

L'avvalimento della società organismo di attestazione

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 16-5-2024

Il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici), ha introdotto nuovi criteri che esaltano l'importanza del soddisfacimento dell'interesse pubblico primario. Infatti gli articoli 1 (Principio del risultato), 2 (Principio della fiducia) e 3 (Principio dell'accesso al mercato) rappresentano innovative disposizioni definite come super- principi.

Pertanto anche l'istituto previsto dall'articolo 104 del d.lgs. 36/2023 deve essere letto in un'ottica prettamente sostanzialista e non semplicemente formalista.

Di conseguenza quando un operatore economico vuole avvalersi di una società organismo di attestazione (SOA) il prestito dell'elemento mancante non deve manifestarsi con il ricorso puramente cartolare, astratto e basato sulla semplice presentazione della necessaria documentazione.

Diversamente l'aiuto fornito dall'impresa ausiliaria a favore del soggetto ausiliato consiste nel dare un insieme di sostanziali e reali strumenti finalizzati alla possibilità, per la medesima impresa ausiliata, di presenziare alla selezione pubblica.

In concreto l'aiuto consiste nel somministrare mezzi, unità e tutto quell'insieme di procedure che siano in grado di aggiungere, all'impresa richiedente, ulteriori, assenti qualità.

Quando l'avvalimento ha ad oggetto una società organismo di attestazione (SOA), la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto.

Al contrario l'impegno dell'ausiliaria consiste nel prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti. In concreto l'aiuto consiste nel fornire mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti.

Il Tar Sicilia, Catania, Sez. II, 16/04/2024, n. 1432 sofferma l'attenzione sull'articolo 104 (*Avvalimento*) del decreto legislativo 31/03/2023, n. 36 (*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*). Sul punto il Collegio reputa che, anche in relazione alla nuova disciplina introdotta dal richiamato articolo 104, vada rispettato quanto stabilito dalla giurisprudenza in materia di avvalimento.

Infatti i giudici ricordano che, secondo consolidato orientamento interpretativo^[1], a seconda

che si tratti di avvalimento di garanzia ovvero di natura tecnico-operativa, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria. In particolare i magistrati ricordano che solo in caso del suddetto avvalimento tecnico-operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione, da parte dell'ausiliaria, di mezzi e risorse specifiche (e indicate nel contratto), indispensabili per l'esecuzione dell'appalto.

A tal proposito il Collegio evidenzia che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato^[2] ha chiarito che l'individuazione degli elementi essenziali del succitato avvalimento operativo deve essere svolta facendo riferimento a principi civilistici. Più precisamente, con riferimento ai canoni dell'interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 c.c.)^[3].

Sulla base delle generali regole civilistiche va, altresì, risolto, in senso positivo, il tema della possibile "determinabilità" dell'oggetto del più volte ricordato contratto di avvalimento (che, dunque, può essere determinato ovvero anche solo determinabile). Di seguito il Collegio rileva che lo stesso contratto deve consentire, quantomeno, tutto quello che nella realtà l'impresa ausiliaria dovrà compiere, direttamente con i propri mezzi o portando l'aiuto all'impresa ausiliata. Il predetto contratto deve inoltre riportare i parametri con i quali comparare le risorse prestate. In sostanza l'accordo deve indicare tutto quel personale, prettamente qualificato, che dovrà operare. Nel dettaglio deve essere specificato se tali unità eseguiranno direttamente il servizio o se sono tenute a provvedere alla preparazione del personale che lavora per l'impresa ausiliata. Infine il contratto in argomento deve riportare la misurazione delle risorse e/o dei mezzi forniti con l'intento, in tal modo, che siano evitati ulteriori dispendi economici.

Quanto sopra rappresentato intende indicare come tra impresa ausiliaria e soggetto ausiliato sorga una stretta correlazione. Solo un rapporto di reciproca fiducia e saldo legame nell'azione potrà portare al raggiungimento degli obiettivi da parte di entrambi.

Quindi anche il ricorso all'istituto di cui al suddetto articolo 104 del d.lgs. 36/2023 deve essere inquadrato alla luce di quel clima di estrema fiducia (art.2 del d.lgs. 36/2023) che deve intercorrere sempre tra gli intervenienti alla selezione pubblica al fine dell'ottimale conseguimento del risultato (art.1 del d.lgs. 36/2023)

Da ciò si deduce che il concorrente dovrà dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto (l'attestazione SOA), quale mero elemento astratto e valore cartolare, ma lo stesso deve obbligarsi ad una determinata attività. Infatti l'impresa ausiliaria, come sopra rammentato, deve fornire le proprie risorse e tutto l'insieme dell'organizzazione. Tale intervento deve essere di ampia portata in quanto l'assunzione dell'obbligazione da parte del soggetto ausiliario deve riguardare la fornitura di tutte le risorse e del complesso dell'organizzazione nell'insieme di tutti quegli aspetti che rendono lecito il conferimento del requisito di qualità assente. Sul punto si ricorda che la citata figura dell'avvalimento svolge una tipica attività di supporto e di completamento di un'organizzazione aziendale già esistente, in quanto quest'ultima è già presente nel mercato di riferimento dell'appalto sottoposto a gara. Quindi quanto disciplinato dal suddetto art.104 ha una funzione tipicamente suppletiva; infatti l'avvalimento non può assolutamente generare un

concorrente “virtuale” composto da una segreteria che svolga la funzione di coordinare l'altrui attività. Peraltro lo stesso aiuto fornito dall'impresa ausiliaria non può in alcun modo essere eseguito nei confronti di un operatore il cui statuto e la cui attività risulti totalmente estranea al tipo di appalto che deve essere aggiudicato.

In conclusione, il tribunale amministrativo regionale afferma che il più volte richiamato articolo 104 non svolge la funzione di aiuto semplicemente cartorale, con il ricorso, come detto, all'integrazione, tramite l'utilizzo dell'attestazione SOA, ma la stessa disposizione esalta l'importanza dell'indicazione, nel medesimo contratto di avvalimento, di ben precise individuate caratteristiche.

In particolare, l'attività integratrice svolta dall'ausiliaria consiste nel aver messo a disposizione dell'ausiliata tutte le dotazioni tecniche e le risorse, di personale e di manodopera, che sarebbero state richieste all'impresa partecipante.

Attività di ausilio indispensabile per tale ultima impresa, priva, come detto, di mezzi necessari per ottenere la sopra richiamata attestazione SOA.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 16/04/2024

N. 01432/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00191/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 191 del 2024, proposto, in relazione alla procedura CIG 82166176D8, da

G & Proietto Infrastrutture S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Benedetta Caruso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Sortino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Rosario Calanni Fracono, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

GI.SAL S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Carmelo Barreca e Massimo Milazzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determina del Comune n. 263 in data 22 dicembre 2023 di aggiudicazione definitiva della procedura negoziata avente ad oggetto i lavori di ristrutturazione dell'acquedotto Grottavide;

- dei verbali di gara nella parte in cui ammettono l'impresa GI.SAL S.r.l. nonostante sia priva dei requisiti di qualificazione;

- della nota prot. 927 in data 18 gennaio 2024, con la quale è stata rigettata l'istanza di annullamento;

- della lettera di invito;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto, o, in mancanza, per il risarcimento dei danni subiti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sortino e di GI.SAL S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 marzo 2024 la dott.ssa Cristina Consoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha impugnato: a) la determina n. 263 in data 22 dicembre 2023 di aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata adottata dal Comune di Sortino nell'ambito della procedura negoziata avente ad oggetto i lavori di ristrutturazione dell'acquedotto Grottavide; b) i verbali di gara nella parte in cui ammettono alla procedura l'impresa controinteressata, benché priva dei requisiti di qualificazione; c) la nota prot. 927 in data 18 gennaio 2024 con la quale la stazione appaltante ha respinto l'istanza della ricorrente di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione; d) la lettera di invito.

Nel ricorso, per quanto in questa sede interessa, si rappresenta in punto di fatto quanto segue: a) la procedura negoziata è stata indetta ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. c), e dell'art. 54, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, con il criterio del prezzo più basso per un importo a base d'asta di € 628.824,93; b) nella lettera di invito era specificato, in ordine ai requisiti di partecipazione, che il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 100 del suddetto decreto legislativo è dimostrato con l'attestazione rilasciata da SOA regolarmente autorizzata, in corso di validità, per la categoria prevalente e per le categorie scorporabili per i singoli importi... “- categoria prevalente OG6, class. III, importo pari a € 620.113,69 (87,32%); - categoria scorporabile OG12, class. I, importo pari a € 90.018,40 (12,68%)”; c) la controinteressata, priva della qualificazione sia nella categoria prevalente sia nella categoria scorporabile, presentava domanda di partecipazione alla gara dichiarando di fare affidamento, tramite avalimento, sulla capacità del Consorzio Stabile Appaltitalia, esclusivamente per la categoria prevalente, senza alcun riferimento alla categoria scorporabile; d) anche il contratto di avalimento prodotto in sede di presentazione dell'offerta aveva ad oggetto l'attestato SOA esclusivamente per la categoria OG6 (Acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione), class. VIII, mentre nessuna menzione veniva fatta alla categoria scorporabile OG12 (Opere ed impianti di bonifica e protezione ambientale) né in sede di contratto di avalimento né in sede di dichiarazione di subappalto; e) nell'offerta economica la controinteressata dichiarava espressamente di non voler ricorrere all'istituto del subappalto, mentre in sede di documentazione amministrativa dichiarava genericamente l'intenzione di avvalersi dell'istituto del subappalto senza specificare alcuna delle lavorazioni che necessariamente avrebbero dovuto essere subappaltate; f) la controinteressata lasciava, inoltre, in bianco la sezione IV del DGUE relativa al subappalto; g) a seguito dell'aggiudicazione, la ricorrente presentava istanza di annullamento in autotutela in data 8 gennaio 2024, che il Comune rigettava con la nota prot. 927 in data 18 gennaio 2024.

Il contenuto dei motivi di gravame può sintetizzarsi come segue: a) il contratto di avalimento è nullo per violazione della norma imperativa recata dall'art. 67, comma 7, del decreto legislativo n. 36/2023 (di seguito “Codice”), il quale stabilisce che *“Possono essere oggetto di avalimento solo i requisiti maturati dallo stesso Consorzio”*, in quanto, in base al contratto di avalimento stipulato, il Consorzio Stabile ha precisato di avere messo a disposizione non i propri requisiti ma quelli delle consorziate (cfr. la delibera n. 558 del 29 novembre 2023 dell'A.N.A.C., la quale ha chiarito che l'art. 67, comma 7, citato *“non può che essere interpretato nel senso che qualora il Consorzio stabile assuma il ruolo di impresa ausiliaria, i requisiti oggetto del contratto di avalimento possono essere solo quelli maturati in proprio dal Consorzio, ovvero quelli conseguiti dal Consorzio a seguito dell'effettivo svolgimento, con la*

*propria struttura d'impresa, di precedenti contratti di appalto"); b) il contratto di avvalimento è, altresì, nullo per violazione e falsa applicazione dell'art. 104 e dell'art. 26 dell'allegato II.12 del Codice, non avendo ad oggetto tutti i fattori della produzione e tutte le risorse che, complessivamente considerati, hanno consentito al Consorzio Stabile di acquisire l'attestato SOA in OG6, class. VIII; c) l'art. 104, comma 2, del Codice disciplina specificatamente l'ipotesi, come quella di specie, in cui il contratto di avvalimento abbia ad oggetto il prestito dei requisiti necessari ai fini della partecipazione ad una procedura di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, ovvero l'attestato SOA, e prevede che il contratto indichi "le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta"; d) l'art. 26 dell'allegato II.12 del Codice prevede, parimenti, che "Per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 104 del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento"; e) come chiarito dalla giurisprudenza, l'avvalimento dell'attestazione SOA è consentito alla duplice condizione che oggetto della messa a disposizione sia l'intero *setting* di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA; e che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2022, n. 2784; 4 novembre 2021, n. 7370); f) è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, nel caso di specie l'attestazione SOA, quale mero requisito astratto e valore cartolare, ma assume la specifica obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità; g) in particolare, il contratto di avvalimento di cui si tratta non ha ad oggetto tutte le dotazioni tecniche e le risorse che hanno consentito al Consorzio Stabile di ottenere la SOA in OG6 VIII, in quanto manca la concreta e necessaria messa a disposizione, quanto meno: - della struttura organizzativo-gestionale, del responsabile della qualità, delle procedure operative aziendali e del manuale operativo che hanno permesso all'ausiliaria di ottenere la certificazione di qualità; - della direzione tecnica necessaria per ottenere l'attestazione nella relativa categoria; - della manodopera specializzata, necessaria per poter eseguire lavori specialistici, quali quelli riguardanti gli acquedotti; - delle attrezzature e dei mezzi specifici per eseguire lavori in OG6; h) poiché la controinteressata è del tutto sprovvista di qualificazione in OG6 e in OG12, le risorse concretamente messe a disposizione risultano palesemente insufficienti per eseguire un appalto specialistico come quello di cui si tratta; i) l'elenco dei mezzi messi a disposizione dal Consorzio Stabile, allegato al contratto di avvalimento, indica, inoltre, attrezzature per la maggior parte inutili ai fini dell'esecuzione dell'appalto, ad ulteriore dimostrazione del fatto che si tratta di un avvalimento meramente cartolare e non operativo; l) l'operato della stazione appaltante è illegittimo laddove la stessa ha ritenuto che avendo il Consorzio Stabile anche la SOA in OG12 (categoria scorporabile), sarebbe stata messa a disposizione dell'impresa ausiliata anche quest'ultima attestazione, o per lo meno, i relativi requisiti; m) proprio perché il contratto di avvalimento, per essere valido, deve avere ad oggetto risorse determinate e specifiche, non può ammettersi il ragionamento dell'Amministrazione secondo il quale il Consorzio ausiliario avrebbe messo a disposizione anche la OG12, solo perché la possiede; n) tra le risorse messe a disposizione, infatti, non vi sono attrezzature o manodopera specializzate relative a tale categoria, riguardante opere ed*

impianti di bonifica e protezione ambientale; o) la controinteressata doveva essere esclusa anche per non aver dichiarato il subappalto necessario della categoria scorporabile di lavorazioni (OG12), di cui è priva; p) invero, l'art. 12, comma 2, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito con modifiche in l. 23 maggio 2014, n. 80, tuttora vigente, dispone che *“non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto... Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni”*; q) la clausola della lettera di invito, ove interpretata nel senso di prevedere che la OG12 non sia a qualificazione obbligatoria, è nulla e va disapplicata, per violazione di norme imperative (l'art. 12 comma 2, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, l'art. 100 del decreto legislativo n. 36/2023 e l'art. 30 dell'allegato II.12 del Codice) o, comunque, per il principio di tassatività delle cause di esclusione; r) come da ultimo rimarcato dal Consiglio di Stato con sentenza n. 8761 del 9 ottobre 2023, la dichiarazione generica di volersi avvalere del subappalto non può ricomprendere anche il subappalto necessario (relativo ad una categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria, come imposto dall'art. 12 del decreto-legge n. 47/2014), che, riguardando le modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, non tollera il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di *par condicio* e di trasparenza nelle gare pubbliche; s) per le medesime ragioni, è inapplicabile l'istituto del soccorso istruttorio al fine di sopperire alla mancata dichiarazione di voler ricorrere al subappalto necessario; t) la controinteressata non ha dichiarato di voler subappaltare la categoria OG12 di cui è priva, avendo addirittura attestato, in sede di offerta economica, di non voler ricorrere all'istituto del subappalto; né può avere valore la dichiarazione dell'intenzione di subappaltare, senza indicazione della categoria e delle singole lavorazioni oggetto del subappalto; u) la controinteressata avrebbe dovuto, pertanto, essere esclusa, non avendo la qualificazione in OG12 né l'iscrizione nell'albo nazionale dei gestori ambientali e non avendo dichiarato il relativo subappalto necessario; v) la ricorrente ha interesse all'annullamento degli atti impugnati, in quanto, una volta esclusa la controinteressata e revocata l'aggiudicazione definitiva nei confronti della stessa, risulterebbe aggiudicataria; z) in subordine, la ricorrente ha diritto al risarcimento dei danni subiti a causa della mancata aggiudicazione, sia in termini di danno emergente sia di lucro cessante.

Il Comune intimato ha svolto, in sintesi, le seguenti difese: a) in un caso analogo, T.A.R. Campania – Napoli, Sezione I, n. 4585/2023, ha affermato che *“...si è al di fuori del fenomeno “a cascata”, per rientrare in quello ammissibile “alla rinfusa”, qualora un consorzio stabile assuma il ruolo di impresa ausiliaria utilizzando non le risorse proprie ma quelle delle imprese ad esso consorziate. In questo caso, prevale infatti la natura mutualistica e duratura che connota il rapporto tra consorzio stabile e proprie consorziate... La stabilità, infatti, comporta che le singole imprese consorziate non sono terze rispetto al consorzio ma parti integranti dello stesso”* e la detta sentenza è stata confermata dal Consiglio di Stato, Sezione V, con pronuncia n. 266 in data 8 gennaio 2024; b) il Consorzio Stabile, che ha prestato i requisiti alla controinteressata, è in possesso della qualificazione nella categoria prevalente OG6, per l'importo complessivo dei lavori, che, pertanto, copre la categoria scorporabile OG12, che, a

sua volta, è subappaltabile; c) è la categoria prevalente a garantire l'ammissione del concorrente alla gara, mentre il subappalto e la relativa dichiarazione ha la diversa funzione di colmare le preclusioni esecutive, derivanti dal mancato possesso delle specifiche qualifiche per le categorie a qualificazione obbligatoria; d) ai fini della partecipazione alla procedura di gara, in altri termini, era necessaria e sufficiente la qualificazione nella categoria prevalente OG6, che è stata acquisita attraverso avvalimento di attestazione SOA stipulato con il Consorzio Stabile, a nulla rilevando a tale scopo la categoria scorporabile (OG12), per la quale la controinteressata ha dichiarato di volere ricorrere in fase esecutiva al subappalto; e) la lettera di invito, in ogni caso, non prevedeva alcuna qualificazione obbligatoria per le lavorazioni rientranti nella categoria OG12, consentendo, espressamente, il ricorso al subappalto, e non era necessario un impegno esplicito in tal senso; f) l'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali, riferendosi alla esecuzione di lavorazioni marginali, scorporabili e subappaltabili (quali la rimozione di rifiuti di cui alla lettera di invito e la bonifica di beni contenenti amianto in matrici cementizie o resinoidi indicate all'articolo 13 del capitolato speciale), rileva anch'essa nella fase esecutiva del contratto e non quale requisito di idoneità professionale; g) l'articolo 104 del nuovo Codice, a differenza della precedente formulazione, non prevede più la specificazione delle risorse e delle dotazioni tecniche a pena di nullità del contratto di avvalimento; h) in ogni caso, già sotto la vigenza dell'art. 89 del decreto legislativo n. 50/2016, il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, con la decisione n. 22/2020, in relazione a detto istituto, avente ad oggetto una attestazione SOA, ha ribadito che *"...la certificazione di qualità costituisce un requisito speciale di natura tecnico-organizzativa, come tale suscettibile di avvalimento, in quanto il contenuto dell'attestazione concerne il sistema gestionale dell'azienda e l'efficacia del suo processo operativo..."*; i) l'impegno dell'ausiliario deve avere i requisiti della determinatezza, o quanto meno della determinabilità, ai sensi dell'art. 1346 c.c., e, nel caso di specie, l'oggetto del contratto di avvalimento risulta determinabile sulla base del complesso delle risorse aziendali che valsero all'ausiliaria l'ottenimento della certificazione di qualità, avendo l'ausiliaria medesima specificato di mettere a disposizione dell'ausiliata tutti i mezzi e le attrezzature, i macchinari, i beni finiti, i materiali, il personale che le hanno consentito il conseguimento della qualificazione (in sostanza, l'intera azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato e già "testato" ai fini del conseguimento della SOA nella categoria prevalente per tutta la durata dell'appalto); l) non è necessario che il contratto di avvalimento contenga la rigida quantificazione dei mezzi d'opera, l'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero l'indicazione numerica dello stesso personale, essendo sufficiente che sia possibile individuare le funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata (ad esempio, è sufficiente che preveda, 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. V, 13 aprile 2022, n. 2784); m) in tal senso si è espresso anche questo Tribunale (Sez. IV, 17 luglio 2023 n. 2242, secondo cui, *"Con riferimento all'ipotesi in cui l'ausiliaria metta a disposizione (anche come nel presente caso) l'attestazione SOA, secondo la giurisprudenza risulta determinato il contratto di avvalimento in cui si ricavi con sufficiente chiarezza l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo"*); n) il nuovo Codice ha abolito il divieto di cumulo precedentemente contenuto nel decreto legislativo n. 50/2016, ammettendo il "cumulo alla rinfusa" in capo al consorzio stabile e con esso il "cumulo a

cascata” e, quindi, l’impresa ausiliaria ben può mettere a disposizione dell’impresa ausiliata i requisiti ricevuti in avvalimento (dovendosi a tal proposito considerare che il consorzio stabile, maturando anch’esso, sulla base del contratto consortile, i requisiti delle consorziate, certamente potrà darli in avvalimento); o) al riguardo, anche l’A.N.A.C. ha fatto le opportune precisazioni con il recente comunicato in data 31 gennaio 2024; p) l’interpretazione dell’articolo 67, comma 7, del Codice sollecitata dalla ricorrente è in contrasto con i principi stabiliti dallo stesso Codice e con la Direttiva 2014/24/UE, il cui art. 63 stabilisce che “*un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi*”; q) va tenuto conto, in particolare, della procedura di infrazione n. 2018/2273, con la conseguente necessità di risolvere l’eventuale antinomia, mediante disapplicazione della citata disposizione nazionale o, alternativamente, mediante rimessione alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, ex articolo 267 TFUE, della questione relativa al contrasto del divieto previsto dall’art. 67, comma 7, del decreto legislativo n. 36/2023 con l’art. 63 della Direttiva 2014/24/UE, laddove non consente il sub/avvalimento, ma solo l’avvalimento dei requisiti posseduti dal Consorzio Stabile, poiché ripropone per il Consorzio Stabile il divieto previsto dal decreto legislativo n. 50/2016, già oggetto della citata procedura d’infrazione comunitaria.

La controinteressata, costituitasi in giudizio, ha dedotto, in sintesi, quanto segue: a) la controinteressata, non essendo in possesso della qualificazione in OG6 e OG12, ha fatto ricorso all’avvalimento, utilizzando i requisiti del Consorzio Stabile che possiede la categoria prevalente OG6, classifica VIII, e, dunque, per l’intero importo dei lavori, e la OG12 classifica IV; b) utilizzando il modello fornito dalla stazione appaltante l’impresa ha anche dichiarato di voler subappaltare i lavori, mentre la dichiarazione integrativa completa del subappalto, con indicazione delle specifiche lavorazioni da subappaltare (tra cui la OG 12), contenuta alla pagina 6 del DGUE, per un mero errore materiale nella scansione non è stata trasmessa (essendo state scansionate solo le pagine dispari del documento in fronte-retro); c) a tale fine è allegato il DGUE integrale e completo di tutte le pagine, sottoscritto digitalmente, a valere quale richiesta in giudizio di ammissione al “soccorso processuale” in vece del “soccorso istruttorio” omesso in fase procedimentale; d) la categoria OG12 non è riconducibile a una delle categorie che comprendono strutture, impianti e opere speciali (c.d. S.I.O.S.), con la conseguenza che l’impresa può qualificarsi se in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali indicata come categoria prevalente e - nel caso sia priva della qualificazione in OG12 - deve affidare in subappalto l’esecuzione dei lavori ad imprese in possesso della relativa qualificazione (secondo quanto prescritto dall’art. 12, comma 2, lettera b, del decreto-legge 28 marzo 2014 n. 47, vigente ai sensi dell’art. 217, comma 1, lett. nn, del codice dei contratti pubblici); e) quindi, va tenuta distinta la verifica della qualificazione in gara dalla eventuale e successiva esecuzione dei lavori oggetto dell’appalto, fase nel corso della quale viene in rilievo l’istituto del subappalto; f) l’Adunanza Plenaria (sentenza n. 9/2015) ha chiarito che per la partecipazione alla gara basta il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l’importo totale dei lavori e non è necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili, nemmeno in quelle relative a opere a qualificazione necessaria; g) nel caso di specie, la legge di gara non sanciva alcun divieto di subappalto di tali attività accessorie (anzi, la lettera di invito, nell’ambito del subappalto, specificava che “...*Relativamente alle lavorazioni per la rimozione dei rifiuti, queste sono subappaltabili esclusivamente a ditte iscritte all’Albo dei Gestori Ambientali ai sensi dell’art. 212 del D.lgs.*”

