

**Pubblicato il 04/11/2021**

**N. 07370/2021REG.PROV.COLL.**

**N. 05666/2021 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 5666 del 2021, proposto da

Andreani Tributi s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Calzolaio e Claudio Baleani, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;  
contro

Comune di Corato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Caputi Iambrenghi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;  
nei confronti

SO.G.E.T. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Misserini e Sergio Della Rocca, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;  
Società Mista S. I. x T. - Servizi Innovativi per il Territorio s.p.a., Syntax s.r.l., non costituite in giudizio;  
per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione prima) n. 962/2021, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Corato;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di SO.G.E.T. s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 21 ottobre 2021 il Cons. Anna Bottiglieri e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza discussione, presentate dagli avvocati Calzolaio, Baleani, Caputi Iambrenghi, Misserini e Della Rocca;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO**

Il Comune di Corato, istituita a suo tempo la società mista denominata S.I. x T. - Servizi innovativi per il Territorio s.p.a., partecipata dall'Ente comunale al 60% e deputata alla gestione delle entrate comunali tributarie, extratributarie e patrimoniali, indiceva con bando del 29 giugno 2020 una procedura telematica aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 18 aprile 2018, n. 50, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento in concessione per cinque anni (prorogabili per sei mesi) del servizio de quo con reperimento del socio privato della società mista, titolare di azioni con obbligo di prestazioni accessorie, che aggiudicava a SO.G.E.T. s.p.a. con atto del 30 dicembre 2020.

L'altra partecipante alla procedura, Andreani Tributi s.r.l., socio privato uscente, impugnava innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia l'aggiudicazione e gli atti presupposti, ivi compresa, in parte qua, la legge di gara. Sosteneva, in particolare, l'illegittimità del contratto di avvalimento intercorso con Syntax s.r.l., prodotto in gara dall'aggiudicataria per soddisfare il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale di cui al punto 9.2.3, lett. e), del bando/disciplinare, costituito dal "Possesso della certificazione, in corso di validità, conforme alle norme UNI CEI ISO/IEC 27001:2013 per gli aspetti relativi al SGSI (Sistema di gestione della sicurezza delle informazioni), rilasciata da organismi certificati".

Domandava l'annullamento degli atti impugnati, la declaratoria dell'inefficacia dell'aggiudicazione e del contratto eventualmente stipulato nelle more con la contro-interessata, il risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente.

L'adito Tribunale, Sezione prima, nella resistenza del Comune di Corato e di SO.G.E.T., respingeva il ricorso con sentenza n. 962/2021; compensava tra le parti le spese del giudizio.

Andreani Tributi ha appellato la predetta sentenza, deducendo: 1) Error in iudicando; violazione dell'art. 89 d.lgs. 50/2016 e dell'art. 63 della direttiva europea 2014/24/UE del 26 febbraio 2014; violazione dell'art.

9.2.3 del bando di gara e delle norme sull'avvalimento; travisamento delle difese della ricorrente e anche delle deduzioni e documenti depositati dalle parti resistenti. Ha suddiviso dette doglianze in relazione alle seguenti tematiche: principi che reggono l'avvalimento; avvalimento delle certificazioni di processo e contraddittoria posizione del Tar; avvalimento alla luce della giurisprudenza nel senso fatto proprio dal ricorso della società; avvalimento e le certificazioni di qualità; standard UNI ISO 27001:2013 e la relativa certificazione; tesi avversarie; puntuale confutazione della tesi del Tar; error in iudicando per insussistenza di valido avvalimento; omesso esame delle difese e documenti delle parti. Ha indi domandato l'accoglimento dell'appello e reiterato le domande già formulate in primo grado.

SO.G.E.T. si è costituita in resistenza, concludendo per la reiezione del gravame, di cui ha sostenuto l'inammissibilità e l'infondatezza. Analogamente ha fatto il Comune di Corato, riproponendo altresì tutte le difese svolte in primo grado, anche ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm..

Nel prosieguo, tutte le parti hanno affidato a memoria lo sviluppo delle proprie tesi difensive.

In tale ambito, il Comune ha fatto constare - conformemente alla disponibilità manifestata dal suo difensore nella camera di consiglio del 29 luglio 2021 di lasciare inalterato lo stato di fatto nelle more del giudizio, cui ha fatto seguito la rinuncia di Andreani alla definizione immediata dell'istanza cautelare formulata nell'atto di appello, che è stata quindi abbinata al merito - di aver disposto con atto del 30 settembre 2021 una proroga tecnica dell'affidamento scaduto sino al 31 dicembre 2021, o comunque entro e non oltre la consegna formale del servizio al nuovo aggiudicatario.

La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 21 ottobre 2021.

#### DIRITTO

1. In linea generale, tenuto conto dell'oggetto della questione centrale dell'odierno giudizio, è opportuno richiamare l'orientamento consolidato in giurisprudenza, secondo cui il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria varia a seconda che si tratti di avvalimento c.d. di garanzia ovvero di avvalimento c.d. tecnico o operativo, richiedendo sempre l'avvalimento c.d. tecnico operativo la concreta messa a disposizione a favore del concorrente, da parte dell'ausiliaria, dei mezzi e delle risorse specifiche indispensabili per l'esecuzione dell'appalto, che, in quanto tali, vanno puntualmente indicate nel contratto (tra tante, Cons. Stato, V, 21 luglio 2021, n. 5485, 12 febbraio 2020, n. 1120 e sentenze in esse richiamate; le ragioni alla base del predetto orientamento giurisprudenziale sono da ultimo individuate in C.G.A.R.S., Sez. giur., 19 luglio 2021, n.722), in quanto solo in tal modo può ritenersi rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui commina la nullità del contratto di avvalimento all'ipotesi di omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

E' altrettanto consolidato il principio (ex multis, Cons. Stato, V, 20 luglio 2021, n. 5464; III, 4 gennaio 2021, n. 68; Ad. plen. 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 dell'ermeneutica contrattuale e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole convenzionali (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, V, 4 ottobre 2021, n. 6619; 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 (Cons. Stato, III, 30 giugno 2021, n. 4935).

In altre parole, per la giurisprudenza, la questione della determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento 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. 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 ivi dedotte, e non (solo) l'oggetto (materiale) di queste prestazioni. In altre parole, 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 (Cons. Stato, V, 21 febbraio 2020, n. 1330).

Di contro, si configura la nullità del contratto di avvalimento nei casi in cui non vi sia almeno una parte dell'oggetto del contratto dalla quale si possa determinare il tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 Cod. Civ. (Cons. Stato, V, 26 novembre 2018, n. 6690; 16 luglio 2018 n. 4329). La nullità strutturale del contratto in base alla comminatoria dell'art. 1418, comma 2, Cod. civ. consegue quindi alla impossibilità di individuare un'obbligazione assunta dall'ausiliario su un oggetto puntuale e che sia coercibile per l'aggiudicatario, oltre che per la stazione appaltante, in virtù della loro responsabilità solidale (Cons. Stato, V, 20 novembre 2018, n. 6551), ora prevista dall'art. 89, comma 5, del Codice dei contratti pubblici.

2. In linea più specifica, considerato che nel caso di specie l'avvalimento ha avuto a oggetto una certificazione di qualità, e precisamente, come dal punto 9.2.3, lett. e), del bando/disciplinare, il "Possesso della certificazione, in corso di validità, conforme alle norme UNI CEI ISO/IEC 27001:2013 per gli aspetti relativi al SGSI (Sistema di gestione della sicurezza delle informazioni), rilasciata da organismi certificati", va chiarito che la giurisprudenza prevalente, dopo alcuni contrari avvisi, ne ammette oramai pacificamente l'ammissibilità (ex multis, Cons. Stato, Ad. plen. 4 novembre 2016, n. 23; V, 27 luglio 2017, n. 3710; 17 maggio 2018, n. 2953; III, 8 ottobre 2018, n. 5765; V, 10 settembre 2018, n. 5287; 20 novembre 2018, n. 6551; 18 marzo 2019, n. 1730), in particolare rilevando, come di recente, che "I certificati rilasciati da organismi indipendenti di cui all'art. 87 del Codice dei contratti pubblici sono pur sempre attinenti a capacità tecniche e professionali dell'impresa, così come definite dall'art. 58, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE ('requisiti per garantire che gli operatori economici possiedono le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità'), di modo che, ai sensi del successivo art. 63, ben possono essere oggetto di avvalimento" (Cons. Stato, V, 13 settembre 2021, n. 6271).

