



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 numero di registro generale 10179 del 2021, proposto da Csm Global Security Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Galdi, Patrizia Ghiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Istat - Istituto Nazionale di Statistica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Cosmopol Security Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza quater) n. 11585/2021, resa tra le parti, concernente l'impugnativa della determina di aggiudicazione disposta dall'Istat in favore di

CSM CLOBAL SECURITY SERVICE relativamente ad una procedura di gara indetta dall'Istituto Nazionale di Statistica, ai sensi degli artt. 58 e 60 d.lgs. n. 50/16, per l'affidamento triennale, con opzione di rinnovo per un altro anno, dei servizi di vigilanza armata fissa da espletarsi con guardie particolari giurate (G.P.G.), di portierato fisso, di vigilanza armata saltuaria con passaggio esterno con una G.P.G. a bordo di auto o moto radiocollegate presso le sedi di Roma, di gestione mediante collegamento alla sala operativa della società di vigilanza dei sistemi di allarme, antintrusione e videosorveglianza, di manutenzione delle apparecchiature tecnologiche di controllo ivi installate, per un importo complessivo a base gara di euro 3.702.424,64.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cosmopol Security Service S.r.l. e di Istat - Istituto Nazionale di Statistica;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2022 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Ghiani e Pellegrino;;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Viene in decisione l'appello proposto da Csm Global Security Service S.r.l. avverso la sentenza in forma semplificata (pronunciata a seguito di rinuncia sugli altri motivi di ricorso, su un unico motivo), resa dal Tar Lazio, sez. terza quater, n. 11585/2021, con cui è stato accolto il ricorso proposto da Cosmopol Security avverso la determina di aggiudicazione disposta dall'Istat in favore dell'odierna appellante relativamente ad una procedura di gara indetta dall'Istituto Nazionale di Statistica, ai sensi degli artt. 58 e 60 d.lgs. n. 50/16, per l'affidamento triennale, con opzione di rinnovo per un altro anno, dei servizi di vigilanza armata fissa da espletarsi con guardie particolari giurate (G.P.G.), di portierato fisso, di vigilanza armata saltuaria con passaggio

esterno con una G.P.G. a bordo di auto o moto radiocollegate presso le sedi di Roma, di gestione mediante collegamento alla sala operativa della società di vigilanza dei sistemi di allarme, antintrusione e videosorveglianza, di manutenzione delle apparecchiature tecnologiche di controllo ivi installate, per un importo complessivo a base gara di euro 3.702.424,64.

1.1. L'art. 18 del disciplinare di gara prevedeva che l'appalto sarebbe stato aggiudicato "...in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del Codice", con previsione di assegnazione fino a 70 punti per l'offerta tecnica e fino a 30 punti per l'offerta economica.

1.2. In esito alle operazioni di gara, l'appalto veniva aggiudicato alla società CSM Global Security Service s.r.l. con punti 84,244, di cui 57,794 per l'offerta tecnica e 26,450 per l'offerta economica; la società ricorrente in primo grado, Cosmopol Security, si classificava al secondo posto, con punti 83,561, di cui 53,561 per l'offerta tecnica e 30,000 per l'offerta economica.

2. A seguito di rinuncia da parte del difensore della parte ricorrente al primo e al terzo motivo di ricorso, la sentenza di *prime cure* si pronunciava sulla sola fondatezza del secondo motivo di ricorso, con cui veniva dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 83, co. 1, lett. c), e 6, nonché dell'art. 89 d.lgs. n. 50/16, la violazione della *lex specialis* la carenza dei requisiti di capacità tecnico-professionale, l'eccesso di potere per difetto di istruttoria.

2.1. In sintesi il ricorrente *in prime cure* assumeva che la società controinteressata, al fine di dimostrare il possesso del requisito relativo al pregresso svolgimento dei servizi di gestione e manutenzione impianti di sorveglianza, aveva fatto ricorso ad un contratto di avvalimento con la società Iemme Sistemi S.r.l. e tuttavia il contratto a tal fine prodotto in gara presentava molteplici profili di genericità, indeterminatezza e inattendibilità dell'impegno negoziale assunto dall'impresa ausiliaria, derivandone dunque l'invalidità del contratto medesimo e l'impossibilità per la società aggiudicataria di valersi dello stesso ai fini del soddisfacimento del prescritto

requisito di capacità tecnico-professionale, evidenziando inoltre che (detto impegno) era stato assunto “a titolo non oneroso” (cfr. punti 1 e 2 del contratto di avvalimento), senza quindi la previsione di alcun corrispettivo in favore dell’impresa ausiliaria.

