

Publicato il 21/12/2021

N. 08486/2021REG.PROV.COLL.
N. 01704/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto numero di registro generale 1704 del 2021,
proposto da

Rim Tr s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Troisi e Daniele Sparano, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Fenix Consorzio Stabile società consortile a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Petrassi e Giampiero Proia, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Invimit Sgr - Investimenti Immobiliari Italiani Sgr s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Cerami e Angela Ruotolo, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, piazza dei Caprettari 70;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – Sede di Milano (sezione quarta), 12 febbraio 2021, n. 395, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Invimit Sgr - Investimenti Immobiliari Italiani Sgr s.p.a. e di Fenix Consorzio Stabile società consortile a r.l.;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2021 il consigliere Angela Rotondano, preso atto del deposito delle note di passaggio in decisione ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d. l. n. 28/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 70/2020, e richiamato dall'art. 25 d. l. n. 137/2020, convertito in l. 176/2020, del d.l. 183/2020, convertito in l. 21/2021, e del d.l. 44/2021, conv. in l. n. 76/2021, e data la presenza degli avvocati Proia e Petrassi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Rim Tr s.r.l., aggiudicataria (con determinazione n. 1495 del 3 agosto 2020) della procedura di gara indetta, ai sensi degli articoli 36, comma 2, lett. d) e 60 D.Lgs. n. 50/2016, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 4 maggio 2020, dalla Invimit Sgr - Investimenti Immobiliari Italiani Sgr s.p.a. (di seguito "*Invimit*") per la stipula dell'accordo quadro per la realizzazione degli interventi di manutenzione straordinaria finalizzata alla demolizione delle strutture fuori terra, sfalcio del verde, rimozione rifiuti soprasuolo e riordino generale dell'area denominata "Piazza d'Armi", nel Comune di Baggio, propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – Sede di Milano in epigrafe, di annullamento dell'aggiudicazione su ricorso del secondo classificato Fenix Consorzio Stabile società consortile a r.l.

1.1. Il ricorrente aveva in particolare lamentato: I) *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 83 comma 9 del D. Lgs. n. 50/2016 – Violazione dei principi di pubblicità, trasparenza e par condicio – Violazione e falsa applicazione dell’art. 89, del D. Lgs. n. 50/2016 – Violazione e falsa applicazione degli artt. 9 e 10 del Disciplinare di gara – Omessa e/o insufficiente motivazione, eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà”*; II) *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 89 del D. Lgs. n. 50/2016 – Violazione dei principi di pubblicità, trasparenza e par condicio – Violazione e falsa applicazione degli artt. 9 e 10 del Disciplinare di gara – Omessa e/o insufficiente motivazione, eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà”*.

2. La sentenza, ravvisata la fondatezza in via assorbente del primo motivo (con cui si era censurata la nullità del contratto di avvalimento per difetto di onerosità), ha ritenuto non utilizzabile per la qualificazione dell’aggiudicataria (attestazione SOA nella categoria OG12, classifica III-*bis*) il contratto di avvalimento cui quest’ultima ha fatto ricorso con l’ausiliaria Progest s.p.a., a causa dell’assenza di un corrispettivo a favore di quest’ultima e dell’impossibilità di ravvisare un interesse patrimoniale indiretto della stessa ausiliaria nel contrapposto impegno della Rim Tr a subappaltare parte dei lavori, nei limiti consentiti dalla legge, a causa del fatto che la concorrente non poteva ritenersi a ciò vincolata.

3. Nel proprio appello la Rim Tr censura la statuizione di accoglimento del ricorso; ne chiede dunque la riforma per i seguenti motivi: *“I. Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell’art. 89, co.1, D.Lgs. n. 50/2016; II. Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell’art. 89, co.3 e co. 5, D.Lgs. n. 50/2016”*.

4. Si sono costituiti, rispettivamente in resistenza e in adesione, l’originario ricorrente Fenix Consorzio Stabile (il quale ha riproposto ai sensi dell’art. 101, comma 2, cod. proc. amm. le censure non esaminate e assorbite dalla sentenza) e la stazione appaltante Invimit.

Con ordinanza n. 1575 del 26 marzo 2021 l'istanza cautelare è stata accolta, ricorrendone i presupposti di *fumus* e *periculum*, ai fini del mantenimento della *res adhuc integra*.

All'udienza pubblica del 15 luglio 2021 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

5. La sentenza appellata, in accoglimento del ricorso della seconda classificata, ha annullato l'aggiudicazione della gara indetta da Invimit per l'affidamento di un accordo quadro per la realizzazione di interventi di manutenzione straordinaria nella Piazza d'Armi del Comune di Baggio alla Rim, ritenendo che il contratto di avvalimento con l'ausiliaria non fosse oneroso. Ad avviso del primo giudice, infatti, il corrispettivo non poteva essere individuato né nel subappalto né nel contratto di noleggio, perché dalle previsioni contrattuali non scaturiva alcun obbligo a carico dell'ausiliata e corrispondente diritto di credito a favore dell'ausiliaria: di conseguenza, poiché, secondo il tribunale, la concorrente non si era effettivamente vincolata (neppure in modo condizionato) a subappaltare parte delle prestazioni oggetto di gara e il contratto di noleggio (il cui corrispettivo non era stato quantificato né reso quantificabile dalle parti contraenti) costituiva mera eventualità, di modo che, con riferimento ad esso *“nessun interesse patrimoniale concreto ed effettivo riferibile all'ausiliaria può ravvisarsi nel contratto di avvalimento”*, quest'ultima verrebbe a trovarsi *“rispetto all'effettiva attivazione degli indicati contratti, in una posizione di mera aspettativa non tutelata, dalla quale non scaturisce un interesse certo ed effettivo”*.

6. La Rim Tr sostiene che l'accoglimento del ricorso del Consorzio Fenix sarebbe errato, in considerazione del fatto che il contratto di avvalimento con la Progest prevede l'impegno di quest'ultima a prestare il proprio apparato organizzativo per l'esecuzione dell'appalto e a tal fine contiene l'indicazione puntuale dei mezzi aziendali messi a disposizione dell'aggiudicataria: ciò sarebbe sufficiente a rispettare l'art. 89, comma 1, del codice dei contratti pubblici e lo scopo tipico dell'avvalimento, consistente nel colmare il difetto di qualificazione del concorrente. Per l'appellante la sentenza avrebbe inoltre

errato nell'apprezzare la validità dell'avvalimento con riguardo al rapporto tra concorrente ed ausiliario, e dunque nel considerare determinante un impegno del primo a subappaltare al secondo parte dei lavori onde inferire da ciò l'esistenza di un interesse patrimoniale a sostegno del prestito di mezzi e risorse aziendali. Del pari la sentenza sarebbe errata per avere escluso la serietà dell'avvalimento per via dell'assenza di un corrispettivo a favore dell'ausiliario.

7. Le censure così sintetizzate sono fondate ed assorbenti rispetto a quelle ulteriormente svolte nell'appello.

7.1. La Sezione ha di recente rammentato che *“Per costante giurisprudenza amministrativa, la ravvisabilità nel contratto di avvalimento di un interesse economico riferibile all'ausiliaria è garanzia dell'effettività dell'impegno da questa assunto e, conseguentemente, della concreta titolarità dei requisiti di partecipazione alla gara in capo all'ausiliata. Più in particolare, si afferma che “il contratto di avvalimento è un contratto tipicamente oneroso e, qualora in sede contrattuale non sia stabilito un corrispettivo in favore dell'ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale un interesse - di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale - che abbia indotto l'ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità (così, Adunanza plenaria 4 novembre 2016, n. 23, nonché in seguito Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2018, n. 2953). Invero, “l'onerosità del contratto è ritenuta indice della effettiva concessione delle risorse da parte dell'ausiliaria a favore della concorrente, e, per questo, idoneo (unitamente alla determinatezza del contenuto contrattuale) a fugare i dubbi sul carattere meramente formale della disponibilità delle risorse che spesso circondano il ricorso all'avvalimento per l'acquisizione dei requisiti di partecipazione mancanti da parte di un concorrente” (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1074)” (così Cons. Stato, V, 17 settembre 2021, n. 6347, resa in analogia fattispecie di asserita nullità dei contratti di avvalimento, ritenuta dal tribunale, per mancata indicazione negli stessi del corrispettivo da versare in favore dell'ausiliaria a garanzia degli impegni da essa assunti, in assenza di ulteriori elementi da cui poter desumere l'eventuale interesse non economico (c.d.*

“avvalimento interno”) meritevole di tutela agli stessi sotteso, nonché di criteri di predeterminazione del corrispettivo).

La giurisprudenza ha così escluso l'automatica invalidità del contratto di avvalimento privo dell'espressa indicazione di un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria o mancante dei criteri per la sua predeterminazione, ogni qualvolta dal tenore dell'accordo possa comunque individuarsi l'interesse patrimoniale dell'ausiliaria (che l'ha indotta ad assumere le relative obbligazioni e le connesse responsabilità), interesse che può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo (in tal senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018 n. 2953; nello stesso senso, *ex multis*, 20 luglio 2016, n. 3277; 25 gennaio 2016, n.242; C.G.A.R.S., 21 gennaio 2015 n. 35).

In definitiva la nullità dei contratti di avvalimento non può farsi discendere dalla carenza di un corrispettivo predeterminato o dalla mancanza di criteri per la sua predeterminazione, non potendo estendersi alle pattuizioni relative al compenso l'onere di specificazione di cui all'art. 89, comma 1, ultima parte, Codice dei contratti pubblici, che riguarda esclusivamente i requisiti e le risorse messe a disposizione. La giurisprudenza ha infatti rilevato al riguardo che l'indicazione del preciso ammontare del corrispettivo *“esula dalle prescrizioni imposte al contratto di avvalimento (...), essendo piuttosto frutto di una impropria estensione analogica al caso di specie delle speciali prescrizioni dettate per il c.d. ‘avvalimento operativo’ (relativo cioè a personale, mezzi ed attrezzature che devono essere puntualmente individuati - ed indicati nell’offerta - proprio al fine di dimostrare l’affidabilità dell’impegno assunto dall’impresa ausiliaria)”* (Cons. Stato, V, 27 gennaio 2021, n. 806).

È invece essenziale verificare l'effettiva sussistenza della causa concreta del contratto di avvalimento al fine di accertare se l'operazione negoziale arrechi effettivamente il possesso di quei requisiti di cui la concorrente è priva sì da garantire la stazione appaltante sull'affidabilità dell'aggiudicatario in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto: pertanto la nullità del contratto di

avvalimento per mancanza del requisito dell'onerosità potrà dichiararsi solo allorquando non sia ravvisabile una *“ragione pratica giustificativa”* del contratto o un interesse meritevole di tutela ad esso sotteso. In tale contesto, la prova dell'onerosità del contratto non richiede dunque che sia dimostrata l'esistenza di un corrispettivo predeterminato (*id est*: l'incremento economico a fronte della prestazione dell'ausiliaria), ma che sussista il rapporto di sinallagmaticità tra le diverse prestazioni previste a carico delle parti.

7.2. Alla luce dei su riportati principi, non può qui dubitarsi dell'onerosità dei contratti di avvalimento in parola: le su indicate condizioni sono infatti presenti nella fattispecie, a termini del chiaro tenore della dichiarazione dell'impresa ausiliaria che evidenzia, sotto il profilo sinallagmatico, l'utilità economica immediata della stessa ad assumere gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento.

7.3. In punto di fatto, va anzitutto evidenziato come la concorrente Rim Tr, nel riscontrare la richiesta di chiarimenti del Rup su quale fosse l'interesse dell'ausiliario alla stipulazione del contratto di avvalimento in questione, evidenziava che l'interesse patrimoniale sotteso al contratto di avvalimento era rappresentato, per un verso, *“dal subappalto di parte delle opere rientranti nella categoria OG12, così come previsto al punto 8 del contratto di avvalimento, laddove è stato espressamente previsto che l'ausiliaria è titolata ad assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti di legge”* e, per altro verso, *“dai contratti di noleggio delle attrezzature e dei macchinari che la società ausiliata dovrà stipulare con l'ausiliaria per tutte quelle opere che non costituiscono oggetto di subappalto”*.

7.4. A fronte di tali dichiarazioni correttamente Invimit riteneva sussistente l'interesse patrimoniale sotteso al contratto di avvalimento e disponeva l'aggiudicazione della gara all'odierna appellante. Le statuizioni impugnate non sono pertanto condivisibili laddove hanno escluso che l'onerosità del contratto di avvalimento potesse evincersi dalle previsioni negoziali in tema di subappalto o dal riferimento alla successiva stipula di contratti di noleggio per l'uso dei mezzi e attrezzature messi a disposizione dall'ausiliaria.

7.5. Come deduce la Rim Tr l'assenza nel contratto di un corrispettivo economico predeterminato a favore dell'ausiliaria non è innanzitutto indice di non serietà dell'avvalimento. Il profilo (come pure quello relativo alla garanzia per il soggetto ausiliario del rispetto delle future obbligazioni contrattuali da parte della concorrente, che non figura, in base alla disciplina normativa, tra gli elementi del contratto di avvalimento), attinente ai rapporti interni al rapporto di avvalimento, cui è estranea la stazione appaltante, è normativamente irrilevante per l'istituto, la cui funzione è invece quella di integrare la qualificazione mancante del concorrente, consentendone la partecipazione alla gara. A questo scopo, il sopra citato art. 89, comma 1, del codice dei contratti pubblici richiede che siano indicate in modo specifico i mezzi aziendali che l'ausiliario mette a disposizione del concorrente per l'esecuzione dell'appalto.

7.6. A questo obbligo non si sono sottratte l'odierna appellante e l'ausiliaria Progest, come pacificamente si ricava dall'esame del contratto tra loro intercorso, in cui, oltre al requisito oggetto di avvalimento, sono indicati in modo analitico le attrezzature e tutte le altre risorse aziendali che la prima è abilitata ad utilizzare in fase esecutiva, attraverso un impegno chiaro e coercibile, costituente per la stazione appaltante garanzia sufficiente per la corretta esecuzione dell'appalto. L'ausiliaria ha messo infatti a disposizione della concorrente il proprio apparato organizzativo, così assumendo la connessa responsabilità solidale ai sensi dell'art. 89 comma 5 del d.lgs. 50/2016 nei confronti della stazione appaltante. Il contratto prevede, inoltre, che *“l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati”*, senza che possa rilevare in senso opposto la mancata previsione nel contratto di clausole volte a sanzionare il mancato rispetto, da parte della concorrente, dell'impegno ad affidare all'ausiliaria, in regime di subappalto, le prestazioni oggetto del contratto medesimo.

Ad ogni modo ogni questione concernente il subappalto tra concorrente aggiudicatario ed ausiliario esula dagli accertamenti demandati alla stazione

appaltante in sede di procedura di gara ed attiene in via esclusiva alla fase esecutiva. Per converso – e questo costituisce profilo dirimente- non può disconoscersi il sotteso interesse patrimoniale - concreto, attuale ed effettivo- dell'ausiliaria alla stipulazione del contratto di avvalimento, consistente nella prospettiva di stipulare i contratti di noleggio per attrezzature e mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto e di eseguire in subappalto, all'interno dell'avvalimento, alcune prestazioni contrattuali nei limiti dei requisiti prestati.

7.7. Alla luce delle previsioni contrattuali, deve dunque escludersi che il contratto di avvalimento in questione difetti di una causa concreta, intesa come ragione pratica giustificativa e funzionale dell'operazione economica complessivamente e unitariamente considerata, da cui emerge infatti l'interesse patrimoniale (diretto e indiretto) dell'ausiliata e dell'ausiliaria alla stipula del contratto di avvalimento: per la prima la possibilità di partecipare alla gara, colmando il difetto di qualificazione con il prestito dei requisiti oggetto di avvalimento; per la seconda l'esecuzione di parte dei lavori in subappalto e il noleggio dei mezzi, ritraendone così le corrispondenti utilità economiche, senza che sia necessaria allo scopo l'indicazione di un corrispettivo predeterminato, dal quale non può affatto inferirsi, come ritenuto dall'appellata sentenza, la carenza di un interesse patrimoniale, che è invece derivante dal fatto che, nell'ambito del rapporto contrattuale così delineato, espressione di autonomia negoziale, ciascuna parte riceve uno specifico vantaggio in cambio della sua prestazione.

7.8. Alla luce della sinallagmaticità e della natura patrimoniale del noleggio e del subappalto, l'interesse delle parti del negozio di avvalimento (in specie dell'ausiliaria) non è affatto inesistente, incerto o implausibile né meramente ipotetico o eventuale.

7.9. Al contempo, non può dirsi che l'ausiliaria venga a trovarsi rispetto alla stipula di detti contratti (di subappalto e noleggio) in una situazione di mera aspettativa giuridicamente non tutelata: dopo l'aggiudicazione della gara essa può infatti essere sostituita solo dalla stazione appaltante, ove non soddisfi i

requisiti prescritti e negli altri casi previsti dall'art. 89, comma 3, del d.lgs. 50/2016, risultando invece cristallizzata e imm modificabile la sua posizione ad opera della concorrente ausiliata la cui partecipazione alla gara è e rimane condizionata al prestito effettivo dei requisiti oggetto di avvalimento, alla messa a disposizione dell'apparato organizzativo da parte dell'ausiliaria e all'assunzione della responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante. In altri termini, è proprio l'impegno prestato dall'ausiliaria a prestare i requisiti mancanti (e che hanno consentito all'appellante di aggiudicarsi la gara) a rappresentare per la stessa ausiliaria garanzia e presupposto di legittimazione alla stipula del contratto di noleggio e all'affidamento dei lavori in subappalto.

8. Va a questo punto esaminato il secondo motivo del ricorso di primo grado, assorbito dalla sentenza e riproposto dal Consorzio Fenix ai sensi dell'art.101, comma 2 c.p.a., con cui si è censurata la genericità dell'indicazione dei mezzi messi a disposizione dall'ausiliaria, che non sarebbe esaustiva né dal punto di vista quantitativo né sotto il profilo qualitativo, non essendo specificato, tanto nel contratto quanto negli allegati o nell'ulteriore documentazione di gara, il numero, la specifica tipologia dei mezzi messi a disposizione e neppure se questi siano effettivamente nella disponibilità dell'ausiliaria. A ciò conseguirebbe secondo l'originaria ricorrente l'indeterminatezza e indeterminabilità del contratto di avvalimento.

8.1. Anche tale motivo non è fondato.

8.2. Al riguardo deve, in primo luogo, rilevarsi che è ammissibile l'avvalimento anche quanto alla certificazione SOA, purché la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri

elementi aziendali qualificanti (così in termini Consiglio di Stato, Sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543).

8.2. Orbene, tanto premesso, il contratto di avvalimento stipulato tra la Rim e la Progest prevede (al punto 2) l'impegno della società ausiliaria a mettere a disposizione, sia dell'ausiliata, sia della stazione appaltante per tutta la durata dell'appalto, oltre al requisito oggetto di avvalimento, quanto segue: “- *Know-how tecnologico e di tutto lo staff tecnico, come centro di sviluppo, attraverso un costante coordinamento; - Il numero di tecnici necessari per le varie tipologie di lavoro, assunti con contratto da distacco, quali: n. 1 ingegnere, n. 1 architetto, n. 1 geometra; - Le attrezzature necessarie all'esecuzione dell'opera, attraverso contratto di noleggio, quali: martelli demolitori elettrici, puntelli varie misure, badili, secchi, attrezzatura minuta, ecc; - I mezzi necessari all'esecuzione dell'opera, attraverso contratto di noleggio, quali: camion con scarrabili, escavatori, mini-escavatori, furgoni attrezzati, Bob- Cat ecc.*”. Il contratto di avvalimento precisa, altresì, che tale impegno “*decorre dalla data del presente contratto fino all'occorrenza*” (cfr. punto 3).

8.3. Alla luce di tali pattuizioni, ritiene il Collegio che nel caso di specie, con il contratto di avvalimento in questione, l'impresa ausiliaria abbia messo a disposizione dell'ausiliata la sua attestazione SOA complessivamente considerata e, insieme ad essa, il proprio apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) nella misura necessaria all'esecuzione del contratto, come sopra indicato. Pertanto, la mancata indicazione del numero e della specifica tipologia di mezzi concretamente messi a disposizione dell'ausiliaria non scalfisce la serietà dell'avvalimento e degli impegni ivi assunti né viola l'obbligo di determinazione e specificazione “*in modo compiuto, esplicito ed esauriente*” delle risorse e dei mezzi prestati, ai sensi dell'art. 88, comma 1, lett. a), del d.p.r. n. 207 del 2010.

8.4. Giova infatti evidenziare che il contratto di avvalimento va interpretato “*secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e buona fede delle clausole contrattuali (così adunanza plenaria 4 novembre 2016 n. 23), poiché il risultato ultimo dell'indagine è verificare se la specificazione delle risorse prestate soddisfa l'obbligo*”

imposto dal codice dei contratti pubblici di porre la stazione appaltante in condizione di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall' ausiliaria nei confronti della concorrente e di verificare che la messa a disposizione in sede di gara non sia meramente cartolare corrispondendo, invece, ad una prestazione effettiva di attività ed i mezzi da un'impresa all'altra” (così Consiglio di Stato, Sez. V, 2 settembre 2019 n. 6066); nell'interpretazione del contratto di avvalimento, dovrà poi necessariamente tenersi conto dello specifico appalto e del contenuto delle prestazioni del contratto oggetto di affidamento, al fine di valutare l'effettiva idoneità dell'istituto ad assolvere alla sua funzione di legge.

8.5. In applicazione dei su indicati principi, deve allora considerarsi che il contratto oggetto di affidamento è un *accordo quadro* remunerato *a misura*, nell'ambito del quale, pertanto, il corrispettivo offerto costituirà, come precisato dallo schema di contratto allegato, *“l'importo massimo che potrà essere corrisposto al Contraente sulla base dell'applicazione dei prezzi unitari, come risultanti dal ribasso offerto dall'aggiudicatario, alle attività effettivamente svolte sulla base di quanto disposto dal Committente con il Contratto attuativo”*.

8.6. Alla luce della tipologia di lavori oggetto di accordo quadro (nel cui ambito l'individuazione e il dettaglio delle risorse messa a disposizione deve essere considerato quale *“limite massimo”* nel caso in cui dovessero essere realizzate tutte le prestazioni che ne sono oggetto) e considerata quindi, per un verso, l'impossibilità di aprioristiche determinazioni circa l'esatto quantitativo della prestazioni che l'affidatario sarà chiamato a rendere, per altro verso tenuto altresì conto, nell'ambito della complessiva esecuzione dell'appalto, dell'obiettiva marginalità delle prestazioni di trasporto (incidenti nelle lavorazioni oggetto della richiesta categoria OG12 in misura pari ad appena il 16% del valore complessivo dell'accordo quadro), la mancata indicazione dell'esatto numero o della specifica tipologia di mezzi messi a disposizione dell'ausiliata non assume valenza decisiva ai fini della validità del contratto di avvalimento e della valutazione della serietà degli impegni ivi assunti dall'ausiliaria.

8.8. Rileva, invece, che il contratto di avvalimento contenga l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare il proprio apparato organizzativo; indichi i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto; preveda la diretta assunzione della responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante; garantisca, da un lato, una maggiore affidabilità e, dall'altro lato, un concreto supplemento di responsabilità.

8.9. In definitiva, l'avvalimento in questione rispetta appieno quanto richiesto dall'art. 89, co. 1, D. Lgs. n. 50/2016, a mente del quale l'operatore economico, che intende avvalersi delle capacità di altri soggetti, deve allegare *"(...) il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto"*.

Nel caso oggetto di giudizio, non è dubitabile l'effettiva concessione delle risorse da parte dell'ausiliaria a favore della concorrente; né rileva la mancata quantificazione, diretta o per eterointegrazione del contratto di avvalimento, del corrispettivo per il noleggio di materiali ed automezzi, dal quale, per le ragioni sopra esposte, non può di suo inferirsi la mancanza dell'interesse patrimoniale dell'impresa ausiliaria.

9. Per le ragioni esposte l'appello deve quindi essere accolto, per cui in riforma della sentenza di primo grado il ricorso del Consorzio Stabile Fenix va respinto.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti per la natura e particolarità delle questioni controverse.

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 impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, convertito in l. 176/2020, come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. e) d.l. 44/2021, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO