

Pubblicato il 28/03/2025

N. 01097/2025 REG.PROV.COLL.
N. 03240/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3240 del 2024, proposto da Engeco S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Sansone e Marco Zambetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, in relazione alla procedura CIG B2B7A1CCFB;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso la stessa domiciliato in Milano, via Freguglia, n. 1;

nei confronti

Batistini Costruzioni Generali S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Antonio Caputo e Alessio Angelo De Bartolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Consorzio Stabile Appaltitalia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessio Cicchinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento n. 6053 del 18/10/2024 con cui la resistente ha disposto l'aggiudicazione della procedura negoziata ai sensi dell'art.50, comma 1 lettera d) del D. Lgs. 36/2023, per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria del pontile traghetto sito nel Comune di Menaggio (CO) RDO MEPA 4570522 CUP D57F21000030002 – CIG B2B7A1CCFB.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, di Batistini Costruzioni Generali S.r.l. e del Consorzio Stabile Appaltitalia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 marzo 2025 la dott.ssa Valentina Caccamo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con avviso pubblicato in data 11.07.2024, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Gestione Governativa dei servizi **pubblici** di Navigazione sui Laghi Maggiore, di Garda e di Como ha avviato un'indagine di mercato finalizzata ad individuare gli operatori economici da invitare alla procedura negoziata senza bando, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 36/2023 (di seguito solo "Avviso"), da espletare tramite la piattaforma del Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione - MEPA, per l'affidamento dei lavori di manutenzione

straordinaria del pontile traghetti sito nel comune di Menaggio (CO). L'importo complessivo posto a base di gara è pari a euro 2.083.354,39, oltre Iva e il criterio di aggiudicazione della procedura è stato individuato nel minor prezzo offerto sull'importo di Euro 1.255,088,86 oltre Iva soggetto a ribasso (cfr. art. 5 dell'Avviso).

2. All'esito delle operazioni di gara – alla quale sono stati ammessi a partecipare n. 59 operatori economici, di cui 11 hanno presentato offerta – è risultata prima graduata la Società Batistini Costruzioni Generali S.r.l. (di seguito solo “Batistini Costruzioni”), con un ribasso sulla base d'asta pari al 14,99%, seguita da Engeco S.r.l. (di seguito solo “Engeco”) che si è collocata in seconda posizione con un ribasso del 14,40%.

3. Con provvedimento prot. n. 6053 del 18.10.2024 è stata disposta l'aggiudicazione della gara a favore di Batistini Costruzioni.

4. Avverso il presente provvedimento ha proposto ricorso Engeco onde chiederne l'annullamento, articolando a sostegno del gravame le seguenti censure:

- *“I MOTIVO. Violazione e falsa applicazione degli art. 104 e l'art. 67, comma 7, del d. lgs. 36/2023, posto che l'avvalimento non ha oggetto requisiti maturati dal consorzio stabile ausiliario”*: per partecipare alla gara l'impresa Batistini Costruzioni si è avvalsa dell'attestazione SOA OG3 messa a disposizione dal Consorzio Stabile Appaltitalia, così da integrare la propria SOA OG3 di classifica II fino alla classifica III richiesta dalla *lex specialis* per l'esecuzione delle lavorazioni; tuttavia, tale consorzio non avrebbe potuto assumere la qualifica di ausiliario, non avendo maturato in proprio i requisiti messi a disposizione dell'aggiudicataria in violazione dell'art. 67, comma 7, del D. Lgs. n. 36/2023, con conseguente nullità del contratto di avvalimento;

- *“II MOTIVO. Violazione e falsa applicazione degli articoli 104 e 67, comma 7, del d. lgs. 36/2023, sotto altro profilo”*: il contratto di avvalimento sarebbe totalmente carente e indeterminato, posto che l'impegno dell'impresa

ausiliaria non includerebbe la messa a disposizione di tutte le risorse e dell'intero *setting* aziendale che hanno concorso a far maturare il requisito nel suo complesso, ma solo tre risorse di personale e un non rilevante elenco di mezzi materiali;

- *“III MOTIVO. Violazione e falsa applicazione degli art. 104 e l'art. 67, comma 7, del d. lgs. 36/2023 e del combinato disposto tra l'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010 e l'art. 12 comma 2 del d.l. n. 47 del 2014”*: il contratto di avvalimento risulterebbe nullo per indeterminatezza dell'oggetto in quanto non preciserebbe che nella messa a disposizione del requisito è inclusa la SOA in categoria OG3, classifica IV – dunque maggiore della classifica III richiesta per l'esecuzione delle lavorazioni – necessaria affinché l'aggiudicataria possa qualificarsi in categoria OG3 per l'intero valore del contratto e così accedere al subappalto qualificante nella categoria OS21, classifica II;

- *“IV MOTIVO. Violazione e falsa applicazione degli art. 104 e l'art. 67, comma 7, del d. lgs. 36/2023 e del combinato disposto tra l'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010 e l'art. 12 comma 2 del d.l. n. 47 del 2014”*: il contratto di avvalimento sarebbe nullo in quanto, per la parte in cui mette a disposizione il requisito SOA nella categoria prevalente OG3 classifica IV (e non III, richiesta dall'avviso per l'esecuzione delle opere in quella categoria) serve a consentire all'aggiudicataria di ricorrere al subappalto qualificante per le opere in categoria OS21, avendo dunque natura di contratto di avvalimento di garanzia, oggi vietato ai sensi dell'art. 104 del D.Lgs. n. 36/2023.

5. Si sono costituiti in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Batistini Costruzioni e il Consorzio Stabile Appaltitalia per resistere al ricorso, chiedendone il rigetto in quanto infondato. L'amministrazione e la controinteressata Batistini Costruzioni hanno inoltre eccepito l'irricevibilità del ricorso per tardività poiché Engeco avrebbe ricevuto la comunicazione di avvenuta aggiudicazione ex art. 90 del

D.Lgs. n. 36/2023 il 18.10.2024, per cui il termine per impugnare sarebbe scaduto il 17.11.2024, con conseguente tardività del presente gravame notificato il 27.11.2024, dovendosi escludere ogni differimento dei termini per presentare ricorso anche nel caso – che qui ricorre – in cui il concorrente abbia presentato istanza di accesso agli atti, alla luce della peculiare disciplina dell'art. 35 del D.Lgs. n. 36/2023.

6. Le parti hanno scambiato scritti difensivi in vista della trattazione di merito del ricorso e, all'udienza pubblica del 19.03.2025, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Deve essere innanzitutto scrutinata l'eccezione preliminare di irricevibilità del ricorso per tardività sollevata in atti, che il Collegio reputa infondata.

7.1 L'art. 120 c.p.a., comma 2, secondo periodo, come riformulato dall'art. 209, lett. a) del D.lgs. n. 36/2023, stabilisce adesso che il termine per impugnare l'aggiudicazione decorre *“dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 90 del codice dei **contratti pubblici** (...) oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'art. 36, commi 1 e 2, del medesimo codice dei **contratti pubblici**”*. Quest'ultima disposizione, in particolare, prevede che l'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma telematica d'acquisto, *“a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90”*; inoltre, agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria *“sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate”*.

Alla luce della suesposta complessiva regolamentazione, deve concludersi che *“il dies a quo del termine decadenziale stabilito per l'impugnazione degli atti di gara, coincide, dunque, con quello in cui l'interessato acquisisce, o è messo in grado di*

acquisire, piena conoscenza degli atti che lo ledono” (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 25.02.2025, n. 1631).

7.2 Tale normativa, del resto, si pone in linea con l’orientamento espresso dal giudice euro unitario, secondo cui il diritto dell’Unione europea osta a che il termine per impugnare l’aggiudicazione inizi a decorrere a prescindere dalla conoscibilità dei possibili vizi della procedura, evidenziando che l’effettività della tutela giudiziaria avverso le *“violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici”* può essere garantita soltanto laddove il termine di impugnazione sia ancorato alla *“data in cui il ricorrente abbia avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza della presunta violazione di tali disposizioni (v., per analogia, ordinanza del 14 febbraio 2019, Cooperativa Animazione Valdocco, C-54/18, EU:C:2019:118, punto 45 e giurisprudenza ivi citata)”* (Corte di Giustizia UE, IX Sez., causa C-532/20 del 24.02.2022).

7.3 Applicando tali coordinate normative ed ermeneutiche al caso di specie, considerato il contenuto delle censure formulate avverso il provvedimento di aggiudicazione e i vizi della procedura di gara in concreto fatti valere, non sussiste la lamentata tardività del gravame in quanto proposto entro il termine di 30 giorni decorrente dall’effettiva conoscenza degli atti ritenuti illegittimi – in particolare il contratto di avvalimento – acquisita a seguito di istanza di accesso (cfr. doc. 4 della ricorrente). Nel caso di specie la ricorrente ha difatti evidenziato, con affermazione non contestata, di aver avuto contezza dei documenti a corredo dell’offerta dell’aggiudicataria solo all’esito della positiva evasione dell’istanza ostensiva dalla stessa presentata, conseguendo i motivi del ricorso alla successiva conoscenza di documenti che non erano stati debitamente resi disponibili con le modalità prescritte dalla legge.