152/2006 nella categoria di riferimento...”), ben potendo il possesso delle relative abilitazioni essere integrato mediante subappalto necessario (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308); h) il contratto di avvalimento stipulato è valido e in linea con l’articolo 7 della lettera di invito, il quale stabiliva: “...nel caso di avvalimento che abbia ad oggetto l’attestazione SOA, oggetto di prestito dev’essere l’intero apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all’esecuzione del contratto...il contratto di avvalimento non dovrà limitarsi ad indicazioni generiche circa la messa a disposizione a favore del concorrente delle risorse da parte della impresa ausiliaria, ma dovrà riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto, risorse e mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell’avvalimento (ad es: precisando i dati quantitativi e qualitativi del personale e delle attrezzature che verranno messe a disposizione, le modalità attraverso le quali tale disponibilità verrà attuata, il compenso previsto, il regime di responsabilità, ecc...)...”; i) nello specifico, con il contratto prodotto in gara l’ausiliaria “...si impegna a mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto oltre al requisito oggetto di avvalimento, sia all’ausiliata, sia alla Stazione Appaltante per tutta la durata dell’appalto di quanto segue, nel solco dell’art. 18, comma 17 di cui all’Allegato II.12 al D.Lgs.n. 36/2023”... (know how tecnologico e commerciale e di staff tecnico; numero di tecnici necessari per le varie tipologie di lavoro, assunti con contratto da distacco o di consulenza, quali n.1 ingegnere, n.1 architetto, n.1 geometra; attrezzature e mezzi necessari all’esecuzione dell’opera, specificamente elencati); l) con riferimento alla presunta inidoneità delle risorse messe a disposizione va dato atto che già il Comune ha effettuato le verifiche ritenendo il contratto pienamente valido, mentre solo in corso di esecuzione potranno emergere eventuali contestazioni da parte del R.U.P., ove mai si verificasse il mancato effettivo impiego delle risorse; m) ogni ulteriore indagine è sproporzionata ed inutile, in quanto la stazione appaltante ha ritenuto idonea l’attestazione SOA e le risorse relative messe a disposizione; n) la censura, del tutto generica, di presunta mancanza di adeguatezza dei mezzi impinge, in ogni caso, nella valutazione tecnico-discrezionale dell’Amministrazione, non essendo, peraltro, ipotizzato alcun profilo di manifesta illogicità o irragionevolezza; o) non è sindacabile, se non con specifica querela di falso, il contenuto dell’attestazione SOA ove si attribuiscono al Consorzio in proprio i requisiti per la categoria prevalente OG 6; p) una volta ammesso il principio del “cumulo alla rinfusa” in capo al Consorzio Stabile, e soprattutto una volta ammesso (proprio al fine di far venire meno il noto procedimento d’infrazione comunitaria) l’avvalimento cd. “a cascata” (o sub-avvalimento), deve potersi ritenere che, in linea generale, l’impresa ausiliaria possa porre a disposizione tramite sub-avvalimento dell’ausiliata finale anche i requisiti ricevuti in avvalimento; q) ciò in quanto è stato abolito dal nuovo Codice il divieto precedentemente contenuto all’art. 89, comma 6, del decreto legislativo n. 50/2016 (“È ammesso l’avvalimento di più imprese ausiliarie. L’ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto”); r) del resto, la Corte di giustizia europea ha affermato, sul punto, che l’applicazione di limiti alla generale possibilità per gli operatori di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti violerebbe anche i principi di parità di trattamento e di non discriminazione (C.G.U.E., 7 aprile 2016, C-324/14); s) sussistono i presupposti per applicarsi ai consorzi stabili l’art. 64 della Dir. 2014/24/UE, relativo agli elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e alla certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato (cfr. questo T.A.R. con la sentenza n. 3114/2022 – confermata da C.G.A.R.S. n. 314 in data 2 aprile 2023 – che ha riconosciuto piena validità al sub-affidamento da parte dell’ausiliaria dei requisiti ricevuti mediante una

forma di “avvalimento/prestito permanente”); t) ne deriva la disapplicazione dell’articolo 67, comma 7, del Codice e l’applicazione diretta dell’art. 63 e/o 64 della Direttiva, o quanto meno la rimessione alla C.G.U.E., ex art. 267 T.F.U.E., della questione della compatibilità o meno del divieto previsto dall’art. 67 citato con l’art. 63 e/o 64 della Direttiva 2014/24/UE, laddove non consente il sub/avvalimento, ma solo l’avvalimento dei requisiti posseduti in proprio dal consorzio stabile; u) la controinteressata ha compilato il modello 3 relativo alla dichiarazione di subappalto, nel quale ha espressamente dichiarato di voler subappaltare i lavori, e tale dichiarazione - ove ritenuta incompleta - poteva essere oggetto di soccorso istruttorio, come previsto dall’articolo 4 della lettera di invito, non impugnato (secondo cui “...*Con la medesima procedura può essere sanata ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione e di ogni altro documento richiesto per la partecipazione alla procedura di gara...*”, precisando, altresì, che “...*l’omessa o incompleta nonché irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione e ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità della domanda, sono sanabili, ad eccezione delle false dichiarazioni...*”); v) nel caso di specie, peraltro, non è stata omessa la completa dichiarazione del requisito ma si tratta di una mera svista/errore materiale nella scansione del documento, invocandosi, pertanto, il soccorso “processuale”; w) va anche considerato l’affidamento legittimamente riposto nella *lex specialis*, ove la categoria OG12 non era indicata come a qualificazione obbligatoria (in proposito, si cita, per un caso analogo in cui la dichiarazione “*era in linea a quanto chiesto dal bando, il quale non era formulato in termini tali da indurre il concorrente a ritenere che fosse necessaria la specificazione in ordine alla natura “qualificatoria” del subappalto*”, T.A.R. Cagliari in data 22 gennaio 2024, n. 32, nonché Consiglio di Stato n. 1793/2024); x) può farsi applicazione del principio stabilito dal Consiglio di Stato con la sentenza del 6 giugno 2023, n. 5545 (secondo cui, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* di gara - una avente quale effetto l’esclusione dalla gara e l’altra tale da consentire la permanenza del concorrente - non può legittimamente aderirsi all’opzione che, ove condivisa, comporterebbe l’esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l’ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor participationis* e dell’interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale).

Con memorie ritualmente depositate la ricorrente ha ribadito la propria tesi e, alla luce delle difese avversarie, ha precisato, in particolare, quanto segue: a) la controinteressata non ha dato prova (né avrebbe potuto, trattandosi di una scansione) che la dichiarazione di subappalto, contenuta nella pagina pari del DGUE, non prodotta in gara, non sia stata aggiunta successivamente; b) in ogni caso, non è ammissibile la produzione documentale successiva alla scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, quando, come nel caso di specie, si tratti di dichiarazioni fondamentali che incidono sul contenuto dell’offerta, riguardando requisiti di qualificazione, la cui integrazione postuma determinerebbe una non consentita modificazione dell’offerta; c) né si può dire che l’odierna controinteressata sia incorsa in un mero errore materiale, trattandosi di grave negligenza e disattenzione; d) nell’offerta economica in data 14 dicembre 2023 la controinteressata ha dichiarato espressamente di non voler ricorrere all’istituto del subappalto (“*dichiara di non voler ricorrere, in caso di aggiudicazione, al subappalto per alcuna delle attività dei lotti in cui si articola la procedura*”) e, stante l’inequivoca dichiarazione, risulta irrilevante la dichiarazione in data 12 dicembre 2023 relativa all’intenzione di avvalersi dell’istituto del subappalto, sia in

quanto superata da quella successiva sia in quanto avente ad oggetto una generica intenzione di far ricorso al subappalto, senza specificazione delle lavorazioni che necessariamente avrebbero dovuto essere subappaltate; e) non si discute della possibilità per il Consorzio Stabile di qualificarsi attraverso i requisiti delle consorziate, certamente ammessa (avvalimento permanente), venendo, invece, in rilievo la deroga al “cumulo alla rinfusa” prevista allorché il Consorzio Stabile operi quale impresa ausiliaria, giusta il disposto dell’art. 67, comma 7, del decreto legislativo n. 36/2023, il quale non può avere altro significato che quello letterale, secondo cui possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati in proprio dal Consorzio, ovvero quelli conseguiti dal Consorzio a seguito dell’effettivo svolgimento, con la propria struttura d’impresa, di precedenti contratti di appalto; f) nel caso di specie, oggetto del contratto di avvalimento avrebbe dovuto essere l’attestato SOA riguardante la categoria OG6, classifica III, con conseguente necessità della messa a disposizione della certificazione di qualità, che, però, non è in capo al Consorzio Stabile (nel certificato SOA è attestato, infatti, che il “*Consorzio possiede la certificazione... rilasciata da Bureau Veritas Italia spa all’impresa Great Works srl*”).

Anche le parti resistenti hanno ribadito e ulteriormente argomentato le proprie difese con memorie ritualmente depositate.

Nella pubblica udienza in data odierna la causa è stata trattenuta in decisione.

Il Collegio, esaminati gli atti, ritiene, quale ragione più liquida della decisione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2023, n. 6006), la fondatezza del motivo di ricorso concernente la nullità del contratto di avvalimento per violazione dell’art. 104 e dell’art. 26 dell’allegato II.12 del decreto legislativo n. 36/2023 e dell’art. 7 (“Avvalimento”) della lettera d’invito, che determina l’esclusione dalla gara dell’odierna controinteressata.

L’art. 2 della lettera d’invito, quanto ai requisiti di partecipazione, stabilisce che “*Tutti i concorrenti, devono possedere i requisiti di ordine generale previsti all’art. 94, 95, 96 e 97 e i requisiti di qualificazione previsti all’art. 100 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36. Il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all’art. 100 del suddetto decreto è dimostrato con l’attestazione rilasciata da S.O.A. regolarmente autorizzata, in corso di validità, per la categoria prevalente e per l’intero importo dei lavori ovvero per la categoria prevalente e per le categorie scorporabili per i singoli importi*”.

L’odierna controinteressata ha dichiarato il possesso dei requisiti di qualificazione mediante avvalimento della attestazione SOA del Consorzio Stabile per la categoria prevalente (OG 6) e per l’intero importo dei lavori.

L’art. 7 della lettera d’invito stabilisce che, “*Ai sensi dell’art. 104 del Codice degli Appalti, l’operatore economico, singolo o associato ai sensi dell’art. 65 del D.Lgs. n. 36/2023, può dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all’art.100 c.1, lett. b) e c) del Codice avvalendosi dei requisiti di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento.*

Non è consentito l’avvalimento per la dimostrazione dei requisiti generali e di idoneità

professionale di cui ai par. 5.1 e 5.2.

Si segnala che nel caso di avvalimento che abbia ad oggetto l'attestazione SOA, oggetto di prestito dev'essere l'intero apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all'esecuzione del contratto.

Il concorrente e l'ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti dell'Amministrazione in relazione alle prestazioni oggetto del Contratto [...].

L'operatore economico che ricorre all'avvalimento dovrà, inoltre, produrre copia del contratto di avvalimento, 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, ai sensi dell'art. 104 c. 1 del Codice degli Appalti, il contratto di avvalimento deve contenere, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria. Pertanto, il contratto di avvalimento non dovrà limitarsi ad indicazioni generiche circa la messa a disposizione a favore del concorrente delle risorse da parte della impresa ausiliaria, ma dovrà riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente:

a) oggetto, risorse e mezzi prestati in modo determinato e specifico;

b) durata;

c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento (ad es: precisando i dati quantitativi e qualitativi del personale e delle attrezzature che verranno messe a disposizione, le modalità attraverso le quali tale disponibilità verrà attuata, il compenso previsto, il regime di responsabilità, ecc...).

Il suddetto contratto di avvalimento deve essere sottoscritto digitalmente sia dall'impresa ausiliaria che dall'impresa ausiliata.

NB: Saranno ritenuti nulli i contratti di avvalimento per i quali non risulterà possibile l'individuazione dei mezzi concreti e del personale messi a disposizione; in particolare saranno ritenuti nulli i contratti di avvalimento che, con riferimento ai requisiti prestati, recheranno clausole generiche quali, ad esempio, "si impegna a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente" o "si impegna a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto".

Poiché la norma sancisce la nullità dei contratti di avvalimento che non contengono la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria, per tali carenze non sarà ammesso il ricorso al soccorso istruttorio, e il concorrente verrà escluso dalla procedura di gara".

L'art. 104 del Codice, richiamato dalla lettera d'invito, prevede che "1. L'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse

umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti. 2. Qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, o di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta".

L'Allegato II.12, art. 1, del Codice, in relazione alla qualificazione per gli esecutori di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro, stabilisce che l'attestazione di qualificazione rilasciata dalle SOA è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici.

In particolare, sono requisiti d'ordine speciale, occorrenti per la qualificazione, oltre all'idoneità professionale, l'adeguata capacità economica e finanziaria, l'adeguata idoneità tecnica e organizzativa, l'adeguata dotazione di attrezzature tecniche e l'adeguato organico medio annuo.

L'art. 26 del suddetto allegato II.12 indica che *"Per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 104 del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente:*

- a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico;*
- b) durata;*
- c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento".*

Nel contratto di avvalimento stipulato dalla controinteressata con il Consorzio Stabile si legge: *"all'esito del prestito oggetto di avvalimento è opportuno conformarsi alla disciplina di cui all'art. 104 D.Lgs. 36/23, letto combinatamente con le disposizioni contenute nell'Allegato II.12 (nelle more dell'adozione del regolamento di cui all'articolo 100, comma 4) del D.Lgs. 36/23...pertanto, l'impresa ausiliaria, facendo propria la prescrizione statutaria di specie, si impegna a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto oltre al requisito oggetto di avvalimento, sia all'ausiliata, sia alla Stazione Appaltante per tutta la durata dell'appalto di quanto segue... - Know-How tecnologico e commerciale e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento; - Il numero di tecnici necessari per le varie tipologie di lavoro, (strettamente funzionali - sulla base delle specifiche competenze da approfondire nell'esecuzione dell'appalto per come richieste dall'ausiliato - alla sezione di commessa, rispetto alla quale farà fede l'operatività concreta del presente atto di avvalimento) assunti con contratto da distacco o di consulenza, quali: n.1 ingegnere, n.1 architetto, n.1 geometra; - Le attrezzature necessarie all'esecuzione dell'opera, attraverso contratto di noleggio, quali: Ponteggi Omologati, Gru rotativa, Container alloggio attrezzi e Uffici, Molazze da cantiere, Impastatrice/Betoniere, Macchine da taglio legno/ferro, Martelli demolitori ad aria e/o elettrici, Puntelli varie misure, Badili, secchi, attrezzatura minuta, ecc. vedasi scheda*

elenco mezzi ed attrezzatura allegato; - I mezzi necessari all'esecuzione dell'opera, attraverso contratto di noleggio, quali: Camion con ribaltabile, Escavatori, Mini Escavatori, Furgoni attrezzati, ecc. vedasi scheda elenco mezzi ed attrezzatura allegato".

L'impresa ausiliaria ha, quindi, indicato, quale oggetto dell'avvalimento, "oltre al requisito" (attestazione SOA nella categoria prevalente), una serie di competenze, mezzi e risorse distintamente individuati in un elenco da ritenersi, alla luce del tenore letterale e dell'interpretazione sistematica del documento, non meramente esemplificativo ma esaustivo. Sono oggetto di avvalimento, in particolare, i seguenti beni: il know how tecnologico, commerciale e di staff tecnico; le figure di tecnici - 1 geometra, 1 architetto e 1 ingegnere - le cui specifiche competenze, per come richieste dall'ausiliato, saranno profuse nell'esecuzione dell'appalto; i mezzi e le attrezzature necessari all'esecuzione dell'opera indicati nell'allegato elenco.

La ricorrente, fondatamente, lamenta che l'indicazione delle risorse e dei mezzi prestati non soddisfi il disposto normativo (e, in coerenza con quest'ultimo, la disciplina di gara), da interpretarsi in continuità con il quadro giurisprudenziale delineatosi nella vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici.

Si tratta di questione che, pur involgendo profili sostanziali (e non meramente formali, poiché riguarda la possibilità di ritenere effettivamente acquisito da parte del concorrente, mediante la stipulazione del contratto di avvalimento, il requisito di partecipazione alla procedura), non incontra il limite delle valutazioni tecnico-discrezionali dell'Amministrazione, risolvendosi, piuttosto, nella verifica della sufficiente determinatezza (o meno) degli impegni negoziali nel contratto di avvalimento, funzionale all'esigenza "*di mettere la stazione appaltante in condizioni di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'ausiliaria nei confronti della concorrente nonché di verificare, in sede di gara, e di controllare, in sede di esecuzione, che la messa a disposizione del requisito non sia meramente cartolare, ma si sostanzia nella prestazione effettiva, da parte della prima, delle attività e dei mezzi contrattualmente stabiliti*" (Cons. Stato, Sez. III, 24 dicembre 2021, n. 8600).

Il Collegio reputa che anche in relazione alla nuova disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 36/2023 (art. 104) vada mantenuta ferma l'evoluzione dei principi delineatasi in giurisprudenza, nella vigenza del precedente Codice, in materia di avvalimento, ed in particolare di avvalimento "operativo" e di avvalimento dell'attestazione SOA.

Secondo consolidato orientamento interpretativo (cfr., per un sintesi dello stesso, Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2022, n. 169; 13 aprile 2022, n. 2784), a seconda che si tratti di avvalimento di garanzia ovvero di avvalimento tecnico o operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria, in quanto (solo) in caso di avvalimento c.d. tecnico-operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione, da parte dell'ausiliaria, di mezzi e risorse specifiche (e specificamente indicate nel contratto), indispensabili per l'esecuzione dell'appalto.

Già l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza del 14 novembre 2016, n. 23, ha chiarito che l'indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento operativo deve

essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e, segnatamente, secondo i canoni, enunciati dal codice civile, dell'interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 c.c.).

Sulla base delle generali regole civilistiche va, altresì, risolto, in senso positivo, il tema della possibile "determinabilità" dell'oggetto del contratto di avvalimento (che, dunque, può essere determinato ovvero anche solo determinabile), nel senso che il contratto "*non deve 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...*", ma 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, n. 169/2022, cit.).

Il medesimo rigoroso orientamento – volto a garantire le stazioni appaltanti in ordine all'effettiva idoneità dei concorrenti all'esecuzione dell'appalto, al contempo assicurando la *par condicio* dei partecipanti alla gara – è stato affermato con riferimento all'ipotesi in cui oggetto del contratto di avvalimento non siano singoli requisiti economico-finanziari o tecnico-organizzativi, ma l'insieme dei requisiti che avrebbero consentito all'impresa di acquisire l'attestazione SOA.

Qualora oggetto di avvalimento sia una certificazione di qualità, o un'attestazione di qualificazione per l'esecuzione di lavori, "*è indispensabile che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata tutta la propria organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che, complessivamente considerate, le hanno consentito di acquisire la certificazione o l'attestazione*" (C.G.A.R.S., 29 settembre 2023, n. 625; in senso conforme, tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2017, n. 2226).

Invero, l'attestazione SOA è rilasciata da appositi organismi a seguito di un'articolata verifica volta ad accertare la sussistenza, in capo all'impresa richiedente, oltre che dei requisiti di ordine generale, dei requisiti di ordine speciale (adeguata capacità economica e finanziaria; adeguata idoneità tecnica e organizzativa; adeguata dotazione di attrezzature tecniche; adeguato organico medio annuo), sicché, quando oggetto dell'avvalimento sia l'attestazione SOA, l'effettiva operatività del "prestito" richiede che siano messi a disposizione tutti i mezzi e le risorse valutati ai fini della qualificazione e del rilascio del relativo attestato per le lavorazioni d'interesse.

In altri termini, per l'avvalimento di attestazione SOA "*è necessario che oggetto della messa a disposizione sia l'intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA e che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento...*" (Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2024, n. 820; nello stesso senso, Ad. Plen., 16 ottobre 2020, n. 22).

Ne deriva l'onere del concorrente di dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto (l'attestazione SOA), quale mero requisito astratto e valore cartolare, ma *“assume la specifica obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità”* (Ad. Plen., 16 ottobre 2020, n. 22, cit.). Ciò in quanto l'avvalimento serve *“ad integrare una organizzazione aziendale realmente esistente ed operante nel segmento di mercato proprio dell'appalto posto a gara, ma, di certo, non consente di creare un concorrente virtuale costituito solo da una segreteria di coordinamento delle attività altrui, né di partecipare alla competizione ad un operatore con vocazione statutaria ed aziendale completamente estranea rispetto alla tipologia di appalto da aggiudicare”* (Cons. Stato, Sez. III, 10 giugno 2020, n. 3702).

A tali principi si è conformato l'art. 104, comma 2, del Codice, secondo cui, qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000 (nel qual caso l'attestazione di qualificazione rilasciata dalle SOA è condizione necessaria e sufficiente ai fini della dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria), esso ha per oggetto *“le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta”*.

Nello stesso senso si pone anche la lettera d'invito (art. 7), precisando che nel caso di avvalimento che abbia ad oggetto l'attestazione SOA, *“oggetto di prestito dev'essere l'intero apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all'esecuzione del contratto”*.

Appare evidente che l'art. 104 del Codice – al fine di evitare prestiti “cartolari” dei requisiti (integrati dall'attestato SOA) – abbia inteso richiedere (che dal contratto di avvalimento risulti) che l'ausiliaria abbia messo a disposizione tutte le dotazioni tecniche e le risorse, ivi incluse quelle di personale e di manodopera, che sarebbero state richieste all'impresa partecipante (priva di tali risorse) per conseguire l'attestazione SOA relativamente alle lavorazioni della categoria prevalente.

Quanto detto spiega l'apparente dissonanza di quelle pronunce giurisprudenziali che hanno ritenuto sufficiente, in siffatte ipotesi, il richiamo al complesso delle risorse tecniche, umane e strumentali che hanno consentito all'ausiliaria di conseguire l'attestazione SOA, senza necessità di ulteriori specificazioni (così, di recente, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 26 ottobre 2023, n. 782, il quale ha ammesso che il contratto di avvalimento possa risultare determinabile “per relationem” sulla base del complesso delle risorse aziendali che valsero all'ausiliaria l'ottenimento della certificazione).

La sentenza da ultimo citata, invero, mantiene fermi i principi sull'avvalimento operativo elaborati dalla giurisprudenza prevalente, richiedendo che dal contratto risulti, comunque, la messa a disposizione di tutto il complesso organizzativo che avrebbe consentito di ottenere l'attestazione della qualificazione richiesta (nel caso ivi esaminato, infatti, mediante il contratto di avvalimento la società ausiliaria si impegna a fornire non soltanto il requisito

dell'attestazione SOA ma, più specificatamente ed in modo onnicomprensivo, “*tutti i mezzi e le attrezzature, i macchinari, i beni finiti, i materiali, il personale che hanno consentito il conseguimento della qualificazione e che verranno messe a disposizione del concorrente per tutta la durata dell'appalto*”).

Nel caso di specie, invece, dal contratto di avvalimento stipulato con il Consorzio Stabile non emerge che l'ausiliario abbia messo a disposizione l'intero apparato organizzativo (di mezzi e risorse) impiegato per conseguire la qualificazione SOA nella categoria prevalente di lavorazioni (OG 6 - acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione), risultando oggetto del “prestito” solo talune, limitate, risorse, tra le quali non risultano comprese (quantomeno) quelle, indispensabili all'esecuzione dell'appalto, relative alla direzione tecnica (art. 25 dell'Allegato II.12 del Codice) e alla manodopera dotata di idonea preparazione e qualificazione in relazione alle lavorazioni da effettuare.

Come già osservato, infatti, il contratto di avvalimento fa riferimento esclusivo ai seguenti beni, messi a disposizione dell'ausiliata per la durata dell'appalto: a) “know how”, come insieme di competenze e conoscenze “tecnologiche, commerciali e di staff tecnico” con funzioni di coordinamento; b) talune figure di tecnici aventi competenze specialistiche in relazione all'oggetto dei lavori (un ingegnere, un architetto, un geometra), senza, peraltro, alcuna specificazione, in relazioni a tali figure professionali, delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria si impegna a svolgere, ossia se tale personale qualificato debba essere impiegato per la diretta esecuzione del servizio ovvero per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata; c) materiali (mezzi e attrezzature), di cui all'allegato elenco, da impiegare nell'esecuzione dell'appalto.

Il contratto di avvalimento risulta, dunque, carente del requisito imprescindibile della messa a disposizione di tutti i fattori della produzione e le risorse che, complessivamente considerati, hanno consentito all'ausiliaria di acquisire l'attestazione SOA nella categoria di cui si tratta, e, pertanto, deve ritenersi nullo, in applicazione dell'art. 7 della lettera d'invito.

In virtù del disposto dell'art. 7 della *lex specialis* di gara, quindi, la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa, risultando illegittima l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore disposta dall'Amministrazione intimata.

Quanto all'interesse all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, nel ricorso è specificamente dedotto che, una volta esclusa la controinteressata, la ricorrente risulterebbe aggiudicataria, avendo presentato il ribasso del 28,287%, che più si avvicina per difetto alla soglia di anomalia.

Le circostanze indicate al riguardo dalla ricorrente trovano riscontro nel verbale di gara n. 2 in data 18 dicembre 2023, allegato al ricorso, e non sono state specificamente contestate in giudizio dalle controparti.

Per le ragioni esposte, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento degli atti gravati.

Le spese di lite possono essere compensate tra le parti tenuto conto della particolare

complessità interpretativa della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto: 1) lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati; 2) compensa fra le parti le spese processuali.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Consigliere

Cristina Consoli, Referendario, Estensore

[\[1\]](#) Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2022, n. 169; 13 aprile 2022, n. 2784.

[\[2\]](#) Cons. Stato 14 novembre 2016, n. 23.

[\[3\]](#) -Art. 1363. *Interpretazione complessiva delle clausole*

Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto [\[c.c. 1367, 1370\]](#) .

-Art. 1367. *Conservazione del contratto*

Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno [\[c.c. 1362, 1363, 1368, 1374, 1424\]](#) .