3. Tanto chiarito, può passarsi all'esame dei motivi di appello.

4. Con la prima censura l'appellante Andreani avversa il principio espresso dal primo giudice secondo cui, alla luce delle norme di interesse della fattispecie, nell'avvalimento avente a oggetto le certificazioni di qualità non è necessaria la partecipazione diretta dell'ausiliaria, essendo obbligatoria tale modalità solo nel caso di capacità professionali, titoli di studio o esperienze professionali.

Afferma in particolare Andreani che la normativa nazionale applicabile, ovvero l'art. 89, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, in uno alle norme eurounitarie di cui costituisce derivazione, richiede per l'avvalimento relativo a titoli di studio e professionali e esperienze professionali il coinvolgimento diretto nello svolgimento della prestazione dell'ausiliaria, "ma non comporta affatto che solo in quei casi le prestazioni debbano essere eseguite direttamente dalla impresa non-concorrente né esclude che possa essere necessaria in altri casi, a seconda della natura e ampiezza del requisito che l'avvalimento deve sopperire". Chiarisce peraltro di non aver evocato in giudizio tale questione, ma la diversa questione dell'effettività dell'avvalimento, che mancherebbe nel caso di specie, atteso che la contro-interessata SO.G.E.T. ha prodotto in gara un contratto di avvalimento assolutamente inadeguato, perché riguardante solamente una parte del processo oggetto di prestito.

4.1. La doglianza è infondata sotto tutti gli aspetti di cui si compone.

4.2. Il primo giudice, nel capo di sentenza in esame (11.1. e ss.), non ha esaminato una specifica censura di Andreani, bensì ha illustrato alcuni principi generali desumibili dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016, norma della cui applicazione nella specie si tratta, tra cui quello che esclude che la disposizione imponga, di norma, la partecipazione diretta dell'ausiliaria all'affidamento. Ed è del tutto irrilevante che, come ventilato, le tesi formulate da Andreani non avessero sollevato alcuna censura in tali precisi termini: in tal caso, infatti, non vi è alcun interesse della società a stigmatizzarne in questa sede il richiamo al principio.

Tanto chiarito, non può essere trascurato che – come bene percepito dal primo giudice – le doglianze mosse da Andreani avverso il contratto di avvalimento de quo lambiscono anche tale questione. In particolare, la ripetuta affermazione che la certificazione di qualità per cui è causa riguarda un intero processo di acquisizione, gestione, conservazione e utilizzo dei dati, non è lontana dal tema della partecipazione diretta dell'ausiliaria all'affidamento posto a gara, tant'è che il motivo in esame prosegue affermando che tale diretta partecipazione va correlata alla "natura e ampiezza" del requisito prestato, da accertarsi, plausibilmente, caso per caso, e quindi nella fattispecie.

E allora, tanto considerato, non può che confermarsi la validità della tesi più restrittiva fatta propria dal primo giudice.

4.3. L'art. 89, comma 1, Codice contratti stabilisce che: "L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, 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, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste".

Al riguardo, questa Sezione del Consiglio di Stato ha rilevato (17 settembre 2021, n. 6347, che richiama V, 26 aprile 2021, n. 3374; 1° marzo 2021, n. 1701; IV, 17 dicembre 2020, n. 8111; III, 9 marzo 2020, n. 1704), che, se è vero che le "esperienze professionali pertinenti" di cui all'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. 50/2016, sono quelle maturate in virtù di affidamenti connotati da profili di infungibilità, è altresì vero, per lo stesso motivo, che questi sono da rinvenire solo laddove siano richiesti i "titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f". La qualificazione come "pertinenti" delle esperienze professionali necessita infatti di un termine di relazione, rispetto al quale possa appunto predicarsi la pertinenza. E questo non può che essere costituito dai "titoli di studio e professionali" che la norma contempla in uno al concetto di pertinenza. Diversamente, ci si troverebbe di fronte a una previsione normativa monca, essendo carente il termine relazionale e non potendosi assumere, senza alcun riscontro nel testo di legge, che si sia inteso far riferimento alle attività oggetto del contratto. Ha concluso pertanto che: in via di interpretazione letterale, deve ritenersi che la norma abbia richiesto l'esecuzione diretta dell'ausiliaria nei casi in cui l'operatore sia privo di titoli professionali o di studio (indicati dall'allegato XVII parte II lett. f) che non possono essere trasferiti ad altri poiché evidentemente strettamente personali al soggetto che li abbia acquisiti. In tale ottica, il riferimento aggiuntivo alle "esperienze professionali pertinenti" si spiega tenendo conto dell'eventualità che la stazione appaltante richieda, sempre quale requisito di partecipazione esperienziale, esperienze professionali maturate in virtù della spendita di titoli di studio o professionali, che risultano anch'esse, all'evidenza, espressione di capacità personali intrasmissibili ad altri. Sotto altro angolo visuale, ha rilevato che la prescrizione dell'esecuzione diretta del servizio da parte dell'ausiliaria non può che essere di stretta interpretazione, come si desume dalla sentenza della Corte di Giustizia 7 aprile 2016, C-324/14, che rimanda al giudice nazionale la verifica dei presupposti per ritenere integrato il ricorso all'ordinario avvalimento o per esigere l'esecuzione diretta da parte dell'ausiliaria, e, soprattutto, la necessità di evitare il sovvertimento della natura del contratto di avvalimento, che consiste non nell'associare altri a sé nell'esecuzione del contratto in affidamento, bensì nell'acquisire in prestito risorse altrui per svolgere, in proprio, la prestazione a favore della stazione appaltante.

Le stesse conclusioni sono state subito dopo ribadite dalla Sezione (Cons. Stato, V, n. 6271/2021, cit.), osservandosi come l'esecuzione diretta dell'appalto da parte dell'operatore economico ausiliario è fattispecie eccezionale, laddove la regola desumibile dall'art. 89, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, è quella per cui "il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara", in correlazione con il successivo comma 9, per la quale l'impresa ausiliata esegue il contratto mediante "l'effettivo impiego ... nell'esecuzione dell'appalto" dei requisiti e delle risorse "oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria", vale a dire utilizzando le risorse, materiali e immateriali, che l'ausiliaria ha messo a sua disposizione (regola cui fa eccezione, come detto, l'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, riguardante i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali o alle esperienze professionali equivalenti).

4.4. Da quanto sopra deriva che, contrariamente a quanto latamente evocato dall'appellante, il coinvolgimento diretto dell'ausiliaria nell'affidamento posto a gara non può dipendere da una valutazione, caso per caso, della "natura" e della "ampiezza" del requisito oggetto del prestito, criteri discretivi che, per giunta, prestandosi a interpretazioni di tipo anche soggettivo, sfuggirebbero alla necessità di una puntuale predeterminazione delle regole della procedura di evidenza pubblica.

4.5. Il motivo in esame va quindi respinto.

5. Con altra censura l'appellante osserva che, nel definire con l'ordinanza di reiezione n. 1868/2021 l'appello cautelare proposto avverso l'ordinanza del Tar che aveva a suo tempo respinto la domanda cautelare contenuta in ricorso, questa Sezione del Consiglio di Stato ha richiamato la giurisprudenza amministrativa formatasi in materia di contratto di avvalimento avente a oggetto le certificazioni di qualità, che ha ritenuto determinabile l'oggetto del contratto laddove la messa a disposizione ha riguardato non la mera certificazione ma i requisiti sostanziali occorrenti per ottenerla.

Ciò posto, assume che tanto non sarebbe avvenuto nel caso di specie: il contratto di avvalimento intercorso tra l'aggiudicataria e Sintex atterrebbe al prestito della sola certificazione, e non sarebbe sufficiente che nel prosieguo esso faccia anche riferimento alla "fornitura in cloud" del data center, alla suite applicativa Gestel/Web e al relativo sistema di gestione, conforme ai requisiti contemplati dalla normativa ISO/IEC

27001, questi essendo sì elementi più concreti, ma ancora insufficienti a fornire il requisito prescritto, atteso che Syntax, limitandosi ad affittare “un magazzino non fisico, ma virtuale” non si impegna nell’esecuzione, e non soddisfa quindi la necessaria messa a disposizione delle effettive risorse occorrenti richiesta dalla giurisprudenza.