7.4 Poiché la documentazione è stata trasmessa dalla stazione appaltante in data 28.10.2024 (cfr. doc. 5 della ricorrente), è da tale momento deve

computarsi il termine decadenziale di trenta giorni per la presentazione dell'impugnativa avverso il provvedimento di aggiudicazione, per cui il ricorso, notificato in data 27.11.2024, è tempestivo (cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 30.01.2025, n. 296).

L'eccezione preliminare di improcedibilità deve dunque essere respinta.

8. Passando alle questioni di merito, con il primo motivo di ricorso Engeco deduce la nullità del contratto di avvalimento sottoscritto tra l'aggiudicataria e il Consorzio Stabile Appaltitalia, poiché quest'ultimo avrebbe messo a disposizione un requisito – ovvero l'attestazione SOA OG3 – di cui non avrebbe avuto la titolarità, trattandosi di consorzio che non esegue in proprio lavori. Pertanto, poiché il rapporto di avvalimento dovrebbe intervenire con il soggetto che dispone del complesso aziendale che integra il requisito messo a disposizione, non vi sarebbe nella fattispecie una vera messa a disposizione delle risorse aziendali, che sarebbero appartenenti alle consorziate e non al consorzio contraente.

Nelle successive memorie, parte ricorrente sviluppa ulteriormente tale argomentazione evidenziando che quella proposta sarebbe l'unica lettura possibile dell'art. 67, comma 7 del D.Lgs. n. 36/2023, come dimostrerebbe la modifica apportata dall'articolo 27, comma 1, lettera f), del D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 (cd. "Correttivo"). Tale norma, difatti, avrebbe carattere meramente interpretativo e sarebbe unicamente funzionale a chiarire il significato della previgente disciplina, anche in ragione del contrasto tra la posizione espressa da Anac – Autorità Nazionale Anticorruzione (in particolare, nel parere n. 558 del 29.11.2023) e quella risultante dall'elaborazione della giurisprudenza amministrativa.

La censura è infondata.

8.1 L'art. 5 dell'Avviso richiede ai fini della partecipazione alla procedura di gara, secondo quanto prescritto dall'Allegato II.12 al D.Lgs. n. 36/2023 relativo al "*Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori*", il

possesso delle seguenti attestazioni SOA: a) categoria OG 3, classifica III, prevalente; b) categoria OG 7, classifica III, interamente scorporabile e subappaltabile; c) categoria OS 21, classifica II, interamente scorporabile e subappaltabile, a qualificazione obbligatoria e per la quale non è ammesso l'avvalimento essendo relativa all'esecuzione di opere superspecialistiche.

Batistini Costruzioni, che ha partecipato alla procedura *de qua* come operatore economico singolo, per conseguire la necessaria qualificazione ha sottoscritto un apposito contratto di avvalimento con il Consorzio Stabile Appaltitalia, a mezzo del quale quest'ultimo ha consentito alla "*ditta ausiliata di avvalersi del requisito concernente Categoria OG3 VIII, OG7 VP*", attestazioni SOA di cui il consorzio medesimo è direttamente titolare (cfr. doc. 9 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti).

8.2 Ciò posto, ritiene il Collegio che non sussista la dedotta nullità del contratto di avvalimento e che le attestazioni che ne costituiscono oggetto siano state correttamente messe a disposizione dal Consorzio Stabile Appaltitalia, anche laddove quest'ultimo abbia maturato detti requisiti dalle proprie imprese consorziate in forza del principio del cd. "cumulo alla rinfusa", in coerenza con quanto prescritto dall'art. 67, comma 7 del D.Lgs. n. 36/2023 nella formulazione vigente *ratione temporis*.

8.3 Alla fattispecie deve applicarsi, infatti, la versione della disposizione antecedente alle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 209/2024, entrato in vigore a far data dal 31.12.2024, come stabilito espressamente dalla disposizione transitoria di cui al nuovo art. 225 bis del D.Lgs. n. 36/2023, introdotto dall'art. 70 del D.Lgs. n. 209/2024, a mente del quale "*le disposizioni dell'articolo 67, nel testo vigente alla data di cui all'articolo 229, comma 2*" – ovvero il 1 luglio 2023 – "*continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso. A tal fine, per procedimenti in corso si intendono le procedure e i **contratti** per i quali bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore della presente disposizione ovvero, in caso di **contratti***

senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore della presente disposizione, siano già stati inviati gli avvisi a presentare offerte”.

Nel caso *sub iudice*, la gara di cui si discute non poteva ritenersi “in corso” al momento della pubblicazione del Correttivo, considerato che l’Avviso per la manifestazione di interesse risale all’11.07.2024, l’aggiudicazione della gara è avvenuta il 18.10.2024 e il contratto è stato stipulato il successivo 24.10.2024, per cui l’intera procedura di affidamento è stata svolta e si è conclusa in un momento antecedente alle sopravvenute modifiche normative, che dunque rimangono estranee alla presente vicenda contenziosa.

8.4 Ora, l’art. 67, comma 7 del D.Lgs. n. 36/2023 nella versione *ratione temporis* applicabile stabilisce che *“possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio”*. La prospettazione della ricorrente si appunta, sul piano letterale, sul sull’avverbio “solo” e sul riferimento allo “stesso” consorzio, da ciò desumendo che la struttura consortile potrebbe mettere a disposizione di altri soggetti soltanto quei requisiti che le siano “soggettivamente” riferibili per averli maturati tramite l’esecuzione diretta di lavorazioni, alla stregua di un qualsiasi operatore economico, non potendo dunque a tal fine fare ricorso ai requisiti apportati dalle consorziate.

Tale ricostruzione interpretativa, tuttavia, è in contrasto con l’orientamento giurisprudenziale al quale il Collegio presta adesione – maturato con riferimento alla disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 50/2016 e riferibile anche alla disposizione ora esaminata, stante la sostanziale analogia con la previgente formulazione normativa – secondo cui un consorzio stabile può concedere in avvalimento alle imprese concorrenti che ne sono prive *“il requisito della propria attestazione SOA impegnandosi a mettere a disposizione dell’impresa ausiliata risorse strumentali, tecniche ed umane delle consorziate, senza che*

ciò integri un'ipotesi di avalimento c.d. a cascata, in violazione dell'art. 89, comma 6, d.lgs. 50/2016, in ragione della specificità del modulo organizzativo e gestionale del consorzio stabile (si veda anche delibera ANAC n. 242 dell'8 marzo 2017)" (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 3.09.2021, n. 6212). Possibilità, questa, che risponda sulla considerazione della speciale relazione intercorrente tra la struttura consortile stabile e le ditte consorziate, che "dà luogo un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica, realizzando una peculiare forma di avalimento che poggia direttamente sul vincolo consortile" in quanto "le singole imprese non sono soggetti terzi, utilizzando i cui requisiti si realizzerebbe un avalimento a cascata" (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 3.09.2021, n. 6212; Id., Sez. V, 27.08.2018, n. 5057).

8.5 Tale conclusione risulta valida anche con riferimento ai contenuti precipui dell'art. 67 del D.Lgs. n. 36/2023, il cui comma 2, alla lett. d) prevede espressamente che *"per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate"*, così orientando l'interpretazione del successivo comma 7, a mente del quale *"possono essere oggetto di avalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio"*. Ne deriva che, non potendosi dare di tale disposizione una lettura distonica rispetto ai commi precedenti e avendo il Legislatore stabilito che i consorzi stabili si qualificano tramite "cumulo alla rinfusa" senza alcuna limitazione, il riferimento ai requisiti maturati *"dallo stesso consorzio"* in relazione all'oggetto di avalimento va interpretato nel senso di ricomprendere anche i requisiti maturati per il tramite delle consorziate, *"pena, altrimenti, l'introduzione di limiti all'avalimento difficilmente compatibili con la disciplina eurounitaria e oggi ancor di più con i principi del libero accesso al mercato e della massima partecipazione alle gare, sanciti quali principi generali della disciplina dei contratti pubblici agli articoli 3 e 10 del d.lgs. n. 36/2023"* (così T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 28.02.2024, n. 541; Id., Sez. II, 20.11.2024, 2226; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 29.04.2024, n. 698; TAR Campania,

Napoli, Sez. I, 28.07.2023, n. 4585; T.A.R. Bologna, Sez. I, 29.11.2021, n. 975).

8.6 La questione dibattuta in questa sede, peraltro, è stata recentemente esaminata *ex professo* dal Giudice d'appello con conclusioni che confermano le acquisizioni giurisprudenziali sopra richiamate, laddove è stato affermato che *“se un Consorzio stabile può eseguire le prestazioni o in proprio o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ugualmente, può prestare (mediante avalimento) i requisiti speciali che siano stati oggetto di conferimento da parte delle proprie consorziate e che siano da esso posseduti in proprio e comprovati dal rilascio in favore del medesimo dell'attestazione SOA”*. Conseguentemente, si è dato riconoscimento alla natura di soggetto giuridico autonomo del Consorzio Stabile, *“costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del cumulo alla rinfusa (Consiglio di Stato sez. V, 8 gennaio 2024, n. 266)”*. Pertanto, *“l'art. 67 comma 7 del Codice dei **contratti pubblici**, nel disporre che possono essere oggetto di avalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio, non limita affatto l'avalimento ai soli requisiti maturati dal consorzio “in proprio”. Quel che la disposizione vieta è la spendita plurima dei requisiti che è tutt'altra cosa”* (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 17.01.2025, nn. 364 e 367).

8.7 Alla luce di tali considerazioni ritiene il Collegio che non possa essere condivisa l'argomentazione della ricorrente secondo cui, a conferma del corretto significato da attribuire alla disposizione, sarebbe intervenuto l'art. 27, comma 1, lettera f), del D.Lgs. n. 209/2024 modificando il testo originario dell'art. 67, comma 7 del D.Lgs. n. 36/2023. Secondo tale prospettazione, prevedendo che *“possono essere oggetto di avalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio in proprio e di tali requisiti è fornita specifica indicazione nell'attestazione di qualificazione SOA”*, la nuova disposizione non conterrebbe una diversa disciplina rispetto a quella previgente, ma si

limiterebbe a chiarire il significato dell'art. 67, comma 7 così come è sempre stato, possedendo quindi tutte le caratteristiche proprie della norma di interpretazione.

8.8 In senso contrario, tuttavia, rileva in chiari termini la presenza di un'apposita disposizione transitoria – ovvero l'art. 70 del D.Lgs. n. 209/2024, introduttiva dell'attuale art. 225 bis, comma 3, del D.Lgs. n. 36/2023 – volta a disciplinare il passaggio dalla precedente disciplina alla nuova regolamentazione, che non avrebbe ragion d'essere laddove la norma successiva avesse natura propriamente interpretativa. A prescindere dall'inquadramento che il nuovo testo dell'art. 67, comma 7 riceverà attraverso l'interpretazione giurisprudenziale, ciò che rileva ai fini della presente controversia è l'impossibilità di farne applicazione prima dell'entrata in vigore del *corpus* normativo che lo ha introdotto all'interno dell'ordinamento, non potendosi dunque ragionevolmente ritenere che la norma sopravvenuta abbia la sola finalità di chiarire il significato corretto, tra quelli parimenti possibili, da riconoscere alla norma interpretata.

Alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale sopra tracciato, pertanto, le censure esaminate risultano destituite di fondamento.

9. Con il secondo mezzo, Engeco stigmatizza la natura *“totalmente carente e indeterminata del contratto di avvalimento, posto che l'impegno dell'impresa ausiliaria non include la messa a disposizione di tutte le risorse che hanno concorso a far maturare il requisito oggetto di avvalimento (SOA OG 3 e OS 21), ma solo tre risorse di personale e un non rilevante elenco di mezzi materiali”* (cfr. ricorso, pag. 10), per cui difetterebbe la specifica indicazione delle funzioni svolte dal consorzio ausiliario, dei criteri utilizzati per la quantificazione delle risorse “prestate”, nonché delle modalità con cui verrà in concreto impiegato il personale messo a disposizione.

Ritiene il Collegio che la doglianza sia infondata.

9.1 Come noto, secondo consolidati arresti giurisprudenziali, il contenuto

necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria è diverso e di diversa ampiezza a seconda che venga in considerazione un avvalimento “di garanzia” ovvero “tecnico-operativo”; solo in quest'ultimo caso, difatti, sussiste l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, indicate nel contratto, che l'ausiliaria deve porre a disposizione del concorrente (cfr. *ex multis*, Cons. di Stato, Sez. V, 10.01.2022, n. 169).

Nel caso di specie, il contratto di avvalimento sottoscritto tra l'aggiudicataria e il Consorzio Stabile Appaltitalia rientra nella tipologia dell'avvalimento di carattere operativo, avendo a oggetto il requisito di capacità tecnico-professionale rappresentato dalle attestazioni SOA di cui la prima è risultata carente, onde poter conseguire la necessaria qualificazione ai fini della partecipazione alla gara. Ciò comporta che il contratto medesimo deve essere sufficientemente dettagliato nell'indicazione delle risorse materiali e personali messe a disposizione dell'impresa Batistini Costruzioni, secondo quanto previsto all'art. 104 del D.Lgs n. 36/2023 (“*il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico*”), così che possa effettivamente ritenersi acquisito da parte di quest'ultima il requisito mancante di cui ha inteso dotarsi per il tramite dell'avvalimento.

9.2 A tal fine, è ormai dato consolidato nella stratificazione giurisprudenziale che l'indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento operativo deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale, 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, quindi, non deve “*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*”

(cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 10.01.2022, n. 169), purché consenta di individuare, laddove abbia a oggetto un'attestazione SOA, con sufficiente precisione tutti gli elementi dell'apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) che hanno consentito all'impresa ausiliaria di conseguire il requisito e di trasmetterlo al soggetto ausiliato.

9.3 Con riferimento al caso di specie, nel contratto di avvalimento *sub iudice* è previsto che l'ausiliaria “consente alla ditta ausiliata di avvalersi del requisito concernente Categoria OG3 VIII, OG7 VP” e, pertanto, “si impegna a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto oltre al requisito oggetto di avvalimento, sia all'ausiliata, sia alla Stazione Appaltante per tutta la durata dell'appalto di quanto segue, nel solco dell'art. 18, comma 17 di cui all'Allegato II.12 al D.Lgs.n. 36/2023” i seguenti elementi: a) “Know-How tecnologico e commerciale e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento”; b) “Il numero di tecnici necessari per le varie tipologie di lavoro (...) assunti con contratto da distacco o di consulenza, quali: n.1 ingegnere, n.1 architetto, n.1 geometra”; c) “Le attrezzature necessarie all'esecuzione dell'opera, attraverso contratto di noleggio, quali: Ponteggi Omologati, Gru rotativa, Container alloggio attrezzi e Uffici, Molazze da cantiere, Impastatrice/Betoniere, Macchine da taglio legno/ferro, Martelli demolitori ad aria e/o elettrici, Puntelli varie misure, Badili, secchi, attrezzatura minuta, ecc. vedasi scheda elenco mezzi ed attrezzatura allegato”; d) “I mezzi necessari all'esecuzione dell'opera, attraverso contratto di noleggio, quali: Camion con ribaltabile, Escavatori, Mini Escavatori, Furgoni attrezzati, ecc. vedasi scheda elenco mezzi ed attrezzatura allegato”.

10. Ritiene il Collegio che – come già chiarito in alcuni precedenti in cui è stata vagliata la legittimità di clausole contrattuali analoghe a quella in esame (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 11.12.2024, n. 9050; Id., 8.01.2024, n. 266) – la suesposta enucleazione delle risorse materiali e immateriali messa a disposizione dal consorzio ausiliario sia sufficientemente dettagliata, analitica e coerente con la prescrizione generale dell'art. 104, comma 1, del

D.Lgs. n. 36/2023, alla cui stregua *“il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico”*.

10.1 Nello specifico, il contratto contiene un'adeguata indicazione delle risorse di personale messe a disposizione, non solo specificando il numero delle stesse e la qualifica, ma anche precisando che sarà fornito comunque il *“numero di tecnici necessari per le varie tipologie di lavoro, (strettamente funzionali - sulla base delle specifiche competenze da approfondire nell'esecuzione dell'appalto per come richieste dall'ausiliato - alla sezione di commessa [...])”*, così da consentire anche una successiva modulazione del personale in ragione delle effettive e concrete esigenze legate allo svolgimento delle prestazioni.

10.2 Inoltre, il Consorzio Stabile Appaltitalia metterà a disposizione anche risorse aziendali immateriali quali il *“Know-How tecnologico e commerciale e di tutto lo staff tecnico”*, con funzione di coordinamento, oltre che i mezzi materiali ivi menzionati e più dettagliatamente individuati nella *“Dichiarazione Sostitutiva per Elenco Mezzi ed Attrezzature”* allegata alle dichiarazioni di avvalimento (cfr. doc. 7 della ricorrente).

Né la circostanza che sia stata ivi prevista la stipula di ulteriori **contratti** funzionali alla concreta messa a disposizione delle risorse di personale e materiali (distacco/consulenza e noleggio) vale a privare il contratto di avvalimento di effettività, poiché il tenore testuale delle disposizioni lascia intendere la natura prettamente esecutiva degli stessi onde consentire correttamente l'avvalimento di risorse comunque riconducibili ad altra impresa e così da giustificare, nella fase esecutiva, il passaggio di personale e attrezzature dall'ausiliaria all'ausiliata (cfr. TAR Firenze, Sez. I, 16.04.2024, n.448).

10.3 Da quanto sopra risulta che il contratto di avvalimento non solo contiene un adeguato grado di dettaglio nell'individuazione delle risorse messe a disposizione dell'aggiudicataria, ma ha anche a oggetto tutti gli

elementi dell'organizzazione aziendale (mezzi, attrezzature, risorse umane e immateriali) correlata all'ottenimento delle attestazioni SOA di cui si discute; né, per contro, la ricorrente fornisce puntuale e circostanziata evidenza dell'inadeguatezza e insufficienza delle risorse complessivamente indicate al fine di soddisfare il prestito del requisito. Peraltro, in analogia fattispecie è stata valorizzata nell'interpretazione del contenuto contrattuale – nell'ottica della completezza ed esaustività dell'avvalimento – la previsione dell'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione il “*requisito oggetto di avvalimento*”, cioè nella fattispecie le categorie OG3 VIII, OG7 VI, “*vale a dire gli elementi ed i requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA*” di cui è a seguire fornita l'elencazione (così Cons. di Stato, Sez. V, 12.11.2024, n. 9050).

In conclusione, il motivo non può essere accolto.

11. Con il terzo mezzo di gravame la ricorrente, premesso che l'aggiudicataria dovrebbe essere qualificata in categoria OG3 per l'intero valore del contratto e dunque in classifica IV, ai sensi dell'art. 92 del D.P.R. n. 207/2010 e 12 comma 2 del D.L. n. 47/2014, sostiene la nullità del contratto di avvalimento per indeterminatezza dell'oggetto. Quest'ultimo, difatti, non indicherebbe che l'aggiudicataria è carente di attestazione SOA in categoria OG3, classifica IV, ma solo che è carente di attestazione SOA nella categoria OG3, senza alcuna ulteriore specificazione, per cui mancherebbe l'indicazione delle risorse messe a disposizione ai fini dell'avvalimento in classifica III per l'esecuzione e in classifica IV per accedere al subappalto qualificante.

Inoltre, non essendovi avvalimento in classifica IV, sarebbe altresì illegittima la dimostrazione del possesso del requisito in categoria OS21 classifica II, perché l'aggiudicataria, non qualificata in categoria OG3 per una classifica pari all'intero valore dell'appalto, non avrebbe potuto ricorrere al subappalto qualificante.

Il motivo è infondato.

11.1 Dalla complessiva lettura della documentazione presentata in gara dall'aggiudicataria, risulta che il contratto di avvalimento e le dichiarazioni ex art. 104 del D.Lgs n. 36/2023 rese sia dall'impresa ausiliaria che dall'ausiliata comprendono l'attestazione SOA, categoria OG3, classifica VIII, che dunque è stata inclusa tra i requisiti messi a disposizione e acquisiti dall'impresa Batistini Costruzioni.

Ora, è vero che nel contratto di avvalimento si dà atto in premessa che la ditta ausiliata, *“sebbene tecnicamente ed economicamente organizzata, è carente del requisito relativo a Categoria: OG3, OG7”*, senza ulteriori specificazioni. Tuttavia, nella declinazione dei patti contrattuali, le parti convengono che *“l'impresa ausiliaria (...) consente alla ditta ausiliata di avvalersi del requisito concernente Categoria OG3 VIII, OG7 VI”*, sicché la messa a disposizione dei requisiti deve intendersi relativa anche a quest'ultima categoria e per la classifica menzionata. Ne consegue che l'ausiliata ha concesso in avvalimento all'aggiudicataria l'intero requisito della SOA OG3, VIII, tramite il prestito delle correlate risorse aziendali umane e materiali, consentendo così all'impresa Batistini Costruzioni di qualificarsi in termini finanche più capienti rispetto a quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara ai fini della partecipazione.

11.2 Coerentemente, nella *“Dichiarazione ai sensi dell'Art. 104 del D.Lgs 36/2023”* (cfr. doc. 7 della ricorrente), il Consorzio Stabile Appaltitalia ha dichiarato *“di possedere in qualità di Impresa Ausiliaria i requisiti necessari per la partecipazione alla gara di cui in oggetto e precisamente la OG3 VIII, OG7 VI (...)”* e *“di mettere a disposizione la OG3 VIII, OG7 VI, al concorrente BATISTINI COSTRUZIONI GENERALI S.r.l.”*.

11.3 Anche la corrispondente dichiarazione resa dall'aggiudicataria riporta la volontà di quest'ultima di avvalersi *“dei seguenti requisiti necessari per la partecipazione alla gara: attestazione SOA per la categoria OG3, OG7”*,

specificando anche “*per le categorie OG3 VIII, OG7 VI*” (cfr. doc. 7 della ricorrente).

Né emergono ragioni per ritenere che le risorse umane, aziendali e materiali messe a disposizione nel contratto di avvalimento non siano adeguate a consentire la messa a disposizione della SOA, OG3, classifica VIII, come già chiarito ai paragrafi che precedono.

11.4 Da quanto sopra consegue che la ricorrente è qualificata adeguatamente nella categoria OG3 in relazione all’oggetto dell’affidamento, perché la stessa ha acquisito tramite avvalimento detto requisito per la classifica VIII e, dunque, è legittimata alla partecipazione alla gara in questione che comprende lavorazioni per un importo rientrante nella classifica III, come richiesta dalla *lex specialis*.

12. Con il quarto motivo di ricorso, Engeco sostiene che il contratto di avvalimento, nella parte in cui mette a disposizione il requisito SOA nella categoria prevalente OG3 classifica IV – e non in III, che è la qualifica richiesta dall’Avviso per l’esecuzione delle opere in quella categoria – sarebbe finalizzato a consentire all’aggiudicataria di ricorrere al subappalto qualificante per le opere in categoria OS21 e, dunque, avrebbe natura di contratto di avvalimento di garanzia, ormai non più ammesso dall’art. 104 del D.Lgs. n.36/2003. In particolare, l’avvalimento sarebbe qui relativo non ad un requisito di esecuzione del contratto, ma ad un requisito di capacità finanziaria astratta, perché necessario soltanto per fruire della possibilità di qualificarsi tramite subappalto necessario nella categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria. A tale stregua, si tratterebbe di contratto di avvalimento nullo *in parte qua* perché il D.Lgs. n.36/2003 non prevedrebbe più, e quindi non consentirebbe, almeno limitatamente agli appalti sottosoglia di cui si discute nella fattispecie, l’avvalimento in funzione di garanzia.

Il motivo è infondato.

12.1 È utile muovere innanzitutto dalla distinzione concettuale tra avvalimento di garanzia e operativo, così come tracciata dalla consolidata giurisprudenza amministrativa condivisa dal Collegio, secondo cui “*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)*” (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 14.01.2022, n. 257; TAR Toscana, Sez. I, 15.05.2023, 486).

12.2 Nel caso di specie, il contratto di avvalimento indica che l'aggiudicataria è carente esclusivamente del requisito tecnico rappresentato dall'attestazione SOA e non fa alcun riferimento alla specifica messa a disposizione del fatturato dell'impresa al fine di consentire l'integrazione, in capo all'ausiliata, del requisito di capacità economica e finanziaria previsto dalla *lex specialis*. Il contratto medesimo, inoltre, contiene l'indicazione delle risorse aziendali umane, materiali ed esperenziali che hanno consentito all'ausiliaria di ottenere l'attestazione SOA oggetto del prestito, per cui è chiaramente modulato, sul piano dei contenuti, come avvalimento operativo e non di garanzia.

12.3 La circostanza che il requisito in questione non sia strettamente limitato all'integrazione “parziale” della SOA in possesso dell'aggiudicataria

(di classifica II), onde consentirle di raggiungere e coprire solo la classifica III necessaria all'esecuzione materiale dei lavori, è un dato che non vizia il contratto di avvalimento, né inficia l'aggiudicazione a favore dell'impresa Batistini Costruzioni che ne ha beneficiato. Quest'ultima, a bene vedere, ha acquisito una qualificazione maggiore rispetto a quella minima richiesta ai fini della partecipazione alla gara tramite avvalimento di un'attestazione SOA con classifica più elevata, senza che tale profilo sia stato oggetto di specifiche censure da parte della ricorrente o che siano state dedotte ragioni di illegittimità nella messa a disposizione di un requisito maggiore. Del resto, va rammentato che l'avvalimento della SOA in categoria OG3 è necessario alla ricorrente perché le consente di sopperire alla mancanza – sia pure “parziale” – del requisito in questione, essendo la stessa in possesso di una propria SOA OG3 in classifica II e, dunque, insufficiente ai fini del possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara.

Il motivo scrutinato non può dunque trovare accoglimento.

13. In conclusione, alla luce di quanto precede, il ricorso è complessivamente infondato e va respinto.

14. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Engeco S.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore delle parti costituite, che liquida in euro 2.000,00 (duemila//00) oltre Iva e accessori di legge per ciascuna di esse.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere

Valentina Caccamo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Valentina Caccamo

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO