

Differenze tra avvalimento di garanzia, avvalimento operativo e subappalto (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 21 febbraio 2020, n. 1330)

Secondo i supremi giudici amministrativi, l'avvalimento di garanzia avendo ad oggetto l'impegno dell'ausiliaria a garantire con proprie risorse economiche l'impresa ausiliata, non è necessario che nel contratto siano specificatamente indicati i beni patrimoniali o gli indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria, essendo sufficiente che essa si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio di esperienza. Nell'avvalimento operativo, invece, è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto. Nel subappalto, l'impresa subappaltatrice, a differenza di quella ausiliaria, assume in proprio il rischio economico-imprenditoriale dell'esecuzione delle prestazioni sub-appaltate, secondo lo schema tipico del contratto derivato dal contratto principale, laddove nell'avvalimento soggetto esecutore e responsabile nei confronti della stazione appaltante per l'esecuzione delle prestazioni è sempre l'impresa ausiliata, sia pure con la garanzia della responsabilità solidale dell'ausiliaria.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

ha pronunciato la presente

SENTENZA

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 3996 del 2019, proposto da Soc. Car Abbigliamento s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'avvocato Luigi Volpe, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

contro

Ministero della Difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è *ex lege* domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

La Griffe s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonella Anselmo, Pierpaolo Carbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonella Anselmo in Roma, corso di Francia 197;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Prima, 1 aprile 2019, n. 4247, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e di La Griffe s.r.l.;

Visto il dispositivo di sentenza n. 7971 del 22 novembre 2019;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2019 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Volpe, dello Stato Palatiello, Anselmo e Carbone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, la Soc. Car. Abbigliamento s.r.l. (di seguito "*Car Abbigliamento*"), classificatasi al secondo posto nella graduatoria (con punti 81,81, di cui 51,81 per l'offerta tecnica e 30 punti per l'offerta economica) per il lotto 3 "*Maglieria*" della procedura aperta "*per la conclusione di 7 accordi quadro aventi ad oggetto la fornitura di materiale vestiario-equipaggiamento e di attendamento*", indetta dal Ministero della Difesa con bando pubblicato sulla G.U.U.E. in data 28 marzo 2018, per un importo a base di gara di euro 13.745.901,64 IVA esclusa, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara adottato (con determinazione dirigenziale n. 289 dell'8 ottobre 2018) in favore della controinteressata La Griffe s.r.l., prima graduata con il punteggio di 87,23 punti, e gli atti ad esso presupposti, chiedendone l'annullamento.

1.1. A sostegno dell'impugnativa proposta, la ricorrente- premessa l'inapplicabilità alla fattispecie in esame dell'art. 120, comma 2 *bis*, Cod. proc. amm., in ragione del mancato adempimento da parte dell'Amministrazione al disposto di cui all'art. 29 del Codice dei contratti pubblici, prescrivente la pubblicazione del provvedimento "*che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni*" - ha formulato censure di violazione di legge ed eccesso di potere sotto plurimi profili, lamentando in particolare con i motivi di doglianza articolati:

I) violazione dell'art. 89 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché del punto 8 del Disciplinare di gara a ragione della nullità, per indeterminatezza e genericità, dell'oggetto del contratto di avvalimento

(avente natura operativa) stipulato dall'aggiudicataria con la Confex Matex International con sede in Romania (cui era stato demandato di procedere alla confezione di tutti i capi di abbigliamento oggetto della gara), perché asseritamente privo di indicazione specifica dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria, non risultando neppure allegato al contratto l'elenco ivi indicato per l'individuazione di "macchinari e attrezzature";

II) violazione dell'art.15 e dell'art.21 del capitolato speciale, nonché difformità dell'offerta e disparità di trattamento, stante la difformità, sotto molteplici aspetti, dei campioni offerti (per colore e fattura) rispetto alle specifiche tecniche e ai campioni ufficiali di riferimento; dal che sarebbe dovuto derivare, ad avviso della ricorrente, l'esclusione dalla gara dell'offerta aggiudicataria, come era in effetti avvenuto nei confronti della società ricorrente in relazione ad altro Lotto (Lotto n. 4) della presente gara per presunte medesime difformità;

III) violazione degli artt.30, 97 e 105 D.Lgs.18 aprile 2016 n.50, nonché inammissibilità dell'offerta per violazione dei minimi salariali, inammissibilità della stessa offerta per violazione dei principi in materia di concorrenza, nullità del contratto di avvalimento: l'offerta di La Griffe era anormalmente bassa e andava perciò esclusa, per il mancato rispetto dei minimi salariali per il personale dell'ausiliaria la quale avrebbe dovuto eseguire in Romania la maggior parte delle prestazioni (in particolare quelle attinenti al confezionamento di tutti i capi di abbigliamento), residuando in capo all'impresa ausiliata solo la fornitura dei materiali e la tessitura; sotto altro concorrente profilo, si lamentava l'utilizzo strumentale e distorto dell'avvalimento, poiché di fatto l'impresa ausiliaria sarebbe la vera esecutrice delle prestazioni contrattuali, sì da eludere i limiti fissati dal codice e dal bando in materia di subappalto, solo per dissimulare un affidamento sottocosto (tale da non coprire neppure i costi della manodopera) e con l'unica finalità di giustificare un abbattimento dell'incidenza del costo della manodopera da 21 a 9 euro (così prevedendo, a titolo di corrispettivo per le prestazioni sub-affidate, un costo inferiore al minimo del costo orario della manodopera);

IV) violazione e falsa applicazione degli artt.80, 89 e 105 D.Lgs. 18 aprile 2016 n.50, nonché eccesso di potere per falso scopo e falsa causa, violazione del disciplinare di gara, contraddittorietà dell'offerta: la società La Griffe era in possesso dei requisiti di fatturato globale e specifico richiesti dalla legge di gara sicché non sarebbe stato per essa necessario il ricorso all'avvalimento, volto unicamente a giustificare, in maniera del tutto strumentale, l'affidamento all'impresa ausiliaria della gran parte (precisamente l'85 per cento) delle prestazioni, in elusione dei limiti fissati in materia di subappalto;

V) violazione dell'art.80 D.Lgs.18 aprile 2016 n.50, nonché falsa dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti: si evidenziava, a tale riguardo, il mancato possesso da parte dell'ausiliaria Confex Matex International s.a. dei requisiti di fatturato generico e specifico, nonché delle "forniture analoghe", necessarie per la partecipazione alla gara e dichiarate da essa ausiliaria, atteso che il fatturato specifico era costituito esclusivamente da avvalimenti a favore della stessa La Griffe, il che integrava un grave illecito professionale e una dichiarazione non veritiera, con conseguente obbligo di esclusione dalla gara dell'aggiudicataria;

VI) difetto di presupposti per l'attribuzione di specifici punteggi alla società La Griffe, nonché falsa dichiarazione e presentazione di falsa certificazione, per l'inattendibilità del valore certificato in ordine alla "resistenza all'abrasione" (in particolare del tessuto utilizzato per il maglione in *pile*); dal che sarebbe derivata, se non l'esclusione dell'aggiudicataria, l'erroneità del punteggio massimo

attribuite per tale voce, con aggiudicazione della gara alla ricorrente; in relazione a tale profilo, la ricorrente chiedeva perciò di disporre una consulenza tecnica sul campione presentato in gara al fine di accertare se lo stesso possedesse effettivamente le caratteristiche dichiarate.

2. Con la sentenza in epigrafe, resa nella resistenza del Ministero della Difesa e della controinteressata, il Tribunale amministrativo adito ha respinto il ricorso, per infondatezza dei motivi di censura, assorbite le eccezioni di tardività per violazione dell'art. 120 comma 2 *bis* Cod. proc. amm e inammissibilità per carenza di interesse sollevate dalle parti resistenti.

3. Per la riforma della sentenza la ricorrente Car Abbigliamento ha proposto appello, deducendo che la decisione di prime cure, oltre ad avere omesso l'esame di specifici profili di doglianza sollevati in primo grado, sarebbe erronea e ingiusta per avere malamente apprezzato, con motivazione confusa, contraddittoria e affatto convincente, i motivi di ricorso.

3.1. In particolare, contro la sentenza di primo grado l'appellante ha formulato i seguenti motivi di impugnazione, con cui ha sostanzialmente riproposto tutte le censure di primo grado: "1) - *Falsa ed erronea interpretazione di legge: art.89, nonché artt.83 e 80 D.Lgs. 18/4/2016 n.50 – Violazione del punto 8 del disciplinare di gara – Violazione di legge: art.112 c.p.c. – Erroneo apprezzamento dei presupposti; 2)- Violazione di legge per falsa e confusa applicazione: artt.30, 97 e 105 D.Lgs. 18/4/2016 n.50. Violazione di legge per falsa e confusa applicazione: artt.89, 105 e 80 D.Lgs.18/4/2016 n.50. Illogicità e contraddizioni interne della sentenza gravata – Malgovernato apprezzamento dei presupposti – Violazione art.112 cpc; 3) - Violazione di legge: art.80 e 89 D.Lgs. 18/4/2016 n.50 - Erroneo apprezzamento dei presupposti e omesso apprezzamento della falsità della dichiarazione – Violazione di legge per erronea e falsa applicazione: artt.85, 86 e 89 D.Lgs.18/4/2016 n.50; 4A) - Violazione di legge artt.15 e 21 del capitolato speciale – Omesso apprezzamento della difformità dell'offerta – Carente applicazione di criteri uniformi e disparità di trattamento. 4B) - Mancato apprezzamento del difetto di presupposti per l'attribuzione dei punteggi, nonché omessa constatazione della falsità della dichiarazione e della presentazione di falsa certificazione."*

3.2. L'appellante ha, inoltre, riproposto tutte le richieste istruttorie formulate in primo grado.

3.3. L'appellante ha chiesto, altresì, la trattazione congiunta con il ricorso in appello (iscritto al n. 2472/2019 R.G.) avverso la sentenza del T.a.r. per il Lazio n. 1154/2019, relativa alla sua esclusione da altro lotto della medesima gara, disposta per la difformità del campione offerto in gara dalla campionatura ufficiale di riferimento.

3.4. Hanno resistito all'appello il Ministero della Difesa e La Griffe, insistendo entrambi per il rigetto del gravame.

3.5. La Griffe ha eccepito l'irricevibilità per tardività del ricorso proposto per violazione delle regole di cui all'art. 120 commi 2 *bis* e 6 *bis*, per non aver tempestivamente impugnato entro il prescritto termine decadenziale il provvedimento di ammissione dell'aggiudicataria; dal che la preclusione a far valere le relative censure, concernenti vizi attinenti alla fase prodromica della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara e volti ad ottenere la conseguente esclusione dell'aggiudicataria, in sede di impugnazione dell'aggiudicazione. L'appellata ha, inoltre, riproposto l'eccezione, non esaminata dal primo giudice per la ritenuta infondatezza in via assorbente del gravame, di inammissibilità per difetto di interesse in relazione alle censure di cui al sesto motivo del ricorso di primo grado (assumendo che, anche in caso di accoglimento delle doglianze ivi articolate, la mancata attribuzione del punteggio controverso non darebbe luogo ad un esito diverso della gara).

3.6. Le parti appellate hanno evidenziato, nelle memorie difensive che, nelle more del giudizio di primo grado, è stato sottoscritto l'accordo quadro (n. 771 del 28 novembre 2018) ed è stato stipulato il primo contratto applicativo (in data 28 dicembre 2018).

Nel presente giudizio l'appellante si è quindi dichiarata disponibile, nel caso di accoglimento dell'appello, al subentro nel contratto di appalto *medio tempore* stipulato e in corso di esecuzione.

3.7. Nel corso del presente giudizio l'appellata La Griffe ha, inoltre, depositato la nota del Ministero con cui le è stata richiesta documentazione ai fini della verifica del mantenimento dei requisiti in capo ad essa ausiliata e all'ausiliaria Confex Matex con riferimento all'accordo quadro in oggetto.

3.8. Abbinata al merito su concorde richiesta delle parti la trattazione dell'istanza cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, all'udienza pubblica del 21 novembre 2019, dopo la rituale discussione, nel corso della quale il difensore della società appellante ha dichiarato di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. Va *in limine* evidenziato che l'appello proposto dalla Car Abbigliamento (iscritto al n. 2472/2019 R.G.) avverso la sentenza di prime cure che ha respinto il ricorso proposto avverso l'esclusione della stessa società da altro lotto della stessa gara- in relazione al quale l'odierna appellante ha formulato istanza di riunione per trattazione congiunta- è stato respinto con sentenza di questa Sezione, 20 agosto 2019, n. 5746.

5. Tanto premesso, il Collegio ritiene di poter prescindere dalle eccezioni di inammissibilità del gravame, perché i motivi di appello avverso la sentenza impugnata, sostanzialmente reiterativi delle censure formulate nel ricorso di primo grado, sono tutti infondati, per le ragioni di seguito esposte.

6. In particolare, con il primo motivo di appello si lamenta la falsa ed erronea applicazione dell'art. 89 nonché degli artt. 83 e 80 D.Lgs 18 aprile 2016 n. 50, la violazione del punto 8 del Disciplinare di gara, dell'art. 112 c.p.c. e l'erroneo apprezzamento dei presupposti.

6.1. Secondo l'appellante le risultanze documentali smentirebbero l'assunto della sentenza sulla non genericità del contratto di avvalimento sottoscritto da La Griffe con la sua ausiliaria Confex Mantex International S.A. in quanto *"le risorse messe a disposizione sono dettagliatamente indicate in virtù delle elencazioni di macchinari e personale riportate nell'All. A, espressamente richiamato come facente parte integrale e sostanziale dello stesso, nel pieno rispetto dell'art. 89, comma 1, ultimo periodo D.Lgs. 18.4.2016 n. 50"*.

6.2. Il motivo è infondato.

6.3. Va anzitutto premesso che correttamente la sentenza appellata ha distinto tra avvalimento c.d. di garanzia e avvalimento c.d. operativo.

L'avvalimento c.d. di garanzia ricorre nel caso in cui l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento (Cons. Stato, III, 7 luglio 2015 n. 3390; 17 giugno 2014, n. 3057): tale avvalimento riguarda i requisiti di carattere economico – finanziario e, in particolare, per quanto d'interesse nel presente giudizio, il fatturato globale o specifico.

L'avvalimento c.d. operativo ricorre, invece, quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico – organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di

appalto; esso concerne i requisiti di capacità tecnico – professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale dell'ausiliaria.

Riguardo all'avvalimento di garanzia, la giurisprudenza costantemente afferma il principio secondo cui, avendo esso ad oggetto l'impegno dell'ausiliaria a garantire con proprie risorse economiche l'impresa ausiliata, non è necessario che nel contratto siano specificatamente indicati i beni patrimoniali o gli indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria, essendo sufficiente che essa si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio di esperienza (cfr. con specifico riguardo al requisito del fatturato globale o specifico, Cons. Stato, V 30 ottobre 2017, n. 4973; III, 11 luglio 2017, n. 3422; V, 22 dicembre 2016, n. 5423; III, 17 novembre 2015, n. 5703; III, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041).

Diversamente, nell'avvalimento operativo è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto con la precisazione, di cui a Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23, per cui: *“l'articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010, per la parte in cui prescrive che il contratto di avvalimento debba riportare “in modo compiuto, esplicito ed esauriente [...] le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico”, non legittim[a] né un'interpretazione volta a sancire la nullità del contratto a fronte di un oggetto che sia stato esplicitato in modo (non determinato, ma solo) determinabile, né un'interpretazione volta a riguardare l'invalidità del contratto connessa alle modalità di esplicitazione dell'oggetto sulla base del c.d. ‘requisito della forma-contenuto’.”.*

La questione della determinabilità dell'oggetto del contratto -oggi ai sensi dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2017 e succ. mod.- va risolta evitando di incorrere in aprioristici schematismi concettuali e considerando che *“la messa a disposizione della capacità tecnica richiesta, in caso di avvalimento c.d. tecnico od operativo, avviene attraverso lo strumento contrattuale di diritto civile, la cui determinatezza o determinabilità, ai sensi dell'art. 1346 cod. civ., va valutata tenendo conto che per oggetto del contratto deve intendersi l'insieme delle prestazioni dedotte in contratto, non (solo) l'oggetto (materiale) di queste prestazioni”* (in tal senso Cons. di Stato, V, 19 luglio 2018, n. 4396).

Insomma, la messa a disposizione delle risorse deve essere effettiva e sostanziale, nel senso che deve permettere concretamente all'impresa avvalente di utilizzare le risorse dell'ausiliaria, preventivamente indicate nel contratto di avvalimento.

Con riferimento all'avvalimento c.d. “operativo” l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (sentenza 4 novembre 2016, n. 23) ha statuito, altresì, che l'indagine in ordine agli elementi essenziali di questa tipologia di avvalimento *“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.)*.” La stessa pronuncia ha, dunque, affermato che non è possibile richiedere per il contratto di avvalimento requisiti più stringenti di quelli previsti dal codice civile per la validità dei contratti in genere.

6.4. Ciò chiarito, bene la sentenza appellata, alla luce della disciplina normativa e della *lex specialis* di gara e conformandosi ai su indicati principi della giurisprudenza, ha escluso, sulla base delle risultanze documentali, che nella fattispecie il contratto di avvalimento stipulato tra l'aggiudicataria e l'impresa ausiliaria sia nullo per genericità e indeterminatezza del suo oggetto, ricorrendo invece una dettagliata e specifica indicazione delle risorse in concreto messe a disposizione della ditta ausiliata.

6.5. L'art. 89 del D.Lgs. n. 50 del 2016 Codice dei Contratti pubblici prevede che l'impresa concorrente *"può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti"*.

L'art. 8 del Disciplinare di Gara ha stabilito che *"ai sensi dell'art. 89, comma 1 del Codice, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dell'ausiliaria"*.

In particolare, il richiamato art. 89 stabilisce che *"l'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente."*

In base alla disciplina normativa del contratto di avvalimento *"il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto"* (comma 5); deve inoltre precisarsi che, a mente del successivo comma 8 del medesimo articolo, *"Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione"*.

6.6. Così in sintesi ricostruita la disciplina applicabile alla fattispecie, deve evidenziarsi che il contratto di avvalimento, finalizzato in generale a garantire la più ampia partecipazione delle imprese alle gare di appalto, è stato nel caso in esame utilizzato dalla concorrente La Griffe per avvalersi della capacità tecnica dell'ausiliaria per la sola fase di confezione dei capi di maglieria oggetto della fornitura, sì da concretizzare un avvalimento c.d. tecnico operativo.

6.7. Nel contratto di avvalimento, avente ad oggetto la capacità tecnica della confezione, l'impresa ausiliaria si è impegnata, in particolare, a mettere a disposizione dell'ausiliata i requisiti necessari, rinviando per il dettaglio alle dichiarazioni unilaterali contenute nella busta A- *"Documentazione amministrativa di gara"* (in base alle previsioni di cui agli articoli 14 e 14.2. del Disciplinare). Nelle dichiarazioni unilaterali rese nel DGUE dell'impresa ausiliaria (in conformità a quanto prescritto dall'art. 14.2. del disciplinare) sono, dunque, indicati i macchinari e il personale dell'ausiliaria che può essere messo a disposizione, mentre nell'Annesso 1 al DGUE, Dichiarazioni Integrative ex art. 14.2 citato, viene indicata la struttura organizzativa presso la quale verranno effettuate le lavorazioni di competenza dell'impresa.

A ciò si aggiunga che nell'Annesso 1, parte III, punto 1, l'impresa ausiliaria ha dichiarato *"di obbligarsi nei confronti del concorrente e della direzione Generale di Commissariato e di Servizi Generali, a fornire i propri requisiti di ordine speciale dei quali è carente il concorrente, in aderenza al contratto di avvalimento stipulato in conformità all'art. 88 del d.p.r. 207/2010 e mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, rendendosi inoltre responsabile in solido con il concorrente nei confronti della Direzione Generale di Commissariato e di Servizi Generali, in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto"*

6.8. Come comprovato dalle appellate, il contratto di avvalimento è poi comprensivo dell'Allegato A, ivi richiamato (art. 4) e costituente parte integrante e sostanziale dello stesso, ove è riportato l'elenco specifico sia dei macchinari (puntualmente descritti, con indicazione di marca, tipo e matricola) sia del personale (con indicazione delle relative qualifiche) che l'impresa ausiliaria mette a disposizione per il confezionamento della fornitura di gara.

6.9. In conclusione, la sentenza appellata, sulla base di una corretta disamina di tali evidenze documentali, ha respinto le censure di genericità ed indeterminazione dedotte avverso il contratto di avvalimento.

7. Con il secondo motivo di appello si censurano, per violazione degli artt. 30, 97 e 105 D.Lgs n. 50 del 2016, nonché degli artt. 89, 105, 80 dello stesso Codice dei contratti pubblici le statuizioni della sentenza che escludono la violazione dei minimi salariali da parte dell'ausiliaria (dedotta con il terzo motivo del ricorso di primo grado) nonché l'accertata correttezza dell'uso dell'avvalimento, che nel caso di specie, secondo il primo giudice, è di tipo tecnico-organizzativo e comunque non dissimulerebbe in alcun modo un affidamento sottocosto né un'offerta anomala, lesiva della concorrenza (così respingendo le doglianze con il quarto motivo del ricorso in primo grado).

7.1. Le argomentazioni prospettate con tale mezzo non possono essere accolte.

7.2. La sentenza appellata ha bene ritenuto l'insussistenza delle violazioni di legge addotte dalla ricorrente, sia con riguardo all'asserita violazione dei minimi salariali sia con riferimento ai profili concernenti l'anomalia dell'offerta.

7.3. Come puntualmente dedotto dalle difese delle appellate, la congruità delle voci di costo per la manodopera è confermata dal contratto di lavoro nazionale applicato in Romania per il settore della fornitura in questione -*Contractul Colectiv de Munca*- nel rispetto dell'art. 30, comma 4, del D.Lgs. n. 50 del 2016 (che prevede l'applicabilità al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni *"del contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro"*); per altro verso, tutta la documentazione presentata nella busta D- *composizione del prezzo* dalla ditta aggiudicataria e le schede di costo relative ai quattro articoli di maglieria oggetto di fornitura (oggetto di verifica di congruità e nel quale è indicato il compenso unitario per singolo articolo da corrispondere all'ausiliaria) confermano che non vi è alcuna violazione dei minimi salariali per le attività di confezione svolte dall'ausiliaria.

7.4. Anche la relazione di verifica di congruità dell'offerta economica evidenzia i due differenti costi orari di manodopera dichiarati dall'operatore economico, riferiti ai due diversi ambiti territoriali ove operano la concorrente (per quanto concerne la fase di tessitura effettuata in Italia) e la sua ausiliaria (per l'attività di confezione), rilevando che, in entrambi i casi, i costi della manodopera dichiarati risultano in linea con i contratti collettivi nazionali. Nella stessa relazione (che non ha formato oggetto di specifici rilievi da parte dell'appellante) si afferma che *"dalla lettura dei giustificativi è infatti emerso che le retribuzioni base delle figure professionali da impiegare nella fornitura in oggetto coincidono con quelle riportate nella tabella retribuzioni C.C.N.L. tessile abbigliamento (settore industriale), sia in Italia che in Romania"*. Pertanto, anche con riferimento a tali profili, la relazione di congruità concludeva per la coerenza con i dati riferiti dall'operatore e l'insussistenza di carenze o anomalie tali da pregiudicare la validità dell'offerta tecnico- economica.

7.5. Parimenti, risultano corrette le statuizioni con cui la sentenza di primo grado ha ritenuto errato il riferimento al corrispettivo pattuito nel contratto di avvalimento, bene rilevando che l'appellante opera una commistione tra spese e rapporti che vanno invece mantenuti distinti (*id est*: l'ammontare dell'offerta economica dell'aggiudicataria, con riferimento all'incidenza dei differenti costi, e il corrispettivo pattuito nel contratto di avvalimento). In effetti, le doglianze afferenti al corrispettivo fissato a favore dell'ausiliaria, pari al 18 per cento dell'importo netto di aggiudicazione, oltre che

generiche, sono comunque inidonee a comprovare il mancato rispetto dei minimi salariali ed altresì l'anomalia dell'offerta.

7.6. Non è, pertanto, ravvisabile in concreto l'asserito ricorso strumentale all'avvalimento per dissimulare un affidamento con prestazioni sotto costo, in quanto non è dimostrata né la violazione in concreto dei minimi salariali desumibili dalla contrattazione collettiva né l'anomalia ed insostenibilità dell'offerta: la richiamata relazione di verifica di congruità dell'offerta conclude, infatti, che *"non si evince alcun rischio fondato di impossibilità, da parte dell'O.E. di adempiere agli obblighi contrattuali a causa di eventuali perdite derivanti da una remunerazione inferiore rispetto ai costi sostenuti"*, sicché *"gli elementi forniti dall'O.E. La Griffe s.r.l. (ausiliato dalla società Confex Matex International S.A. per il requisito tecnico organizzativo), possono essere ritenuti coerenti con il prezzo offerto in sede di gara."*

7.7. Infondata è anche la seconda parte del motivo in esame (con il quale si ripropongono le censure di cui al quarto motivo del ricorso di primo grado): con tale doglianza si censura la sentenza appellata dove ha esteso l'applicabilità dell'avvalimento a prestazioni interamente *esternalizzate* all'ausiliaria, consentendo così *"l'impiego non di un singolo elemento della produzione bensì dell'azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato (o di un ramo di essa)"*, di cui l'ausiliaria non perde la detenzione, pur mettendola a disposizione, in tutto o in parte, per l'utilizzazione della ausiliata, secondo le previsioni del contratto di avvalimento.

7.8. A tale riguardo, giova evidenziare che nella fattispecie viene in rilievo un avvalimento di tipo c.d. tecnico operativo avente ad oggetto la capacità tecnica della confezione (che rientra nelle forniture analoghe, e non nel fatturato specifico).

Nella gara per cui è causa, la *lex specialis* di gara richiedeva (cfr. art. 7.3. del Disciplinare), quale requisito di capacità tecnica e professionale, l'esecuzione negli ultimi tre anni delle forniture analoghe. La legge di gara (cfr. pag. 13 del disciplinare) richiamava poi espressamente la possibilità per l'operatore economico di fare ricorso all'avvalimento di tipo tecnico-organizzativo.

7.9. Tanto vale a smentire le doglianze dell'appellante circa l'utilizzo strumentale e distorto dell'avvalimento sul rilievo che l'aggiudicataria, avendo dichiarato di essere ampiamente in possesso dei requisiti di fatturato generico e specifico, in effetti non avrebbe avuto alcuna necessità di ricorrere all'avvalimento.

Invero, non è revocabile in dubbio che l'aggiudicataria La Griffe non si è avvalsa della capacità economica-finanziaria dell'ausiliaria (ricorrendo così ad un avvalimento di garanzia, avente ad oggetto i requisiti di carattere economico-finanziario, ovvero il fatturato globale e specifico), ma ha inteso avvalersi della capacità tecnica dell'ausiliata per una sola delle fasi di lavorazione in cui l'appalto si articolava (l'attività di confezione dei capi di abbigliamento con materiale fornito e tessuto dall'ausiliata), in relazione alla quale l'impresa ausiliaria si è impegnata a mettere a disposizione le necessarie risorse umane e strumentali per lo svolgimento delle prestazioni oggetto dell'appalto.

In conclusione, dall'esame della documentazione presentata in gara da La Griffe, emerge che il requisito di cui quest'ultima era carente era non già quello economico (fatturato globale e specifico), ma quello tecnico-professionale consistente nelle forniture analoghe relativamente alla sola fase della confezione del materiale per la quale è stato stipulato il contratto di avvalimento.

Pertanto, come bene rilevato dal primo giudice, anche l'azienda dell'ausiliaria, intesa come complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, ben può essere messa a disposizione

dell'impresa avvalente nei limiti in cui ciò è necessario e sufficiente a garantire il rispetto degli obblighi assunti con il contratto di avvalimento, fermo restando che esecutrice dell'appalto (alla quale viene difatti rilasciato il certificato di esecuzione) è soltanto l'impresa avvalente che rimane la controparte contrattuale della stazione appaltante e non già l'ausiliaria, la quale si limita a mettere a disposizione le risorse e i mezzi che sostanziano i requisiti di cui l'ausiliata è carente per l'esecuzione del contratto ed è perciò anch'essa solidalmente responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice (Cons. di Stato, III, 12 novembre 2014, n. 5573).

Di conseguenza, deve escludersi che nella fattispecie in esame sia configurabile un subappalto: in quest'ultimo, infatti, l'impresa sub-appaltatrice, a differenza di quella ausiliaria, assume in proprio il rischio economico-imprenditoriale dell'esecuzione delle prestazioni sub-appaltate, secondo lo schema tipico del contratto derivato dal contratto principale (cfr. Cons. di Stato, V, 16 marzo 2018, n. 1698), laddove nell'avvalimento soggetto esecutore e responsabile nei confronti della stazione appaltante per l'esecuzione delle prestazioni è sempre l'impresa ausiliata, sia pure con la garanzia della responsabilità solidale dell'ausiliaria.

Il contratto di avvalimento stipulato nella fattispecie (in cui l'ausiliaria si è impegnata a mettere a disposizione le proprie risorse e la propria organizzazione aziendale) non è dunque elusivo della disciplina e dei limiti del subappalto: ed invero, come bene evidenziato nella sentenza appellata, deve rilevarsi che, da un lato, la prevista verifica della specificità del contratto di avvalimento in sede di gara serve - propriamente - ad individuare le risorse umane e strumentali effettivamente possedute dall'ausiliaria ed i compiti esecutivi riservati alla medesima impresa; dall'altro, che alle verifiche documentali in sede di gara va correlata anche la funzione di vigilanza che l'art. 89, comma 9, rimette alla stazione appaltante, in corso d'esecuzione, sia al fine di prevenire abusi nell'ambito del mercato e della concorrenza (laddove impone alla stazione appaltante di trasmettere all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario), sia, in relazione a ciascun affidamento, al fine di controllare l'impiego effettivo delle risorse nell'esecuzione dell'appalto, utilizzate dal titolare del contratto in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento (cfr. Cons. di Stato, V, 16 marzo 2018, n. 1698). Si osserva a tale riguardo che il contratto di avvalimento stipulato (art. 4) prevedeva l'obbligo dell'impresa ausiliaria di consentire l'accesso all'Amministrazione nei locali del suo stabilimento.

8. Con il terzo motivo di appello si impugnano i capi della sentenza in cui si dichiara infondato il quinto motivo di ricorso in quanto correttamente Confex Matex International, nel compilare il proprio DGUE, includeva nel proprio fatturato generico, specifico e di forniture analoghe, i dati afferenti le prestazioni di confezionamento già assicurate in regime di avvalimento a favore di La Griffe.

8.1. L'assunto non merita accoglimento.

8.2. Il ragionamento della sentenza appellata è incentrato sul rilievo per cui mediante le dichiarazioni rese sul proprio fatturato, l'ausiliaria doveva fornire soltanto offrire elementi utili a comprovare la propria capacità tecnica nella "confezione".

8.3. Muovendo, dunque, da tali corrette premesse (fondate sulla valenza determinante rivestita dalla "capacità tecnica" nell'avvalimento stipulato), il primo giudice è pervenuto ad altrettanto corrette conclusioni dove ha evidenziato che quanto riportato nel DGUE dell'ausiliaria in relazione al fatturato specifico - seppure inerente a "avvalimenti" in favore della controinteressata - non può

essere considerato inadeguato o, addirittura, idoneo a concretizzare dichiarazioni false, cui debba conseguire l'esclusione dalla gara ex art. 80 del Codice dei contratti pubblici.

8.4. Invero, come affermato anche di recente dalla giurisprudenza richiamata in sentenza (cfr. Sez. V, 30 gennaio 2019, n. 755) – in relazione a ipotesi di tale genere “*conta, sul piano sostanziale, la prescrizione dei relativi “mezzi di prova” che – in conformità alla regola di cui al combinato disposto degli artt. 83, comma 7, e 86, comma 4 – risultano incentrati sulle modalità prefigurate nella Parte II dell’Allegato XVIII al codice (e, cioè, non sulla mera indicazione del fatturato globale o settoriale dell’ultimo triennio, ma sulla elencazione delle prestazioni effettuate, dei relativi importi, date e destinatari: cfr. lettera a) n. ii”.*

8.5. Orbene, deve allora rilevarsi che, ai fini della valutazione della capacità tecnica dell’ausiliaria, le informazioni fornite da quest’ultima, concernenti forniture in regime di avvalimento effettuate a favore della stessa ausiliata, non possono essere considerate false e, anzi, si profilano adeguate ad accreditarla sotto il profilo tecnico e della specifica esperienza nel settore.

8.6. Ed infatti, nell’ipotesi qui ricorrente di avvalimento “tecnico-operativo” (non inerente – in quanto tale – ad un requisito di ordine economico-finanziario, proprio del ricorso al c.d. avvalimento di garanzia), occorre essenzialmente vagliare se il contratto di avvalimento corrisponda “*all’obbligo legale di indicare in modo determinato e specifico le risorse oggetto di prestito*” (cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, V, 26 novembre 2018, n. 6693).

8.7. Per tali ragioni, bene la sentenza appellata ha concluso che, al fine di valutare la posizione dell’ausiliaria con riferimento alle capacità tecniche-organizzative oggetto di avvalimento, non può rivestire carattere dirimente il possesso o meno di un determinato “*fatturato specifico*”, bensì valgono le prestazioni in concreto già rese dalla stessa ausiliaria, poiché costituenti l’unico indice oggettivo idoneo a comprovare l’effettivo possesso di esperienza tecnica nell’eseguire le prestazioni oggetto dell’appalto, a garanzia del futuro corretto adempimento dell’impegno assunto.

9. Con il quarto motivo di appello si impugna la sentenza nella parte in cui rigetta il motivo secondo e sesto del ricorso, afferenti all’asserita non conformità dei campioni offerti dall’aggiudicataria alle specifiche tecniche di gara e ai campioni ufficiali di riferimento.

9.1. Anche tale motivo è nel complesso infondato.

9.2. Come chiarito dalla giurisprudenza (cfr. Cons. di Stato 20 agosto 2019, n. 5746; V, 1 ottobre 2018, n. 5605), qualificato il campione come elemento dimostrativo dell’offerta tecnica, è legittima la richiesta della stazione appaltante di presentarne uno conforme alle specifiche tecniche da rispettare, avvenuta l’aggiudicazione, in sede di fornitura, come pure è inevitabile che sia rimesso alla commissione giudicatrice un preventivo giudizio di idoneità del “campione”, che, ove si concluda negativamente, comporti l’esclusione del concorrente.

9.3. Acclarato dunque che il campione è proprio il prodotto di interesse dell’amministrazione, del quale si richiede la fornitura con quelle peculiari caratteristiche tecniche, avente la finalità di accertare la capacità tecnica dell’operatore economico, va evidenziato che nel caso di specie il disciplinare di gara prevedeva che, prima della valutazione dei referti analitici ai fini dell’attribuzione del punteggio tecnico, la commissione dovesse esprimere un giudizio di conformità organolettica della campionatura presentata dalle concorrenti rispetto alle specifiche tecniche e al campione ufficiale di riferimento; il giudizio di non conformità avrebbe comportato la non ammissione al proseguimento della gara.

9.4. Va pure evidenziato che l'elaborazione delle specifiche tecniche come pure le valutazioni circa la conformità della campionatura offerta rispetto a quella ufficiale sono caratterizzate da discrezionalità tecnica, censurabile sotto il profilo della manifesta illogicità e irragionevolezza.

9.5. Tanto premesso, risultano immuni dai vizi dedotti le statuizioni della sentenza appellata con cui si è escluso che gli elementi adottati dall'appellante siano idonei a supportare l'effettiva esistenza delle difformità denunciate e a sovvertire il giudizio di conformità, intesa come *"corrispondenza al richiesto"*, espresso dalla commissione giudicatrice.

9.6. Bene, infatti, la sentenza appellata ha escluso che la società ricorrente abbia dimostrato in concreto le difformità del prodotto offerto dall'aggiudicataria rispetto alle specifiche tecniche e ai campioni di riferimento, stante la genericità dei rilievi formulati, ancorati a mera documentazione fotografica (la quale si presta ad offrire risultati non omogenei e variabili) non supportata da osservazioni tecniche e da elementi oggettivi: e ciò anche a prescindere da quanto riferito dalla controinteressata circa l'effettuazione di operazioni *"a confronto tra le campionature di cui è causa, nel pieno contraddittorio con la ricorrente"*, *"in sede di accesso agli atti, avvenuto in data 13.11.2018"*.

9.7. Detti rilievi risultano poi ancor più smentiti dalle puntuali deduzioni difensive svolte nel presente giudizio dal Ministero appellato sulle specifiche caratteristiche dei capi di abbigliamento, nonché dall'apposita relazione tecnica prodotta in atti dall'aggiudicataria.

9.7.1. Di conseguenza, non può accogliersi l'istanza di consulenza tecnica formulata dall'appellante, avente finalità meramente esplorativa, stante il mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte dell'appellante, la quale non ha fornito alcun principio di prova circa le asserite difformità della campionatura prodotta da La Griffe rispetto alle specifiche tecniche e ai campioni ufficiali.

Non colgono nel segno neppure le censure di disparità di trattamento prospettate dall'appellante in relazione al provvedimento di esclusione comminato nei suoi confronti da altro Lotto della gara per asserite medesime difformità: si tratta, invero, di situazioni non raffrontabili per assenza del presupposto delle identità, ove si tenga di conto di quanto statuito in quel caso dal giudice di appello (cfr. Cons di Stato, 20 agosto 2019, n. 5746 ove si rileva che *"l'appellante ammette le difformità individuate dalla commissione giudicatrice rispetto al "campione ufficiale", ma sostiene che il giudizio di conformità andava effettuato con le "specifiche tecniche" e non con il "campione ufficiale", concludendo che "Pur a voler condividere le perplessità per la sola difformità al colore (...), resterebbero le altre acclarate difformità, di per sé idonee e sufficienti a giustificare l'esclusione dell'operatore dalla gara"*); laddove nel presente giudizio, le difformità non solo non sono ammesse dall'aggiudicataria La Griffe, ma sono anzi specificamente contestate (anche con l'ausilio di relazione tecnica di parte), sia in relazione alle specifiche tecniche sia quanto ai campioni ufficiali, e sono comunque, per quanto finora detto, anche insussistenti.

9.8. Quanto all'erroneità del punteggio per l'inattendibilità del valore certificato in ordine alla *"resistenza all'abrasione"*, le precedenti considerazioni sono poi ulteriormente rafforzate dalla produzione di una certificazione rilasciata da un laboratorio accreditato da un ente certificatore, oltre che dalla constatazione per cui l'eventuale azzeramento del punteggio attribuito all'aggiudicataria in relazione alla caratteristica in questione non colmerebbe la differenza tra i punteggi finali conseguiti dalle concorrenti, non consentendo perciò di superare la c.d. *"prova di resistenza"*.

9.9. Anche in relazione a tale profilo, le motivazioni della sentenza appellata vanno, dunque, confermate, in quanto esenti dai vizi dedotti.

10. In conclusione, per l'infondatezza dei motivi di censura formulati l'appello proposto va respinto.

11. Le spese del presente grado di giudizio, per la complessità e particolarità delle questioni trattate, possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dispone compensarsi tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere