

**APPALTI: Contratti della P.A. - Avvalimento - Requisiti di capacità tecnica e professionale - Impresa ausiliaria - Sottoscrizione contratto - Validità - Requisiti - Gratuità del contratto di avvalimento - E' esclusa.**

**Tar Lazio - Roma, Sez. III quater, 11 novembre 2021, n. 11585**

- in *Urbanistica e appalti*, 2, 2022, pag. 232 e ss., con commento di Dario Buzzelli, *Il contenuto necessario del contratto di avvalimento tra oggetto e causa.*

1. “[...] costituisce *ius receptum* nella giurisprudenza amministrativa il principio secondo il quale nel caso di avvalimento avente ad oggetto i requisiti di capacità tecnica e professionale (avvalimento c.d. “tecnico – operativo”), l’impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell’ausiliata le risorse tecnico - organizzative indispensabili per l’esecuzione del contratto di appalto [...]”.

2. “[...] nella sottoscrizione del contratto di avvalimento le parti, a pena di nullità, devono necessariamente indicare in modo preciso e analitico le risorse umane e materiali messe a disposizione dell’ausiliata [...] e che non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l’impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell’appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano [...]”.

3. “[...] deve escludersi la gratuità del contratto di avvalimento, essendo detto contratto a titolo oneroso; anche in mancanza di corrispettivo in favore dell’ausiliario, deve emergere dal testo contrattuale chiaramente l’interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l’ausiliario nell’assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Istat - Istituto Nazionale di Statistica e della società CSM Global Security Service s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2021 il dott. Paolo Marotta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm.;

La società ricorrente ha partecipato ad una procedura di gara indetta dall’Istituto Nazionale di Statistica, ai sensi degli artt. 58 e 60 d.lgs. n. 50/16, per l’affidamento triennale, con opzione di

rinnovo per un altro anno, dei servizi di vigilanza armata fissa da espletarsi con guardie particolari giurate (G.P.G.), di portierato fisso, di vigilanza armata saltuaria con passaggio esterno con una G.P.G. a bordo di auto o moto radiocollegate presso le sedi di Roma, di gestione mediante collegamento alla sala operativa della società di vigilanza dei sistemi di allarme, antintrusione e videosorveglianza, di manutenzione delle apparecchiature tecnologiche di controllo ivi installate, per un importo complessivo a base gara di euro 3.702.424,64.

L'art. 18 del disciplinare di gara prevedeva che l'appalto sarebbe stato aggiudicato "...in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del Codice", con previsione di fino a 70 punti per l'offerta tecnica e fino a 30 punti per l'offerta economica.

In esito alle operazioni di gara, l'appalto è stato aggiudicato alla società CSM Global Security Service s.r.l. con punti 84,244, di cui 57,794 per l'offerta tecnica e 26,450 per l'offerta economica; la società ricorrente si è classificata al secondo posto, con punti 83,561, di cui 53,561 per l'offerta tecnica e 30,000 per l'offerta economica.

Con il ricorso in esame l'odierna ricorrente ha chiesto l'annullamento della aggiudicazione in favore della società CSM Global Security Service s.r.l. e la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con diritto della ricorrente a subentrare nell'aggiudicazione e nel relativo contratto. A fondamento delle domande azionate, la ricorrente ha formulato tre articolati motivi.

Si sono costituito in giudizio l'Istituto Nazionale di Statistica e la società controinteressata, contestando diffusamente le doglianze di parte ricorrente; la società aggiudicataria ha evidenziato il venir meno dei presupposti della tutela cautelare (invocata in via incidentale dalla società ricorrente), essendo il contratto d'appalto stato stipulato in data 14 settembre 2021.

Alla Camera di Consiglio del 26 ottobre 2021, fissata per la delibazione della istanza cautelare, il Collegio ha dato atto dalla intervenuta stipula del contratto d'appalto; il difensore della parte ricorrente ha chiesto quindi che il ricorso venisse trattenuto in decisione con sentenza in forma semplificata, dichiarando di rinunciare al primo e al terzo motivo di ricorso.

Il ricorso è stato quindi introitato per la decisione con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo, ricorrendo, a giudizio del Collegio, nel caso de quo, le condizioni per l'applicazione della citata disposizione, ai fini dell'immediata definizione del giudizio, sussistendo, altresì, gli altri presupposti per l'adozione della decisione in forma semplificata e avendo il Presidente del Collegio rese edotte le parti presenti di tale eventualità.

Preliminarmente, il Collegio prende atto della rinuncia della parte ricorrente al primo e al terzo motivo di ricorso, dichiarata dal difensore della parte ricorrente all'odierna camera di consiglio, e

conseguentemente, in conformità al principio dispositivo, la valutazione della fondatezza delle domande azionate verrà effettuata con esclusivo riguardo al secondo motivo di ricorso, con il quale la società ricorrente deduce: violazione e falsa applicazione dell'art. 83, co. 1, lett. c), e 6, nonché dell'art. 89 d.lgs. n. 50/16; violazione della lex specialis; carenza dei requisiti di capacità tecnico-professionale; eccesso di potere per difetto di istruttoria.

In sintesi, la ricorrente evidenzia che la società controinteressata, al fine di dimostrare il possesso del requisito relativo al pregresso svolgimento dei servizi di gestione e manutenzione impianti di sorveglianza, ha fatto ricorso ad un contratto di avvalimento con la società Iemme Sistemi S.r.l. e tuttavia il contratto a tal fine prodotto in gara presenterebbe molteplici profili di genericità, indeterminatezza e inattendibilità dell'impegno negoziale assunto dall'impresa ausiliaria, derivandone dunque l'invalidità del contratto medesimo e l'impossibilità per la società aggiudicataria di valersi dello stesso ai fini del soddisfacimento del prescritto requisito di capacità tecnico-professionale.

A conferma della indeterminatezza e della inidoneità dell'impegno di cui al predetto contratto di avvalimento, la società ricorrente evidenzia che (detto impegno) è stato assunto "a titolo non oneroso" (cfr. punti 1 e 2 del contratto di avvalimento), senza quindi la previsione di alcun corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria.

Le censure meritano di essere condivise.

Occorre premettere che il disciplinare di gara al punto 7.3, rubricato "REQUISITI DI CAPACITA' TECNICA E PROFESSIONALE", lett. a), disponeva quanto segue:

"Il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio precedente alla data di pubblicazione del bando servizi inerenti il settore oggetto dell'appalto per committenti pubblici e/o privati e in particolare: servizi di vigilanza armata fissa e saltuaria per un importo complessivamente non inferiore a EURO 2.500.000,00 (euro duemilionicinquecentomila/00) IVA esclusa, servizi di portierato per un importo complessivamente non inferiore a EURO 1.000.000,00 (euro unmilione/00) IVA esclusa e servizi di gestione e manutenzione dei sistemi di videosorveglianza e antintrusione per un importo complessivamente non inferiore a EURO 40.000,00 (euro quarantamila/00) IVA esclusa.

La comprova del requisito è fornita secondo le disposizioni di cui all'art. 86 e all'allegato XVII, parte II, del Codice...".

La società controinteressata, al fine di dimostrare il possesso del predetto requisito, con riguardo ai "servizi di gestione e manutenzione dei sistemi di videosorveglianza e antintrusione per un importo

complessivamente non inferiore a EURO 40.000,00”, ha prodotto in sede di gara un contratto di avvalimento stipulato con la società IEMME SISTEMI s.r.l.

Orbene, il Collegio rileva che nel contratto di avvalimento prodotto dalla aggiudicataria, l’ausiliaria si impegna genericamente:

- “ad assicurare la disponibilità delle risorse per attuare e monitorare i processi definiti per l’esecuzione e il controllo di tutte le attività connesse alla Gestione del sistema Integrato di qualità” (punto 2, lett. a);
- “ad assicurare periodica attività di sensibilizzazione e a promuovere attività di formazione/addestramento” (punto 2, lett. b);
- “a definire i parametri di misurazione e controllo per le attività di monitoraggio, misurazione e analisi dei processi” (punto 2, lett. c);
- “a pianificare e ad eseguire periodicamente Audit interni allo scopo di verificare la conformità dei processi aziendali rispetto ai requisiti delle norme di riferimento, di verificare il raggiungimento delle performance e degli obiettivi di qualità desiderati, nonché di fornire uno strumento sistematico di verifica e identificare le aree di potenziale miglioramento” (punto 2, lett. d);
- “nel caso di rilievo di anomalie a definire e a realizzare idonee azioni correttive relativamente alla carenze evidenziate (punto 2, lett. e);
- “a mettere a disposizione la propria competenza nella gestione del personale mediante verifica dei cedolini, assistenza nei colloqui con le parti sociali coinvolte, collaborazione nei colloqui con i candidati per la verifica delle idoneità allo svolgimento delle mansioni specifiche, verifica della documentazione approntata dall’impresa avvalente relativa alla assunzione degli addetti, delle comunicazioni al competente centro per l’impiego” (punto 2, lett. f);
- “a mettere a disposizione i propri servizi di amministrazione e contabilità, nonché di valorizzazione e gestione della finanza ordinaria e straordinaria, nonché fornire assistenza nei rapporti con le Banche e nella gestione/ottimizzazione degli affidamenti bancari” (punto 2, lett. g).

Trattasi all’evidenza di impegni che si connotano per l’assoluta genericità, in quanto non vengono indicate né le risorse umane né quelle strumentali che l’impresa ausiliaria mette a disposizione della impresa ausiliata.

Tanto premesso, il Collegio deve rilevare che costituisce ius receptum nella giurisprudenza amministrativa il principio secondo il quale nel caso di avvalimento avente ad oggetto i requisiti di capacità tecnica e professionale (avvalimento c.d. “tecnico – operativo”), l’impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell’ausiliata le risorse tecnico - organizzative indispensabili per l’esecuzione del contratto di appalto (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 11 novembre 2020, n. 6932).

Questo impegno, che ha il suo fondamento normativo nell'art. 89, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., comporta che nella sottoscrizione del contratto di avvalimento le parti, a pena di nullità, devono necessariamente indicare in modo preciso e analitico le risorse umane e materiali messe a disposizione dell'ausiliata (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2019, n. 755; sez. V, 20 novembre 2018, n. 6551) e che non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano (Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543).

Nel caso di specie, la genericità del contenuto del contratto di avvalimento prodotto dalla aggiudicataria è ulteriormente aggravata dalla espressa dichiarazione di non onerosità del contratto di avvalimento, in contrasto con le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza amministrativa, secondo la quale deve escludersi la gratuità del contratto di avvalimento, essendo detto contratto a titolo oneroso; anche in mancanza di corrispettivo in favore dell'ausiliario, deve emergere dal testo contrattuale chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario nell'assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità (cfr. Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Siciliana, 19 febbraio 2016 n. 52).

A tale riguardo, a giudizio del Collegio, non è sufficiente ad integrare il necessario requisito della onerosità del contratto di avvalimento de quo il generico riferimento contenuto nel predetto contratto ad “un programma di partnership commerciale ai fini della partecipazione alle procedure di gara...”; diversamente opinando le imprese potrebbero agevolmente eludere il carattere oneroso del contratto di avvalimento, utilizzando espressioni stereotipate di analogo tenore.

Né appare pertinente il riferimento contenuto nella memoria della Amministrazione resistente alla recente sentenza n. 155/2021 della sezione II di questo Tribunale, nella quale si sostiene la tesi della sussistenza di un tertium genus di avvalimento, diverso sia dal c.d. “avvalimento di garanzia” (per il quale non è richiesta la specifica indicazione delle risorse messe a disposizione dell'ausiliaria), sia dal c.d. “avvalimento operativo” in senso stretto (il quale prevede che il concorrente fornisca, in ogni caso, adeguate garanzie circa l'effettivo impiego e disponibilità, in fase di esecuzione, delle specifiche risorse messe a disposizione dell'ausiliario per eseguire il contratto), ravvisabile nelle ipotesi in cui l'ausiliaria, mettendo a disposizione del concorrente requisiti esperienziali, vale a dire un'acclarata esperienza di settore e specifiche capacità tecniche, si assume anche palesemente l'obbligo di eseguire le prestazioni ricomprese nel contratto d'appalto riferite allo specifico settore

in cui tale esperienza è maturata, non essendo a tal fine necessaria alcuna specifica indicazione delle risorse e dei mezzi forniti.

Prescindendo dalla condivisibilità o meno della tesi prospettata nella predetta sentenza, il Collegio deve rilevare che, da un lato, la pronuncia in questione si riferisce a prestazioni professionali di carattere altamente specialistico, dall'altro, nel contratto di avvalimento prodotto dalla aggiudicataria (CSM Global Security Service s.r.l.) non si ravvisa l'assunzione da parte della ausiliaria dell'impegno di eseguire direttamente le prestazioni oggetto dell'appalto, ma solo l'impegno a mettere a disposizione della ausiliata le proprie risorse e i propri mezzi (punto 2 del contratto di avvalimento).

In conclusione, per le ragioni sopra sinteticamente esposte, assorbita ogni altra censura, il ricorso va accolto, in quanto il contratto di avvalimento prodotto dalla aggiudicataria in sede di gara deve essere considerato nullo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 89, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016.

Ne consegue che gli atti impugnati debbono essere annullati nella parte in cui la società CSM Global Security Service s.r.l. non è stata esclusa dalla procedura di gara, per mancanza di uno dei requisiti di capacità tecnica e professionale espressamente richiesto dal disciplinare di gara (punto 7.3 del disciplinare), con conseguente declaratoria del diritto della società ricorrente di subentrare nell'aggiudicazione e nel relativo contratto d'appalto, effettuati gli eventuali ulteriori accertamenti di pertinenza della stazione appaltante.

Le spese di giudizio, liquidate nel dispositivo, sono poste a carico dell'Istituto Nazionale di Statistica; sono compensate nei confronti della società controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto:

- dichiara la nullità del contratto di avvalimento stipulato tra la società CSM Global Security Service s.r.l. e la società IEMME SISTEMI s.r.l.;
- annulla gli atti impugnati nella parte in cui la società CSM Global Security Service s.r.l. non è stata esclusa dalla procedura di gara, per mancanza di uno dei requisiti di capacità tecnica e professionale espressamente richiesto dal disciplinare di gara (punto 7.3 del disciplinare);
- dichiara il diritto della società ricorrente di subentrare nell'aggiudicazione e nel relativo contratto d'appalto, effettuati gli eventuali ulteriori accertamenti di pertinenza della stazione appaltante.

Condanna l'Istituto Nazionale di Statistica al pagamento in favore della società ricorrente delle spese di giudizio, liquidate in € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori, e al rimborso del contributo unificato; compensa le spese di giudizio nei confronti della società CSM Global Security Service s.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Dauno Trebastoni, Consigliere

Paolo Marotta, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Paolo Marotta**

**IL PRESIDENTE**

**Riccardo Savoia**

**IL SEGRETARIO**