La doglianza, nel confermare che la pretesa dell’appellante è proprio quella dell’esecuzione diretta della prestazione da parte dell’ausiliaria, è infondata per le ragioni già evidenziate al capo che precede.

6. Con altra censura l’appellante riferisce che con determina n. 2/2012 dell’AVCP la certificazione di qualità è stata assimilata a un requisito oggettivo, perché attinente a uno specifico status dell’imprenditore, e la medesima Autorità, pur dando atto con il successivo parere n. 6/2012 che il suo avviso, che inibiva il ricorso all’avvalimento oltre le SOA, il bilancio etc., era stato superato dall’opposto orientamento del di questo Consiglio di Stato (sentenza n. 2344/2011), ha sottolineato l’evidente difficoltà pratica di dimostrare in concreto – da parte della concorrente che ne è onerata – l’effettiva disponibilità di un requisito collegato per le sue caratteristiche all’intera organizzazione dell’impresa, alle sue procedure interne e al sotteso bagaglio di conoscenze: alla luce di tale posizione mediana, e a fronte dell’ampiezza della certificazione prescritta, l’ausiliaria non potrebbe limitarsi a mettere a disposizione dell’ausiliata, come stabilito dal contratto per cui è causa, relativamente al “Sistema di gestione della sicurezza delle informazioni” conforme ai requisiti previsti dalla normativa ISO/IEC 27001, “la fornitura in cloud, dal proprio data center, della suite applicativa Gestel/Web ed il relativo sistema di gestione conforme ai requisiti contemplati dalla suddetta normativa”.

La notazione non convince.

Non è invero in contestazione la portata “soggettiva” del requisito, in contrapposizione alla portata “oggettiva” di altri requisiti, intesa quest’ultima come afferente in via immediata alla qualità e quantità dei lavori eseguiti nel periodo di attività da documentare, atteso che, come visto, alla luce della citata giurisprudenza, siffatta dimensione, nonostante “soggettiva” sotto l’aspetto della sua caratterizzazione del “modo di essere” di un determinato operatore economico, non è ostativa all’avvalimento (Cons. Stato, V, n. 6271/2021, cit.). Si tratta piuttosto della peculiarità dell’avvalimento della certificazione di qualità, consistente nell’indispensabilità che l’impresa ausiliaria metta a disposizione dell’impresa ausiliata concorrente la propria organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di acquisire la certificazione stessa (Cons. Stato, V, 27 luglio 2017, n. 3710; 18 marzo 2019, n. 1730).

E tale aspetto non è stato trascurato dal primo giudice. Questo ha infatti dapprima rilevato come la giurisprudenza del Consiglio di Stato abbia più volte ribadito che “l’avvalimento dell’attestazione SOA è consentito ad una duplice condizione: a) che oggetto della messa a disposizione sia l’intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all’impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell’attestazione SOA; b) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile”; per poi osservare, in sede di verifica dell’effettività del prestito alla luce dei predetti criteri, la sufficienza degli elementi indicati nel contratto e sopra riportati, restando non significativa la circostanza, rimarcata da Andreani, che il personale che dovrà materialmente operare non sia fornito da Syntax ma appartenga alla SO.G.E.T., che non inficia e non svuota di significato la portata degli elementi messi a disposizione dall’ausiliaria, in quanto “Come risulta meglio dalla documentazione tecnica in atti, il sistema, fornito da Syntax e che le ha consentito di conseguire la certificazione di qualità de qua, è ex se architettato ed articolato per garantire la sicurezza dei dati, non essendo per questo risultato richiesti specifici operatori. In altre parole è la infrastruttura informatica a garantire il risultato medesimo. Ove poi si dovessero presentare delle anomalie Syntax garantisce l’intervento immediato col proprio personale. La suddetta ausiliaria garantisce anche SLA (service level agreement) di ripristino di eventuali back-up.”.

Si tratta di una conclusione che risulta rispondente ai generali arresti della materia, e da cui non vi è quindi ragione di discostarsi, neanche considerando che in effetti il contratto di avvalimento di cui trattasi, come osservato da Andreani, non prevede specificamente l’intervento del personale di Syntax in caso di anomalie, ciò che non inficia la validità della logica complessiva del ragionamento del primo giudice.

7. Con altra censura Andreani illustra che l’Annex A, ovvero lo standard annesso alla certificazione in parola, contiene 114 controlli, o contromisure, cui deve attenersi l’organizzazione che intende applicare la norma, ed evidenzia alcuni di essi, afferenti a metodi e organizzazioni dell’impresa.

Espone quindi che il primo giudice, nel ritenere come sopra la garanzia della sicurezza e del ripristino dei dati di cui sopra, non si è avveduto che essi non sarebbero protetti nella fase di immissione e di utilizzo/lavorazione, i quali “investono per massima parte proprio le tecniche di gestione e lavorazione ... non escluso personale addestrato”.

Al riguardo, si osserva che la censura, nonostante la sua ampia articolazione di dettaglio, si sostanzia nel rilievo centrale che il prestito di risorse non abbia riguardato il personale dell'ausiliaria addetto al sistema. Essa torna quindi a porre, sotto altro profilo, la questione centrale del gravame di Andreani, come già sintetizzata dal primo giudice e ritenuta infondata, valutazione questa che va qui confermata.

Ribadito che ciò che ha formato nella specie oggetto di avvalimento è il portale Gestel/Web e la suite applicativa, rileva al riguardo quanto rappresentato da SO.G.E.T., che evidenzia, tra altro, che:

- la materia della conformità dei modelli di erogazione di servizi per la pubblica amministrazione basati su piattaforma software di tipo "Cloud Based", è regolata dall'Agenzia per l'Italia Digitale in apposite circolari e linee guida aggiornate sul portale AgID;

- i servizi in oggetto sono distinti in servizi infrastrutturali IaaS e PaaS (Infrastructure as a Service e Platform As a Service) e servizi applicativi SaaS (Software as a Service), entrambi qualificati direttamente da AgID sulla base del presupposto che l'organizzazione qualificata (nella specie Syntax s.r.l.) sia in possesso di una certificazione ISO/IEC 27001, a cui vengono integrati requisiti aggiuntivi richiesti da AgID, elencati nella scheda di qualificazione;

- nel caso di specie, si tratta di servizi SaaS (Gestel Web), appoggiati su una piattaforma di proprietà di Syntax (ovvero uno IaaS dedicato a Gestel), e di requisiti esplicitati nella circolare AgID n 3, Criteri per la qualificazione di servizi SaaS per il cloud della PA, che si dividono in requisiti organizzativi, di sicurezza, di performance e scalabilità, di interoperabilità e portabilità, e di conformità legislativa;

- si tratta insomma di requisiti, in larga parte già descritti nell'Annesso A della ISO/IEC 27001, che concretizzano molteplici garanzie di sicurezza a tutela di tutti coloro che accedono al software, e che prescindono dall'utilizzatore concreto della piattaforma, in forza dell'uso di credenziali nominative valevoli solo per le aree cui si riferisce la relativa autorizzazione, in correlazione alla specifica mansione sottostante e alle competenze richieste dal relativo ruolo.

In altre parole, come pure evidenziato dall'Amministrazione comunale, la suite applicativa e il sistema di gestione della fiscalità locale approntati da Syntax costituiscono il risultato del processo di sistema, cioè il prodotto che consente la gestione dei dati informatici nel rispetto delle prassi applicative, delle misure e dei parametri di sicurezza previsti dalla normativa della certificazione, come è comprovato dalla sua qualificazione come "conforme a tutti i requisiti di sicurezza, di performance e scalabilità, interoperabilità, supporto tecnico, trasparenza, portabilità previsti dall'AgID".

Sicché, in definitiva, per le sue precipue caratteristiche, la ISO 27001:2013 è una certificazione di processo finalizzata alla realizzazione di un prodotto (nella specie, sistema informatico per la gestione della fiscalità locale), e quanto messo a disposizione dalla Syntax nei confronti di SO.G.E.T. rappresenta il frutto della sua intera organizzazione aziendale e del processo di certificazione.

Si tratta di un aspetto bene rilevato dal primo giudice, laddove osserva che "Come risulta meglio dalla documentazione tecnica in atti, il sistema, fornito da Syntax e che le ha consentito di conseguire la certificazione di qualità de qua, è ex se architettato ed articolato per garantire la sicurezza dei dati, non essendo per questo risultato richiesti specifici operatori. In altre parole è la infrastruttura informatica a garantire il risultato medesimo".

