni del disciplinare richiamate dalla sentenza secondo cui «*il concorrente dovrà altresì produrre, a pena di esclusione dalla gara: [...] c) una dichiarazione dell'impresa ausiliaria, resa preferibilmente utilizzando l'Al. "A1", in cui attesti e dichiari «di impegnarsi con il concorrente e con l'ente appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse (elencate specificamente) necessarie di cui è carente il concorrente*».

7.8.2. Quand'anche poi la *lex specialis* avesse previsto una simile sanzione espulsiva, la clausola sarebbe stata nulla perché contrastante con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, trattandosi di ipotesi escludente non espressamente prevista dalla legge che all'art. 89 del Codice sanziona con la nullità l'omessa specifica elencazione delle risorse con esclusivo riferimento al contratto di avvalimento.

7.8.3. Ciò, del resto, trova piena conferma nello stesso modello di dichiarazione d'impegno predisposto dalla stazione appaltante e utilizzato dall'ausiliaria che contempla al suo interno un apposito spazio per la sola dichiarazione del possesso dei requisiti e non per la specifica elencazione delle risorse messe a disposizione: e ciò in conformità al richiamato indirizzo giurisprudenziale condiviso dal Collegio secondo cui «*la dichiarazione di impegno necessariamente segue il contratto di avvalimento che sia già stato validamente stipulato e ne documenta l'avvenuta conclusione*» (così Cons. Stato, V, 48/2022 cit.).

7.8.4. Le stesse pronunce richiamate dal Tribunale non sono decisive in quanto si riferiscono a ipotesi diversi afferenti alla totale mancanza della dichiarazione di impegno dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante ovvero all'omessa elencazione delle risorse del contratto di

avvalimento (e non nella dichiarazione di impegno) e, quindi, alla indeterminatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento non sanabile con il soccorso istruttorio (sull'ammissibilità del soccorso istruttorio pure in caso di mancata produzione della dichiarazione d'impegno che abbia data certa anteriore al termine di scadenza delle offerte, in linea con il principio generale che ne riconosce l'operatività per sanare ipotesi di incompletezza o irregolarità rispetto alle dichiarazioni o ai documenti già presentati in gara, si veda Cons. St., Sez. III - sentenza 31 maggio 2021 n. 4158 e giurisprudenza ivi richiamata).

7.8.5. Neppure può ritenersi, per sostenere la tesi opposta, che una autonoma dichiarazione di impegno valga a sanare eventuali vizi o anomalie del contratto di avvalimento: in tale ipotesi, l'accordo negoziale, in virtù del quale l'ausiliaria mette a disposizione del concorrente e della stessa Amministrazione i propri requisiti, risulta irrimediabilmente pregiudicato (senza che possa rilevare l'impegno autonomamente assunto dall'ausiliaria con la dichiarazione resa).

7.8.6. Per completezza si aggiunge che l'insegnamento giurisprudenziale sopra indicato, che depone per la fondatezza dell'appello, è stato di recente ripreso dall'ANAC nella Delibera n. 419 del 14 settembre 2022, richiamata dall'appellante e dal Consorzio di Bonifica, la quale:

- ha ritenuto dirimente la circostanza che il contratto di avvalimento contenga la specificazione delle risorse che l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata in modo "pieno ed incondizionato" per tutta la durata dell'appalto, non rilevando che la dichiarazione d'impegno faccia riferimento solo al prestito del requisito;

- ha attribuito rilievo alla produzione di entrambi i documenti (dichiarazione dell'ausiliaria e contratto di avvalimento) da parte della concorrente e alla specificazione all'interno del contratto delle risorse che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere la qualificazione e che sono messe a disposizione ai fini dell'eventuale esecuzione dell'appalto;

- ha riconosciuto che l'omessa specificazione di risorse nella dichiarazione non integra né una ipotesi di assenza della dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria né un caso di indeterminatezza o genericità dell'oggetto dell'avvalimento.

7.9. In conclusione, la dichiarazione resa dell'ausiliaria era valida ed efficace a perfezionare l'avvalimento concluso con il raggruppamento aggiudicatario: l'esclusione non poteva essere, dunque, disposta per la mancanza nella dichiarazione unilaterale di impegno di una specifica elencazione delle risorse e dei mezzi messi a disposizione, già contenuta nel contratto di avvalimento.

8. Alla fondatezza dei motivi di appello consegue la necessità di esaminare i motivi di ricorso dichiarati assorbiti dalla sentenza di primo grado e riproposti ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. dall'appellata.

9. In sintesi, con tali motivi di doglianza il RTI Ici ha lamentato:

- l'inammissibilità dell'offerta economica dell'appellante per l'assenza nella stessa della dichiarazione di impegno a costituire il RTI;

- l'illegittima valutazione di opere aggiuntive, escluse dal progetto di gara, e l'erronea ed ingiusta duplicazione dei punteggi;
- le modificazioni peggiorative del progetto posto a base di gara;
- la mancata descrizione e quantificazione nei computi metrici delle proposte migliorative più significative offerte dall'appellante e la conseguente indeterminatezza e aleatorietà dell'offerta;
- l'arbitrarietà e illogicità del sub-procedimento di verifica di anomalia.

9. Le doglianze non possono essere accolte per le seguenti ragioni.

9.1. La censura con cui si contesta la mancanza della dichiarazione di impegno a conferire mandato collettivo speciale alla capogruppo mandataria è infondata perché il RTI Edilflorio ha esplicitato detto impegno sia in sede di documentazione amministrativa che in sede di offerta economica e comunque la *lex specialis* di gara non ha associato alcuna sanzione espulsiva all'omessa presentazione della detta dichiarazione di impegno, dovendo poi richiamarsi sul punto quanto sopra detto (per il caso di eventuale previsione di una simile ipotesi escludente) sulle clausole del bando che violino il principio di tassatività delle cause di esclusione.

9.2. Le censure con cui si contesta la valutazione effettuata dalla commissione con riferimento all'intervento del telecontrollo (che non sarebbe stato incluso nel progetto di gara e, dunque, non sarebbe valutabile) non sono fondate, in quanto il sistema di telecontrollo costituisce un intervento rientrante nel progetto posto a base di gara (trattandosi di elemento che assicura il corretto funzionamento dell'opera), tant'è che sono state stanziare nel quadro economico somme espressamente riferibili al medesimo intervento.

È poi dirimente, in senso opposto a quanto prospettato dalla originaria ricorrente, la circostanza che il disciplinare di gara (non impugnato) ha richiesto esplicitamente al concorrente di formulare proposte migliorative connesse al telecontrollo, prevedendo l'assegnazione di un punteggio premiante (cfr. "*proposta migliorativa impianto elettrico e di automazione (trasmissione dati e telecontrollo)...*" (punti 15]).

Inoltre il chiarimento fornito dalla stazione appaltante (in risposta al quesito 6), se letto nel senso prospettato dal RTI Ici, sarebbe *tamquam non esset*, non potendo modificare l'univoca portata della normativa di gara. Ad ogni modo con il chiarimento in questione la stazione appaltante ha soltanto ribadito la possibilità di formulare proposte inerenti il sistema di telecontrollo e di telelettura in remoto, poiché non rientrano nelle lavorazioni minime poste a base di gara che l'offerente è tenuto ad eseguire, precisando, in coerenza con il criterio di valutazione, che le concorrenti, pur non essendo obbligate a formulare un'offerta sul sistema di telecontrollo, potevano proporre detti interventi a titolo di migliorie.

Infine, deve aggiungersi che la censura è rimasta sfornita della dimostrazione del superamento della prova di resistenza: infatti non è stato dimostrato che la proposta progettuale in discussione sia stata effettivamente valutata dalla commissione e, soprattutto, non è stato

indicato quale punteggio sia stato assegnato in relazione a tale profilo nell'ambito del criterio A.2. (per il quale il RTI Edilflorio ha ottenuto 12 punti sui 15 attribuibili) che, come riconosciuto dallo stesso RTI Ici, coinvolge una pluralità di soluzioni, oltre al telecontrollo, idonee a consentire l'efficientamento energetico dell'impianto.

Né è stato provato che il telecontrollo sia stato oggetto di doppia valutazione, tanto per il criterio A.2. quanto con riferimento al criterio A.3., per il quale pure valgono le precedenti considerazioni sulla omessa dimostrazione di incidenza del profilo in questione sul giudizio complessivo espresso dalla Commissione, tenuto conto che anche il criterio in questione si compone di una pluralità di soluzioni tecniche atte a garantire migliori e più economiche condizioni manutentive degli impianti e, inoltre, che esso premia elementi diversi (ovvero "l'efficientamento manutentivo") rispetto al criterio A.2., con cui è stato invece valorizzato l'efficientamento energetico e di costi.

Va parimenti respinta la contestazione con la quale si sostiene che il RTI Edilflorio avrebbe conteggiato i costi del sistema di telecontrollo nella voce «imprevisti» delle spese generali, modificando così anche l'offerta in violazione del principio di immodificabilità della stessa. Infatti, una diversa allocazione della voce di costo indicata in sede di giustificazioni non comporta una inammissibile modifica postuma dell'offerta né incide sulla sua complessiva sostenibilità.

9.3. Non possono essere accolte neppure le doglianze con cui si deduce che il RTI aggiudicatario meriterebbe l'esclusione perché con riguardo alla "vasca di compenso" e alle "sezioni di scavo" l'offerta comporterebbe una modifica in senso peggiorativo del progetto posto a base di gara.

Infatti, sono corrette le puntuali argomentazioni difensive del RTI Edilflorio secondo cui:

- quanto alla vasca di compenso e alle relative lavorazioni (qualificate dal capitolato di appalto quali lavori a corpo), il progetto esecutivo posto a base di gara ha richiesto l'impiego di calcestruzzo Rck 250, ossia la stessa qualità di calcestruzzo che il RTI Edilflorio si è impegnato ad utilizzare; inoltre, il RTI aggiudicatario ha offerto una soluzione conforme alle indicazioni dell'elaborato progettuale, prospettando l'utilizzo di calcestruzzo con contenuto di riciclato per una maggiore sostenibilità ambientale dell'intervento: tale soluzione, che non varia o modifica la resistenza indicata negli elaborati grafici del progetto esecutivo a base di gara di appalto, non poteva condurre, in assenza di previsioni di *lex specialis*, all'esclusione della controinteressata e neppure alla inammissibilità della soluzione tecnica offerta, la quale non ha arrecato modifiche sostanziali al progetto posto a base di gara, ma si è attenuta alle prescrizioni ivi contenute, prevedendo come soluzione migliorativa il calcestruzzo Rbk 250 integrato con materiali di riciclo, allo scopo di ottemperare a quanto prescritto dai Criteri Ambientali Minimi (CAM), in linea con le previsioni di cui all'art. 34 del d.lgs. 50/2016; al più la non condivisibilità della miglioria proposta nell'ambito del singolo criterio avrebbe potuto riverberarsi sul punteggio attribuito (per il criterio B2- sostenibilità ambientale il RTI Edilflorio ha in effetti conseguito 6,4 sugli 8 punti previsti);

- quanto, invece, alle sezioni di scavo, è stato dimostrato, con l'ausilio della relazione tecnica

prodotta, che la proposta migliorativa del RTI Edilflorio prevede l'impiego di particolari condutture che non seguono le ordinarie modalità di posa in opera, con tutti i benefici descritti, mentre non è provato che la soluzione proposta sia modificativa del progetto e peggiorativa del livello di sicurezza definito dallo stesso.

9.4. Sono altresì infondate le censure con cui si contesta l'incompletezza dei computi metrici (estimativo e non estimativo) e la mancanza negli stessi di adeguato riscontro di talune migliorie offerte dal RTI appellante.

Va anzitutto rammentato che un livello di dettaglio non coincidente con quello preteso dal RTI Ici non può costituire causa di esclusione della controinteressata, specie in assenza di una specifica disposizione della legge di gara in tal senso.

Infatti, la *lex specialis* di gara non ha collegato alcuna sanzione espulsiva all'eventuale incompletezza del computo metrico in quanto la procedura in questione ha ad oggetto un appalto a corpo (con una incidenza di lavori a misura per il solo 0,5 % circa pari ad € 20.682,01) in cui il computo metrico rivestiva valore meramente indicativo (di illustrazione delle lavorazioni già dettagliate nell'ulteriore documentazione d'offerta, senza indicazioni numeriche e di costi); inoltre esso non costituiva neppure elemento funzionale alla valutazione delle offerte tecniche, tant'è vero che l'art. 11 del Disciplinare subordinava l'attribuzione del punteggio tecnico alla sola produzione di relazioni tecnico-descrittive (non anche al computo metrico). Anche nel progetto a base di gara la stazione appaltante ha inserito un computo metrico sommario, privilegiando l'esplicitazione delle indicazioni di maggior dettaglio all'interno delle relazioni e degli ulteriori elaborati grafici, cui l'aggiudicataria si è conformata.

In ogni caso, Il RTI Edilflorio ha presentato un computo metrico che, unitamente alla relazione descrittiva e ai relativi elaborati grafici - a cui il disciplinare conferisce valore prevalente - hanno consentito alla commissione, con valutazioni non illogiche né manifestamente erranee, di apprezzare la completezza degli elaborati progettuali, della relazione tecnica e dell'offerta, nella quale sono state esposte le singole migliorie, riferite ai vari subcriteri di valutazione.

Il RTI Edilflorio ha poi presentato, oltre all'offerta economica, il computo metrico estimativo (che, come detto, aveva una valenza meramente illustrativa delle lavorazioni già dettagliate nell'ulteriore documentazione d'offerta, senza indicazioni numeriche e di costi), nonché l'elenco dei prezzi unitari.

In conclusione, l'offerta del RTI appellante è univoca e completa, non presenta elementi di incertezza (le singole lavorazioni sono evincibili anche dall'elenco prezzi prodotto) ed è corredata degli elaborati richiesti dalle prescrizioni di gara.

Le ulteriori censure con cui si assume che né le componenti del raggruppamento né l'ausiliaria sarebbero in possesso dei macchinari necessari alla realizzazione della metodologia di escavazione proposta non trovano riscontro nella documentazione di gara, ove sono riportati mezzi idonei alle lavorazioni in parola, e comunque ineriscono a questioni meramente esecutive, irrilevanti ai fini dell'ammissibilità dell'offerta in sede di gara.

9.5. Vanno infine respinte le doglianze sulla asserita illegittimità della verifica di anomalia espletata sull'offerta aggiudicataria, che, secondo il RTI originario ricorrente, si caratterizzerebbe per la sotto stima di alcune voci di costo nonché per la lacunosità delle giustificazioni presentate dalla controinteressata.

Tali considerazioni non trovano riscontro nella documentazione di gara versata in atti.

Al riguardo deve in particolare evidenziarsi che:

- a) risultano giustificate le spese generali, individuate per singola voce ed espressamente quantificate dal raggruppamento aggiudicatario, nella percentuale di incidenza, dichiarata nei giustificativi, del 14% pari a complessivi € 367.530,00;
- b) sono state spiegate in sede di verifica di anomalia le ragioni aziendali che consentono di ritenere congruo e adeguato l'utile quantificato nella misura del 7,394%, pari € 221.393,18 (si veda, in particolare, relazione giustificativa, pagg. 10-12) e comunque non è provato che l'utile stimato sia insufficiente rispetto ai costi indicati per l'esecuzione dell'appalto, sì da aver determinato la formulazione di un'offerta insostenibile e in perdita;
- c) sono state individuate e quantificate le singole voci che concorrono a formare gli oneri per la sicurezza dichiarati dal raggruppamento aggiudicatario (si veda allegato H alla relazione giustificativa, ove il RTI Edilflorio ha evidenziato *“che per oneri aziendali della sicurezza si intendono gli oneri afferenti all'esercizio dell'attività svolta da ciascun operatore economico (detti anche, in giurisprudenza piuttosto che in dottrina, costi ex legge, costi propri, costi da rischi specifici o costi aziendali necessari per la risoluzione dei rischi specifici propri dell'appaltatore), relativi sia alle misure per la gestione del rischio, sia alle misure operative per i rischi legati alle lavorazioni e alla loro contestualizzazione. Detti oneri aziendali sono contenuti nella quota parte delle spese generali prevista dalla norma vigente (art. 32 del D.P.R. 207/2010 s.m.i.) e non sono riconducibili ai costi stimati per le misure previste al punto 4 dell'allegato XV del D.Lgs. 81/2008 s.m.i.”*): pertanto, alla stregua di tali precisazioni deve ritenersi che alla quota di € 8.000 devono essere sommati € 48.750,00, correttamente allocati nelle voci di cui alle spese generali per *“o) le spese di adeguamento del cantiere in osservanza del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, di cui è indicata la quota di incidenza sul totale delle spese generali, ai fini degli adempimenti previsti dall'articolo 86, comma 3-bis, del codice”*;
- d) la stazione appaltante ha ritenuto congrui gli oneri per la sicurezza stimati dal RTI Edilflorio, con valutazioni rimaste prive di sostanziale confutazione ad opera del RTI originario ricorrente;
- e) quanto al sistema di geolocalizzazione offerto, i documenti giustificativi prodotti dal RTI controinteressato hanno chiarito che i prezzi preventivati sono comprensivi anche di tutti gli apprestamenti necessari alla geolocalizzazione;
- f) le asserite lacune nei giustificativi forniti dal RTI Edilflorio quanto alla mancata documentazione di alcune lavorazioni riguarda interventi di dettaglio con incidenza marginale nell'appalto, inidonei ad incidere sul giudizio di complessiva congruità dell'offerta espresso

dalla stazione appaltante.

9.6. I motivi riproposti dal RTI Ici ai sensi dell'art. 101 comma 2 cod. proc. amm. sono dunque infondati e vanno respinti.

10. In conclusione, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto il ricorso di primo grado proposto dal RTI Ici.

11. La complessità e la novità delle questioni trattate giustificano nondimeno l'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado e respinge altresì i motivi del ricorso di primo grado riproposti dalla parte appellata ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2022.