

Sull'applicabilità del c.d. “avvalimento di garanzia” ai sensi del d.lgs. n. 36/2023

di Gianluigi Delle Cave

Data di pubblicazione: 28-6-2024

L'art. 104 del d.lgs. n. 36/2023 contempla una definizione più ristretta dell'avvalimento che non comprende più la tipologia “di garanzia”; l'espunzione dell'avvalimento di garanzia dall'art. 104 del nuovo Codice non ne comporta, tuttavia, l'inapplicabilità, atteso che la Direttiva appalti n. 2014/24/UE (di cui anche il D.lgs. n. 36/2023 è attuativo) prevede lo strumento equipollente del contratto di “affidamento”. Pertanto la possibilità di porre in essere un avvalimento di garanzia o, più precisamente, un affidamento sulle capacità di altri soggetti per acquisire alcuni requisiti economico-finanziari non posseduti dall'operatore economico, è tuttora ammessa in forza dell'applicazione diretta delle suddette disposizioni autoesecutive, quantomeno negli appalti sopra-soglia.

Pubblicato il 25/06/2024

N. 00462/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00231/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 231 del 2024, proposto da

La Casalinda S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, in relazione alla procedura CIG A0276EA663, rappresentato e difeso dagli avvocati Elena Alfero e Alice Merletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Liguria, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Marina Crovetto e Andrea Bozzini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda Regionale per l'Innovazione e gli acquisti - Aria S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Salvatore Gallo, Giuseppina Squillace e Alice Castrogiovanni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Valsecchi Cancelleria S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Annalisa Quartiroli e Valentina Vaccarisi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa concessione di idonea misura cautelare,

- del decreto dirigenziale n. 846 del 7.2.2024 esecutivo ai sensi di legge, comunicato il 12.2.2024, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione a VALSECCHI CANCELLERIA S.r.l. del Lotto 01 "prodotti in carta assimilati CIG A0276EA663" nell'ambito della gara regionale per l'affidamento della fornitura di materiale di convivenza a favore di Enti del Servizio Sanitario regionale;
- delle operazioni di gara e di tutti i verbali relativi alle sedute, tra cui, quelli del 21 dicembre 2023, 21 dicembre 2023, 2 gennaio 2024, 3 gennaio 2024, la registrazione contabile del 06 febbraio 2024;
- di ogni altro atto antecedente, preparatorio, presupposto, conseguente e/o comunque connesso ai precedenti ancorché non cognito, nonché del provvedimento di rigetto dell'istanza di riforma in autotutela del 29.2.2024 prot. n. 2024-0238013;
- per la declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia del contratto, qualora medio tempore stipulato;
- per la condanna dell'Amministrazione all'aggiudicazione e al subentro nel servizio e nel contratto in favore di La Casalinda srl, seconda graduata, ovvero per la condanna dell'Amministrazione medesima al risarcimento del danno per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Liguria, di Valsecchi Cancelleria S.r.l. e dell'Azienda Regionale per l'innovazione e gli acquisti - Aria S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2024 il dott. Marcello Bolognesi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

FATTO e DIRITTO

1) La ricorrente, classificata al secondo posto nella gara regionale finalizzata alla stipula di un accordo quadro triennale per la fornitura di materiale di convivenza a favore degli enti del Servizio Sanitario regionale indetta con decreto dirigenziale del 7.11.2023, ha impugnato il provvedimento regionale di aggiudicazione alla controinteressata del lotto n. 1 relativo alla fornitura di "prodotti di carta e simili" per un importo a base d'asta di € 1.577.514,94, oltre IVA.

2) Il Disciplinare di gara all'art. 3 ha precisato che l'appalto, finalizzato all'"affidamento di fornitura di materiale di convivenza per gli enti del servizio sanitario regionale, come dettagliatamente riportato nelle allegate Tabelle fabbisogni" è suddiviso in lotti e, per quanto ora rileva, il lotto 1 riguarda la fornitura di "Prodotti in carta e assimilati" e la relativa "Tabella fabbisogni" ha descritto tutti i prodotti di carta richiesti (tovaglie di carta, tovaglioli, sacchetti di carta, rotoli asciugatutto, lenzuolino di carta non sterile, carta igienica, ecc.), senza prevedere requisiti igienico-sanitari o altri standard particolari.

3) Il Disciplinare di gara ha previsto, altresì, i seguenti requisiti:

- all'art. 6, l'"Iscrizione nel Registro delle Imprese oppure nell'Albo delle Imprese artigiane per attività pertinenti con quelle oggetto della presente procedura di gara";

- all'art. 6.3, la capacità tecnica costituita dalla "a) l'esecuzione negli ultimi tre anni (2020-2021-2022) di forniture analoghe a favore di soggetti pubblici e privati per un importo complessivo pari almeno al 20% del valore posto a base d'asta del singolo lotto ...";

- all'art. 7, la possibilità di stipulare un contratto di avvalimento "per dimostrare il possesso dei requisiti di ordine speciale di cui al punto 6 e/o per migliorare l'offerta".

Inoltre, il Capitolato speciale all'art. 6 ha richiesto che "... Tutti i prodotti offerti devono presentare le migliori caratteristiche tecnico-qualitative e funzionali. La qualità dei prodotti offerti dovrà essere garantita per tutto il periodo di vigenza contrattuale. I prodotti offerti devono essere debitamente autorizzati dai competenti organi all'immissione in commercio e quindi in possesso dei requisiti previsti dalla vigente normativa comunitaria e nazionale e ad

ogni altra disposizione vigente in materia. Il materiale utilizzato per la produzione degli articoli oggetto della presente fornitura non dovrà rilasciare sostanze pericolose per la salute degli utilizzatori e dovrà essere prodotto in conformità alle norme legislative e regolamentari vigenti in materia”.

4) All'esito della gara la ricorrente si è posizionata al secondo posto, mentre la controinteressata soc. Valsecchi Cancelleria S.r.l. è risultata prima, con conseguente provvedimento di aggiudicazione, atto che è stato impugnato con il ricorso di cui in epigrafe.

5) Si sono costituite in giudizio la Regione Liguria, la controinteressata Valsecchi Cancelleria S.r.l. e l'Azienda Regionale per l'innovazione e gli acquisti - Aria S.p.A. (quest'ultima con richiesta di estromissione dal giudizio).

Alla camera di consiglio del 5.4.2024 è stata rinunciata l'istanza cautelare e, all'udienza pubblica del 7.6.2024, la causa è stata trattenuta in decisione.

6) Preliminarmente, in accoglimento della relativa istanza, si procede all'estromissione dal giudizio dell'Azienda Regionale per l'innovazione e gli acquisti - Aria S.p.A. la quale effettua unicamente la gestione del sistema di e-procurement SINTEL utilizzato dalla Regione Liguria per l'espletamento di gare telematiche e non ha adottato alcuno degli atti gravati, riconducibili esclusivamente alla Regione.

7) Il ricorso è infondato.

8) Con il PRIMO MOTIVO la ricorrente ha lamentato l'illegittimità dell'aggiudicazione in quanto:

a) i prodotti cartari offerti dalla controinteressata non sarebbero idonei per l'“ambito strettamente sanitario” come si evincerebbe dal Capitolato speciale e dalla “Tabella fabbisogni”;

b) l'aggiudicataria non sarebbe iscritta nel registro delle imprese “... per attività pertinenti con quelle oggetto della presente procedura di gara” come richiesto dall'art. 6 del Disciplinare.

Le censure sono infondate.

8.1) Con la deduzione a), la ricorrente assume che i prodotti cartari previsti per il lotto 1 sarebbero caratterizzati da talune non meglio specificate qualità tecniche o standard qualitativi connessi alla natura sanitaria degli enti destinatari della fornitura.

Senonché il lotto 1 è chiaramente e unicamente riferito alla fornitura di “prodotti di carta e assimilati” e anche le relative “tabelle fabbisogni” del lotto elencano solamente prodotti ordinari di carta quali tovaglie, tovaglioli, sacchetti, rotoli asciugatutto, lenzuolino di carta, carta igienica, ecc., senza richiedere alcuno standard o requisito aggiuntivo avente (neppure lato sensu) carattere “sanitario”.

Inoltre l'art. 6 del Capitolato, dedicato alla "tipologia dei prodotti", si è limitato a richiedere la generica conformità del materiale fornito alla "vigente normativa" e l'autorizzazione all'immissione in commercio, come imposto per qualsiasi prodotto venduto.

Invero la stessa tabella fabbisogni precisa che non devono essere sterili neppure i rotoli di carta da utilizzare sui lettini degli ambulatori sicché, a fortiori, si deve escludere che tale requisito – in difetto di qualsiasi indicazione da parte della legge di gara – sia richiesto per gli altri prodotti quali tovaglie, tovaglioli e carta igienica.

Neppure la ricorrente ha indicato quali sarebbero i requisiti specifici che dovrebbero avere i prodotti di carta del lotto 1.

È vero che gli enti sanitari, per talune operazioni, possono utilizzare anche materiali sterili o caratterizzati da requisiti specifici, ma in tali casi la *lex specialis* deve richiedere espressamente la presenza dette qualità specifiche, mentre il lotto 1 dell'appalto in questione riguarda la fornitura di materiale di consumo cartaceo ordinario, non sterile né caratterizzato da altri requisiti specifici, con conseguente infondatezza della doglianza in esame.

8.2) Con la deduzione b) si lamenta che la controinteressata non sarebbe iscritta nel registro delle imprese per le "attività pertinenti" rispetto a quelle oggetto della fornitura, ma solo per l'attività di "commercio all'ingrosso di carta cartone e articoli di cartoleria", ossia per un settore asseritamente estraneo alla fornitura dei "prodotti di carta e assimilati" del lotto 1.

La doglianza è infondata.

In primo luogo la formulazione letterale dell'attività risultante dal registro delle imprese conferma che la controinteressata esercita l'attività di fornitura dei prodotti cartari del tutto compatibile con l'oggetto del lotto d'appalto in questione.

Inoltre l'impresa controinteressata fornisce prodotti cartari oggetto del lotto n. 1 a molteplici enti pubblici e privati, anche sanitari, con un fatturato complessivo di oltre 30 milioni di euro per il triennio dal 2020-2022, talché non si può dubitare che essa sia in possesso del requisito partecipativo in questione, con conseguente infondatezza della doglianza.

9) Con il SECONDO MOTIVO la ricorrente ha lamentato la violazione dell'art. 104 del D.lgs. n. 36/2023 e degli artt. 6.3 e 7 del Disciplinare di gara, ritenendo illegittima l'aggiudicazione perché non sarebbe stato rilevato:

a) il difetto del requisito "tecnico" del fatturato specifico richiesto;

b) la nullità del contratto di avvalimento perché: i) privo dell'indicazione delle specifiche risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria; ii) non avente natura di contratto oneroso, atteso che per l'ausiliaria non è stato previsto il corrispettivo.

Il motivo è infondato.

9.1) Preliminarmente si rileva che il Disciplinare di gara:

- all'art. 6.3 ha previsto che i "requisiti di capacità tecnica" sono costituiti dalla "a) l'esecuzione negli ultimi tre anni (2020-2021-2022) di forniture analoghe a favore di soggetti pubblici e privati per un importo complessivo pari almeno al 20% del valore posto a base d'asta del singolo lotto o alla somma del valore dei lotti in caso di partecipazione a più lotti. La comprova del requisito è fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: - certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione; - copie dei contratti stipulati con le amministrazioni pubbliche, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse";

- all'art. 7 ha ammesso la possibilità di ricorrere all'avvalimento "... per dimostrare il possesso dei requisiti di ordine speciale di cui al punto 6 e/o per migliorare l'offerta. Nel contratto di avvalimento le parti specificano le risorse strumentali e umane che l'ausiliario mette a disposizione del concorrente ... (...) Non è sanabile la mancata indicazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliario in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento".

9.2) Ancora in via preliminare si rileva che l'istituto dell'avvalimento è ora disciplinato dall'art. 104 D.lgs. n. 36/2023 la cui formulazione, mutata rispetto al previgente D.lgs. n. 50/2016, stabilisce 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".

La giurisprudenza elaborata sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici D.lgs n. 50/2016 ha distinto due tipologie di avvalimento riconducibili all'art. 89 del citato Codice:

- quello "tecnico-operativo" finalizzato a mettere a disposizione i requisiti tecnico-organizzativi, per il quale è necessaria l'indicazione specifica delle dotazioni tecniche, strumentali e delle risorse umane prestate;

- quello "di garanzia" finalizzato a mettere a disposizione la capacità economico-finanziaria dell'impresa ausiliaria, senza necessità di messa a disposizione (e, quindi, di specifica indicazione) delle risorse tecniche, strumentali ed umane, in quanto logicamente configurabili solo per l'avvalimento operativo.

Invero l'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. n. 36/2023 contempla una definizione più ristretta dell'avvalimento che non comprende più la tipologia "di garanzia".

Il primo comma, infatti, configura l'operazione negoziale dell'avvalimento come obbligo da

parte dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione del concorrente le "dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali" precisando poi che deve essere prevista "l'indicazione specifica delle risorse messe a disposizione".

Tale formulazione è chiaramente riferita al solo avvalimento tecnico-operativo, non consentendo più di ricondurvi (come avvenuto per l'art. 89 del precedente Codice) quello di garanzia nel quale l'impresa ausiliaria non presta dotazioni o risorse ma, al pari di un garante, si obbliga a rendere disponibile la propria capacità economico-finanziaria al fine di integrare quella dell'ausiliata per far fronte alle obbligazioni assunte, oltre a rispondere in solido in caso di inadempimento.

Nel senso che l'art. 104 del nuovo Codice non sia applicabile all'avvalimento di garanzia è stato rilevato anche dalla recente giurisprudenza secondo cui "3.5. ... l'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, che definisce l'avvalimento come "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", risulta tagliato in relazione al cd. "avvalimento operativo", non in relazione all'avvalimento di garanzia, ove per consolidata giurisprudenza non è necessaria la concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche" (T.A.R. Veneto, sez. I, 10.6.2024, n. 1389; cfr. anche T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. I, Ord. 23.5.2024, n. 166).

L'espunzione dell'avvalimento di garanzia dall'art. 104 del nuovo Codice non ne comporta, tuttavia, l'inapplicabilità, atteso che la Direttiva appalti n. 2014/24/UE (di cui anche il D.lgs. n. 36/2023 è attuativo) prevede lo strumento equipollente del contratto di "affidamento".

Tale Direttiva, infatti, ha stabilito:

- all'art. 58, comma 3, che "Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto. A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo [cd. fatturato GENERICO, n.d.e.], compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto" [cd. fatturato SPECIFICO, n.d.e.];

- all'art. 63 ("Affidamento sulle capacità di altri soggetti") che: "Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, 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. [...] Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine. [...] Se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili

dell'esecuzione del contratto.”.

Pertanto la possibilità di porre in essere un avvalimento di garanzia o, più precisamente, un affidamento sulle capacità di altri soggetti per acquisire alcuni requisiti economico-finanziari non posseduti dall'operatore economico, è tuttora ammessa in forza dell'applicazione diretta delle suddette disposizioni autoesecutive, quantomeno negli appalti sopra-soglia come quello oggetto del presente giudizio.

9.3) Nel caso di specie la controinteressata ha stipulato un contratto denominato di “avvalimento” con una società ausiliaria al fine di conseguire il requisito previsto dall'art. 6.3 del disciplinare che – sebbene inserito tra i requisiti “tecnici” - non richiede la messa a disposizione di alcuna risorsa umana o strumentale, ma unicamente il possesso del fatturato specifico prodotto in forza delle “forniture analoghe” effettuate a favore di enti pubblici o privati nel triennio 2020-2022.

In particolare il citato contratto di avvalimento ha previsto che l'impresa ausiliaria si obblighi a fornire “... il requisito di capacità tecnica e professionale come richiesta all'art. 6.3 del Disciplinare di gara ...” (art. 2.2 del contratto), mettendo a disposizione la propria capacità patrimoniale costituita dal fatturato specifico conseguito nel settore d'attività e nel periodo temporale richiesto dal suddetto punto 6.3 del Disciplinare.

Il contratto di avvalimento ha anche:

- specificamente indicato nelle premesse (pagina 2) che il fatturato specifico è stato conseguito dall'ausiliaria per ognuno dei tre anni richiesti;
- previsto l'espressa obbligazione dell'ausiliaria di consegnare tutta la documentazione a comprova del requisito previsto dall'art. 6 del Disciplinare (cfr. art. 3.2 del contratto, segnatamente il punto e).

Non è stato previsto un corrispettivo in denaro per l'ausiliaria, precisando tuttavia che “la prestazione richiesta a quest'ultima costituisce per la stessa un'occasione di incremento curricolare rilevante tale da compensare l'assenza di un corrispettivo”.

Così precisati i termini della questione si possono scrutinare le singole censure dedotte.

9.4) Con riferimento alla censura a) relativa alla ritenuta mancanza del requisito del fatturato specifico richiesto dall'art. 6.3 del Disciplinare, occorre preliminarmente accertare se esso costituisca effettivamente un requisito tecnico, come risulta dalla formulazione letterale della lex specialis, oppure se esso, a prescindere dalla lettera della norma di gara, debba essere riqualficato da questo Giudice come requisito economico-finanziario, in linea con la sua effettiva finalità di attestazione dell'affidabilità economico-finanziaria del concorrente.

Le conseguenze di tale operazione ermeneutica nell'uno o nell'altro senso sono rilevanti, a loro volta, per la qualificazione del contratto di avvalimento (o di “affidamento”) eventualmente stipulato giacché, come costantemente affermato dalla giurisprudenza (cfr. ex pluribus: T.A.R.

Campania-Salerno, sez. I, 24.1.2024, n. 241):

- in caso di qualificazione del fatturato specifico come requisito tecnico, l'eventuale contratto di avvalimento avrebbe natura "operativa" e, quindi, richiederebbe l'effettiva messa a disposizione delle risorse umane, materiali e tecniche specificamente individuate;
- invece, se il fatturato fosse qualificato come requisito economico-finanziario, l'avvalimento avrebbe natura "di garanzia" e prescinderebbe dalla specificazione delle risorse umane e materiali messe a disposizione.

In primo luogo si rileva che, anche nelle ipotesi in cui la *lex specialis* – come nel caso di specie - abbia qualificato il fatturato specifico come un requisito tecnico, il Giudice, in applicazione del principio del *favor participationis*, lo può interpretare - e quindi riqualificare - ai sensi degli artt. 1362 e seguenti del Codice Civile quando "il dato testuale presenti ambiguità, anche in ordine all'individuazione ed interpretazione delle clausole previste a pena di esclusione" optando per il significato più favorevole al concorrente (ex multis: Cons. Stato, sez. V, 10.1.2024 n. 33411; ID:, 9.1.24 n. 295; ID. 20 luglio 2023 n. 7113; ID 29 novembre 2022, n. 10491; ID 4 ottobre 2022, n. 8481; Sez. III, 24 novembre 2020, n. 7345; 15 febbraio 2021, n. 1322; VI, 6 marzo 2018, n. 1447; V, 27 maggio 2014, n. 2709).

In tale quadro la giurisprudenza si è occupata specificamente della qualificabilità del c.d. fatturato specifico il quale "va qualificato come requisito di carattere economico-finanziario e non come risorsa tecnica, atteso che l'art. 83 comma 4 lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016, stabilisce che, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere "che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto" e, correlativamente, l'allegato XVII ("Mezzi di prova dei criteri di selezione") prescrive, nella parte I, dedicata alla capacità economica e finanziaria, che questa possa essere provata mediante una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 2018, n. 4396)" (CGARS Sez. Giur., 19.7.2021, n. 722).

Ovviamente tale corretta ri-qualificazione giudiziale del requisito da tecnico ad economico-finanziario può avvenire solo nelle ipotesi in cui esso sia "diretto ad accertare che la capacità di produrre ricavi nel settore di attività oggetto dell'appalto sia derivante da una dotazione di risorse aziendali e di esperienza rilevante sul piano della corretta esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto (Cons. Stato, Sez. V, 2.9.2019, n. 6066; Id. 19.7.2018, n. 4396)" con la precisazione che "a questo scopo non è tuttavia sufficiente la formale qualificazione nel bando di gara del fatturato specifico come requisito di capacità tecnica e professionale. In linea con il combinato disposto dei commi 4 e 6 dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici sopra esaminato, a tale qualificazione deve infatti accompagnarsi la richiesta di dimostrare il possesso «di risorse umane e tecniche» e più in generale dell'«esperienza» necessaria ad eseguire l'appalto" (Cons. Stato., sez. V, 26.11.2020 n. 7436).

Ebbene, nel caso di specie, l'art. 6.3 del Disciplinare, pur avendo inserito il fatturato specifico tra i requisiti tecnici, non ha richiesto la dimostrazione né del possesso delle "risorse umane e

tecniche” impiegate, né dell’esperienza specifica per l’esecuzione dell’appalto, avendo considerato unicamente i ricavi economici.

Inoltre l’oggetto del lotto in questione riguarda la mera fornitura di prodotti in carta, talché se è logico prevedere un’idonea capacità finanziaria in relazione al rilevante importo a base d’asta (euro € 1.577.514,94), non vi sono ragioni per richiedere particolari capacità tecniche per la sua esecuzione le quali, infatti, non sono state prescritte.

In tale situazione il fatturato specifico richiesto dall’art. 6.3 del Disciplinare deve essere qualificato come requisito economico-finanziario, con la conseguenza che il contratto di avvalimento stipulato dalla controinteressata, a sua volta, va correttamente ascritto alla species dell’avvalimento o affidamento “di garanzia” e non di quello operativo, con conseguente necessità di messa a disposizione del solo requisito del fatturato specifico mancante, senza indicazione delle risorse umane e strumentali (cfr. ex aliis: Cons. Stato., sez. V, 26.11.2020 n. 7436).

9.5) Anche la censura b) è infondata.

9.5.1) In primo luogo non sussiste la nullità del contratto di avvalimento/affidamento per mancata indicazione delle risorse strumentali e personali atteso che l’art. 7 del Disciplinare stabilisce che “Non è sanabile la mancata indicazione delle risorse messe a disposizione dall’ausiliario in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento”, riferendosi alle sole “risorse” (tecniche, umane e strumentali) messe a disposizione proprie dell’avvalimento “operativo” e non del contratto di garanzia stipulato dalla controinteressata.

Si rileva, comunque, che il contratto di “avvalimento” stipulato dalla controinteressata ha correttamente indicato:

- nelle sue premesse (pagina 2) il fatturato specifico conseguito per ognuno dei tre anni richiesti dall’ausiliaria;
- l’obbligo di consegnare tutta la specifica documentazione a comprova del requisito ai sensi dell’art. 6 del Disciplinare (cfr. art. 3.2 del contratto, segnatamente il punto e).

9.5.2) È infondata anche la censura relativa alla nullità del contratto di avvalimento per la sua asserita natura non onerosa.

Preliminarmente si rileva che il contratto stipulato dalla controinteressata denominato “avvalimento” ha il contenuto e gli effetti analoghi al c.d. avvalimento di garanzia.

Tale istituto, come si è detto, disciplinato dall’art. 89 del precedente Codice e ora non ricompreso nell’art. 104 del nuovo Codice, è comunque ammesso in forza dell’art. 63 delle Direttiva n. 2014/24, direttamente applicabile.

Tale contratto di “affidamento” di matrice europea è caratterizzato:

- da un lato, dall'affidamento da parte dell'impresa ausiliaria dei requisiti di capacità economica e finanziaria richiesti dal bando in favore dell'operatore economico che non li possiede;

- dall'altro, dalla garanzia personale fornita dall'impresa ausiliaria per l'adempimento delle obbligazioni assunte dall'operatore economico.

Tale negozio, dunque, sebbene attualmente operante in forza dell'applicazione diretta della Direttiva appalti, è riconducibile all'avvalimento di garanzia operante sotto il Codice previgente, talché non vi sono ragioni per discostarsi dalla consolidata giurisprudenza che per tale istituto ha precisato che:

- "L'Adunanza Plenaria n. 23 del 2016, data per presupposta la naturale onerosità del contratto di avvalimento, ha tuttavia chiarito che non può automaticamente discorrersi di invalidità del contratto ogni qualvolta in sede contrattuale non sia stato espressamente stabilito un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria: il negozio mantiene infatti intatta la sua efficacia ove sia comunque possibile individuare l'interesse - di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale - che ha indotto l'ausiliaria medesima ad assumere, senza corrispettivo, gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità" (ex pluribus: T.A.R. Campania-Salerno, Sez. I, 24.1.1.2024, n. 241);

- "l'accordo tra le parti può anche non prevedere un corrispettivo in favore dell'ausiliaria, ove il negozio sia sorretto da un interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che abbia indotto l'ausiliaria ad assumere gli obblighi derivanti dal contratto e le connesse responsabilità (Cons. Stato, Sez. V, 12.7.2023, n. 6826; Id., 27.5.2018, n. 2953). Ne deriva che l'indicazione del preciso ammontare del corrispettivo "esula dalle prescrizioni imposte al contratto di avvalimento ..." (T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 10.11.2023 n. 16747).

Ebbene nel caso di specie l'art. 4 del contratto di "avvalimento" stipulato dalla controinteressata ha espressamente individuato tale utilità nella "occasione di incremento curricolare rilevante tale da compensare l'assenza di un corrispettivo" e tale previsione, in linea con i citati approdi giurisprudenziali, configura un congruo interesse patrimoniale dell'impresa ausiliaria tale da escludere la gratuità del negozio.

10) Con il TERZO MOTIVO è stata dedotta l'invalidità in via derivata e in via propria del provvedimento con cui è stata negata l'autotutela richiesta dalla ricorrente.

Il motivo è infondato.

L'invalidità derivata non sussiste in regione dell'infondatezza dei primi due motivi.

Non sussiste neppure l'invalidità propria in quanto ricondotta a violazioni identiche a quelle dedotte con i suddetti infondati motivi.

Per quanto riguarda l'invalidità propria relativa alla non meglio delineata imprecisione nella definizione dell'oggetto dell'appalto nel bando, si tratta di censura inammissibile per genericità e difetto di interesse, atteso che non si comprende né quale sia il profilo contestato, né quali sarebbero le conseguenze in termini di interesse della ricorrente.

11) Conclusivamente il ricorso è infondato e deve essere respinto, con conseguente rigetto delle domande risarcitorie (in forma specifica e per equivalente) e di quella di accertamento di inefficacia del contratto formulate dalla ricorrente.

12) La novità delle questioni trattate costituisce giusta ragione per la compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, previa estromissione dal giudizio dell'Azienda Regionale per l'innovazione e gli acquisti - Aria S.p.A, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso a Genova nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Liliana Felletti, Primo Referendario

Marcello Bolognesi, Referendario, Estensore

Guida alla lettura

Il T.A.R. Genova, con la sentenza in commento, offre interessanti spunti di riflessione sul c.d. **"avvalimento di garanzia"** per come debba essere inteso/applicato oggi alla luce del d.lgs. n. 36/2023.

Come noto, la giurisprudenza elaborata sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici (*i.e.* d.lgs. n. 50/2016) ha distinto due tipologie di avvalimento riconducibili all'art. 89 del citato Codice: *(i)* quello **"tecnico-operativo"**, finalizzato a mettere a disposizione i **requisiti tecnico-organizzativi**, per il quale è necessaria l'indicazione specifica delle dotazioni tecniche, strumentali e delle risorse umane prestate; *(ii)* quello **"di garanzia"** finalizzato a mettere a disposizione **la capacità economico-finanziaria** dell'impresa ausiliaria, senza necessità di messa a disposizione (e, quindi, di specifica indicazione) delle

risorse tecniche, strumentali ed umane, in quanto logicamente configurabili solo per l'avvalimento operativo.

Muovendo alle disposizioni del d.lgs. n. 36/2023, l'art. 104 contempla una definizione più ristretta dell'avvalimento che **non comprende** più la tipologia "di garanzia". Il primo comma dell'articolo in esame, infatti, configura l'operazione negoziale dell'avvalimento come obbligo da parte dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione del concorrente le "*dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali*" precisando poi che deve essere prevista "*l'indicazione specifica delle risorse messe a disposizione*". Come evidenziato dal Collegio, tale formulazione «è chiaramente riferita al solo avvalimento tecnico-operativo, non consentendo più di ricondurvi (come avvenuto per l'art. 89 del precedente Codice) quello di garanzia nel quale l'impresa ausiliaria non presta dotazioni o risorse ma, al pari di un garante, si obbliga a rendere disponibile la propria capacità economico-finanziaria al fine di integrare quella dell'ausiliata per far fonte alle obbligazioni assunte, oltre a rispondere in solido in caso di inadempimento».

Nel senso che l'art. 104 del nuovo Codice non sia applicabile all'avvalimento di garanzia, è stato, peraltro, già rilevato in via pretoria, ove si evidenzia per l'appunto che «*l'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, che definisce l'avvalimento come "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", risulta tagliato in relazione al cd. "avvalimento operativo", non in relazione all'avvalimento di garanzia*», nel quale - per consolidata giurisprudenza - non è necessaria la concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche (TAR Veneto, n. 1389/2024).

Orbene, secondo i giudici amministrativi liguri, l'espunzione dell'avvalimento di garanzia dall'art. 104 cit. non ne comporta, tuttavia, l'inapplicabilità, atteso che la Direttiva appalti n. 2014/24/UE (di cui anche il d.lgs. n. 36/2023 è attuativo) prevede lo strumento equipollente del **contratto di "affidamento"**.

E infatti, la Direttiva *de qua* ha stabilito, all'art. 58, comma 3, che, per quanto riguarda la **capacità economica e finanziaria**, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto. A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici "*possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo* [c.d. "fatturato generico"], compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto" [c.d. "fatturato specifico"]. Inoltre, all'art. 63, la Direttiva specifica che, con riferimento ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, 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*". Ed infatti, se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, "*dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine*". Pertanto, "*se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice*

*può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano **solidalmente responsabili** dell'esecuzione del contratto".*

Alla luce di quanto sopra, quindi, secondo il giudice di *prime cure*, la possibilità di porre in essere un avvalimento di garanzia o, più precisamente, un affidamento sulle capacità di altri soggetti per acquisire alcuni requisiti economico-finanziari non posseduti dall'operatore economico, «è *tuttora ammessa in forza dell'applicazione diretta delle suddette disposizioni autoesecutive*», ciò quantomeno negli appalti sopra-soglia.