

Pubblicato il 14/01/2022

**N. 00257/2022REG.PROV.COLL.**

**N. 00239/2021 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 numero di registro generale 239 del 2021, proposto da

Doc - Archiviazione Documentale di De Vivo Giuseppe & C. s.n.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Annalisa Di Giovanni, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Salandra, 34;

**contro**

- Ett s.p.a., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Itur societa' cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Davide Perrotta, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

- Comune di Mondovì, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Pierluigi Monetto, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Mondovì, corso Europa, 14;

**per la riforma**

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, Sezione II, n. 798 del 2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del R.T.I. ETT s.p.a. e del Comune di Mondovì;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2021 il Cons. Stefano Fantini; preso atto della richiesta di passaggio in decisione, senza discussione, depositata dagli avv. Di Giovanni e Perrotta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.-La DOC-Archiviazione Documentale di De Vivo Giuseppe & c. s.n.c. ha interposto appello nei confronti della sentenza 4 dicembre 2020, n. 798 del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, Sez. II, che ha accolto il ricorso del R.T.I. ETT s.p.a. avverso la determina dirigenziale in data 13 ottobre 2020 con cui il Comune di Mondovì ha aggiudicato all'odierna appellante la "*procedura aperta per l'affidamento dei servizi di allestimento e apertura al pubblico del museo civico della stampa Polo Culturale delle Orfane*", di durata biennale, nonché avverso l'art. 7.2 del disciplinare di gara (relativo ai requisiti di capacità economica e finanziaria, oggetto di avvalimento).

2. - Con il ricorso in primo grado il R.T.I. ETT, secondo graduato, ha impugnato l'aggiudicazione in favore della società DOC essenzialmente contestando l'assenza, in capo all'aggiudicataria, del requisito di capacità economico-finanziaria richiesto dall'art. 7.2 del disciplinare (fatturato minimo complessivo riferito agli ultimi tre esercizi finanziari -2017/2019- non inferiore ad euro 1.200.000,00, IVA esclusa), stante l'invalidità del contratto di avvalimento da questa sottoscritto in data 3 agosto 2020 con l'ausiliaria Mondo Travel s.r.l.s., in quanto asseritamente subordinato a due condizioni che renderebbero il negozio inidoneo a determinare il prestito del requisito da parte della ausiliaria.

3. - La sentenza appellata ha ritenuto fondato tale motivo nell'assunto che il contratto di avvalimento subordina, all'art. 2, l'impegno dell'ausiliaria verso l'ausiliata e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione dell'ausiliata il requisito del fatturato complessivo, nonché le risorse tecniche ed economiche necessarie per l'effettiva esecuzione dei lavori, alle seguenti due condizioni : «- *in caso di effettiva aggiudicazione dell'appalto, l'impresa "ausiliaria" potrà verificare e monitorare costantemente l'avanzamento dei lavori, la regolarità dell'esecuzione degli stessi ed avrà diritto a visionare tutti gli atti tecnici ed amministrativi relativi; l'impresa ausiliaria è, fin da ora, autorizzata ad interloquire con la stazione appaltante ai fini dei controlli di propria competenza; - l'impresa ausiliata ove mai dovesse richiedere*

*all'impresa ausiliaria, anche per effetto di richieste della stazione appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto dovrà erogarne il costo a valore di mercato a favore dell'impresa ausiliaria».* La sentenza ha affermato, assorbendo gli ulteriori motivi, che le predette clausole rendano condizionato l'impegno, anche nel contesto di un avvalimento di garanzia, con la conseguenza che quest'ultimo risulta *«inidoneo a determinare il prestito del requisito mancante, rendendo conseguentemente doverosa l'esclusione dalla procedura di gara della controinteressata».*

4.- Con il ricorso in appello la DOC s.n.c. ha dedotto l'erroneità della sentenza, sotto il profilo della carenza motivazionale, nell'assunto del carattere non equivoco dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria, con conseguente idoneità dell'avvalimento a determinare il prestito del requisito mancante all'impresa concorrente. Per l'appellante, si tratta di un avvalimento di garanzia, avente ad oggetto il requisito di capacità economica e finanziaria prevista dal punto 7.2 del disciplinare di gara, nel quale le due clausole censurate dal primo giudice, a bene considerare, non pongono alcuna condizione alla responsabilità solidale dell'ausiliaria verso il Comune di Mondovì; addirittura la seconda (che prevede il pagamento all'impresa ausiliaria delle risorse materiali o tecniche fornite) è irrilevante in quanto attiene ad un avvalimento operativo, che è fattispecie diversa da quella oggetto di causa.

5. - Si è costituito in resistenza il R.T.I. ETT eccependo l'inammissibilità e comunque l'infondatezza nel merito del ricorso in appello.

6. - Si è altresì costituito in giudizio il Comune di Mondovì chiedendo, con la memoria in data 9 novembre 2021, l'accoglimento dell'appello.

7. - All'udienza pubblica del 25 novembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

1.- Deve essere anzitutto disattesa l'eccezione di inammissibilità per genericità dell'appello, svolta dal raggruppamento ETT nell'assunto che lo stesso si risolverebbe nella mera reiterazione delle difese svolte in primo grado.

Invero l'appello contiene specifiche censure alla sentenza di prime cure, ritenuta priva di adeguata motivazione.

2.-L'appello censura la statuizione di primo grado che ha accolto il motivo volto a contestare l'invalidità del contratto di avvalimento intercorso tra l'ausiliata DOC e l'ausiliaria Mondo Travel, concernente il requisito di capacità economica e finanziaria previsto dall'art. 7.2 del disciplinare, in quanto, nella clausola di cui all'art. 2, condizionerebbe la responsabilità solidale dell'ausiliaria ad eventi esterni e non controllabili dalla stazione appaltante. Lamentando l'appellante che la sentenza sia inficiata da vizio motivazionale in quanto si limita a richiamare inconferenti precedenti giurisprudenziali senza tenere conto delle allegazioni delle parti resistenti e soprattutto del contenuto del contratto; in particolare, la prima delle due clausole non condiziona la responsabilità solidale dell'ausiliaria verso l'amministrazione comunale, ma semplicemente prevede un canale di comunicazione diretto tra Comune ed impresa ausiliaria, senza intermediazione dell'ausiliata. La seconda condizione, poi, è ultronea e non attivabile in ragione della natura di avvalimento di garanzia (del fatturato globale previsto dalla *lex specialis*), in relazione al quale non assume rilievo la fornitura di "risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto", prestazione afferente alla diversa tipologia dell'avvalimento operativo. Per l'appellante, del resto, la responsabilità solidale dell'ausiliaria Mondo Travel si evince anche dalla dichiarazione, resa dal suo legale rappresentante nei confronti dell'ausiliata e della stazione appaltante, di obbligarsi, rendendosi responsabile in solido con il concorrente; il primo giudice sarebbe incorso dunque in una lettura formalistica del contratto, mentre da una esegesi sostanzialistica del medesimo e della connessa dichiarazione è evincibile la serietà, attualità ed univocità della garanzia solidale prestata da Mondo Travel.

L'appello è fondato.

L'art. 2 del contratto di avvalimento prevede al secondo capoverso che *«in considerazione della responsabilità solidale che il legislatore nazionale addossa all'Impresa "ausiliaria", ferma restando l'irripetibilità dei corrispettivi previsti dal presente contratto, le obbligazioni assunte dalla stessa sono subordinate alle seguenti condizioni : - in caso di effettiva aggiudicazione dell'appalto, l'impresa "ausiliaria" potrà verificare e monitorare costantemente l'avanzamento dei lavori, la regolarità dell'esecuzione degli stessi ed avrà diritto a visionare tutti gli atti tecnici ed amministrativi relativi; l'Impresa "ausiliaria" è, fin d'ora, autorizzata ad interloquire con la Stazione appaltante ai fini dei controlli di propria competenza; - l'Impresa "ausiliata", ove mai dovesse richiedere all'Impresa "ausiliaria", anche per effetto di richieste della Stazione Appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto dovrà erogarne il costo, a valore di mercato, a favore dell'Impresa "ausiliaria"».*

Oggetto di contestazione sono le due clausole ora esposte che la sentenza ha ritenuto "condizionare" il contratto di avvalimento tra Mondo Travels s.r.l.s. e DOC s.n.c., rendendolo puramente eventuale, e dunque inidoneo a

determinare il prestito del requisito mancante dell'impresa concorrente, comportandone pertanto la doverosa esclusione.

A bene considerare, la prima non incide affatto sull'efficacia della obbligazione solidale, nel senso che non elide né limita la solidarietà passiva, ma piuttosto attribuisce all'impresa ausiliaria, onde garantirle maggiore informazione e consapevolezza in ordine all'esecuzione contrattuale, un rapporto di interlocuzione diretto con la stazione appaltante, e la facoltà della stessa ausiliaria di controllare lo svolgimento delle prestazioni contrattuali (erroneamente si parla di verifica e monitoraggio dell' "avanzamento dei lavori", vertendosi al cospetto di un appalto misto di servizi e forniture).