D'altro canto, come pure rilevato dal primo giudice, SOGET dispone di operatori specializzati per effetto della certificazione ISO 9001:2015 [requisito pure richiesto dalla legge di gara, punto 9.2.3., lett. d) del bando/disciplinare], in forza della quale essi sono preposti ad attuare il processo specifico di gestione dei dati relativi all'accertamento dei tributi comunali, adottando tutte le opportune misure per garantire la sicurezza fisica e la trasparenza dei dati medesimi con riferimento al sistema informativo utilizzato.

E, del resto, il personale "non certificato" attualmente in forza alla società mista S.I. x T., interessato dalla clausola sociale di cui al bando/disciplinare (punto 14) seguirà a svolgere il servizio di back office presso la sede della stessa società, con la nuova aggiudicataria, come da offerta della medesima.

Ne consegue che l'interpretazione della clausola del bando in tema di presentazione della certificazione 27001:2013 non può che risolversi, simmetricamente, nel senso di consentire la formulazione dell'offerta da parte di operatori economici in possesso della certificazione in esame (nella specie, tramite avvalimento), pur se con personale "non certificato", al pari di quello da acquisirsi in applicazione della clausola sociale.

7.1. Quanto, invece, alla remunerazione dell'avvalimento, che Andreani reputa "modestissima" perché pari a € 5.000,00 annui, la giurisprudenza di questa Sezione esclude l'automatica invalidità del contratto di avvalimento anche laddove privo dell'indicazione del corrispettivo economico in favore dell'impresa ausiliaria, osservando che "dal tenore dell'accordo deve ... potersi desumere l'interesse patrimoniale, che può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo" (Cons. Stato, V, 17 maggio 2018, n. 2953; nello stesso senso, tra tante, 20 luglio 2016, n. 3277; 25 gennaio

2016, n.242; C.G.A.R.S., 21 gennaio 2015 n. 35), condizione che è presente nella fattispecie, che evidenzia, sotto il profilo sinallagmatico, l'utilità economica immediata dell'ausiliaria ad assumere gli obblighi derivanti dal contratto.

Quanto alle dimensioni di tale utilità, vale osservare come SO.G.E.T. abbia rappresentato e comprovato di intrattenere dal 2008 una partnership commerciale con l'ausiliaria, finalizzata anche all'utilizzo del sistema informativo Gestel Web e conseguentemente esposto come detto compenso risenta, per un verso, delle prestazioni retribuite che Syntax già svolge in suo favore, per altro verso, dell'economia di scala originata dal consolidato rapporto tra le due società.

8. Risultano infondate anche le ulteriori censure con cui Andreani, a confutazione delle tesi delle controparti, torna a sostenere con argomentazioni non dissimili da quelle sin qui respinte l'indeterminatezza e la genericità del contratto di avvalimento per cui è causa, e lamenta l'erroneità dell'opposto convincimento maturato dal primo giudice, che si assume raggiunto in forza di una non corretta lettura dei documenti versati al fascicolo di causa.

Quanto a quest'ultimo punto, non appare superfluo chiarire che il richiamo, effettuato sia dal primo giudice che nel capo che precede, alla certificazione ISO 9001:2015 non riduce affatto, come sostiene l'appellante, la certificazione ISO 27001:2013 a "un requisito di seconda linea", perché di carattere recessivo, ma costituisce piuttosto la conferma della correttezza dell'accertamento che il contratto di avvalimento in esame, oltre a non richiedere la diretta esecuzione dell'affidamento da parte dell'ausiliaria, non richiede necessariamente neanche, in ragione dello specifico requisito che ne forma oggetto, il prestito di personale da parte della medesima.

9. Per tutto quanto precede, nulla aggiungendo alle questioni come sopra trattate le memorie difensive prodotte da Andreani, l'appello va respinto, restando assorbita ogni altra questione pure eccepita dalle parti resistenti.

Il Collegio ravvisa nondimeno giusti motivi, in considerazione della peculiarità della vicenda contenziosa, per compensare tra le parti le spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese del grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 21 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO