



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 al numero di registro generale 3054 del 2021, proposto da

Ministero della Difesa, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***contro***

Gentlemen'S s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Di Lullo, Lorenzo Aureli e Enrico Giuseppe Detta, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

Cravattificio Bleve s.r.l., non costituita in giudizio;

***per la riforma***

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 02113/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gentlemen'S s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2021 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti l'avvocato Marco Di Lullo e l'avvocato dello Stato Gesualdo D'Elia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana il 12 maggio 2020, il Ministero della difesa – Direzione generale di commissariato e servizi generali (Commiservizi) indiceva una procedura di gara, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, per l'affidamento del contratto di fornitura di materiale di vestiario, casermaggio e tende delle Forze armate.

La procedura era ripartita in 14 lotti; il presente giudizio ha ad oggetto il lotto n. 3, relativo alla fornitura di sciarpe a rete policrome in fibra acrilica e di sciarpe desertiche.

1.1. Alla procedura di gara partecipava Cravattificio Bleve s.r.l., la quale, per essere carente dei requisiti di capacità economica e finanziaria (di cui all'art. 7.2. del disciplinare di gara: “...*b) Fatturato globale medio annuo, riferito agli ultimi n. 3 esercizi finanziari disponibili; c) Fatturato specifico medio annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto, riferito agli ultimi n. 3 esercizi finanziari disponibili*”) e tecnica – professionale (di cui all'art. 7.3.: “...*d) Esecuzione negli ultimi tre anni delle seguenti forniture analoghe. Il concorrente deve avere*”

*eseguito nell'ultimo triennio forniture analoghe all'oggetto del lotto di interesse*”), si avvaleva della società Teseo s.p.a. e della società Ties Manifatture s.r.l..

Nei contratto di avvalimento, entrambi stipulati il 15 giugno 2020, le parti davano atto che l'impresa avvalente intendeva servirsi dell'ausiliaria limitatamente ad una fase di lavorazione, che, per la Teseo s.p.a. era quella della tessitura delle sciarpe desertiche, mentre per la Ties Manifatture s.r.l. era la fase del taglio e confezionamento delle sciarpe a rete in fibra e delle sciarpe desertiche, e che per questo (art. 2 – Requisiti, capacità e risorse tecniche e umane oggetto di avvalimento) era “*autorizzata ad utilizzare i requisiti, la capacità, le risorse tecniche ed umane, le procedure e l'organizzazione certificata ISO 9001 posseduti in proprio dall'impresa ausiliaria. Ed in particolare: - la capacità progettuale e di sviluppo, la quale sarà inoltre integrata con il know – how dell'azienda ausiliata che può vantare una consolidata esperienza nel settore tessile; - lo stabilimento di produzione citato in premessa; - le attrezzature e macchinari descritti nell'elenco allegato alla documentazione di gara ed al presente contratto; - le capacità tecniche ed industriali; - il personale necessario per l'esecuzione delle suddette attività produttive*”.

Allegato al contratto nel caso di Teseo s.p.a. e in calce al contratto nel caso di Ties Manifatture s.r.l. era, infatti, l' “*Allegato 1*”, che secondo la specificazione in calce ai contratti conteneva rispettivamente “*Elenco dei macchinari ed attrezzature produttive per la produzione del tessuto delle sciarpe desertiche messi a disposizione della Teseo s.p.a.*” e “*Elenco dei macchinari ed attrezzature produttive per la confezione delle sciarpe messi a disposizione dalla Ties Manifatture s.r.l.*”.

1.2. Con nota del 28 luglio 2020, adottata a seguito della delibera assunta dalla commissione giudicatrice con verbale del 23 luglio 2020, il R.u.p. avviava soccorso istruttorio *ex art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50* a beneficio di Cravattificio

Bleve s.r.l. in ragione di varie irregolarità riscontrate nella documentazione amministrativa presentata a corredo dell'offerta e, precisamente: la contraddittorietà della dichiarazione contenuta nel DGUE parte IV sez. C punto 10 di volere subappaltare la fase di tessitura delle sciarpe a rete con l'ulteriore dichiarazione, di cui alla parte II, sez. D del medesimo documento nel quale era escluso il subappalto; - la discrasia tra contratto di avvalimento e dichiarazione di avvalimento poiché nel secondo, a differenza che nel primo, era dichiarato oggetto di prestito da parte dell'ausiliaria solo il requisito tecnico della fase di tessitura delle sciarpe e non anche i requisiti economici finanziari del fatturato globale e specifico e tecnico organizzativo delle forniture analoghe; - il generico riferimento contenuto in entrambi i contratti di avvalimento alle risorse umane che l'impresa ausiliaria metteva a disposizione dell'impresa ausiliata senza alcuna specificazione delle stesse; - la carenza della dichiarazione relativa alle procedure concorsuali da parte dell'ausiliaria Teseo s.p.a..

1.3. In ottemperanza al soccorso istruttorio attivato dalla stazione appaltante Cravattificio Bleve s.r.l. inviava due note nelle quali specificava, rispettivamente per Teseo s.p.a. e per Ties Manifatture s.r.l. le risorse poste a disposizione per l'esecuzione della lavorazione (e, così, in relazione alla prima ausiliaria, erano indicati per *“la produzione del tessuto occorrente alla confezione delle sciarpe desertiche”*, *“n. 1 impiegato, n. 3 operai addetti alla tessitura, n. 3 operai capi telaio, n. 1 operaia addetta alla specola”*, mentre per la seconda, per *“il taglio e confezionamento delle sciarpe (nelle due tipologie)”* erano indicati *“n. 1 dirigente, n. 1 impiegati amministrativi, n. 2 operai addetti al taglio, n. 12 operai addetti alla confezione, n. 1 operaio addetto al controllo qualità finale ed imballaggio”*).

Ritenendo assolte le richieste formulate in sede di soccorso istruttorio con la documentazione trasmessa, la stazione appaltante, con decreto del 22 settembre 2020 aggiudicava il lotto 3 a Cravattificio Bleve s.r.l..

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio Gentlemen'S s.r.l., seconda graduata, impugnava il provvedimento di aggiudicazione sulla base di due motivi con i quali, sostanzialmente, sosteneva che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la controinteressata dalla procedura di gara per nullità dei contratti di avvalimento considerata la mancata specifica indicazione delle risorse umane poste a disposizione. La stazione appaltante, pertanto, non avrebbe dovuto ammetterla al soccorso istruttorio.

2.1. Si costituivano il Ministero della difesa e Cravattificio Bleve s.r.l. che concludevano per il rigetto del ricorso; il giudice di primo grado, con la sentenza della sezione prima bis, del 22 febbraio 2021, n. 2113, accoglieva il ricorso ed annullava i provvedimenti impugnati.

Il tribunale:

- preliminarmente qualificava il contratto di avvalimento come di carattere tecnico – operativo donde la necessità della specificazione ed indicazione dei mezzi messi a disposizione dell'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto, come, peraltro, espressamente imposto dall'art. 8 del disciplinare di gara;
- riteneva, quindi, i contratti di avvalimento prodotti in sede di gara lacunosi quanto all'indicazione delle risorse umane messe a disposizione, essendo presente solo il *“generico e tautologico riferimento al “personale necessario per l'esecuzione delle suddette attività produttive”*;
- aggiungeva che la genericità dei contratti di avvalimento non era superabile mediante soccorso istruttorio poiché le dichiarazioni fornite ad integrazione dei contratti di avvalimento non erano preesistenti, ma formate successivamente alla richiesta della stazione appaltante;

- in conclusione, assumeva che la rilevata genericità rendeva l'oggetto del contratto indeterminato ed indeterminabile con conseguente sua nullità radicale e, operando questa *ab origine*, carenza del requisito di capacità oggetto di avvalimento sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione

3. Propone appello il Ministero della difesa; si è costituita Gentlemen'S s.r.l. mentre Cravattificio Bleve s.r.l., pur regolarmente citata, è rimasta intimata.

L'appellata ha depositato memoria *ex art. 73*, comma 1, cod. proc. amm..

All'udienza del 4 novembre 2021, la causa è stata trattenuta in decisione

4. L'appello del Ministero è articolato in unico motivo (privo di rubrica, ma ammissibile perché risultano chiare le critiche rivolte alla sentenza di primo grado), nel quale si assume che, contrariamente a quanto reputato dal giudice di primo grado, i contratti di avvalimento fossero validi perché era negli stessi contenuto l'impegno delle società ausiliarie a mettere a disposizione del Cravattificio Bleve s.r.l., oltre ai macchinari per le fase di lavorazione da realizzare, anche il "*personale necessario per l'esecuzione delle suddette attività produttive*", per cui la richiesta avanzata in sede di soccorso istruttorio era diretta ad ottenere un mero chiarimento di quanto già sufficientemente indicato nei contratti, e non, invece, a consentire un'integrazione di un elemento essenziale che risultava mancante *ab origine*.

Rammenta, poi, gli insegnamenti di questa Sezione e, segnatamente, la sentenza del 7 settembre 2020, n. 5370 nella quale si è già precisato che l'onere di specificità richiesto ai contraenti nella determinazione dei mezzi aziendali messi a disposizione non può eccedere i limiti di ragionevolezza, oltre che i criteri di ordine civilistico per ritenere validamente assunta un'obbligazione contrattuale.

5. Il motivo è fondato; la sentenza di primo grado va integralmente riformata.

5.1. I contratti di avvalimento stipulati rientravano nella tipologia dell'avvalimento c.d. operativo poiché le ausiliarie si impegnavano a prestare requisiti di capacità tecnico – professionale (giurisprudenza costante, cfr. per tutte Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2020, n. 6932; V, 21 febbraio 2020, n. 1330).

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

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

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

5.2. Dai contratti di avvalimento stipulati da Cravattificio Bleve s.r.l. si evince chiaramente che il concorrente intendeva avvalersi di altra impresa per l'integrale esecuzione di una fase della lavorazione delle sciarpe oggetto della fornitura e precisamente della Teseo s.p.a. per la fase di produzione del tessuto ("tessitura") e della Ties Manifatture s.r.l. per la fase di taglio e confezionamento.

Con questo non si determinava la conclusione di un contratto di subappalto, anziché di un contratto di avvalimento, poiché, come noto, nel subappalto il terzo contraente assume l'incarico di eseguire una parte della prestazione promessa dall'appaltatore all'amministrazione, laddove, invece, nel caso in esame, è solo una fase della quale si compone la prestazione che è demandata all'ausiliaria, con la conseguenza che è solamente l'impresa avvalente che rimane la controparte contrattuale della stazione appaltante, mentre l'ausiliaria si limita a mettere a disposizione le risorse e i mezzi di cui l'ausiliaria è carente per l'esecuzione della particolare fase della lavorazione fermo restando la responsabilità solidale nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice

(cfr. per vicenda analoga, Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1330 e le sentenze ivi richiamate, in precedenza per ampie riflessioni sul tema cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2014, n. 2675).

5.3. Il passaggio successivo è il seguente: se è vero che alle ausiliarie era demandata l'esecuzione di un'intera fase della lavorazione necessaria per il confezionamento dei beni oggetto di fornitura, è evidente per logica, oltre che ricavabile dal contenuto complessivo del contratto stipulato, che le ausiliarie avrebbe impegnato in siffatta lavorazione l'intera loro azienda; in definitiva, cioè, quel che veniva posta a disposizione dell'operatore economico concorrente era l'intero complesso aziendale dell'ausiliaria che si sarebbe integrato con quello dell'impresa avvalente per la realizzazione del prodotto oggetto della commessa.

Si tratta, in sostanza, di una di quelle fattispecie (cui può essere assimilato, tra gli altri, quello dell'avvalimento di una attestazione SOA) in cui l'avvalimento implica l'acquisizione della concreta disponibilità dell'intero complesso produttivo del soggetto avvalso o di parte di questo; tale risultato si potrebbe ottenere con un contratto di affitto di azienda o di ramo di azienda, ma la peculiarità di questa modalità di collaborazione tra imprese, che fa transitare l'avvalimento nell'anticipità o, come altri dice, nella transitività, sta nel fatto che non si verifica il trasferimento definitivo dell'azienda, ma solo, appunto, una sua temporanea e parziale messa a disposizione per la singola gara e per il tempo necessario all'esecuzione del contratto d'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2018, n. 1698).

5.4. In questi casi è rispettato l'onere di specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione di cui all'art. 89, comma 1, ult. per. d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 se nelle clausole contrattuali risultino chiaramente indicati gli obblighi assunti

dalle imprese contraenti tra loro e nei confronti della stazione appaltante, e l'elencazione delle risorse umane (senza che sia necessaria una loro indicazione nominativa o anche solo per qualifiche possedute) come pure dei mezzi tecnici di cui si compone il complesso aziendale dell'ausiliaria serve solamente a dimostrare la consistenza effettiva dell'azienda oggetto del prestito (cfr. in questa ottica Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1514); in quanto tale, peraltro, ricavabile anche da documentazione allegata al contratto, e non necessariamente inserita nelle clausole contrattuali, dimodoché per la sua carenza possa dirsi indeterminato il contenuto del contratto.

A differenza di quanto avviene nel caso di avvalimento che abbia ad oggetto un singolo elemento della produzione, infatti, si realizza qui una forma di collaborazione tra due imprese mediante l'integrazione dei complessi aziendali di ciascuna nell'ambito dell'unitario processo produttivo del bene oggetto di fornitura.

Se è vero, allora, che la necessità della dettagliata elencazione delle risorse messe a disposizione (e dei requisiti forniti) è richiesta dal legislatore per evitare che il contratto di avvalimento si risolva in una "scatola vuota" ossia in un trasferimento documentale cui non corrisponde un reale intervento dell'ausiliario nella esecuzione dell'appalto, qui è da escludere in partenza che la collaborazione sia fittizia o che il prestito sia meramente cartolare, poichè le parti stesse hanno dichiarato, l'una, di non avere la capacità tecnica di eseguire una fase della lavorazione (e per questo di avvalersi dell'altra) e l'altra la disponibilità ad eseguirla.

5.5. Alla luce delle esposte considerazioni, si può giungere alla conclusione del ragionamento: contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, i contratti di avvalimento conclusi da Cravattificio Bleve s.r.l., erano validi e non nulli perché il loro oggetto era determinato per aver le parti contraenti chiaramente esposto che

il personale tecnico – produttivo e i macchinari e le attrezzature dell'ausiliaria sarebbe stato impiegato a favore dell'ausiliata nell'esecuzione di quella fase della lavorazione che quest'ultima non era in grado di eseguire (decisivo appare il contenuto dell'art. 2 dei contratti, già precedentemente riportato).

L'elencazione del numero dei dipendenti impiegati (come la loro ripartizione in relazione alle diverse sotto-fasi dalla lavorazione), unitamente all'elenco dei macchinari era a conferma della capacità dell'ausiliaria di portare a compimento l'impegno assunto.

5.6. E' possibile, allora, convenire con il Ministero appellante nel senso che il soccorso istruttorio attivato dal R.u.p. non fosse diretto ad ottenere l'integrazione del contenuto contrattuale, già determinato per quanto in precedenza detto, ma solo la trasmissione di ulteriore documentazione, estranea allo stretto contenuto contrattuale, ritenuta dall'amministrazione indispensabile, non per dire validamente assunto l'impegno da parte dell'ausiliaria ma a dimostrazione della capacità di quest'ultima di potervi far fronte.

È vero, dunque, come ricorda l'appellata nella sua memoria, che per giurisprudenza consolidata non è possibile sanare le lacune del contenuto dei contratti di avvalimento mediante il ricorso al soccorso istruttorio poiché la genericità del contenuto o, comunque, l'indeterminatezza dell'oggetto, determina la nullità del contratto, e con essa la definitiva assenza del requisito del quale l'operatore s'era dichiarato carente (*ex multis*, tra le più recenti, Cons. Stato, sez. IV, 15 aprile 2021, n. 3091; III, 4 gennaio 2021, n. 68), ma è altrettanto vero, per come si è già spiegato, che nella vicenda in esame non era concesso al concorrente di rivedere il contenuto del contratto di avvalimento aggiungendo quegli elementi dello scambio necessari a far dire il contenuto del contratto determinato, poiché erano già chiaramente espressi gli

impegni reciprocamente assunti – e in particolare, quello dell'ausiliaria di impiegare il proprio personale per eseguire talune fasi della lavorazione – ma la stazione appaltante necessitava di ulteriore documentazione relativa alla capacità dell'ausiliaria di eseguire gli impegni assunti in contratto.

Il soccorso istruttorio, in sintesi, non aveva ad oggetto i contratti di avvalimento, ma la documentazione a comprova della sussistenza dei requisiti di capacità tecnico – professionale delle ausiliarie, e, dunque, restava nei limiti consentiti dall'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016.

Che l'elenco del personale richiesto dall'amministrazione fosse formato ovvero materialmente redatto con data successiva alla nota di avvio del soccorso istruttorio è del tutto fisiologico, poiché l'impresa ha così risposto alla richiesta dell'amministrazione, quando le è pervenuta.

6. In conclusione, precisato che le esposte considerazioni esauriscono tutte le questioni poste dal giudizio, ivi comprese quelle riproposte dall'appellata, l'appello va accolto e la sentenza impugnata integralmente riformata con la reiezione del ricorso di primo grado di Gentlemen'S s.r.l..

7. La peculiarità della vicenda giustifica la compensazione delle spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, n. 2113/2021, respinge il ricorso di primo grado di Gentlemen'S s.r.l..

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Federico Di Matteo**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

IL SEGRETARIO