La seconda clausola pone la regola, conforme ai criteri generali, che l'impresa ausiliata debba corrispondere all'ausiliaria il costo, *melius* il corrispettivo per l'eventuale fornitura delle risorse materiali o tecniche finalizzate all'esecuzione dell'appalto. Si può dubitare che una siffatta clausola abbia l'effetto di condizionare (escludere o limitare) effettivamente la solidarietà passiva dell'ausiliaria, ma si tratta di una previsione comunque ultronea, atteso che la natura dell'avvalimento è inequivocabilmente "di garanzia", avendo ad oggetto il prestito dei requisiti di capacità economico-finanziaria, e cioè, nello specifico, il requisito del fatturato minimo complessivo relativo agli ultimi tre esercizi finanziari (2017-2018-2019) non inferiore a euro 1.200.000,00, IVA esclusa, di cui l'impresa ausiliata era carente. Tale clausola si trova verosimilmente inserita nel testo del contratto a causa dell'utilizzo di un modello non specifico, riguardante infatti un appalto di lavori. La conferma che si tratti di clausola impropriamente apposta e non rilevante sul profilo causale dell'avvalimento di garanzia, e dunque sulle prestazioni allo stesso inerenti, si rinviene nella dichiarazione in data 30 luglio 2020 dell'impresa ausiliaria, con la quale la Mondo Travels s.r.l.s., premesso di avere il possesso di euro 215.311,00 quale fatturato complessivo riferito agli ultimi tre esercizi finanziari, dà atto «*di obbligarsi, nei confronti del concorrente DOC-Archiviazione documentale di De Vivo Giuseppe & C. s.n.c., della stazione appaltante, a fornire i predetti requisiti di ordine speciale dei quali è carente il concorrente e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, nei modi e nei limiti stabiliti dall'art. 49 del D.Lgs. 163/2006 rendendosi inoltre responsabile in solido con il concorrente nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto di gara*».

Nella dichiarazione dell'impresa ausiliaria non vi è alcun riferimento alla fornitura di risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto, che afferiscono *naturaliter* all'ambito tipologico dell'avvalimento operativo. E' noto invero che mentre ricorre l'avvalimento di garanzia laddove l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante delle sue capacità di fare fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento, l'avvalimento è operativo quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto, avendo così ad oggetto i requisiti di capacità tecnica e professionale (in termini, tra le tante, Cons. Stato, IV, 11 novembre 2020, n. 6932).

In termini sostanziali, per chiarire la differenza tra le due forme di avvalimento, può osservarsi che l'impresa ausiliaria diviene, di fatto, un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario, mentre nell'ipotesi di avvalimento c.d. tecnico od operativo, avente ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria, è chiamata a mettere a disposizione determinate specifiche risorse (Cons. Stato, V, 26 novembre 2018, n. 6693).

In tale prospettiva, è peraltro evidente che non sia ravvisabile un avvalimento operativo, in quanto difetta una specifica indicazione nel contratto delle risorse in concreto prestate, cioè dei mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (Cons. Stato, V, 2 agosto 2018, n. 4775), non avendo dunque giuridica rilevanza il problema della necessaria remunerazione della fornitura di indeterminate risorse materiali o tecniche.

Vertendosi, nella fattispecie controversa in tema di avvalimento di garanzia, bene si intende come ultroneo sia il riferimento, nel solo contratto di avvalimento, al prestito di risorse materiali o tecniche, che non può avere luogo, dovendosi conseguenzialmente ritenere ininfluenza la clausola apposta nel contratto, ove pure voglia ammettersene l'efficacia preclusiva della piena esplicazione della solidarietà passiva.

Nella descritta cornice ricostruttiva, va esclusa la natura condizionata dell'avvalimento, evincendosi dal contratto un impegno chiaro e concreto dell'impresa ausiliaria a prestare i propri requisiti di capacità economico finanziaria di cui al punto 7.2 del disciplinare di gara, e conseguentemente deve ritenersi erroneo l'accertamento della sua invalidità.

Ciò in coerenza con il costante indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'indagine circa l'efficacia del contratto deve essere svolta in concreto, sulla base delle generali regole dei contratti e, specificamente, secondo i canoni di interpretazione complessiva enunciati dal Cod. civ. e seconda buona fede delle clausole contrattuali (Cons. Stato, V, 30 gennaio 2019, n. 755).

3. - L'accoglimento dell'appello comporta, in riforma della sentenza impugnata, la reiezione del ricorso di primo grado. La complessità, di natura interpretativa, della controversia integra le ragioni che per legge giustificano la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Stefano Fantini**

**IL PRESIDENTE**

**Luciano Barra Caracciolo**

**IL SEGRETARIO**