

APPALTI: Contratti della P.A. – Gara – Avvalimento – Avvalimento c.d. di garanzia e avvalimento c.d. tecnico o operativo – Distinzione – Conseguenze.

Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2023, n. 1781

“[...] a seconda che si tratti di avvalimento c.d. garanzia ovvero di avvalimento c.d. tecnico o operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria; in particolare, solo in caso di avvalimento c.d. tecnico operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente [...]; solo così sarà rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, D.Lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione La Biennale di Venezia e di Raiders s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2022 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Domenico Gentile, Andrea Pavanini e Chiara Pesce;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 19 febbraio 2021 la Fondazione La Biennale di Venezia indiceva una procedura di gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del “*Servizio di sorveglianza armata per le manifestazioni organizzate dalla Fondazione La Biennale di Venezia nel biennio 2021 – 2022*”, con importo a base di gara di € 1.606.796,40 oltre Iva.

1.1. Alla procedura di gara prendevano parte quattro operatori economici, tra i quali v'erano il r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese composto da Civis s.p.a. quale mandataria e da Rangers s.r.l. e Vedetta 2 Mondialpol s.p.a. come mandanti, e Raiders s.r.l..

Quest'ultima stipulava un contratto di avvalimento con la Società Metronotte Italia s.r.l. per integrare i requisiti di partecipazione previsti dagli articoli 7 e 8 del disciplinare di gara concernenti: – il “*fatturato medio riferito all'attività specifica oggetto di gara, ovvero il servizio di sorveglianza*

armata realizzato negli ultimi tre esercizi (2018 – 2019 – 2020) per l'importo a base di gara, ovvero € 1.606.796,40"; – "l'esecuzione negli ultimi tre esercizi (2018 – 2019 – 2020), per ciascun anno, di una media di almeno due servizi della stessa tipologia di quelli messi a gara".

1.2. All'esito delle operazioni di gara, Raiders s.r.l. risultava prima graduata con 86,5 punti, secondo era il r.t.i. Civis con 80,65 punti; ritenuta congrua l'offerta della prima graduata con provvedimento del 10 giugno 2021 il contratto era definitivamente aggiudicato alla Raiders s.r.l..

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, Civis s.p.a. impugnava il provvedimento di aggiudicazione sulla base di quattro motivi di ricorso con i quali contestava:

– la validità dell'offerta di Raiders s.r.l. per nullità del contratto di avvalimento in quanto indeterminato e generico, non essendo specificate le risorse e i mezzi messi a disposizione, nonché mancante dell'impegno dell'ausiliaria ad assumere un ruolo esecutivo nello svolgimento del servizio, come pure impreciso circa le obbligazioni di garanzia assunte (non essendo specificato l'importo garantito, né previsto l'obbligo per l'ausiliaria di fornire le risorse finanziarie per eseguire correttamente la prestazione all'ausiliata in caso di necessità);

– il provvedimento di aggiudicazione per mancata verifica del possesso dei requisiti generali di partecipazione di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 in capo alla società PSS Vigilanza, concedente in affitto il ramo di azienda a Raiders s.r.l.;

– la decisione della Commissione giudicatrice di assegnare il massimo punteggio di 4 punti all'offerta di Raiders relativamente al criterio A.1.2 *"Modalità di reazione alle eventuali emergenze in termini di tempi di sostituzione del personale in caso di malattia o assenza imprevista"*, pur ritenendo l'impegno di tempi *"immediati"* di intervento *"non realistica"* e *"pari al tempo di reazione più breve proposto dagli altri concorrenti"*, nonché di assegnare 2 punti in relazione al criterio A.1.3. *"Rotazione del personale impiegato nello svolgimento dei servizi di cui all'appalto specifico per una singola manifestazione e per tutta la durata di svolgimento della stessa manifestazione"*, pur avendo ritenuto *"non realistico"* l'impegno a non effettuare alcuna sostituzione per l'intera durata dei servizi in appalto e intesa come impegno *"in termini di lotta all'assenteismo"*;

– ancora l'offerta di Raiders perché ambigua e indeterminata, non essendovi alcuna menzione delle unità di personale impiegato, per essersi limitata ad indicare che avrebbe utilizzato personale part-time, organizzato in base a turni di un massimo di 24 ore settimanale, laddove, invece, in sede di giustificazioni, aveva dichiarato l'impiego di 21 unità di personale armato (giustificativi del 26 aprile 2021) e successivamente, 191 guardie particolari giurate (GPG) e 45 guardie non armate;

– nuovamente l’offerta di Raiders perché non sostenibile, avendo sottostimato i costi necessari ad eseguire il servizio relativamente alla “Formazione del personale”, alle “Migliorie”, ai costi sensibili di sicurezza, al costo sensibile relativo alla mandopera.

2.1. Resistenti la Fondazione La Biennale di Venezia e la controinteressata Raiders s.r.l., il giudice di primo grado, con la sentenza del 10 febbraio 2022, n. 265, respingeva il ricorso.

Il tribunale riteneva infondati:

– il primo motivo, in quanto nel contratto di avvalimento concluso da Raiders per integrare il requisito economico – finanziario e tecnico – professionale, l’ausiliaria Metronotte non s’era limitata ad obbligarsi a mettere genericamente a disposizione della concorrente i requisiti necessari, ma aveva dato corpo all’impegno assunto precisando il proprio ruolo nella fase esecutiva;

– il secondo motivo, poiché la stazione appaltante, al fine di verificare il possesso dei requisiti generali in capo a PSS Vigilante, concedente il ramo di azienda all’aggiudicataria, aveva acquisito il 5 luglio 2021 il DURC della prima, risultato regolare, ed in quanto non era possibile richiedere alla stazione appaltante l’esecuzione di ulteriori accertamenti istruttori nei confronti del concedente il ramo di impresa, estraneo alla procedura di gara e neppure indicato come ausiliario;

– il terzo motivo, perché la commissione giudicatrice non aveva proceduto ad una manipolazione dell’offerta, ma s’era limitata a darne una interpretazione diretta a ricercare l’effettiva volontà del concorrente in conformità al generale principio di conservazione degli atti giuridici ed, inoltre, in quanto non aveva in alcun modo consentito la modifica dell’offerta in sede di presentazione dei giustificativi, ove, peraltro, la non omogeneità dei riferimenti risulta motivata dalla diversità del dato relativo al numero di dipendenti utilizzati per il servizio rispetto al numero di dipendenti complessivamente utilizzato per tutta la durata del contratto;

– il quarto motivo, per aver ritenuto che la valutazione, assunta dalla stazione appaltante all’esito del procedimento di verifica dell’anomalia, di complessiva congruità dell’offerta non presentava evidenti vizi logici.

3. Propone appello Civis s.p.a. nella qualità riportata in epigrafe; si sono costituite la Fondazione La Biennale di Venezia e Raiders s.p.a..

Le parti hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui hanno replicato la Fondazione La Biennale di Venezia e Raiders s.r.l..

All’udienza del 10 novembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello Civis s.p.a. contesta la sentenza di primo grado per aver ritenuto valido il contratto di avvalimento concluso da Raiders s.p.a. con Metronotte s.p.a.; a suo dire le

carenze in punto di indicazione delle risorse tecnico – organizzative che l’ausiliaria avrebbe posto a disposizione della concorrente non potevano ritenersi compensate dall’allegazione delle attività di mero supporto (o, comunque, da un elenco di “attività collaterali” da svolgere in fase di esecuzione del contratto) che la prima si impegnava a compiere a beneficio della seconda, considerato il pacifico indirizzo giurisprudenziale per il quale le predette risorse debbono avere consistenza “materiale” e per questo essere “determinate e specifiche”, concretizzandosi in “personale, mezzi ed attrezzature che devono essere puntualmente individuati ed indicati nell’offerta”.

Ripropone in forma critica alla sentenza di primo grado la censura relativa al contratto di avvalimento in punto di avvalimento di garanzia, avendo ad oggetto il prestito del requisito economico – finanziario, per carenza di obbligazione di garanzia assunta dall’ausiliaria per il caso in inadempimento della concorrente, per mancata indicazione dell’importo garantito, per non aver assunto l’obbligo, in caso di necessità, di fornire all’ausiliaria le risorse finanziarie necessarie ad eseguire la prestazione.

Lamenta, infine, che il giudice di primo grado abbia erroneamente assimilato il contratto di avvalimento alla dichiarazione che l’ausiliaria è tenuta a rendere alla stazione appaltante ai sensi dell’art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, per aver ritenuto possibile colmare le lacune di quest’ultima mediante rinvio al contenuto del primo, sebbene i due atti rispondano a finalità diversa, essendo la dichiarazione diretta in particolare a costituire un impegno dell’ausiliaria nei confronti della stazione appaltante e dovendo, per ciò solo, avere il preciso contenuto della precisa indicazione delle modalità con le quali si intende assolvere all’obbligazione assunta.

2. Il motivo è fondato.

2.1. Nel contratto di avvalimento concluso con Metronotte d’Italia s.r.l., Raiders s.r.l. si dichiarava sformita del requisito di partecipazione costituito dall’aver realizzato “*negli ultimi tre esercizi (2018-2019-2020) per ciascun anno una media di almeno due servizi della stessa tipologia di quelli oggetto di gara, ovvero servizi analoghi all’attività specifica oggetto dell’appalto coincidente con il servizio di sorveglianza armata...*”.

Era questo il requisito di capacità tecnico – professionale richiesto ai concorrenti dal disciplinare di gara a pena di esclusione; con il contratto di avvalimento intendeva acquisire il requisito di partecipazione mancante dall’ausiliaria.

2.2. Il contratto di avvalimento stipulato rientrava senz’altro nella tipologia dell’avvalimento c.d. operativo poiché l’ausiliaria si impegnava a prestare requisiti di capacità tecnico – professionale (giurisprudenza costante, cfr. per tutte Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2020, n. 6932; V, 21 febbraio 2020, n. 1330).

E' noto che, secondo orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, a seconda che si tratti di avvalimento c.d. garanzia ovvero di avvalimento c.d. tecnico o operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria; in particolare, solo in caso di avvalimento c.d. tecnico operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6619; V, 21 luglio 2021, n. 5485; V, 12 febbraio 2020, n. 1120 e le sentenze ivi richiamate; le ragioni alla base del predetto orientamento giurisprudenziale sono in Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 19 luglio 2021, n.722); solo così sarà rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, D.Lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

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

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

2.3. Il contratto di avvalimento concluso da Raiders s.p.a. risulta del tutto carente degli elementi essenziali richiesti dalla giurisprudenza in precedenza citata.

Dal contenuto contrattuale non è possibile in alcun modo ricavare l'impegno dell'ausiliaria al “prestito” di specifiche risorse e/o mezzi a beneficio della concorrente, poiché, invece, l'ausiliaria si impegna a collaborare con la concorrente allo svolgimento in comune di alcune attività, quali:

- a) *“attuare e monitorare i processi definiti per l’esecuzione e il controllo di tutte le attività connesse alla Gestione del sistema integrato di qualità”;*
- b) *“assicurare la periodica attività di sensibilizzazione e a promuovere attività di formazione/addestramento”;*
- c) *“definire i parametri di misurazione e controllo per le attività di monitoraggio, misurazione e analisi dei processi”;*
- d) *“pianificare ed 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”;*
- e) *“nel caso di rilievo di anomalie a definire e a realizzare idonee azioni correttive relativamente alle carenze evidenziate”;*
- f) *“a mettere a disposizione la propria competenza nella gestione del personale...”;*
- g) *“a mettere a disposizione i propri servizi di amministrazione e contabilità, nonché valorizzazione e gestione della finanza ordinaria e straordinaria”.*

Come è agevole rendersi conto dalla sola lettura delle clausole contrattuali, si trattava di attività collegate alla gestione del personale piuttosto che all’esecuzione del servizio che il concorrente avrebbe dovuto svolgere a favore della stazione appaltante e in relazione al quale era mancante delle risorse.

2.4. Nella propria memoria Raiders s.p.a. suggerisce di interpretare il contenuto del contratto di avvalimento unitamente al contratto di affitto del ramo di azienda stipulato con la PSS Vigilanza s.r.l. ove sarebbero espressamente indicate le risorse umane e i mezzi da impiegare nell’esecuzione dell’appalto.

In sostanza, a parere dell’appellato, i due contratti, letti insieme, consentirebbero di ritenerla in possesso del requisito di capacità tecnico professionale per l’esecuzione della prestazione oggetto dell’appalto.

Aggiunge, poi, che con i giustificativi trasmessi alla stazione appaltante in fase di verifica dell’anomalia dell’offerta aveva fornito il quadro sull’apparato organizzativo che avrebbe eseguito il servizio, dimostrando, peraltro, la piena integrazione del proprio complesso aziendale con quello dell’avvalente e dell’ausiliaria.

2.5. Il ragionamento di Raiders s.p.a. non convince.

In primo luogo, il contratto di avvalimento concluso con Metronotte d'Italia s.r.l. e il contratto di affitto concluso con PSS Vigilanza s.p.a. sono contratti distinti, con causa diversa, non in collegamento tra loro.

In particolare, il contratto di affitto di azienda ha la funzione di permettere all'affittuario di esercitare un'attività imprenditoriale servendosi dell'organizzazione aziendale altrui; il contratto di avvalimento, come precedentemente esposto, ad acquisire le risorse e/o i mezzi che possano integrare il requisito di partecipazione mancante.

I due contratti sono in necessaria sequenza logica e cronologica: acquisito il complesso aziendale il concorrente è in condizione di esercitare l'attività imprenditoriale, ma può prendere parte alla procedura di gara solo se ottiene, a mezzo del contratto di avvalimento, i requisiti di partecipazione richiesti dalla stazione appaltante. L'uno, dunque, precede l'altro, ma le ragioni di invalidità del secondo hanno carattere dirimente, poiché precludono la partecipazione alla procedura di gara per carenza dei requisiti.

2.6. Allo stesso modo, di nessun vantaggio per l'appellante può essere la nota del 3 giugno 2021 con la quale era esplicitato alla stazione appaltante l'impegno assunto dalla ausiliaria quale *“supporto relativo a funzioni organizzative e gestionali”* con l'ulteriore precisazione che *“in riferimento alla messa a disposizione di tutte le risorse necessarie, si intende anche il personale che in funzione di una procedura di distacco così come previsto ai sensi dell'art. 30 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 viene posto temporaneamente per soddisfare un proprio interesse a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa”*.

A prescindere dalla natura unilaterale e non pattizia di tale atto, siffatta dichiarazione non potrebbe integrare il contenuto del contratto di avvalimento, pena la violazione del principio della *par condicio* tra i partecipanti, essendo consentito di modificare in corso di gara la documentazione trasmessa per la partecipazione alla procedura.

2.7. In conclusione, il contratto di avvalimento concluso da Raiders s.p.a. era nullo per difetto della causa proprio del tipo contrattuale, con la conseguenza che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la concorrente dalla procedura per la mancanza del requisito tecnico professionale richiesto dalla procedura di gara.

3. Nelle conclusioni rassegnate in calce al ricorso in appello Civis s.p.a. ha domandato disporsi il subentro nel contratto ove in corso alla data della sentenza, previa declaratoria d'inefficacia del contratto nelle more stipulato.

3.1. E' in atti il contratto di appalto sottoscritto tra Fondazione La Biennale di Venezia e la Raiders s.r.l. la cui durata è fissata dall'art. 5 dello stesso nel periodo decorrente dal 1° marzo 2022 al 31 marzo 2023.

Allo stesso modo è stata depositata una nota del 25 agosto 2022 della Fondazione La Biennale di Venezia con cui, vista la disponibilità della Civis ad effettuare i servizi di sorveglianza per la 79. Mostra Internazionale d'Arte Cinematografica alle tariffe orarie di cui all'offerta presentata nell'ambito della procedura di gara, i predetti servizi di sorveglianza sono assegnati all'appellante.

3.2. Il Collegio ritiene che non sussistano le condizioni previste dall'art. 122 cod. proc. amm., per disporre la declaratoria di inefficacia del contratto con conseguente subentro della Civis s.p.a..

Militano in tal senso due considerazioni: in primo luogo, la prossima scadenza del termine di durata del contratto, fissata al 31 marzo 2023 e, in secondo luogo, l'ormai compiuta esecuzione da parte della Civis s.p.a. della prestazione più significativa oggetto del contratto di appalto, quale la sorveglianza alla Mostra internazionale d'Arte Cinematografica.

3.3. In conclusione, è accolto l'appello di Civis s.p.a., e, in riforma della sentenza di primo grado, accolto il ricorso di primo grado con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione a Raiders s.r.l. e reiezione di tutte le altre domande.

4. Per la peculiarità della vicenda sono compensate tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto n. 265/2022, accoglie il ricorso di primo grado di Civis s.p.a. nei termini di cui in motivazione.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

IL SEGRETARIO