

L'impiego dell'azienda dell'impresa ausiliaria nell'avvalimento operativo

di Michele Di Michele

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1330 – Pres. Caringella; Est. Rotondano; C.A. s.r.l. (*Avv. Volpe*) c. Ministero della Difesa (*Avv. Gen. Stato*), L.G. s.r.l. (*Avv. ti Anselmo e Carbone*)

Contratti della p.a. – Appalti pubblici – Gara – Requisiti – Avvalimento – Contratto di avvalimento – La messa a disposizione delle risorse deve essere effettiva.

Contratti della p.a. – Appalti pubblici – Gara – Requisiti – Avvalimento – Avvalimento operativo – Messa a disposizione dell'azienda dell'impresa ausiliaria nei limiti in cui ciò è necessario e sufficiente a garantire il rispetto degli obblighi assunti con il contratto di avvalimento – Impresa concorrente e aggiudicataria è la formale esecutrice.

Nel contratto di avvalimento, la messa a disposizione delle risorse deve essere effettiva e sostanziale, nel senso che deve permettere concretamente all'impresa avvalente di utilizzare le risorse dell'ausiliaria, preventivamente indicate nel contratto di avvalimento.

Anche l'azienda dell'ausiliaria, intesa come complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, ben può essere messa a disposizione dell'impresa avvalente nei limiti in cui ciò è necessario e sufficiente a garantire il rispetto degli obblighi assunti con il contratto di avvalimento, fermo restando che esecutrice dell'appalto è soltanto l'impresa avvalente che rimane la controparte contrattuale della stazione appaltante.

DIRITTO

Omissis

4. Va *in limine* evidenziato che l'appello proposto dalla C.A. (iscritto al n. 2472/2019 R.G.) avverso la sentenza di prime cure che ha respinto il ricorso proposto avverso l'esclusione della stessa società da altro lotto della stessa gara- in relazione al quale l'odierna appellante ha formulato istanza di riunione per trattazione congiunta- è stato respinto con sentenza di questa Sezione, 20 agosto 2019, n. 5746.

5. Tanto premesso, il Collegio ritiene di poter prescindere dalle eccezioni di inammissibilità del gravame, perché i motivi di appello avverso la sentenza impugnata, sostanzialmente reiterativi delle censure formulate nel ricorso di primo grado, sono tutti infondati, per le ragioni di seguito esposte.

6. In particolare, con il primo motivo di appello si lamenta la falsa ed erronea applicazione dell'art. 89 nonché degli artt. 83 e 80 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la violazio-

ne del punto 8 del Disciplinare di gara, dell'art. 112 c.p.c. e l'erroneo apprezzamento dei presupposti.

6.1. Secondo l'appellante le risultanze documentali smentirebbero l'assunto della sentenza sulla non genericità del contratto di avvalimento sottoscritto da L.G. con la sua ausiliaria C.M.I. S.A. in quanto *“le risorse messe a disposizione sono dettagliatamente indicate in virtù delle elencazioni di macchinari e personale riportate nell'All. A, espressamente richiamato come facente parte integrale e sostanziale dello stesso, nel pieno rispetto dell'art. 89, comma 1, ultimo periodo d.lgs. 18.4.2016, n. 50”*.

6.2. Il motivo è infondato.

6.3. Va anzitutto premesso che correttamente la sentenza appellata ha distinto tra avvalimento c.d. di garanzia e avvalimento c.d. operativo.

L'avvalimento c.d. di garanzia ricorre nel caso in cui l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento (Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2015, n. 3390; 17 giugno 2014, n. 3057): tale avvalimento riguarda i requisiti di carattere economico-finanziario e, in particolare, per quanto d'interesse nel presente giudizio, il fatturato globale o specifico.

L'avvalimento c.d. operativo ricorre, invece, quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto; esso concerne i requisiti di capacità tecnico-professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale dell'ausiliaria.

Riguardo all'avvalimento di garanzia, la giurisprudenza costantemente afferma il principio secondo cui, avendo esso ad oggetto l'impegno dell'ausiliaria a garantire con proprie risorse economiche l'impresa ausiliata, non è necessario che nel contratto siano specificatamente indicati i beni patrimoniali o gli indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria, essendo sufficiente che essa si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio di esperienza (cfr. con specifico riguardo al requisito del fatturato globale o specifico, Cons. Stato, sez. V 30 ottobre 2017, n. 4973; sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422; sez. V, 22 dicembre 2016, n. 5423; sez. III, 17 novembre 2015, n. 5703; sez. III, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041).

Diversamente, nell'avvalimento operativo è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto con la precisazione, di cui a Cons. Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23, per cui: *“l'articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010, per la parte in cui prescrive che il contratto di avvalimento debba riportare “in modo compiuto, esplicito ed esauriente [...] le risorse e i mezzi prestatati in modo determinato e specifico”, non legittim[a] né un'interpretazione volta a sancire la nullità del contratto a fronte di un oggetto che sia stato esplicitato in modo (non determinato, ma solo) determinabile, né un'interpretazione volta a riguardare l'invalidità del contratto connessa alle modalità di esplicitazione dell'oggetto sulla base del c.d. “requisito della forma-contenuto”*.

La questione della determinabilità dell'oggetto del contratto – oggi ai sensi dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2017 e succ. mod. – va risolta evitando di incorrere in aprioristici schematismi concettuali e considerando che *“la messa a disposizione della capacità tecnica richiesta, in caso di avvalimento c.d. tecnico od operativo, avviene attraverso lo strumento contrattuale di diritto civile, la cui determinatezza o determinabilità, ai sensi dell'art. 1346 cod. civ., va valutata tenendo conto che per oggetto del contratto deve intendersi l'insieme delle prestazioni dedotte in contratto, non (solo) l'oggetto (materiale) di queste prestazioni”* (in tal senso Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 2018, n. 4396).

Insomma, la messa a disposizione delle risorse deve essere effettiva e sostanziale, nel senso che deve permettere concretamente all'impresa avvalente di utilizzare le risorse dell'ausiliaria, preventivamente indicate nel contratto di avvalimento.

Con riferimento all'avvalimento c.d. "operativo" l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato (sentenza 4 novembre 2016, n. 23) ha statuito, altresì, che l'indagine in ordine agli elementi essenziali di questa tipologia di avvalimento *"deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale" e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 cod. civ.).* La stessa pronuncia ha, dunque, affermato che non è possibile richiedere per il contratto di avvalimento requisiti più stringenti di quelli previsti dal codice civile per la validità dei contratti in genere.

6.4. Ciò chiarito, bene la sentenza appellata, alla luce della disciplina normativa e della *lex specialis* di gara e conformandosi ai su indicati principi della giurisprudenza, ha escluso, sulla base delle risultanze documentali, che nella fattispecie il contratto di avvalimento stipulato tra l'aggiudicataria e l'impresa ausiliaria sia nullo per genericità e indeterminatezza del suo oggetto, ricorrendo invece una dettagliata e specifica indicazione delle risorse in concreto messe a disposizione della ditta ausiliata.

6.5. L'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 Codice dei contratti pubblici prevede che l'impresa concorrente *"può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti"*.

L'art. 8 del Disciplinare di Gara ha stabilito che *"ai sensi dell'art. 89, comma 1 del Codice, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dell'ausiliaria"*.

In particolare, il richiamato art. 89 stabilisce che *"l'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente"*.

In base alla disciplina normativa del contratto di avvalimento *"il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto"* (comma 5); deve inoltre precisarsi che, a mente del successivo comma 8 del medesimo articolo, *"Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione"*.

6.6. Così in sintesi ricostruita la disciplina applicabile alla fattispecie, deve evidenziarsi che il contratto di avvalimento, finalizzato in generale a garantire la più ampia partecipazione delle imprese alle gare di appalto, è stato nel caso in esame utilizzato dalla concorrente L.G. per avvalersi della capacità tecnica dell'ausiliaria per la sola fase di confezione dei capi di maglieria oggetto della fornitura, sì da concretizzare un avvalimento c.d. tecnico operativo.

6.7. Nel contratto di avvalimento, avente ad oggetto la capacità tecnica della confezione, l'impresa ausiliaria si è impegnata, in particolare, a mettere a disposizione dell'ausiliata i requisiti necessari, rinviando per il dettaglio alle dichiarazioni unilaterali contenute nella busta A- *"Documentazione amministrativa di gara"* (in base alle previsioni di cui agli articoli 14 e 14.2. del Disciplinare). Nelle dichiarazioni unilaterali rese nel DGUE dell'impresa ausiliaria (in conformità a quanto prescritto dall'art. 14.2. del disciplinare) sono, dunque, indicati i macchinari e il personale dell'ausiliaria che può essere messo a disposizione, mentre nell'Annesso 1 al DGUE, Dichiarazioni Inte-

grative ex art. 14.2 citato, viene indicata la struttura organizzativa presso la quale verranno effettuate le lavorazioni di competenza dell'impresa.

A ciò si aggiunga che nell'Annesso 1, parte III, punto 1, l'impresa ausiliaria ha dichiarato *"di obbligarsi nei confronti del concorrente e della direzione Generale di Commissariato e di Servizi Generali, a fornire i propri requisiti di ordine speciale dei quali è carente il concorrente, in aderenza al contratto di avvalimento stipulato in conformità all'art. 88 del d.p.r. 207/2010 e mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, rendendosi inoltre responsabile in solido con il concorrente nei confronti della Direzione Generale di Commissariato e di Servizi Generali, in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto"*

6.8. Come comprovato dalle appellate, il contratto di avvalimento è poi comprensivo dell'Allegato A, ivi richiamato (art. 4) e costituente parte integrante e sostanziale dello stesso, ove è riportato l'elenco specifico sia dei macchinari (puntualmente descritti, con indicazione di marca, tipo e matricola) sia del personale (con indicazione delle relative qualifiche) che l'impresa ausiliaria mette a disposizione per il confezionamento della fornitura di gara.

6.9. In conclusione, la sentenza appellata, sulla base di una corretta disamina di tali evidenze documentali, ha respinto le censure di genericità ed indeterminatezza dedotte avverso il contratto di avvalimento.

7. Con il secondo motivo di appello si censurano, per violazione degli artt. 30, 97 e 105 d.lgs. n. 50 del 2016, nonché degli artt. 89, 105, 80 dello stesso Codice dei contratti pubblici le statuizioni della sentenza che escludono la violazione dei minimi salariali da parte dell'ausiliaria (dedotta con il terzo motivo del ricorso di primo grado) nonché l'accertata correttezza dell'uso dell'avvalimento, che nel caso di specie, secondo il primo giudice, è di tipo tecnico-organizzativo e comunque non dissimulerebbe in alcun modo un affidamento sottocosto né un'offerta anomala, lesiva della concorrenza (così respingendo le doglianze con il quarto motivo del ricorso in primo grado).

7.1. Le argomentazioni prospettate con tale mezzo non possono essere accolte.

7.2. La sentenza appellata ha bene ritenuto l'insussistenza delle violazioni di legge addotte dalla ricorrente, sia con riguardo all'asserita violazione dei minimi salariali sia con riferimento ai profili concernenti l'anomalia dell'offerta.

7.3. Come puntualmente dedotto dalle difese delle appellate, la congruità delle voci di costo per la manodopera è confermata dal contratto di lavoro nazionale applicato in Romania per il settore della fornitura in questione – *Contractul Colectiv de Munca* – nel rispetto dell'art. 30, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 (che prevede l'applicabilità al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni *"del contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro"*); per altro verso, tutta la documentazione presentata nella busta D - *composizione del prezzo* dalla ditta aggiudicataria e le schede di costo relative ai quattro articoli di maglieria oggetto di fornitura (oggetto di verifica di congruità e nel quale è indicato il compenso unitario per singolo articolo da corrispondere all'ausiliaria) confermano che non vi è alcuna violazione dei minimi salariali per le attività di confezione svolte dall'ausiliaria.

7.4. Anche la relazione di verifica di congruità dell'offerta economica evidenzia i due differenti costi orari di manodopera dichiarati dall'operatore economico, riferiti ai due diversi ambiti territoriali ove operano la concorrente (per quanto concerne la fase di tessitura effettuata in Italia) e la sua ausiliaria (per l'attività di confezione), rilevando che, in entrambi i casi, i costi della manodopera dichiarati risultano in linea con i contratti collettivi nazionali. Nella stessa relazione (che non ha formato oggetto di specifici rilievi da parte dell'appellante) si afferma che *"dalla lettura dei giustificativi è infat-*

ti emerso che le retribuzioni base delle figure professionali da impiegare nella fornitura in oggetto coincidono con quelle riportate nella tabella retribuzioni C.C.N.L. tessile abbigliamento (settore industriale), sia in Italia che in Romania". Pertanto, anche con riferimento a tali profili, la relazione di congruità concludeva per la coerenza con i dati riferiti dall'operatore e l'insussistenza di carenze o anomalie tali da pregiudicare la validità dell'offerta tecnico-economica.

7.5. Parimenti, risultano corrette le statuizioni con cui la sentenza di primo grado ha ritenuto errato il riferimento al corrispettivo pattuito nel contratto di avvalimento, bene rilevando che l'appellante opera una commistione tra spese e rapporti che vanno invece mantenuti distinti (*id est*: l'ammontare dell'offerta economica dell'aggiudicataria, con riferimento all'incidenza dei differenti costi, e il corrispettivo pattuito nel contratto di avvalimento). In effetti, le doglianze afferenti al corrispettivo fissato a favore dell'ausiliaria, pari al 18 per cento dell'importo netto di aggiudicazione, oltre che generiche, sono comunque inidonee a comprovare il mancato rispetto dei minimi salariali ed altresì l'anomalia dell'offerta.

7.6. Non è, pertanto, ravvisabile in concreto l'asserito ricorso strumentale all'avvalimento per dissimulare un affidamento con prestazioni sotto costo, in quanto non è dimostrata né la violazione in concreto dei minimi salariali desumibili dalla contrattazione collettiva né l'anomalia ed insostenibilità dell'offerta: la richiamata relazione di verifica di congruità dell'offerta conclude, infatti, che *"non si evince alcun rischio fondato di impossibilità, da parte dell'O.E. di adempiere agli obblighi contrattuali a causa di eventuali perdite derivanti da una remunerazione inferiore rispetto ai costi sostenuti"*, sicché *"gli elementi forniti dall'O.E. L.G. s.r.l. (ausiliato dalla società C.M.I. S.A. per il requisito tecnico organizzativo), possono essere ritenuti coerenti con il prezzo offerto in sede di gara"*.

7.7. Infondata è anche la seconda parte del motivo in esame (con il quale si ripropongono le censure di cui al quarto motivo del ricorso di primo grado): con tale doglianza si censura la sentenza appellata dove ha esteso l'applicabilità dell'avvalimento a prestazioni interamente *esternalizzate* all'ausiliaria, consentendo così *"l'impiego non di un singolo elemento della produzione bensì dell'azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato (o di un ramo di essa)"*, di cui l'ausiliaria non perde la detenzione, pur mettendola a disposizione, in tutto o in parte, per l'utilizzazione della ausiliata, secondo le previsioni del contratto di avvalimento.

7.8. A tale riguardo, giova evidenziare che nella fattispecie viene in rilievo un avvalimento di tipo c.d. tecnico-operativo avente ad oggetto la capacità tecnica della confezione (che rientra nelle forniture analoghe, e non nel fatturato specifico).

Nella gara per cui è causa, la *lex specialis* di gara richiedeva (cfr. art. 7.3. del Disciplinare), quale requisito di capacità tecnica e professionale, l'esecuzione negli ultimi tre anni delle forniture analoghe. La legge di gara (cfr. pag. 13 del disciplinare) richiama poi espressamente la possibilità per l'operatore economico di fare ricorso all'avvalimento di tipo tecnico-organizzativo.

7.9. Tanto vale a smentire le doglianze dell'appellante circa l'utilizzo strumentale e distorto dell'avvalimento sul rilievo che l'aggiudicataria, avendo dichiarato di essere ampiamente in possesso dei requisiti di fatturato generico e specifico, in effetti non avrebbe avuto alcuna necessità di ricorrere all'avvalimento.

Invero, non è revocabile in dubbio che l'aggiudicataria L.G. non si è avvalsa della capacità economica-finanziaria dell'ausiliaria (ricorrendo così ad un avvalimento di garanzia, avente ad oggetto i requisiti di carattere economico-finanziario, ovvero il fatturato globale e specifico), ma ha inteso avvalersi della capacità tecnica dell'ausiliata per una sola delle fasi di lavorazione in cui l'appalto si articolava (l'attività di confezio-

ne dei capi di abbigliamento con materiale fornito e tessuto dall'ausiliata), in relazione alla quale l'impresa ausiliaria si è impegnata a mettere a disposizione le necessarie risorse umane e strumentali per lo svolgimento delle prestazioni oggetto dell'appalto.

In conclusione, dall'esame della documentazione presentata in gara da L.G., emerge che il requisito di cui quest'ultima era carente era non già quello economico (fatturato globale e specifico), ma quello tecnico-professionale consistente nelle forniture analoghe relativamente alla sola fase della confezione del materiale per la quale è stato stipulato il contratto di avvalimento.

Pertanto, come bene rilevato dal primo giudice, anche l'azienda dell'ausiliaria, intesa come complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, ben può essere messa a disposizione dell'impresa avvalente nei limiti in cui ciò è necessario e sufficiente a garantire il rispetto degli obblighi assunti con il contratto di avvalimento, fermo restando che esecutrice dell'appalto (alla quale viene difatti rilasciato il certificato di esecuzione) è soltanto l'impresa avvalente che rimane la controparte contrattuale della stazione appaltante e non già l'ausiliaria, la quale si limita a mettere a disposizione le risorse e i mezzi che sostanziano i requisiti di cui l'ausiliata è carente per l'esecuzione del contratto ed è perciò anch'essa solidalmente responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice (Cons. di Stato, sez. III, 12 novembre 2014, n. 5573).

Di conseguenza, deve escludersi che nella fattispecie in esame sia configurabile un subappalto: in quest'ultimo, infatti, l'impresa sub-appaltatrice, a differenza di quella ausiliaria, assume in proprio il rischio economico-imprenditoriale dell'esecuzione delle prestazioni sub-appaltate, secondo lo schema tipico del contratto derivato dal contratto principale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2018, n. 1698), laddove nell'avvalimento soggetto esecutore e responsabile nei confronti della stazione appaltante per l'esecuzione delle prestazioni è sempre l'impresa ausiliata, sia pure con la garanzia della responsabilità solidale dell'ausiliaria.

Il contratto di avvalimento stipulato nella fattispecie (in cui l'ausiliaria si è impegnata a mettere a disposizione le proprie risorse e la propria organizzazione aziendale) non è dunque elusivo della disciplina e dei limiti del subappalto: ed invero, come bene evidenziato nella sentenza appellata, deve rilevarsi che, da un lato, la prevista verifica della specificità del contratto di avvalimento in sede di gara serve – propriamente – ad individuare le risorse umane e strumentali effettivamente possedute dall'ausiliaria ed i compiti esecutivi riservati alla medesima impresa; dall'altro, che alle verifiche documentali in sede di gara va correlata anche la funzione di vigilanza che l'art. 89, comma 9, rimette alla stazione appaltante, in corso d'esecuzione, sia al fine di prevenire abusi nell'ambito del mercato e della concorrenza (laddove impone alla stazione appaltante di trasmettere all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario), sia, in relazione a ciascun affidamento, al fine di controllare l'impiego effettivo delle risorse nell'esecuzione dell'appalto, utilizzate dal titolare del contratto in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2018, n. 1698). Si osserva a tale riguardo che il contratto di avvalimento stipulato (art. 4) prevedeva l'obbligo dell'impresa ausiliaria di consentire l'accesso all'Amministrazione nei locali del suo stabilimento.

8. Con il terzo motivo di appello si impugnano i capi della sentenza in cui si dichiara infondato il quinto motivo di ricorso in quanto correttamente C.M.I., nel compilare il proprio DGUE, includeva nel proprio fatturato generico, specifico e di forniture analoghe, i dati afferenti le prestazioni di confezionamento già assicurate in regime di avvalimento a favore di L.G.

8.1. L'assunto non merita accoglimento.

8.2. Il ragionamento della sentenza appellata è incentrato sul rilievo per cui mediante le dichiarazioni rese sul proprio fatturato, l'ausiliaria doveva fornire soltanto offrire elementi utili a comprovare la propria capacità tecnica nella "confezione".

8.3. Muovendo, dunque, da tali corrette premesse (fondate sulla valenza determinante rivestita dalla "capacità tecnica" nell'avvalimento stipulato), il primo giudice è pervenuto ad altrettanto corrette conclusioni dove ha evidenziato che quanto riportato nel DGUE dell'ausiliaria in relazione al fatturato specifico – seppure inerente a "avvalimenti" in favore della controinteressata – non può essere considerato inadeguato o, addirittura, idoneo a concretizzare dichiarazioni false, cui debba conseguire l'esclusione dalla gara *ex art. 80 del Codice dei contratti pubblici*.

8.4. Invero, come affermato anche di recente dalla giurisprudenza richiamata in sentenza (cfr. sez. V, 30 gennaio 2019, n. 755) – in relazione a ipotesi di tale genere "*conta, sul piano sostanziale, la prescrizione dei relativi "mezzi di prova" che – in conformità alla regola di cui al combinato disposto degli artt. 83, comma 7, e 86, comma 4 – risultano incentrati sulle modalità prefigurate nella Parte II dell'Allegato XVIII al codice (e, cioè, non sulla mera indicazione del fatturato globale o settoriale dell'ultimo triennio, ma sulla elencazione delle prestazioni effettuate, dei relativi importi, date e destinatari: cfr. lettera a) n. ii*".

8.5. Orbene, deve allora rilevarsi che, ai fini della valutazione della capacità tecnica dell'ausiliaria, le informazioni fornite da quest'ultima, concernenti forniture in regime di avvalimento effettuate a favore della stessa ausiliata, non possono essere considerate false e, anzi, si profilano adeguate ad accreditarla sotto il profilo tecnico e della specifica esperienza nel settore.

8.6. Ed infatti, nell'ipotesi qui ricorrente di avvalimento "tecnico-operativo" (non inerente – in quanto tale – ad un requisito di ordine economico-finanziario, proprio del ricorso al c.d. avvalimento di garanzia), occorre essenzialmente vagliare se il contratto di avvalimento corrisponda "*all'obbligo legale di indicare in modo determinato e specifico le risorse oggetto di prestito*" (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, V, 26 novembre 2018, n. 6693).

8.7. Per tali ragioni, bene la sentenza appellata ha concluso che, al fine di valutare la posizione dell'ausiliaria con riferimento alle capacità tecniche-organizzative oggetto di avvalimento, non può rivestire carattere dirimente il possesso o meno di un determinato "*fatturato specifico*", bensì valgono le prestazioni in concreto già rese dalla stessa ausiliaria, poiché costituenti l'unico indice oggettivo idoneo a comprovare l'effettivo possesso di esperienza tecnica nell'eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto, a garanzia del futuro corretto adempimento dell'impegno assunto.

Omissis

Commento

La vicenda

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi sul contratto di avvalimento c.d. operativo e sulle condizioni di validità dello stesso, chiarendo in particolare che le imprese concorrenti di appalti pubblici possono ricorrere all'avvalimento anche per l'intero complesso aziendale dell'impresa ausiliaria e che quest'ultima, al fine di dimostrare il possesso dei requisiti tecnico-professionali

oggetto di avvalimento, può legittimamente includere nel proprio fatturato per forniture analoghe, i dati afferenti le prestazioni già assicurate in regime di avvalimento a favore della medesima ditta ausiliata.

Al fine di meglio comprendere le ragioni poste a fondamento della decisione, è utile ricostruire brevemente la fattispecie sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato.

Il Ministero della difesa aveva indetto una procedura aperta “per la conclusione di 7 accordi quadro aventi ad oggetto la fornitura di materiale vestiario-equipaggiamento e di attendamento”.

La ricorrente C.A. s.r.l., partecipante per il lotto 3 “Maglieria”, posizionatasi al secondo posto della graduatoria, impugnava il provvedimento con cui il Ministero aveva proceduto all’aggiudicazione a favore della controinteressata L.G. s.r.l. chiedendone l’annullamento, e denunciando, per quanto qui rileva,

(i) la genericità del contratto di avvalimento prodotto dall’aggiudicataria poiché asseritamente privo dell’indicazione specifica dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dall’impresa ausiliaria;

(ii) l’elusione della disciplina e dei limiti del subappalto ad opera dell’aggiudicataria in quanto il contratto di avvalimento risulta esteso a prestazioni interamente esternalizzate all’ausiliaria mediante l’impiego non di un singolo elemento della produzione bensì dell’azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato;

(iii) il mancato possesso da parte dell’impresa ausiliaria del fatturato richiesto per “forniture analoghe”, necessario per la partecipazione alla gara, atteso che il fatturato indicato nel DGUE dalla ditta ausiliaria era costituito esclusivamente da pregressi avvalimenti a favore della medesima ditta ausiliata L.G.

Il T.A.R. del Lazio adito rigettava il ricorso introduttivo dichiarandolo infondato.

La ditta C.A. impugnava tale sentenza dinanzi al Consiglio di Stato che, confermando le statuizioni del giudice di prime cure, respingeva l’appello, ritenendo infondate tutte le censure sollevate dall’appellante.

La sentenza del Consiglio di Stato in commento, nel respingere l’appello, ha in particolare confermato che:

(i) il contratto di avvalimento prodotto dall’aggiudicataria non è affatto generico, riportando l’elencazione esaustiva dei macchinari e del personale che l’impresa ausiliaria mette a disposizione dell’impresa ausiliata;

(ii) anche l’azienda dell’ausiliaria – intesa come complesso di beni organizzati per l’esercizio dell’impresa – può, nei limiti in cui ciò è necessario e sufficiente a garantire il rispetto degli obblighi

assunti con il contratto di avvalimento, essere messa a disposizione dell'impresa avvalente;

- (iii) nel caso in cui si discuta – come nella controversia in esame – di avvalimento tecnico o operativo, connotato dall'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico-organizzative necessarie per l'esecuzione del contratto, quanto riportato nel DGUE della ausiliaria in relazione al fatturato specifico – seppure inerente unicamente ad “avvalimenti” in favore della ditta ausiliata – non può essere considerato inadeguato, atteso che risulta idoneo a comprovare l'esperienza nel settore e, conseguentemente, a concretizzare un idoneo accreditamento sotto il profilo “tecnico”.

Avvalimento: tra apertura alla concorrenza e garanzia di effettività della disponibilità dei requisiti

Prima di procedere alla disamina delle principali questioni di diritto affrontate nella sentenza in commento dal Consiglio di Stato, giova premettere che la finalità dell'avvalimento, istituto di derivazione comunitaria⁽¹⁾, è, secondo quanto più volte chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, quella di favorire la massima partecipazione degli operatori economici al mercato degli appalti pubblici, aprendolo ad imprese di per sé prive di requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo e consentendo loro la dimostrazione dei requisiti medesimi *per relationem*, attraverso il concorso di terzi soggetti ausiliari che assumono contrattualmente con le stesse una responsabilità solidale, impegnandosi nei confronti della stazione appaltante⁽²⁾.

.....

(1) La disciplina dell'avvalimento trova le proprie radici, innanzitutto, nella giurisprudenza comunitaria, che lo aveva originariamente ammesso solo limitatamente ai rapporti infragruppo, con la sentenza della Corte di Giustizia relativa al caso Bellast Nnedam Group C-389/94. Successivamente, con la pronuncia C-176/98 Holst Italia il Giudice Europeo ha compiuto un ulteriore passo, riconoscendo l'ammissibilità dell'istituto al di là delle ipotesi di gruppo societario. L'avvalimento è stato quindi disciplinato nella normativa comunitaria con le direttive nn. 2004/18/CE e 2004/17/CE e in quella nazionale di recepimento (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), oggi sostituita dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di recepimento delle direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

(2) Si veda l'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, a mente del quale “5. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”. Si rileva peraltro in proposito che, per quanto riguarda la c.d. responsabilità solidale, le Direttive del 2014, in ciò differenziandosi dalla normativa interna, specificano che la stessa opera solo in termini facoltativi e solo ove l'avvalimento abbia ad oggetto i requisiti di capacità economico-finanziaria, mentre nel caso in cui l'oggetto dell'avvalimento sia costituito dai requisiti di capacità tecnica a livello comunitario non è stata prevista alcuna responsabilità solidale, conseguendone che l'unico soggetto responsabile sembrerebbe essere la sola impresa concorrente.

L'avvalimento è dunque espressione del più generale obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza *“nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici”* (v., in tal senso, Corte di Giustizia, sentenza del 23 dicembre 2009, Conisma, in causa C-305/08), pur con la precisazione che *“la messa a disposizione deve essere effettiva e sostanziale, nel senso che deve permettere concretamente all'impresa avvalente di utilizzare le risorse dell'ausiliaria, preventivamente indicate nel contratto di avvalimento”* (cfr., *ex multis*, T.A.R. Lazio, sez. I *ter*, 11 luglio 2017, n. 8212).

A fronte della finalità dell'istituto dell'avvalimento di determinare un ampliamento dei potenziali partecipanti alle gare pubbliche, sussiste peraltro l'ineludibile necessità che sia garantita l'effettiva disponibilità dei requisiti promessi dall'impresa ausiliaria per tutta la durata dell'appalto.

La disciplina dell'avvalimento, sia a livello comunitario che a livello interno, si contraddistingue dunque per due esigenze contrapposte oggetto di un delicato bilanciamento. Da un lato, vi è l'esigenza di rafforzare la competitività del mercato, garantendo il *favor participatio-nis*, dall'altro lato, quella di contrastare un utilizzo dell'istituto per scopi estranei alla sua *ratio*, favorendo la partecipazione alle procedure di operatori economici privi di stabilità e struttura adeguate.

È quindi necessario, affinché possa validamente aversi un avvalimento, che venga fornita idonea garanzia all'amministrazione che l'impegno assunto dall'ausiliaria non si limiti a dichiarazioni di carattere meramente cartolare e astratto, ma che esso si risolva nella concreta messa a disposizione delle occorrenti risorse e dell'apparato organizzativo di cui il concorrente di gara risulti carente.

Tale garanzia si esplica innanzitutto in sede di gara mediante la verifica documentale del contratto di avvalimento, che deve essere allegato dal concorrente alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica, 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 (cfr. art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016).

In particolare, al fine di garantire l'effettività del “prestito” dei requisiti oggetto di avvalimento l'articolo 88, comma 1, lett. *a*) del d.P.R. n. 207/2010 prescrive che il contratto di avvalimento debba *“riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico...”*, con l'ulteriore precisazione, introdotta al comma 1 ultimo periodo dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, a seguito della novella di cui al d.lgs. n. 56/2017 (primo correttivo al

codice appalti) che “...il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall’impresa ausiliaria”.

Alle verifiche documentali in sede di gara fa poi da *pendant* la funzione di vigilanza che l’art. 89, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 rimette alla stazione appaltante, in corso d’esecuzione, sia al fine di prevenire abusi nell’ambito del mercato e della concorrenza (laddove impone alla stazione appaltante di trasmettere ad ANAC tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l’aggiudicatario), sia, in relazione a ciascun affidamento, al fine di controllare l’impiego effettivo delle risorse nell’esecuzione dell’appalto, utilizzate dal titolare del contratto in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento.

Il contratto di avvalimento: differenze tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo

Come anticipato, la sentenza in commento è stata chiamata a pronunciarsi innanzitutto sulla presunta genericità del contratto di avvalimento stipulato dalla ditta aggiudicataria.

In proposito, al fine di poter adeguatamente valutare se l’oggetto del contratto di avvalimento sia sufficientemente specifico, occorre preliminarmente distinguere tra l’ipotesi di avvalimento di garanzia e quella di avvalimento tecnico-operativo.

Secondo la nota distinzione tipologica, l’avvalimento c.d. di garanzia ricorre nel caso in cui l’ausiliaria mette a disposizione dell’ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, fornendo in tal modo alla stazione appaltante la garanzia di poter far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d’appalto, anche in caso di inadempimento: tale avvalimento riguarda dunque i requisiti di carattere economico-finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico.

L’avvalimento c.d. operativo ricorre, invece, nelle ipotesi in cui la ditta ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell’ausiliata le proprie risorse tecnico-organizzative indispensabili per l’esecuzione del contratto di appalto: tale avvalimento concerne dunque i requisiti di capacità tecnico-professionale.

Ciò premesso, secondo la consolidata giurisprudenza (ripresa sul punto anche dalla sentenza in esame),

- mentre nell’avvalimento c.d. “di garanzia”, la necessità di specificazione di tutte le risorse prestate è, in genere, da ritenersi attenuata o anche addirittura non necessaria⁽³⁾, non richiedendosi, in linea

.....

(3) Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 4 novembre 2015, n. 5038; sez. V, 22 dicembre 2016, n. 5423; ma cfr. in senso contrario, la citata Cons. Stato, Ad. Plen., n. 23 del 2016.

- di massima, che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o a indici materiali atti a esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale, risultando di contro sufficiente che dal contratto di avvalimento emerga l'impegno dell'ausiliaria a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità⁽⁴⁾;
- di contro, nel caso di avvalimento c.d. "tecnico od operativo", sussiste sempre l'esigenza di definire in modo specifico le risorse messe a disposizioni dall'ausiliaria, per cui i contraenti sono tenuti ad indicare con precisione i mezzi aziendali e il personale che l'ausiliaria fornisce all'ausiliata per eseguire l'appalto⁽⁵⁾.

La questione della determinabilità dell'oggetto nel contratto di avvalimento operativo

Nell'ipotesi in cui si discuta di avvalimento tecnico-operativo, come nel caso trattato dalla sentenza qui in esame, occorre dunque essenzialmente vagliare se il contratto di avvalimento corrisponda all'obbligo legale di indicare in modo determinato e specifico le risorse oggetto di prestito, mettendo in tal modo la stazione appaltante in grado di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'ausiliaria nei confronti della concorrente e di verificare e controllare, in sede di gara e di esecuzione, che la messa a disposizione dei requisiti di capacità tecnica non siano meramente cartolari bensì corrispondano a una prestazione effettiva di attività e di mezzi da una impresa all'altra.

In tale ottica, è risultato, ad esempio, inidoneo, in quanto generico ed indeterminato, il contratto di avvalimento (operativo) in cui, con riferimento alle risorse umane, veniva riportata la locuzione per la quale sarà messo a disposizione *"il numero necessario di Squadre tipo, composte da operai specializzati/qualificati/comune, i cui nominativi verranno comunicati prima dell'inizio dei lavori con le specifiche del relativo contratto applicato; il numero e tipo di operai sarà stabilito in base all'effettiva necessità in fase esecutiva, prima dell'inizio lavori e nel rispetto dell'art. 89, comma 9 del d.lgs.50/2016 e s.m.e i."*

È stato ritenuto infatti che tale previsione lasci sostanzialmente indeterminato il contenuto dell'obbligo dell'ausiliaria, *"demandando*

.....

(4) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5257; sez. V, 14 giugno 2019, n. 4024; sez. V, 5 aprile 2019, n. 2243; sez. V, 20 novembre 2018, n. 6551; sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973; sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422; sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032, sez. V, 22 dicembre 2016, n. 5423.

(5) Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2019, n. 255.

alle parti, in un momento successivo all'aggiudicazione, la determinazione concreta del numero e della tipologia di operai che l'ausiliaria mette a disposizione per l'esecuzione del contratto, posticipando in tal modo un'attività che invece il Legislatore ha inteso anticipare alla fase di predisposizione della documentazione di gara e di redazione del contratto, anche al fine di consentire alla stazione appaltante di verificare ex ante l'adeguatezza degli obblighi assunti dall'ausiliaria e il rispetto delle prescrizioni sui requisiti di partecipazione"⁽⁶⁾.

Nondimeno, secondo quanto specificato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (4 novembre 2016, n. 23), richiamata dalla sentenza qui in commento, l'indagine in ordine alla specificità delle risorse oggetto di avalimento *"deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale" e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 cod. civ.)*" conseguendone che non sarebbe possibile richiedere per il contratto di avalimento (operativo) requisiti più stringenti di quelli previsti dal codice civile per la validità dei contratti in genere, di talché non sarebbe legittima *"un'interpretazione volta a sancire la nullità del contratto a fronte di un oggetto che sia stato esplicitato in modo (non determinato, ma solo) determinabile..."*.

In proposito, si rileva peraltro che secondo la recente pronuncia del T.A.R. Campania, Napoli, del 5 marzo 2020, n. 1022, la questione della determinabilità dell'oggetto del contratto parrebbe essere mutata a seguito della novella di cui al d.lgs. n. 56 del 2017 che ha modificato l'art. 89 del codice dei contratti, introducendo all'ultimo comma la precisazione più restrittiva sopra vista della nullità del contratto di avalimento che non preveda la *"specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione"*, con la conseguenza che, in base al nuovo quadro ordinamentale, ad oggi, nell'avalimento operativo occorrerebbe una più intensa determinazione del contenuto del contratto⁽⁷⁾.

.....

(6) Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, 5 marzo 2020, n. 1022. Peraltro, è stato pure correttamente rilevato che tale esigenza di specificità non può spingersi fino a causare l'ingessatura della gestione aziendale dell'ausiliaria, *"dovendosi ritenere che il contratto di avalimento fotografi la realtà per come esistente al momento in cui l'avalimento si perfeziona, ben potendo l'impresa ausiliaria anche modificare la consistenza dei beni oggetto di avalimento sostituendone alcuni nel lasso di tempo che intercorre tra la stipula del contratto di avalimento e l'avvio dell'esecuzione dell'appalto, ferma restando l'esigenza che l'ausiliaria metta a disposizione beni equivalenti a quelli originariamente promessi in sede di esecuzione dell'appalto"* (T.A.R. Campania, Napoli, n. 1022/2020 cit.).

(7) *"Sotto questo aspetto"*, precisa la citata pronuncia del T.A.R. Campania, *"la specialità della previsione di cui agli artt. 89 del codice dei contratti e 88 del regolamento induce a concludere che nell'ambito delle gare pubbliche il requisito di determinatezza dell'oggetto del contratto di avalimento si connota in modo più intenso rispetto agli ordinari criteri, limitando, per converso, la possibilità dell'interprete di individuarne il contenuto specifico ricorrendo a elementi esterni alla volontà contrattuale esplicitata dalle parti nel documento negoziale"*.

Ciò premesso, e venendo alla fattispecie concretamente affrontata nella sentenza in esame, il Consiglio di Stato ha affermato il condivisibile principio per cui *“La messa a disposizione delle risorse deve essere effettiva e sostanziale, nel senso che deve permettere concretamente all’impresa avvalente di utilizzare le risorse dell’ausiliaria, preventivamente indicate nel contratto di avvalimento”*, potendosi dunque (agevolmente) escludere, sulla base delle chiare ed inequivocabili risultanze documentali, che nella fattispecie il contratto di avvalimento stipulato tra l’aggiudicataria e l’impresa ausiliaria fosse nullo per genericità e indeterminatezza del suo oggetto, ricorrendo una dettagliata e specifica indicazione delle risorse in concreto messe a disposizione della ditta ausiliata.

Nello specifico, ha ritenuto il Consiglio di Stato che nel contratto di avvalimento operativo, utilizzato dalla concorrente L.G. per avvalersi della capacità tecnica dell’ausiliaria per la fase di lavorazione afferente alla confezione dei capi di maglieria oggetto della fornitura, l’oggetto del contratto di avvalimento fosse adeguatamente specifico in forza del rinvio, per il dettaglio alle risorse messe a disposizione dell’impresa aggiudicataria, all’Allegato A al contratto di avvalimento, costituente parte integrante e sostanziale dello stesso, ove era riportato l’elenco specifico sia dei macchinari (puntualmente descritti, con indicazione di marca, tipo e matricola) sia del personale (con indicazione delle relative qualifiche) che l’impresa ausiliaria mette a disposizione per il confezionamento della fornitura di gara.

Avvalimento operativo e subappalto: tratti differenziali

Come anticipato, la sentenza in commento affronta altresì la questione se il contratto di avvalimento stipulato nel caso di specie dall’aggiudicataria (avente ad oggetto l’impiego non di un singolo elemento della produzione dell’impresa ausiliaria bensì dell’azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato) risulti o meno elusivo della disciplina e dei limiti del subappalto.

Per effetto della messa a disposizione dell’azienda dell’ausiliaria in favore della aggiudicataria, la ricorrente infatti attribuisce all’ausiliaria il ruolo di vero e proprio esecutore dell’appalto per la porzione indicata nel contratto (pari a ben l’85% delle prestazioni complessivamente dedotte nel contratto d’appalto), in spregio, tra l’altro, del limite del 30% della commessa previsto dall’art. 105 del d.lgs. n. 50/2016⁽⁸⁾ ed altresì dalla *lex specialis* di gara.

.....

(8) Secondo la formulazione del comma 2 della disposizione richiamata applicabile *ratione temporis*, che peraltro deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia

Prima di passare ad esporre la soluzione adottata dalla sentenza in commento, è opportuno ripercorrere sinteticamente quelli che, secondo l'ormai consolidata giurisprudenza, sono i tratti differenziali che contraddistinguono (nettamente) l'istituto dell'avvalimento (operativo) e quello del subappalto.

Quanto all'avvalimento operativo, esso realizza un'integrazione temporanea dell'azienda del concorrente riguardo ai mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto il quale resta dunque la controparte contrattuale della stazione appaltante, sia pure con la garanzia della responsabilità solidale dell'ausiliaria; pertanto, nell'avvalimento operativo le prestazioni contrattuali dell'appalto, pur se in concreto eseguite nell'ambito dell'organizzazione aziendale dell'ausiliaria, rientrano nella sfera di rischio economico-imprenditoriale della concorrente alla gara e, per tale ragione, il contratto si ritiene eseguito dalla concorrente e alla concorrente è rilasciato il certificato di esecuzione⁽⁹⁾.

In definitiva è dunque possibile affermare che lo strumento dell'avvalimento operativo configura l'impresa ausiliaria come fornitrice delle risorse umane e strumentali direttamente impiegate nello svolgimento delle prestazioni oggetto del contratto e l'impresa ausiliata come loro utilizzatrice, soggetto esecutore e responsabile dell'appalto nei rapporti giuridici ed economici con la stazione appaltante.

Di contro, nel subappalto non si realizza un'integrazione delle capacità dell'aggiudicatario, ma si verifica una mera sostituzione nell'esecuzione della prestazione contrattuale, conseguendone che, a differenza dell'impresa ausiliaria, l'impresa subappaltatrice assume in proprio il rischio economico-imprenditoriale dell'esecuzione delle prestazioni subappaltate, secondo lo schema tipico del contratto derivato dal contratto principale⁽¹⁰⁾.

dell'Unione europea del 26 settembre 2019 (C-63/18) e 27 novembre 2019 (C-402/18).

(9) È questo il significato della previsione dell'art. 89, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 (a mente del quale "8. *Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati*") che marca anche la differenza rispetto al subappalto, non a caso richiamato nell'ultimo inciso dello stesso comma.

(10) Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 11 maggio 2018, n.578 secondo cui “*il subappalto è un istituto che prima di tutto consente all’appaltatore di delegare a terzi la esecuzione di una parte dell’appalto e quindi, in sostanza, di non doversi organizzare per eseguire direttamente tutto l’appalto: è ben vero che esso può essere funzionale anche alla dimostrazione dei requisiti e che in tal senso l’avvalimento può avvenire anche mediante ricorso al subappalto; ma non si può sottacere che la sua causa è, in origine, quella di realizzare una parziale cessione del contratto d’appalto. Nella materia degli appalti pubblici la disciplina del subappalto differisce significativamente da quella dell’avvalimento o del raggruppamento di imprese, in quanto non comporta assunzione diretta di responsabilità del subappaltatore nei confronti della stazione appaltante, a conferma del fatto che esso realizza piuttosto una modalità di organizzazione interna del lavoro, che normalmente ha anche un determinato vantaggio per l’appaltatore*”.

L'impiego dell'azienda dell'impresa ausiliaria nell'avvalimento operativo

Premesse tali preliminari notazioni, e venendo alla sentenza in commento, nel caso ivi trattato il bando di gara individuava due fasi essenziali della lavorazione (consistenti nella “tessitura” e nella “confezione”), ed il contratto di avvalimento conteneva l'impegno dell'impresa ausiliaria a mettere a disposizione dell'ausiliata il proprio personale e i propri macchinari in quanto utili o, meglio, necessari per concretizzare la “capacità tecnica” dell'ausiliata, in relazione alla specifica e ben definita “fase” essenziale della lavorazione relativa alla “confezione” dei capi di maglieria.

Ebbene, pur tenuto conto che l'oggetto dell'avvalimento era costituito dalla messa a disposizione dell'azienda dell'impresa ausiliaria ai fini dell'esecuzione di un'intera fase delle lavorazioni appaltate (fase avente peraltro un peso economico preponderante, pari a circa l'85% del valore del complessivo del contratto), il Consiglio di Stato ha tuttavia escluso che nel caso di specie si fosse in presenza di una fattispecie di subappalto delle attività previste nel contratto di avvalimento, sul corretto e condivisibile presupposto che *“anche l'azienda dell'ausiliaria, intesa come complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, ben può essere messa a disposizione dell'impresa avvalente nei limiti in cui ciò è necessario e sufficiente a garantire il rispetto degli obblighi assunti con il contratto di avvalimento, fermo restando che esecutrice dell'appalto (alla quale viene difatti rilasciato il certificato di esecuzione) è soltanto l'impresa avvalente che rimane la controparte contrattuale della stazione appaltante e non già l'ausiliaria, la quale si limita a mettere a disposizione le risorse e i mezzi che sostanziano i requisiti di cui l'ausiliata è carente per l'esecuzione del contratto ed è perciò anch'essa solidalmente responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice”*.

Emerge dunque chiaramente dalla sentenza in commento che, quando si tratti di c.d. avvalimento tecnico-operativo, nella varietà dei possibili schemi utilizzabili nei rapporti tra impresa avvalente ed impresa avvalsa, sia legittimamente contemplabile il “prestito” non già di un singolo elemento della produzione, bensì dell'azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato (o di un ramo di essa), nei limiti in cui ciò è necessario e sufficiente a garantire il rispetto degli obblighi assunti con il contratto di avvalimento⁽¹¹⁾.

.....

(11) L'elemento caratterizzante dell'avvalimento non è dunque limitato a un mero “prestito” formale di personale e/o di macchinari e/o di beni strumentali, sganciato dalla relativa organizzazione aziendale. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 662, che specifica che l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del

E tale schema contrattuale non configura una ipotesi di subappalto in quanto le prestazioni contrattuali dell'appalto, pur se in concreto eseguite nell'ambito dell'organizzazione aziendale dell'ausiliaria, rientrano in ogni caso nella sfera del rischio economico-imprenditoriale della concorrente alla gara⁽¹²⁾.

La possibilità di comprovare il fatturato per forniture analoghe con precedenti avvalimenti in favore della stessa ditta ausiliata

Nell'avvalimento, stante l'instaurazione di un preciso rapporto tra l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata, di rilevanza anche sotto il profilo del rapporto tra la concorrente e la stazione appaltante, sorge l'obbligo per gli ausiliari di presentare un proprio DGUE, atto a palesare, tra l'altro, la capacità economica e finanziaria e/o le capacità tecniche e professionali oggetto di avvalimento.

Ciò premesso, la ricorrente denuncia, come detto, la carenza in capo all'ausiliaria del fatturato richiesto in termini di "forniture analoghe" avendo questa dichiarato nel proprio DGUE esclusivamente prestazioni assicurate in regime di avvalimento a favore della ditta ausiliata.

In proposito, il Consiglio di Stato, confermando la statuizione del T.A.R., ha osservato che nel caso di specie la richiesta di un fatturato specifico per forniture analoghe fosse funzionale, non già alla comprova della solidità finanziaria dell'esecutore dell'appalto, bensì alla dimostrazione dell'esistenza di una organizzazione produttiva idonea alla realizzazione del prefigurato programma contrattuale e che, dunque, i precedenti avvalimenti prodotti dall'ausiliaria fossero in concreto validi ai fini della comprova dell'effettivo possesso della esperienza tecnica richiesta.

.....

requisito di qualità, riguarda, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto.

(12) Come affermato dal Consiglio di Stato nella decisione n. 1698 del 2018 *"a differenza dell'impresa ausiliaria, l'impresa subappaltatrice assume in proprio il rischio economico-imprenditoriale dell'esecuzione delle prestazioni sub-appaltate, secondo lo schema tipico del contratto derivato dal contratto principale, perciò diverso è il rapporto giuridico tra subappaltatore e appaltatore, da un lato, e tra entrambi e la stazione appaltante, dall'altro. Le restanti previsioni dello stesso art. 89 danno riscontro normativo a tale configurazione dell'istituto dell'avvalimento (come, a titolo di esempio, la possibilità dell'avvalimento relativo alla indicazione dei titoli di studio e professionali, purché gli ausiliari eseguano direttamente i relativi lavori o servizi; la necessaria insussistenza di motivi di esclusione di cui all'art. 80 in capo agli ausiliari ed il soddisfacimento da parte di questi ultimi dei criteri di selezione, conformemente agli artt. 85, 86 e 88; la possibilità per la stazione appaltante di imporre che "taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente", cosicché, in mancanza di tale imposizione, possono essere svolti «direttamente» dall'ausiliario; la responsabilità solidale; il divieto di avvalimento c.d. a cascata e il divieto di partecipazione congiunta e così via). Questa configurazione dell'istituto dell'avvalimento e la qualificazione della natura giuridica del relativo contratto risulta già dalla giurisprudenza formatasi in riferimento agli artt. 49 e 50 del d.lgs. n. 163 del 2006 (ed agli artt. 88 e 104 del d.P.R. n. 207 del 2010)".*

Ed invero occorre considerare che, nel caso in cui si discuta, come nella controversia in esame, di avvalimento tecnico-operativo, connotato dall'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico-organizzative necessarie per l'esecuzione del contratto, le dichiarazioni rese dall'ausiliaria in ordine al proprio fatturato non sono funzionali alla comprova del possesso di requisiti di carattere "economico-finanziario" bensì a dimostrare la propria capacità tecnica nelle prestazioni contrattuali oggetto di avvalimento.

Da ciò ne discende che, secondo quanto affermato dalla sentenza in esame, le prestazioni dichiarate dall'impresa ausiliaria – e cioè avvalimenti pregressi effettuati dall'ausiliaria in favore della stessa ditta ausiliata – ben si prestano a comprovare l'espletamento di prestazioni atte a dare conto di esperienza nel settore e, conseguentemente, a concretizzare un valido accreditamento sotto il profilo "tecnico".

Alla luce di quanto sopra, ha dunque condivisibilmente affermato il Consiglio di Stato che *"mediante le dichiarazioni rese sul proprio fatturato, l'ausiliaria doveva fornire soltanto offrire elementi utili a comprovare la propria capacità tecnica nella "confezione"* e che dunque *"ai fini della valutazione della capacità tecnica dell'ausiliaria, le informazioni fornite da quest'ultima, concernenti forniture in regime di avvalimento effettuate a favore della stessa ausiliata, non possono essere considerate false e, anzi, si profilano adeguate ad accreditarla sotto il profilo tecnico e della specifica esperienza nel settore"*.

Se questo è il principio espresso dalla sentenza in commento, va peraltro rilevato che, come pure recentemente affermato da altrettanto autorevole giurisprudenza, *"nel caso in cui la lex specialis richieda il requisito del «fatturato specifico» in servizi analoghi è doveroso l'esame degli atti di gara per stabilire le finalità assegnate dalla stazione appaltante al suo possesso; se il fatturato specifico è inteso confermativo di una certa solidità economico-finanziaria dell'operatore economico – per aver, dai pregressi servizi, ottenuto ricavi da porre a garanzia delle obbligazioni da assumere con il contratto d'appalto – ovvero della capacità tecnica, per aver già utilmente impiegato, nelle pregresse esperienze lavorative, la propria organizzazione aziendale e le competenze tecniche a disposizione, il requisito va comprovato mediante avvalimento tecnico"* (Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6066).

Nel caso in cui la legge di gara richieda un certo fatturato specifico ai fini della qualificazione degli operatori economici, occorrerà dunque una valutazione caso per caso, da compiersi sulla base dell'esame degli atti di gara, volta a stabilire se il fatturato richiesto sia finalizzato a garantire l'amministrazione circa la solidità finanziaria del concorrente – dovendosi in tal caso ricorrere ad un avvalimento di garanzia

– ovvero, come avvenuto nel caso della sentenza qui in esame, circa la capacità tecnica del concorrente, risultando in tal caso necessario il ricorso ad un avvalimento di tipo tecnico-operativo, con tutte le necessarie conseguenze in termini di determinatezza e di precisione nella concreta identificazione delle effettive risorse reali e personali messe a disposizione dall’ausiliaria⁽¹³⁾.

