

Processo amministrativo e avvalimento condizionato.

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 15-1-2024

Non è ravvisabile la dedotta nullità per genericità del contratto di avvalimento stipulato tra la mandante e l'ausiliaria, le cui clausole vanno interpretate le une per mezzo delle altre ex art. 1363 c.c. e secondo buona fede, ex art. 1366 c.c., alla luce dell'indicata giurisprudenza.

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 4768 del 2023, proposto da Luppù S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9486644C67, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Maria Mastinu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Messina 29;

contro

Città Metropolitana di Cagliari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Domenico Melis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Italia n. 138; Dirigente del Settore 2 – Ambiente della Città Metropolitana di Cagliari, non costituito in giudizio;

nei confronti

Servizi & Appalti di Fanara Calogero, Meloni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Daniela Piras, Sergio Segneri, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda) n. 00326/2023, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Città Metropolitana di Cagliari e di Servizi & Appalti di Fanara Calogero e di Meloni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2023 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Pilia in dichiarata delega di Mastinu, La Torre per delega di Melis, e Piras.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto notificato in data 1 giugno 2023 e depositato in pari data la Luppu S.r.l. (d'ora in poi Luppu) ha interposto appello avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, sezione II, 5 maggio 2023, n. 326 con cui si è rigettato il ricorso da essa proposto per l'annullamento della determinazione n. 3865 del 30 dicembre 2022 del Dirigente del Settore 2 Ambiente della Città Metropolitana di Cagliari, di aggiudicazione definitiva della procedura negoziata Accordo Quadro per i "*Lavori relativi all'intervento di riduzione del rischio idraulico sul Rio Is Cungiaus*" – CIG 9486644C67 – CUP J84H17001470001, in favore del costituendo r.t.i. tra la capogruppo Servizi & Appalti di Fanara Calogero (d'ora in poi Servizi & Appalti) e la mandante Meloni s.r.l. (di seguito Meloni) e i relativi atti presupposti e consequenziali, specificatamente indicati e la domanda di risarcimento dei danni in forma specifica o per equivalente monetario, nonché il ricorso per motivi aggiunti proposto avverso il provvedimento prot. n. 675 del 28 febbraio 2023 del Dirigente del Settore 2 Ambiente della Città Metropolitana di Cagliari, di conferma dell'aggiudicazione definitiva.

2. Dagli atti di causa emerge quanto di seguito indicato.

2.1. La Città Metropolitana di Cagliari, con determinazione n. 3114 del 14 novembre 2022 e relativo avviso pubblico per l'acquisizione di manifestazioni di interesse a partecipare alla successiva procedura negoziata senza pubblicazione di bando, ex art. 1, comma 2, lett. b) d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020, ha avviato il procedimento di individuazione di dieci operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata per l'affidamento dei "*lavori di intervento di manutenzione e risanamento del Rio Is Cungiaus*", per l'importo massimo di € 3.060.000,00, inclusi oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, oltre IVA, con categoria unica OG8 – classifica IV o superiore e requisito speciale di partecipazione il

possesso di attestazione SOA di cui all'art. 84 d.lgs. n. 50/2016 nella categoria OG8.

2.2. Con successiva determinazione a contrarre n. 3374 del 30 novembre 2022 la stazione appaltante ha indetto la prevista procedura negoziata, con applicazione del criterio del prezzo più basso, approvando la relativa lettera di invito.

2.3. A seguito della presentazione delle richieste di invito, la stazione appaltante ha sorteggiato i dieci operatori economici, già selezionati in fase di prequalifica, tra cui la Luppù e la Servizi & Appalti, da invitare alla procedura negoziata da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, con esclusione automatica delle offerte anomale, ai sensi dell'art. 1, comma 3, del D.L. 76/2020, conv. L. n. 120/2020, nel rispetto del criterio della rotazione degli inviti.

2.3.1. Dei dieci operatori invitati hanno presentato offerta solamente in cinque, tutti ammessi dalla stazione appaltante.

2.3.2. All'esito delle operazioni del seggio di gara, è risultato collocato al primo posto il costituendo R.T.I. Servizi & Appalti / Meloni, con il maggior ribasso del 34,765%, seguito dalla Luppù S.r.l. col secondo ribasso del 31,741%.

2.4. Entrambe le imprese del raggruppamento aggiudicatario, siccome prive dell'attestazione SOA nella categoria OG8, hanno inteso soddisfare tale requisito mediante contratto di avvalimento stipulato, rispettivamente, dalla capogruppo Servizi & Appalti con l'ausiliaria Vertullo Costruzioni s.r.l., avente ad oggetto l'attestazione SOA nella categoria OG8, classifica III-bis, e dalla mandante Meloni con l'ausiliaria Mascia Danilo Giuseppe s.r.l. unipersonale, avente ad oggetto l'attestazione SOA nella categoria OG8, classifica IV.

3. Avverso il provvedimento di aggiudicazione insorgeva innanzi al TAR per la Sardegna la Luppù, seconda graduata, articolando, in due motivi di ricorso, le seguenti censure:

l) Violazione – erronea applicazione di legge (artt. 83, 84, 89 d.lgs. n. 50/2006, art. 63 d.p.r. 207/2010, art. 1346 e 1418 c.c.), violazione della *lex specialis*, eccesso di potere: per l'illegittima ammissione alla gara del costituendo r.t.i. controinteressato, composto per il 51% (corrispondente all'importo di € 1.560.600,00) dalla capogruppo Servizi & Appalti, per il 49% (corrispondente all'importo di € 1.499.400,00) dalla Mandante Meloni, attesa la nullità del contratto di avvalimento sia della capogruppo Servizi & Appalti, sia della mandante Meloni.

Secondo la prospettazione attorea entrambi i contratti di avvalimento dovevano considerarsi nulli, in quanto generici e insufficienti, alla luce dei principi giurisprudenziali operanti in tema di avvalimento di attestazione SOA.

Quanto alla capogruppo, l'ausiliaria Vertullo Costruzioni si era limitata a mettere a disposizione della ausiliata Servizi & Appalti solamente tre risorse umane (n. 1 geometra di cantiere, n. 1 operaio specializzato e n. 1 operaio qualificato), del tutto insufficienti ed inadeguate a giustificare l'effettivo avvalimento del requisito dell'attestazione SOA OG8 classifica III-bis (sino a € 1.500.000,00), che presuppone anche la correlata certificazione di qualità ISO 9000.

Quanto alla mandante, il contratto era del tutto generico e indeterminato, mancando peraltro agli atti di gara l'allegato A, da cui dovrebbero emergere i mezzi e risorse messi concretamente a disposizione. Peraltro, entrambi i contratti erano sottoposti alla condizione del previo pagamento in favore dell'ausiliaria del costo delle risorse materiali e tecniche che dovessero essere richieste dall'ausiliata per l'esecuzione dell'appalto.

II) Violazione – erronea applicazione di legge (artt. 48, 83, 84, 89 d.lgs. n. 50/2006, art. 63 d.p.r. 207/2010, art. 1346 e 1418 c.c.), violazione della *lex specialis*, eccesso di potere: per l'illegittima ammissione alla gara del costituendo r.t.i. controinteressato, atteso che la Servizi & Appalti aveva dichiarato in sede di prequalifica di partecipare come impresa singola e all'interno del raggruppamento non possedeva i requisiti in misura maggioritaria; la mandante Meloni aveva poi fatto ricorso all'avvalimento di altra partecipante alla procedura.

4. Servizi & Appalti, costituitasi innanzi al TAR, richiedeva il rigetto del ricorso principale siccome infondato e proponeva ricorso incidentale escludente nei confronti della ricorrente, con il quale deduceva:

- Violazione e falsa applicazione degli artt. 45, comma 1, Lett. c), e 89 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in relazione al contratto di avvalimento stipulato dalla Luppu con il Consorzio Stabile ALP, in quanto l'impegno assunto dal Consorzio di mettere a disposizione della Luppu un tecnico e sei operatori, per un totale di sette addetti, sarebbe inattendibile e contrasterebbe con i dati ricavabili dalla visura storica camerale dell'ausiliaria aggiornata al 14 febbraio 2023, da cui emergerebbe che la stessa al 31 dicembre 2021 aveva un unico addetto, né potendo avvalersi delle consorziate, stante il divieto di avvalimento a cascata;

- Violazione e falsa applicazione degli artt. 46, 47 e 71 del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445/2000 - Violazione dell'art. 24 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, in quanto il documento denominato "*Dichiarazione integrativa del Direttore Tecnico*", volto ad attestare il possesso da parte del suo Direttore Tecnico, Stefano Pili, dei requisiti di capacità generale di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/16, era stato in realtà sottoscritto solo dal legale rappresentante della Luppu con firma digitale, ma non dal Direttore Tecnico.

5. Con motivi aggiunti la Luppu S.r.l. impugnava la nota in data 28 febbraio - con la quale la Città Metropolitana aveva comunicato di non procedere all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione alla luce delle difese svolte dal r.t.i. aggiudicatario, confermando pertanto l'aggiudicazione - articolando le seguenti censure:

- Violazione - erronea applicazione di legge (artt. 83, 84, 89 d.lgs. n. 50/2006, art. 63 d.p.r. 207/2010, art. 1346 e 1418 c.c.; art. 3 l. n. 241/90) - Violazione della *lex specialis*, motivazione illogica e insufficiente, difetto di istruttoria, eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza e ingiustizia manifesta: per l'illegittima ammissione alla gara e conferma dell'aggiudicazione al costituendo r.t.i. controinteressato, attesa la nullità del contratto di avvalimento sia della capogruppo Servizi & Appalti sia della mandante Meloni.

In tesi attorea il provvedimento di conferma dell'aggiudicazione in favore del r.t.i. Servizi & Appalti/Meloni sarebbe illegittimo, in quanto non sorretto da adeguata istruttoria e basato

unicamente sul richiamo alla pronuncia del Consiglio di Stato Sez. V, 24 novembre 2021 n. 7863.

6. La sentenza di *prime cure* ha respinto il ricorso introduttivo ed il ricorso per motivi aggiunti, ritenendo, quanto al primo motivo del ricorso introduttivo e al motivo articolato nel ricorso per motivi aggiunti, la validità dei contratti di avvalimento stipulati dalla mandante e dalla mandataria del r.t.i. aggiudicatario.

6.1. Il giudice di *prime cure* ha infatti valorizzato - a fronte delle clausole in contestazione, concernenti il previo pagamento delle risorse materiali e tecniche da parte delle ausiliate - la presenza nei suddetti contratti di clausole di assunzione piena delle obbligazioni da parte delle ausiliarie nei confronti della stazione appaltante, con richiamo alla disciplina specifica del Codice dei Contratti.

6.1.1. Ha del pari disatteso la censura riferita alla genericità dei contratti di avvalimento, in quanto contenenti una elencazione precisa di mezzi e risorse umane e materiali messi a disposizione da parte delle ausiliarie in favore delle avvalenti, evidenziando inoltre che l'allegato A al contratto di avvalimento tra la mandante e l'ausiliaria, che espressamente indicava i mezzi e le risorse messe a disposizione, era stato già stato prodotto in sede di gara dall'aggiudicataria, risultando perciò superata sul punto la doglianza proposta dalla ricorrente principale.

6.2. Il primo giudice ha inoltre ritenuto privo di fondamento il secondo motivo del ricorso introduttivo, evidenziando come non avesse rilievo la circostanza che in sede di indagine di mercato la Servizi e Appalti avesse richiesto di essere invitata alla procedura quale impresa singola e non in veste di capogruppo di un raggruppamento, dovendosi avere riguardo al solo momento di presentazione delle offerte, rispetto al quale non vi era stata alcuna modifica soggettiva.

7. Con l'atto di appello la Luppù ha articolato, in due distinti motivi, le seguenti censure avverso la sentenza di *prime cure*:

I - *Error in iudicando e in decidendo* sul motivo di impugnazione “*violazione – erronea applicazione di legge (artt. 83, 84, 89 d.lgs. n. 50/2006, art. 63 d.p.r. 207/2010, art. 1346 e 1418 c.c.), violazione 9 della lex specialis, eccesso di potere: per l’illegittima ammissione alla gara del costituendo r.t.i. controinteressato, attesa la nullità del contratto di avvalimento sia della capogruppo servizi & appalti di Fanara Calogero, sia della mandante meloni s.r.l.*”.

In tesi di parte appellante la sentenza di *prime cure* sarebbe erronea laddove aveva escluso la nullità del contratto di avvalimento per la genericità e la scarsità delle risorse messe a disposizione dalle imprese avvalenti.

II - *Error in iudicando e in decidendo* sul motivo di impugnazione “*violazione – erronea applicazione di legge (artt. 83, 84, 89 d.lgs. n. 50/2006, art. 63 d.p.r. 207/2010, art. 1346 e 1418 c.c.), violazione della lex specialis, eccesso di potere: per l’illegittima ammissione alla gara del costituendo r.t.i. controinteressato, attesa la nullità del contratto di avvalimento sia*

della capogruppo servizi & appalti di Fanara Calogero, sia della mandante meloni s.r.l.”

Con tale motivo parte appellante critica la sentenza gravata nella parte in cui aveva escluso la nullità dei contratti di avvalimento stipulati dalla mandataria e dalla mandante del r.t.i. aggiudicatario non ravvisando nella clausola che prevede il preventivo pagamento delle risorse da prendere in prestito, al prezzo di mercato, una clausola condizionale meramente potestativa, assumendo che l'indirizzo giurisprudenziale, seguito dalla stazione appaltante con la nota di conferma dell'aggiudicazione, gravata con il ricorso per motivi aggiunti, fatto proprio dal giudice di *prime cure*, sarebbe assolutamente minoritario.

8. Si sono costituite in giudizio Servizi & appalti, in proprio e quale capogruppo/mandataria del costituendo r.t.i. con la Meloni e la medesima Meloni, nonché la Città metropolitana di Cagliari, instando per il rigetto dell'appello.

9. In vista dell'udienza pubblica le parti hanno depositato articolate memorie difensive e di replica, ex art. 73 comma 1 c.p.a., instando nei rispettivi assunti.

10. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 21 settembre 2023.

DIRITTO

11. Con il primo motivo di appello la Luppù lamenta l'erroneità della sentenza di *prime cure* per avere disatteso la censura riferita alla nullità dei contratti di avvalimento stipulati dalla mandataria e della mandante del r.t.i. aggiudicatario per la genericità dell'indicazione delle risorse messe a disposizione e in ogni caso per la loro insufficienza.

11.1. Quanto al contratto di avvalimento tra la capogruppo Servizi & Appalti e l'ausiliaria Vertullo Costruzioni, stipulato in relazione alla qualificazione SOA per la categoria di OG8 cl. III *bis*, parte appellante assume che l'ausiliaria si era limitata a mettere a disposizione della ausiliata Servizi & Appalti solo tre risorse umane (n. 1 geometra di cantiere, n. 1 operaio specializzato e n. 1 operaio qualificato), del tutto insufficienti ed inadeguate a giustificare l'effettivo avvalimento del requisito dell'attestazione SOA OG8, classifica III *bis* (sino a € 1.500.000,00), che presuppone anche la correlata certificazione di qualità ISO 9000 ai sensi dell'art. 63 del d.P.R. n. 207/2010 ai sensi del quale "1. *Ai fini della qualificazione, ai sensi dell'articolo 40, comma 3, lettera a), del codice, le imprese devono possedere il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, ad esclusione delle classifiche I e II. 2. La certificazione del sistema di qualità aziendale è riferita agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche*".

11.2. Quanto al contratto di avvalimento stipulato dalla mandante Meloni con l'ausiliaria Mascia Danilo Giuseppe, avente ad oggetto l'attestazione SOA nella categoria OG8, classifica IV, parte appellante assume come le indicazioni concernenti il personale siano del tutto generiche ed indeterminate, come tali inadeguate a soddisfare il requisito di validità del contratto di avvalimento, in quanto non consentirebbero di comprendere quali risorse personali siano

poste concretamente a disposizione dalla ausiliaria.

11.3. In tesi di parte appellante pertanto la sentenza impugnata, che sul punto si limita ad affermare che <<a fronte dell'indicazione specifica dei mezzi e delle risorse messe a disposizione in entrambi i contratti di avvalimento, che hanno perciò posto la stazione appaltante nelle condizioni di valutare la serietà dell'impegno assunto dalle ausiliarie, le valutazioni circa l'asserita insufficienza di tali risorse ... risultano soggettive considerazioni in ordine all'attendibilità dei contratti di avvalimento, che non sono idonee ad incidere sulla legittimità dell'aggiudicazione>> (p. 20 della sentenza), dovrebbe essere integralmente riformata, attesa la palese genericità e indeterminatezza di entrambi i contratti di avvalimento sottoscritti dalle imprese del r.t.i. aggiudicatario.

12. Con le memorie difensive Servizi & Appalti ha eccepito che parte appellante avrebbe articolato un motivo nuovo rispetto a quello formulato nel giudizio di primo grado ove mai si era sostenuto che i contratti di avvalimento stipulati dalla Servizi & Appalti e dalla Meloni avessero ad oggetto la SOA e conseguentemente la certificazione di qualità e ISO 9000, che pertanto avrebbe dovuto essere messa a disposizione delle imprese ausiliarie, "con l'indicazione di tutte le risorse necessarie ad ottenere dall'organismo indipendente il rilascio della certificazione di qualità", come anche precisato nella memoria di discussione.

12.1. E' noto che il divieto di *jus novorum* di cui all'art. 104 comma 1 c.p.a. non consenta di allargare il *thema decidendum* rispetto al ricorso di *prime cure* (*ex multis*: Consiglio di Stato, sez. IV, 12 ottobre 2017, n. 4729).

La *ratio* di tale divieto affonda le proprie radici nell'essenziale esigenza di rispettare il doppio grado di giurisdizione e, pertanto, postula l'immutabilità della *causa petendi* introdotta in primo grado.

L'effetto devolutivo dell'appello è oggi consacrato nell'art. 104 c.p.a., secondo cui nel giudizio d'appello non possono essere proposte nuove domande (fermo quanto previsto nell'art. 34, comma 3) né nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio, il quale assicura che l'oggetto del giudizio di secondo grado non risulti più ampio di quello su cui si è pronunciato il primo giudice con la sentenza impugnata.

In definitiva, nel processo amministrativo, una questione proposta per la prima volta in grado di appello è inammissibile, quale conseguenza logica che discende dall'onere di specificità delle censure dedotte in primo grado nei confronti degli atti in tale giudizio gravati e, quindi, in applicazione del principio del divieto di *jus novorum* (cfr., *ex multis*: Cons. Stato, IV, 26 novembre 2015, n. 5373, che richiama Cons. Stato, VI, 19 luglio 1999 n. 973; id., IV, 24 maggio 2007 n. 2636; id., VI, 22 maggio 2008 n. 2432; id., IV, 27 luglio 2010 n. 4915).

12.1.1. Ciò posto, l'eccezione sollevata da Servizi & Appalti relativamente al divieto di *jus novorum* ex art. 104 comma 1 c.p.a., in cui sarebbe incorsa parte appellante nel formulare il primo motivo di appello, va disattesa, in quanto dalla lettura del primo motivo del ricorso di *prime cure* ben può evincersi come la parte avesse *ab origine* fatto riferimento alla violazione dei principi giurisprudenziali in materia di avvalimento dell'attestazione SOA,

deducendo inoltre che relativamente alla SOA per qualifiche superiori alla II, l'avvalimento non potrebbe che sottendere anche la correlativa certificazione di qualità ISO 9000.

12.2. Parimenti infondata, alla luce del chiaro tenore letterale dei contratti di avvalimento e della circostanza che le ausiliate abbiano fatto ricorso all'avvalimento in quanto carenti del requisito di qualificazione SOA per la qualifica OG 8, necessario per la partecipazione alla procedura *de qua*, è la deduzione di Servizi & Appalti secondo cui i contratti di avvalimento in contestazione non avrebbero ad oggetto l'attestazione SOA, ma un generico prestito di requisiti.

13. Cionondimeno il motivo è infondato.

13.1. Non ignora il Collegio che secondo orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, a seconda che si tratti di avvalimento c.d. garanzia ovvero di avvalimento c.d. tecnico o operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria; in particolare, in caso di avvalimento c.d. tecnico operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6619; V, 21 luglio 2021, n. 5485; V, 12 febbraio 2020, n. 1120 e le sentenze ivi richiamate; le ragioni alla base del predetto orientamento giurisprudenziale sono in Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 19 luglio 2021, n.722).

E' peraltro altrettanto noto il principio (*ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2021, n. 5464; III, 4 gennaio 2021, n. 68, ma fissato dall'Adunanza plenaria nella sentenza del 14 novembre 2016, n. 23) secondo cui l'indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento c.d. operativo deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 c. c.).

13.2. Il contratto di avvalimento, pertanto, non deve quindi necessariamente spingersi, ad esempio, sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale. Tuttavia, l'assetto negoziale deve consentire quantomeno *"l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione"* (Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682); deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, dall'altro i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 giugno 2021, n. 4935 Cons. Stato Sez. V, Sent., 10 gennaio 2022, n. 169).

Inoltre questa Sezione ha altresì affermato il principio (Consiglio di Stato, sez. V. 22/02/2021 n. 1514) per cui *"L'elemento caratterizzante [l'avvalimento] non è limitato a un mero "prestito" formale di personale e/o di macchinari e/o di beni strumentali necessariamente,*

sganciato dalla relativa organizzazione aziendale [...] anche se il suo effetto – relativamente al rapporto di appalto - consiste nell'imputazione giuridica ed economica delle prestazioni che ne sono oggetto direttamente all'impresa concorrente, che, a tal fine, si avvale dell'ausiliaria" (Cons. Stato, V, 16 marzo 2018, n. 1698) e che pertanto nel caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento, è ben possibile *"che, nel singolo contratto, sia previsto, quando si tratti di c.d. avvalimento tecnico-operativo, l'impiego non di un singolo elemento della produzione, bensì dell'azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato (o di un ramo di essa). Di questa l'ausiliaria non perde la detenzione, pur mettendola a disposizione, in tutto o in parte, per l'utilizzazione dell'ausiliata, secondo le previsioni del contratto di avvalimento, approvate dalla stazione appaltante"*.

13.3. Il collegio non ignora inoltre che, secondo la giurisprudenza in materia seguita dalla Sezione, (ex multis Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022 n. 169) *"Relativamente all'avvalimento che abbia ad oggetto attestazione SOA, la giurisprudenza ha precisato che è ammissibile l'avvalimento anche quanto alla SOA, purché 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 (così in termini Consiglio di Stato, Sez. V, 21 dicembre 2021, n. 8486; 12 marzo 2018, n. 1543).*

In definitiva, nel caso di avvalimento che abbia ad oggetto l'attestazione SOA oggetto di prestito è l'intero apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all'esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074 in cui si è ulteriormente specificato che "tale risultato (la disponibilità dell'intero complesso produttivo, n.d.s.) si potrebbe ottenere con un contratto di affitto di azienda o di ramo di azienda, ma la peculiarità di questa modalità di collaborazione tra imprese, che fa transitare l'avvalimento nella atipicità o, come altri dice, nella transtipicità, sta nel fatto che non si verifica il trasferimento definitivo dell'azienda, ma solo, appunto, una sua temporanea e parziale messa a disposizione per la singola gara e per il tempo necessario all'esecuzione del contratto d'appalto").

14. Ciò posto, avuto riguardo all'indicata giurisprudenza, ad avviso del Collegio non è ravvisabile la dedotta nullità per genericità del contratto di avvalimento stipulato tra la mandante Meloni e l'ausiliaria Mascia Danilo Giuseppe s.r.l., le cui clausole vanno interpretate le une per mezzo delle altre ex art. 1363 c.c. e secondo buona fede, ex art. 1366 c.c., alla luce dell'indicata giurisprudenza.

14.1. In esso è infatti *expressis verbis* previsto *"Premesso che ...come richiesto dal bando di gara i concorrenti debbono essere in possesso della categoria OG 8, classifica IV [...] l'impresa ausiliata non è in possesso di prescritti requisiti di qualificazione relativi alla categoria OG 8 classifica IV ed intende utilizzare pertanto lo strumento dell'avvalimento:*

- l'impresa Ausiliaria sottoscrive il presente contratto di Avvalimento in originale e si impegna a mettere a disposizione le risorse necessarie all'impresa Ausiliata per l'intera durata del

contratto d'appalto; le parti peraltro prevedono espressamente che, nel caso di proroga dello stesso contratto, l'obbligo permarrà fino all'effettiva esecuzione delle opere; [...]

- che l'impresa ausiliaria, presa visione ed esatta conoscenza del bando e di tutti i documenti di gara, dichiara di disporre di idonei requisiti e capacità tecniche nel settore dei lavori pubblici ed idonea Attestazione di Qualificazione SOA – di cui è carente l'Impresa Ausiliata, in corso di validità risultate dal certificato n°26395/11/00 rilasciato da SOA GROUP S.P.A. in data 17.02.2022, per le seguenti categorie[...] .OG 8 classifica IV [...]per l'importo di € 2.582.000,00[...] che soddisfa il requisito obbligatorio di cui è carente l'impresa ausiliata;[...]

- che la medesima impresa ausiliata, sebbene tecnicamente ed economicamente organizzata, è carente del requisito relativo alla Categoria OG8 classifica IV;[...]

Tra l'impresa Ausiliaria e l'impresa Ausiliata viene stipulato il presente contratto di avvalimento, in base agli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE, dell'art. 83, comma 1 lett. b) e c) e dell'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016 ai seguenti patti e condizioni

Art. 1

Le premesse costituiscono parte integrante e sostanziale del presente atto.

Art. 2

In relazione alla procedura negoziata indetta dalla Città metropolitana di Cagliari, per l'affidamento dei lavori relativi all'intervento "Patto per lo sviluppo della Città metropolitana di Cagliari – intervento di manutenzione e risanamento del Rio Is Cungiaus" codice cup: j84h17001470001 – codice cig: 9486443C67 - per un importo complessivo pari a € 3.060.000,00[...] L'impresa ausiliaria, come sopra generalizzata, consente all'impresa ausiliata di avvalersi del requisito concernente Categoria OG8 classifica IV di cui l'impresa ausiliata è carente;

L'impresa ausiliaria si impegna pertanto verso il concorrente e verso la stazione appaltante, a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le seguenti risorse:

-Know-How tecnologico e commerciale, a mezzo del proprio direttore tecnico Sig. Mascia Danilo Giuseppe e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento. Incidenza costo sul valore del credito sottoindicato, pari al 25% circa;

- Il numero necessario di Squadre tipo, composte da capo cantiere, operai specializzati, operai qualificati e operai comuni, addetto alla sicurezza in cantiere, i cui nominativi verranno comunicati prima dell'inizio dei lavori con le specifiche del relativo contratto applicato. Incidenza costo sul valore del credito sottoindicato, pari al 45% circa;

- Le attrezzature necessarie all'esecuzione dell'opera, quali: Container alloggio attrezzi e Uffici, Impastatrice/Betoniere;

- *Macchine da taglio legno/ferro, Martelli demolitori ad aria e/o elettrici, Puntelli varie misure, Badili, secchi, attrezzatura minuta, ecc. Incidenza costo sul valore del credito sottoindicato, pari al 15% circa;*

- *I mezzi necessari all'esecuzione dell'opera, quali: Camion con ribaltabile, Escavatori, Mini Escavatori, Furgoni attrezzati, ecc. Incidenza costo sul valore del credito sottoindicato, pari al 15% circa. (vedasi Allegato "A" al contratto di avvalimento).*

Nell'allegato A, che come comprovato in *prime cure* da Servizi & Appalti è stato *ab origine* prodotto in uno al contratto di avvalimento all'atto della presentazione della domanda – risultando sul punto superato quanto dedotto con il ricorso introduttivo da parte della Luppù – sono poi dettagliatamente indicati i mezzi messi a disposizione per l'esecuzione del contratto.

14.2. L'indicato contratto che, quanto alle risorse umane fa riferimento "*al numero necessario di Squadre tipo, composte da capo cantiere, operai specializzati, operai qualificati e operai comuni, addetto alla sicurezza in cantiere, i cui nominativi verranno comunicati prima dell'inizio dei lavori con le specifiche del relativo contratto applicato. Incidenza costo sul valore del credito sotto indicato, pari al 45% circa*", lungi dall'essere viziato per genericità di siffatta indicazione, risulta coerente con l'indicato orientamento giurisprudenziale in materia di avvalimento operativo, secondo cui il contratto di avvalimento non deve necessariamente indicare la quantità dei mezzi d'opera, le qualifiche del personale messo a disposizione ovvero la dotazione numerica dello stesso personale, essendo sufficiente la messa a disposizione di personale qualificato, purché siano evincibile i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti, evincibili nell'ipotesi di specie dalla tipologia delle opere necessitanti la prescritta qualificazione SOA OG 8, cl. IV.

14.3. Analoga coerenza è ravvisabile con l'orientamento giurisprudenziale, del pari in precedenza indicato, relativo all'avvalimento dell'attestazione SOA, in cui oggetto di prestito è l'intero apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all'esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021), come del resto evincibile dalle stesse premesse del contratto.

14.4. La circostanza che oggetto del contratto di avvalimento sia l'apparato organizzativo dell'ausiliaria nella misura necessaria all'esecuzione del contratto si evince del resto dalle medesime clausole inerenti la controprestazione del contratto di avvalimento.

14.4.1. Ed invero la controprestazione del contratto di avvalimento è da individuarsi, quanto alla messa a disposizione del requisito esperienziale e qualitativo dell'apparato organizzativo sotteso alla prescritta qualificazione SOA - da intendersi comprensivi della certificazione di qualità ISO 9000 che, in quanto necessaria secondo quanto dedotto dalla parte appellante per le qualifiche superiori alla II° deve ritenersi insita nello stesso prestito dell'attestazione – nell'indicazione dell'importo da versarsi in ipotesi di aggiudicazione, secondo quanto prescritto nell'art. 6 del medesimo contratto di avvalimento "*In caso di aggiudicazione della gara, l'Impresa Ausiliata verserà all'Impresa Ausiliaria un importo pari allo 0,50% (dicesi zerovirgolacinquanta per cento) del valore dell'appalto (unicamente e limitatamente alle categorie e alle classifiche oggetto del presente contratto di avvalimento, necessarie a coprire*

l'importo di qualificazione richieste dal bando di gara per le quali l'Impresa Avvalente è carente) calcolato sull'effettivo valore dell'appalto in considerazione del ribasso economico di aggiudicazione offerto dall'Impresa Ausiliaria.

L'impresa Ausiliata verserà il corrispettivo di cui al presente punto in concomitanza con gli incassi dei S.A.L. emessi in maniera proporzionale all'importo del S.A.L. stesso con l'importo del contratto

stipulato con la stazione appaltante”.

14.4.2. Per contro, quanto all'utilizzo delle risorse materiale e tecniche – comprensive del costo del personale – necessarie per l'esecuzione del contratto e da intendersi del pari oggetto di avvalimento, la controprestazione è individuabile nella clausola - oggetto di contestazione con il secondo motivo di appello - contenuta nell'art. 5 par. 2 secondo cui *“L'Impresa Ausiliata, ove mai dovesse richiedere all'Impresa Ausiliaria, anche per l'effetto di richieste della Stazione Appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto dovrà erogarne il costo, a valore di mercato, a favore dell'Impresa Ausiliaria”.*

15. Ad analoghe considerazioni deve pervenirsi in relazione al contratto stipulato tra la mandataria Servizi e Appalti (impresa avvalente) e Vertullo Costruzioni (impresa ausiliaria), avente ad oggetto l'avvalimento Soa per la categoria OG8 cl III- *bis* in cui per un verso è precisato, quanto all'utilizzo delle risorse messe a disposizione e concretamente utilizzate che *“L'impresa avvalente, ove mai dovesse richiedere all'impresa ausiliaria, anche per effetto di richiesta della stazione appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto dovrà preventivamente erogarne il costo, a valore di mercato, a favore dell'impresa ausiliaria”* – essendo la controprestazione ancorata al valore di mercato delle risorse effettivamente utilizzate dall'impresa ausiliata anche su richiesta della stazione appaltante – e per altro verso, quanto all'utilizzo del requisito esperienziale e qualitativo dell'apparato organizzativo sotteso alla prescritta qualificazione SOA - da intendersi comprensivi della necessaria certificazione di qualità ISO 9000 – è previsto che *“In caso di aggiudicazione della gara sopra indicata, l'impresa ausiliata verserà entro la conclusione dei lavori un importo pari al 0,50 % del valore dell'appalto, al netto del ribasso che sarà praticato”.*

Pertanto, da tale differenziazione, contenuta in entrambi i contratti, si evince come il prestito non sia da intendersi meramente cartolare ed ancorato al solo utilizzo della certificazione SOA.

15.1. Nè appare ravvisabile la dedotta nullità del contratto di avvalimento stipulato fra Servizi & Appalti (impresa avvalente) e Vertullo Costruzioni (impresa ausiliaria), per la circostanza che in esso siano individuate sole tre risorse umane, ovvero un geometra di cantiere, un operaio specializzato ed un operaio qualificato, non avendo tra l'altro parte appellante concretamente specificato quali possano essere in tesi le risorse necessarie per l'esecuzione delle opere *de quibus* per la quota dell'impresa avvalente.

Peraltro, l'avvalimento *de quo* ha ad oggetto non la SOA per la categoria OG 8 cl. IV, prescritta per la totalità dell'esecuzione delle opere, ma nella più bassa cl. III - *bis*.

Infine, non può sottacersi di precisare che l'indicato personale specializzato opererà nell'esecuzione dei lavori *de quibus* con il personale - numero necessario di Squadre tipo secondo quanto in precedenza indicato - dell'impresa ausiliaria Mascia Danilo Giuseppe della mandante Meloni, in possesso di attestazione SOA per la categoria OG 8 nella superiore classifica IV.

15.2. Detta considerazione assume viepiù rilievo avuto riguardo a quanto osservato con la sentenza di *prime cure*, rimasta inoppugnata *in parte qua* - che sottende un riferimento alla responsabilità solidale delle imprese costituite in r.t.i di tipo orizzontale, ex art. 48 comma 5 prima parte d.lgs. n. 50 del 2016 - laddove ha precisato, nell'esaminare il secondo motivo del ricorso introduttivo, con cui la ricorrente lamentava il mancato possesso in capo alla mandataria dei requisiti in misura maggioritaria che *"l'art. 83, comma 8 del Codice, nella parte in cui prevede che "la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria" è stato dichiarato in contrasto con il diritto dell'Unione Europea, in quanto "imponendo all'impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni «in misura maggioritaria» rispetto a tutti i membri del raggruppamento, vale a dire di eseguire la maggior parte dell'insieme delle prestazioni contemplate dall'appalto, l'articolo 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva 2014/24, la quale si limita ad autorizzare l'amministrazione aggiudicatrice a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento di operatori economici. Secondo il regime istituito da tale direttiva, le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di esigere che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'offerente stesso o, se l'offerta è presentata da un raggruppamento di operatori economici ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, da un partecipante a detto raggruppamento; per contro, secondo il diritto nazionale di cui trattasi nel procedimento principale, il legislatore nazionale impone, in modo orizzontale, per tutti gli appalti pubblici in Italia, che il mandatario del raggruppamento di operatori economici esegua la maggior parte delle prestazioni (...) Del resto, mentre l'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 si limita ad autorizzare le amministrazioni aggiudicatrici ad esigere, per gli appalti di servizi, che taluni compiti siano svolti dall'uno o dall'altro partecipante al raggruppamento di operatori economici, l'articolo 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici impone l'obbligo di esecuzione delle prestazioni in misura maggioritaria al solo mandatario del raggruppamento, ad esclusione di tutte le altre imprese che vi partecipano, limitando così indebitamente il senso e la portata dei termini impiegati all'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24.*

Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 63 della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti

previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria" (Corte giustizia UE sez. IV, 28/04/2022, n.642)".

16. Con il secondo motivo parte appellante critica la sentenza di *prime cure* laddove ha

escluso la nullità dei contratti di avvalimento *de quibus*, non ravvisando nella clausola che prevede il preventivo pagamento delle risorse da prendere in prestito, al prezzo di mercato, una clausola condizionale meramente potestativa, assumendo che l'indirizzo giurisprudenziale seguito dalla stazione appaltante nel confermare l'aggiudicazione, ritenuto condivisibile dal giudice di *prime cure*, sarebbe assolutamente minoritario.

Segnatamente in tesi attorea la clausola, contenuta in entrambi i contratti di avvalimento stipulati dalla mandataria e dalla mandante, secondo cui l'Impresa Ausiliata/Avvalente ove mai dovesse richiedere all'Impresa Ausiliaria, anche per l'effetto di richieste della Stazione Appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto dovrà (preventivamente) erogarne il costo, a valore di mercato, a favore dell'Impresa Ausiliaria configurando una condizione meramente potestativa renderebbe nulli detti contratti.

16.1. Il collegio non ignora come in ordine a tale problematica si contrappongono due distinti indirizzi giurisprudenziali sia nella giurisprudenza di *prime cure* che nella giurisprudenza di appello, come peraltro esaurientemente esposto dal primo giudice.

Peraltro, questo collegio intende preferibile l'orientamento seguito dal primo giudice che valorizza l'interpretazione complessiva del contratto di avvalimento secondo i canoni di interpretazione complessiva enunciati dal Cod. civ. e seconda buona fede delle clausole contrattuali (Cons. Stato, V, 30 gennaio 2019, n. 755).

Infatti, secondo il condivisibile orientamento espresso da Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 28 gennaio 2019, n. 59, che richiama a sua volta Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422, deve aversi riguardo alle altre clausole del contratto al fine di comprendere se le parti abbiano voluto conformarsi o meno dal modello tipico del contratto di avvalimento, implicante responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, con la conseguente validità del contratto a fronte di tale positivo riscontro: *“Tale corretta operazione ermeneutica conferma che, nella fattispecie, la comune volontà delle parti era quella di realizzare gli effetti tipici del contratto di avvalimento previsti e prescritti dalle norme di rango legislativo più volte richiamate (art.49, comma 1, lett.'d' del d.lgs. n.163 del 2006 e art.89 del d.lgs. n.50 del 2016).*

Se, infatti, i contraenti (ausiliaria ed ausilianda) si fossero voluti discostare dal modello tipico e, utilizzando a pieno l'autonomia negoziale, avessero voluto realizzare un contratto di avvalimento improduttivo di responsabilità solidale (e dunque improduttivo di responsabilità diretta di ciascuno dei contraenti) nei confronti dell'Amministrazione - un contratto, cioè, in cui talune clausole condizionanti avessero avuto l'effetto di scriminare, nei confronti di quest'ultima, le singole posizioni - avrebbero dovuto manifestare espressamente e chiaramente tale volontà (derogatoria delle norme di legge più volte citate). Il che non è avvenuto, mentre è accaduto esattamente l'opposto, in quanto le parti contraenti hanno sottolineato la loro ferma volontà di aderire al modello legale tipico, che - lo si ribadisce - prevede la incondizionata responsabilità solidale delle ditte legate dal contratto di avvalimento.

Dal che deriva che un'interpretazione volta ad estendere oltre misura il valore e l'efficacia delle clausole condizionanti in esame - fino al punto da fare assumere alle stesse una funzione derogatoria dell'obbligo ordinariamente derivante dal contratto di avvalimento e difforme

rispetto alla sua causa tipica - appare dissonante con l'intenzione comune delle parti contraenti (che era ed è quella di aderire al modello legale proprio al fine di ottenere di essere ammesse alla procedura di gara) ed in contrasto con i più elementari canoni ermeneutici (cfr., al riguardo, C.S., Ad.Pl., n.23 del 2016).

Le superiori osservazioni si conformano, peraltro, all'orientamento già assunto dalla giurisprudenza in precedenti analoghi (anzi identici), allorquando - a proposito di clausole, per così dire, "condizionanti" identiche a quelle per cui è causa - è stato affermato:

- che "non sembra al Collegio che la previsione dell'obbligo di corrispondere preventivamente il corrispettivo (peraltro commisurato al costo di mercato) renda eventuale, e quindi incerto, l'impegno, rientrando invece nel normale assetto contrattuale dei rapporti tra le parti" (Cons. St., III[^], 11.7.2017 n.3422);

- che "si tratta di clausole che disciplinano i rapporti interni tra avvalente e ausiliaria, ma non interferiscono sugli impegni di quest'ultima propri del contratto avvalimento, i quali sono specificamente definiti ed irrinunciabili, giacchè non sottoposti espressamente a condizioni o termini" (così, condivisibilmente, in: T.A.R. Catania, I[^], 29.3.2017 n.679).

16.2. Ad un'interpretazione complessiva delle singole clausole del contratto di avvalimento, volta a salvaguardare la validità del contratto anche in presenza di clausole apparentemente condizionali si ispira anche il precedente di questa sezione (14 gennaio 2022, n. 257), preso in considerazione della stazione appaltante in sede di conferma del provvedimento di aggiudicazione (oggetto *in prime cure* del ricorso per motivi aggiunti), sebbene nella fattispecie esaminata in tale precedente si sia giunti alla conclusione dell'ultroneità della clausola in contestazione, essendosi in presenza di un avvalimento di garanzia e non di un avvalimento tecnico operativo.

16.3. Il Collegio non ignora come questa stessa Sezione per contro sia giunta a conclusioni opposte nella sentenza n. 3373 del 2021 citata da parte appellante; cionondimeno a fronte dell'interpretazione complessiva delle clausole contrattuali, che in più punti fanno riferimento alla responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria e dell'impresa avvalente nei confronti della stazione appaltante e della messa a disposizione di tutte le risorse necessarie per l'esecuzione del contratto, ritiene che la clausola in contestazione abbia valenza meramente interna fra impresa avvalente ed impresa ausiliaria comportando il sorgere al momento della richiesta dell'impiego delle risorse del correlativo diritto di credito della seconda nei confronti della prima, azionabile in sede civile.

Trattasi peraltro, come ritenuto dal primo giudice, di interpretazione da preferirsi a fronte di clausole contrapposte deponenti nel senso della responsabilità piena ed incondizionata nei confronti della stazione appaltante, in quanto conforme alla previsione conservativa di cui all'art. 1367 c.c., non avendo altrimenti dette clausole alcun effetto.

16.3.1. In tal senso depone infatti, relativamente al contratto tra l'avvalente Meloni s.r.l. e l'ausiliaria Mascia Danilo Giuseppe Unipersonale s.r.l.:

- l'impegno verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse in precedenza indicate ed individuate anche nell'allegato A, contenuto nell'art. 2 del contratto;
- il richiamo alla responsabilità solidale, contenuto nella previsione dell'art. 3 del contratto, tra Impresa Ausiliaria e Impresa Ausiliata, secondo le condizioni ed i termini stabiliti nello schema del contratto d'appalto, in relazione ai requisiti per i quali opera l'avvalimento, ai sensi dell'art. 83, comma 1 lett. b) e c) e dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016, dovendosi intendere il riferimento alla responsabilità sociale anziché solidale mero errore materiale, come *claris verbis* emergente dal riferimento alle previsioni dell'art. 83 comma 1 lett b) e c) e dell'art. 89 d.lgs. n. 50/2016; pari richiamo alla responsabilità solidale, quale prevista dal legislatore nazionale, è contenuta peraltro nell'art. 5 del contratto;
- la chiara previsione, contenuta all'art. 4, della messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria, in modo pieno ed incondizionato senza limitazioni di sorta e per tutta la durata dell'appalto, dei propri requisiti di carattere tecnico – economico – finanziario, mezzi, attrezzature, risorse materiali e immateriali (come da allegato apposito) e la certificazione SOA ai fini della partecipazione alla gara.

Ciò senza tralasciare di considerare che in detto contratto la clausola in contestazione, contenuta nell'art. 5 è del seguente tenore "*L'Impresa Ausiliata, ove mai dovesse richiedere all'Impresa Ausiliaria, anche per l'effetto di richieste della Stazione Appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto dovrà erogarne il costo, a valore di mercato, a favore dell'Impresa Ausiliaria*"; in alcun caso la stessa pertanto fa riferimento al previo pagamento delle risorse messe a disposizione, e peraltro ove mai fosse intesa in tale termini, individuerrebbe solamente il termine iniziale del sorgere del credito, quale controprestazione della messa a disposizione delle risorse necessarie e giammai potrebbe porre nel nulla l'assunzione dell'impegno pieno ed incondizionato contenuto nel medesimo contratto.

16.3.2. Parimenti è a dirsi con riferimento al contratto stipulato fra la Servizi & Appalti (impresa avvalente) e Vertullo Costruzioni (impresa ausiliaria) sebbene in esso la clausola in contestazione preveda *expressis verbis* il previo pagamento delle risorse messe a disposizione, dovendo detta previsione, come sopra precisato, intendersi non quale condizione per la controprestazione, ma quale momento del sorgere del credito nel rapporto interno fra le parti.

In tal senso infatti depone:

- la previsione dell'obbligo assunto verso l'impresa ausiliata e verso la stazione appaltante di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto tutte le risorse necessarie ed i mezzi necessari di cui è carente il concorrente;
- la previsione secondo la quale "*il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto*".

17. In considerazione di tali rilievi l'appello va respinto.

18. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni avuto riguardo alla presenza di indirizzi giurisprudenziali di segno contrastante per compensare integralmente le spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

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

Guida alla lettura

Come si ricava chiaramente **dall'art. 89, comma 1**, del codice dei contratti pubblici, **l'avvalimento** ha la finalità di consentire all'operatore economico concorrente di acquisire i requisiti di partecipazione richiesti dalla legge di gara di cui è carente per poter prendere parte alla procedura; è evidente che i requisiti mancanti devono essere esattamente individuati al momento della stipulazione del contratto con l'ausiliaria e con essi devono essere identificate le risorse umane e materiali trasferite che servono per colmare le lacune dell'organizzazione dell'impresa concorrente e consentire di presentarsi alla stazione appaltante in possesso di tutti i requisiti richiesti; ne è logica conseguenza che non sia in alcun modo ipotizzabile una forma di **avvalimento**, che sia, per così dire, "**a geometria variabile**", tale per cui, a seconda delle esigenze emergenti in corso di esecuzione del contratto di appalto, maggiore (ma potrebbe essere anche minore) sarà l'entità delle risorse trasferite.

Le recenti sentenze dei tribunali amministrativi sulle cc.dd. clausole condizionanti evidenziano un **insanabile contrasto sull'interpretazione della validità dei contratti di avvalimento** con evidenti ricadute in termini di partecipazione e di aumento del contenzioso.

Ed infatti, da una parte **la giurisprudenza amministrativa, sicuramente maggioritaria**, ha escluso l'idoneità ai fini della partecipazione ad una procedura di gara di un contratto di avvalimento condizionato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2016, n. 4630; V, 2014, n. 2365) ed ammettendo quale unica forma di condizionamento consentita quella che subordina l'efficacia del contratto all'avvenuta aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2018, n. 6578; III, 25 febbraio 2014, n. 895), operando il provvedimento di aggiudicazione – o meglio la mancata aggiudicazione del contratto d'appalto – come condizione risolutiva dello stesso, poiché se essa non si verifica non v'è più ragione che possa giustificare l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione dell'operatore economico concorrente risorse umane e mezzi materiali per l'esecuzione della prestazione.

Di contro, **un secondo orientamento** espresso, tra le altre, dal Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., con la pronuncia 28 gennaio 2019, n. 59 ha ritenuto che clausole condizionali valgano

“a rafforzare e non invece ad indebolire i reciproci vincoli obbligatori, facendo diminuire il rischio a carico dell’ausiliaria in modo da equilibrare il rapporto sinallagmatico” ed ha per questo concluso per la validità del contratto, giungendo alla conclusione che, qualora l’ausiliata non adempisse agli obblighi derivanti dalle clausole condizionali, l’ausiliaria non sarebbe comunque esonerata dalla responsabilità diretta assunta nei confronti della stazione appaltante e dunque l’inadempimento altrui “non la legittimerebbe a non fornire le prestazioni contrattualmente dovute all’amministrazione”.

Tale precedente isolato tuttavia, orientato a dar maggior riguardo al **profilo pubblicistico** del contratto di avvalimento piuttosto che a quello privatistico proprio del rapporto tra i due contraenti, non tiene in adeguata considerazione il fatto che subordinare l’efficacia del contratto di avvalimento all’adempimento di prestazioni preliminari a carico dell’ausiliata – e dunque, ad una **condizione potestativa** – non può aver altro effetto che quello di rendere incerto il possesso dei requisiti di partecipazione per i quali s’è fatto ricorso all’avvalimento al momento della presentazione della domanda di partecipazione; ciò indipendentemente dalle ragioni che possano aver indotto i contraenti all’inserimento di dette clausole ed anche se si sia inteso, come del resto già precedentemente proposto, riequilibrare tra le parti il peso economico dell’operazione commerciale.

Nella sentenza annotata, oggetto dell’appello è una pronuncia che non ha escluso la nullità dei contratti di **avvalimento de quibus**, non ravvisando nella clausola che prevede il preventivo pagamento delle risorse da prendere in prestito, al prezzo di mercato, una **clausola condizionale** meramente potestativa, assumendo che l’indirizzo giurisprudenziale seguito dalla stazione appaltante nel confermare l’aggiudicazione, ritenuto condivisibile dal giudice di prime cure, sarebbe assolutamente minoritario.

Segnatamente in tesi attorea la clausola, contenuta in entrambi i contratti di avvalimento stipulati dalla mandataria e dalla mandante, secondo cui l’Impresa Ausiliata/Avvalente ove mai dovesse richiedere all’Impresa Ausiliaria, anche per l’effetto di richieste della Stazione Appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l’esecuzione dell’appalto dovrà (preventivamente) erogarne il costo, a valore di mercato, a favore dell’Impresa Ausiliaria configurando una condizione meramente potestativa renderebbe nulli detti contratti.

Il Collegio non ignora come in ordine a tale problematica si contrappongano due distinti indirizzi giurisprudenziali sia nella giurisprudenza di prime cure che nella giurisprudenza di appello, come peraltro esaurientemente esposto dal primo giudice.

Nella riferita sentenza si intende preferibile l’**orientamento seguito dal primo giudice** che valorizza l’interpretazione complessiva del contratto di avvalimento secondo i canoni di interpretazione complessiva enunciati dal Cod. civ. e seconda buona fede delle clausole contrattuali (Cons. Stato, V, 30 gennaio 2019, n. 755).

Infatti, secondo il condivisibile orientamento espresso da Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 28 gennaio 2019, n. 59, che richiama a sua volta Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422, deve aversi riguardo alle altre clausole del contratto al fine di comprendere se le parti abbiano voluto conformarsi o meno dal modello tipico del contratto di avvalimento, implicante

responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, con la conseguente validità del contratto a fronte di tale positivo riscontro: *“Tale corretta operazione ermeneutica conferma che, nella fattispecie, la comune volontà delle parti era quella di realizzare gli effetti tipici del contratto di avvalimento previsti e prescritti dalle norme di rango legislativo più volte richiamate”* (art.49, comma 1, lett. d del d.lgs. n. 163 del 2006 e art. 89 del d.lgs. n.50 del 2016).

Se, infatti, i contraenti (ausiliaria ed ausilianda) si fossero voluti discostare dal modello tipico e, utilizzando a pieno l'autonomia negoziale, avessero voluto realizzare un contratto di avvalimento improduttivo di responsabilità solidale (e dunque improduttivo di responsabilità diretta di ciascuno dei contraenti) nei confronti dell'Amministrazione – un contratto, cioè, in cui talune clausole condizionanti avessero avuto l'effetto di scriminare, nei confronti di quest'ultima, le singole posizioni – avrebbero dovuto manifestare espressamente e chiaramente tale volontà (derogatoria delle norme di legge più volte citate). Il che non è avvenuto, mentre è accaduto esattamente l'opposto, in quanto le parti contraenti hanno sottolineato la loro ferma volontà di aderire al modello legale tipico, che – lo si ribadisce – prevede la incondizionata responsabilità solidale delle ditte legate dal contratto di avvalimento. Dal che deriva che un'interpretazione volta ad estendere oltre misura **il valore e l'efficacia delle clausole condizionanti in esame** – fino al punto da fare assumere alle stesse una funzione derogatoria dell'obbligo ordinariamente derivante dal contratto di avvalimento e difforme rispetto alla sua causa tipica – appare dissonante con l'intenzione comune delle parti contraenti (che era ed è quella di aderire al modello legale proprio al fine di ottenere di essere ammesse alla procedura di gara) ed in contrasto con i più elementari canoni ermeneutici (cfr., al riguardo, Cons. Stato, Ad. Pl., n. 23 del 2016).

Le superiori osservazioni si conformano, peraltro, all'orientamento già assunto dalla giurisprudenza in precedenti analoghi (anzi identici), allorché – a proposito di clausole, per così dire, *“condizionanti”* identiche a quelle per cui è causa – è stato affermato:

– che *“non sembra al Collegio che la previsione dell'obbligo di corrispondere preventivamente il corrispettivo (peraltro commisurato al costo di mercato) renda eventuale, e quindi incerto, l'impegno, rientrando invece nel normale assetto contrattuale dei rapporti tra le parti”* (Cons. Stato, III[^], 11 luglio 2017 n. 3422);

– che *“si tratta di clausole che disciplinano i rapporti interni tra avvalente e ausiliaria, ma non interferiscono sugli impegni di quest'ultima propri del contratto avvalimento, i quali sono specificamente definiti ed irrinunciabili, giacchè non sottoposti espressamente a condizioni o termini”* (così, condivisibilmente, in: TAR Catania, I[^], 29.3.2017 n.679).

Ad un'interpretazione complessiva delle singole clausole del contratto di avvalimento, volta a salvaguardare la validità del contratto anche in presenza di clausole apparentemente condizionali si ispira anche il precedente di questa sezione (14 gennaio 2022, n. 257), preso in considerazione della stazione appaltante in sede di conferma del provvedimento di aggiudicazione (oggetto in prime cure del ricorso per motivi aggiunti), sebbene nella fattispecie esaminata in tale precedente si sia giunti alla conclusione dell'ultroneità della clausola in contestazione, essendosi in presenza di un avvalimento di garanzia e non di un avvalimento tecnico operativo.

Il Collegio non ignora come questa stessa Sezione per contro sia giunta a conclusioni opposte nella sentenza n. 3373 del 2021 citata da parte appellante; cionondimeno a fronte **dell'interpretazione complessiva delle clausole contrattuali**, che in più punti fanno riferimento alla responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria e dell'impresa avvalente nei confronti della stazione appaltante e della messa a disposizione di tutte le risorse necessarie per l'esecuzione del contratto, ritiene che la clausola in contestazione abbia valenza meramente interna fra impresa avvalente ed impresa ausiliaria comportando il sorgere al momento della richiesta dell'impiego delle risorse del correlativo diritto di credito della seconda nei confronti della prima, azionabile in sede civile.

Trattasi peraltro, come ritenuto dal primo giudice, di interpretazione da preferirsi a fronte di clausole contrapposte deponenti nel senso della responsabilità piena ed incondizionata nei confronti della stazione appaltante, in quanto conforme alla previsione conservativa di cui all'art. 1367 c.c., non avendo altrimenti dette clausole alcun effetto.