2.2. La sentenza ha accolto le articolate censure sulla base del rilievo che la società controinteressata, al fine di dimostrare il possesso del requisito di capacità tecnico professionale, con riguardo ai “servizi di gestione e manutenzione dei sistemi di videosorveglianza e antintrusione per un importo complessivamente non inferiore a EURO 40.000,00”, aveva prodotto nel corso della procedura di gara un contratto di avvalimento stipulato con la società Iemme Sistemi s.r.l., da ritenersi invalido, stante l’assoluta genericità, in quanto non venivano indicate né le risorse umane, né quelle strumentali messe a disposizione dall’impresa ausiliaria.

La sentenza ha pertanto ritenuto nullo detto contratto, facendo applicazione del costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale nel caso di avvalimento avente ad oggetto i requisiti di capacità tecnica e professionale (avvalimento c.d. “tecnico – operativo”), l’impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell’ausiliata le risorse tecnico - organizzative indispensabili per l’esecuzione del contratto di appalto. Questo impegno, che ha il suo fondamento normativo nell’art. 89, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., comporta che nella sottoscrizione del contratto di avvalimento le parti, a pena di nullità, devono necessariamente indicare in modo preciso e analitico le risorse umane e materiali messe a disposizione dell’ausiliata, per cui non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l’impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell’appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano. La genericità del contenuto del contratto di avvalimento prodotto dalla aggiudicataria sarebbe ulteriormente aggravata

dalla espressa dichiarazione di non onerosità del contratto di avvalimento, in contrasto con le conclusioni cui era pervenuta la giurisprudenza amministrativa, secondo la quale deve escludersi la gratuità del contratto di avvalimento, essendo detto contratto a titolo oneroso; anche in mancanza di corrispettivo in favore dell'ausiliaria, dovrebbe pertanto chiaramente emergere dal testo contrattuale l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario nell'assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità. A tale riguardo il giudice di prime cure ha ritenuto non sufficiente ad integrare il necessario requisito della onerosità del contratto di avvalimento de quo il generico riferimento, contenuto nel predetto contratto ad “*un programma di partnership commerciale ai fini della partecipazione alle procedure di gara...*”; diversamente opinando le imprese potrebbero agevolmente eludere il carattere oneroso del contratto di avvalimento, utilizzando espressioni stereotipate di analogo tenore.

2.3. L'aggiudicazione è stata pertanto annullata, avuto riguardo alla nullità del contratto di avvalimento prodotto dall'aggiudicataria per contrasto con l'art 89, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016.

3. Csm Global Security Service, nel proporre l'odierno appello, formula i seguenti due motivi:

I) violazione e falsa applicazione dell'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016; erroneità della sentenza gravata per aver incluso il requisito oggetto di avvalimento tra i requisiti di capacità tecnica professionale (cd. «esperienze professionali pertinenti») e, per l'effetto, per aver ritenuto nullo il contratto per la mancata indicazione in modo preciso ed analitico delle risorse umane e materiali, per la mancata dichiarazione di impegno dell'ausiliaria di eseguire direttamente le prestazioni; erroneità ed illogicità nell'interpretazione della *lex specialis* di gara; contraddittorietà manifesta; difetto di motivazione.

Secondo la società appellante la sentenza sarebbe erronea in quanto l'avvalimento non avrebbe ad oggetto i requisiti di capacità tecnica-professionale (c.d. avvalimento tecnico-operativo), in quanto i requisiti richiesti dal capitolato di gara al punto 7.3 , seppur indicati come “requisiti di capacità tecnica professionale” avrebbero natura economico-finanziaria, e comunque non costituirebbe una “esperienza professionale pertinente” ai sensi dell’art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, per cui verrebbe in rilievo un contratto di avvalimento c.d. di garanzia.

Peraltro l’appellante assume, al di là di tale assorbente rilievo, che il contratto di avvalimento sottoscritto dalla CSM e da Iemme Sistemi s.r.l. non sarebbe affatto generico e l’oggetto sarebbe ben determinato anche nel punto 1) del contratto in cui si legge che l’impresa ausiliaria si obbliga a fornire all’impresa avvalente: “fatturato specifico minimo annuo nel settore della gestione e manutenzione dei sistemi di videosorveglianza e antintrusione per un importo complessivamente non inferiore ad EURO40.000,00 iva esclusa” nonché a mettere a disposizione “le proprie risorse, know how, formazione professionale, nonché le proprie strutture e mezzi, il proprio apparato organizzativo e le proprie tecniche operative nessuna esclusa, che giustificano l’attribuzione dei requisiti di qualificazione, per consentire l’esecuzione del servizio di vigilanza armata saltuaria con passaggio esterno con una GPG a bordo di auto o moto radiocollegate presso le sedi di Roma, gestione mediante collegamento alla sala operativa della Società di vigilanza dei sistemi di allarme, antintrusione e videosorveglianza, manutenzione delle apparecchiature tecnologiche di controllo ivi installate CIG81368113680”, evidenziando come non sarebbe richiesto una “esperienza professionale pertinente”, come tale implicante lo svolgimento dell’attività direttamente dall’ausiliaria a norma dell’art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016.

In ogni caso, secondo l’appellante, a prescindere dalla catalogazione del contratto (avvalimento operativo o di garanzia), questa Sezione avrebbe

affermato che è ben possibile che sia previsto quando si tratti di c.d. avvalimento tecnico-operativo, 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 questa l'ausiliaria non perde la detenzione, pur mettendola a disposizione, in tutto o in parte, per l'utilizzazione dell'ausiliata, secondo le previsioni del contratto di avvalimento, approvate dalla stazione appaltante.

Pertanto, nella prospettazione dell'appellante, risulterebbe confermata la correttezza del contratto di avvalimento sottoscritto tra la CSM e Iemme Sistemi s.r.l. che contiene l'impegno di quest'ultima a mettere a disposizione tutte le risorse. Inoltre l'appellante assume che vada chiaramente escluso che il requisito di fatturato specifico maturato su attività analoghe o identiche per un dato importo, anche laddove prescritto fra i requisiti di natura tecnico-professionale, valga a configurare sic et simpliciter una "esperienza professionale pertinente" ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente necessaria prestazione diretta dell'attività da parte dell'ausiliaria e l'indicazione specifica dei mezzi e delle risorse nel contratto.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016; erroneità della sentenza gravata per aver incluso la carenza del requisito della onerosità del contratto di avvalimento; contraddittorietà manifesta; difetto di motivazione

La sentenza sarebbe errata anche laddove avrebbe escluso il carattere oneroso del contratto, laddove per contro, dalla lettura dello stesso, emergerebbe la sussistenza tra le due società di un programma di partnership commerciale (pagina 1 u.c. del contratto di avvalimento), per cui le stesse collaborerebbero per l'ampliamento delle rispettive attività.

Il contratto, per le regole di diritto civile, nella prospettazione dell'appellante, ha infatti causa onerosa non quando rechi un espresso corrispettivo, ma quando questi trovi la propria fonte produttiva di effetti in un interesse patrimoniale delle parti che emerga dal contratto. Inoltre il corrispettivo non

potrebbe essere determinato a monte, dipendendo dalle risorse effettivamente utilizzate alla luce delle specifiche esigenze di “soccorso” manifestate dall’impresa ausiliata ovvero della concreta attività sostitutiva posta in essere da quella ausiliaria; in ogni caso alla mancata espressa determinazione del corrispettivo può rimediarsi con la norma suppletiva, analogicamente applicabile, di cui all’art. 1657 c.c., concernente il contratto di appalto, a mente della quale “se le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo né hanno stabilito il modo di determinarla, essa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice’.

4. L’ISTAT si è costituito, aderendo all’impostazione della società appellante, con atto qualificato quale appello incidentale, con cui ha dedotto la violazione dell’art. 89, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 1346, 1363, 1367 c.c. assumendo che il contratto di avvalimento seppure riferito alle capacità tecnico professionale ben poteva essere ritenuto valido, avuto riguardo a quell’orientamento giurisprudenziale – peraltro già indicato da C.S.M. Global Security Service - secondo il quale l’elemento caratterizzante l’avvalimento non è limitato a un mero “prestito” formale di personale e/o di macchinari e/o di beni strumentali necessariamente, sganciato dalla relativa organizzazione aziendale [...] anche se il suo effetto - relativamente al rapporto di appalto - consiste nell’imputazione giuridica ed economica delle prestazioni che ne sono oggetto direttamente all’impresa concorrente, che, a tal fine, si avvale dell’ausiliaria; a tale stregua è stato reputato legittimo che nel singolo contratto, sia previsto, quando si tratti di c.d. avvalimento tecnico-operativo, l’impiego non di un singolo elemento della produzione, bensì dell’azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato (o di un ramo di essa). Ha del pari aderito alla prospettazione di C.S.M. Global Security Service, secondo la quale erronea sarebbe la sentenza impugnata laddove non aveva riscontrato che l’onerosità del contratto di avvalimento ben poteva essere ravvisata nell’interesse patrimoniale indicato nel medesimo

contratto; profilo questo peraltro ben preso in considerazione dalla commissione di gara nel verbale n. 3 del 28 aprile 2020.

5. Si è costituita l'appellata Cosmopol Security Service S.r.l., con articolata memoria difensiva, instando per la reiezione del gravame, attesa la correttezza della sentenza appellata.

6. L'appello è stato trattenuto in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 24 marzo 2022, nella cui sede i legali delle parti hanno richiesto la pubblicazione anticipata del dispositivo.

7. L'appello è infondato e va pertanto rigettato.

8. Ed invero va in primo luogo disattesa la prospettazione della Csm Global Security Service S.r.l., contenuta nel primo motivo di appello, secondo cui verrebbe in rilievo un avvalimento di garanzia e non un avvalimento tecnico operativo.

Il contratto di avvalimento stipulato rientrava infatti senz'altro nella tipologia dell'avvalimento c.d. tecnico operativo poiché l'ausiliaria si impegnavano a prestare requisiti di capacità tecnico – professionale quali peraltro specificati nella lex specialis di gara (giurisprudenza costante, cfr. per tutte Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2020, n. 6932; V, 21 febbraio 2020, n. 1330).

Infatti il disciplinare di gara, al punto 7.3, rubricato “REQUISITI DI CAPACITA' TECNICA E PROFESSIONALE”, lett. a), disponeva quanto segue: *“Il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio precedente alla data di pubblicazione del bando servizi inerenti il settore oggetto dell'appalto per committenti pubblici e/o privati e in particolare: servizi di vigilanza armata fissa e saltuaria per un importo complessivamente non inferiore a EURO 2.500.000,00 (euro duemilionicinquecentomila/00) IVA esclusa, servizi di portierato per un importo complessivamente non inferiore a EURO 1.000.000,00 (euro unmilione/00) IVA esclusa e servizi di gestione e manutenzione dei sistemi di videosorveglianza e antintrusione per un importo complessivamente non inferiore a EURO 40.000,00 (euro quarantamila/00) IVA esclusa.*

La comprova del requisito è fornita secondo le disposizioni di cui all'art. 86 e all'allegato XVII, parte II, del Codice...".

8.1. La circostanza che la *lex specialis* di gara abbia inteso il possesso di detto fatturato minimo relativo all'ultimo triennio per servizi inerenti l'oggetto dell'appalto, secondo quanto peraltro indicato nel punto 7.3. del disciplinare, come comprova dei requisiti di capacità tecnica è altresì confermato dal disposto del successivo punto 8, laddove, al comma 4, precisa, quanto all'avvalimento, 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 dall'ausiliaria"*, precisazione questa che non può che riferirsi all'avvalimento tecnico operativo, relativo ai requisiti indicati nel precedente punto 7.3 come attinenti alla capacità tecnica e professionale, laddove per contro i requisiti di capacità economico finanziaria sono specificati nel precedente punto 7.2. ed attengono al possesso di un fatturato specifico medio annuo, riferito agli ultimi tre esercizi nel settore oggetto dell'appalto.

8.2. Irrilevante pertanto, avuto riguardo al tenore letterale della *lex specialis*, risulta la circostanza che ai fini della comprova dei requisiti di capacità tecnico professionale la stessa faccia riferimento allo svolgimento nel triennio precedente alla data di pubblicazione del bando di servizi inerenti il settore oggetto dell'appalto per committenti pubblici e/o privati per un fatturato minimo. Infatti, a norma dell'art. 86 comma 5 d.l.gs. *"Le capacità tecniche degli operatori economici possono essere dimostrate con uno o più mezzi di prova di cui all'allegato XVII, parte II, in funzione della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi"*. L'allegato XVII nella parte II *"Capacità tecnica"* a sua volta specifica, quanto ai mezzi per provare le capacità tecniche degli operatori economici di cui all'articolo 83... ii) *un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati. Se necessario per assicurare un livello adeguato di concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici possono*

precisare che sarà preso in considerazione la prova relativa a forniture o a servizi forniti o effettuati più di tre anni prima...”.

Non è pertanto inusuale che, in applicazione di tali disposti normativi, le amministrazioni aggiudicatrici, ai fini della comprova dei requisiti di capacità tecnico professionale, facciano riferimento proprio al fatturato relativo all'ultimo triennio relativamente a servizi e forniture nel settore di attività oggetto dell'appalto.

La giurisprudenza di questa Sezione (Cons. Stato Sez. V, 10/03/2021, n. 2048) ha pertanto al riguardo affermato che *“In materia di gare pubbliche la richiesta di un volume di fatturato nel settore di attività oggetto dell'appalto è di regola afferente alla solidità economica dell'impresa, come è dato desumere dall'art. 83, comma 4, lett. a), del D.Lgs. n. 50/2016, laddove invece le capacità tecniche e professionali sono finalizzate ad accertare che gli operatori economici partecipanti alla procedura di gara possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire la prestazione contrattuale con un adeguato standard di qualità. La stazione appaltante può però considerare il volume del fatturato in servizio analogo come indice di capacità tecnica se diretto ad accertare che la capacità di produrre ricavi nel settore sia derivante da una dotazione di risorse aziendali e di esperienza rilevante sul piano della corretta esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto”.*

Pertanto se la *lex specialis* riferisce il fatturato specifico alla dimostrazione della capacità tecnica, e tale previsione non viene neppure contestata giudizialmente, l'avvalimento del requisito del fatturato specifico in servizi non è qualificabile come avvalimento c.d. di garanzia, destinato a fornire risorse esclusivamente di carattere economico-finanziario. Le capacità tecniche e professionali rilevanti come criterio di selezione per gli appalti di servizi presuppongono, in linea generale, non solo il possesso di risorse umane e tecniche da impiegare immediatamente nell'espletamento del servizio, ma anche il possesso dell'esperienza, entrambi elementi necessari per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità, secondo la lettera

dell'art. 83, comma 6, del D.Lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, V. 19 luglio 2018, n. 4396).

9. Così qualificato il requisito oggetto dell'avvalimento, avuto riguardo alla *lex specialis* di gara, e conseguentemente l'avvalimento medesimo come tecnico operativo, possono rigettarsi le restanti censure contenute nel primo motivo di appello, dovendosi evidenziare che, come noto, 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, 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.

9.1. 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 Cons. Stato Sez. V, Sent., 10 gennaio 2022, n. 169).

9.2. Non disconosce inoltre il collegio il principio, pure affermato da questa Sezione, e richiamato nell'atto di appello (sentenza 01514/2021) secondo il quale *"L'elemento caratterizzante [l'avvalimento] non è limitato a un mero "prestito" formale di personale e/o di macchinari e/o di beni strumentali necessariamente, sganciato dalla relativa organizzazione aziendale [...] anche se il suo effetto – relativamente al rapporto di appalto - consiste nell'imputazione giuridica ed economica delle prestazioni che ne sono oggetto direttamente all'impresa concorrente, che, a tal fine, si avvale dell'ausiliaria"* (Cons. Stato, V, 16 marzo 2018, n. 1698) e che pertanto nel caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento, è ben possibile *"che, nel singolo contratto, sia previsto, quando si tratti di c.d. avvalimento tecnico-operativo, 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 questa l'ausiliaria non perde la detenzione, pur mettendola a disposizione, in tutto o in parte, per l'utilizzazione dell'ausiliata, secondo le previsioni del contratto di avvalimento, approvate dalla stazione appaltante"*.

Peraltro tali principi non appaiono applicabili alla fattispecie de qua, avuto riguardo in primo luogo alla circostanza che la *lex specialis* di gara prevedeva espressamente – riprendendo peraltro la lettera dell'art. 89 comma 1 ultima parte d.l.gs. 50/2016 - la necessaria indicazione, a pena di nullità *"dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria"*, ed in secondo luogo all'assoluta genericità del contratto di avvalimento, tale da non consentire di

identificare le 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.

Ed invero nel medesimo contratto per un verso si fa riferimento anche ai requisiti di capacità tecnica non oggetto di avvalimento, in quanto in possesso della Csm Global Security Service S.r.l., e per altro verso si fa riferimento nello specifico a risorse e funzioni messe a disposizione non pertinenti rispetto ai requisiti di capacità tecnica non in possesso della società ausiliata e che dovevano - essi solamente - intendersi oggetto di avvalimento.

9.3. Infatti nel contratto di avvalimento si afferma in via generica che *“L'impresa ausiliaria IEMME SISTEMI si impegna a mettere a disposizione, a titolo non oneroso, ai fini della partecipazione alla gara per l'affidamento di detto appalto, nonché per l'esecuzione dei relativi servizi, le proprie risorse, know how, formazione professionale, nonché le proprie strutture e mezzi, il proprio apparato organizzativo e le proprie tecniche operative, nessuna esclusa, che giustificano l'attribuzione dei requisiti di qualificazione, per consentire l'esecuzione del servizio di vigilanza armata fissa da espletarsi con guardie particolari giurate (G.P.G.), portierato fisso, vigilanza armata saltuaria con passaggio esterno con una G.P.G. a bordo di auto o moto radiocollegate presso le sedi di Roma, gestione mediante collegamento alla sala operativa della Società di vigilanza dei sistemi di allarme, antintrusione e videosorveglianza, manutenzione delle apparecchiature tecnologiche di controllo ivi installate CIG 8136813680.* Pertanto nel contratto si fa riferimento in maniera generica alla messa a disposizione della propria capacità tecnica inerente tutti i servizi oggetto dell'appalto e non solo a quella attinente alla gestione e manutenzione dei sistemi di videosorveglianza, di cui era carente l'ausiliata.

9.4. Inoltre le funzioni specifiche indicate nel contratto di avvalimento non sono pertinenti rispetto al requisito mancante, che doveva essere oggetto di avvalimento, facendosi riferimento alla circostanza che l'ausiliaria si impegnavano in particolare:

“a) ad assicurare la disponibilità delle risorse per attuare e monitorare i processi definiti per l'esecuzione e il controllo di tutte le attività connesse alla Gestione del sistema Integrato di qualità;

b) ad assicurare periodica attività di sensibilizzazione e a promuovere attività di formazione/addestramento;

c) a definire i parametri di misurazione e controllo per le attività di monitoraggio, misurazione e analisi dei processi

d) a pianificare e ad eseguire periodicamente Audit interni allo scopo di verificare la conformità dei processi aziendali rispetto ai requisiti delle norme di riferimento, di verificare il raggiungimento delle performance e degli obiettivi di qualità desiderati, nonché di fornire uno strumento sistematico di verifica e identificare le aree di potenziale miglioramento.

e) nel caso di rilievo di anomalie a definire e a realizzare idonee azioni correttive relativamente alle carenze evidenziate;

f) a mettere a disposizione la propria competenza nella gestione del personale mediante verifica dei cedolini, assistenza nei colloqui con le parti sociali coinvolte, collaborazione nei colloqui con i candidati per la verifica delle idoneità allo svolgimento delle mansioni specifiche, verifica della documentazione approntata dall'impresa avvalente relativa all'assunzione degli addetti, delle comunicazioni al competente centro per l'impiego;

g) a mettere a disposizione i propri servizi di amministrazione e contabilità', nonché valorizzazione e gestione della finanza ordinaria e straordinaria, nonché fornire assistenza nei rapporti con le Banche e nella gestione / ottimizzazione degli affidamenti bancari”.

9.5. Pertanto la genericità per un verso e la non pertinenza per altro verso dei requisiti messi a disposizione dell'ausiliata sono indicativi della indeterminatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento, con conseguente nullità dello stesso, ai sensi non solo dell'art. 89 comma 1 ultima parte d.lgs. 50/2016 e del punto 8 comma 4 del disciplinare di gara, ma anche dei principi civilistici e nello specifico del combinato disposto dell'art. 1418 comma 2 e 1325 c.c..

10. Alla stregua di tali rilievi il primo motivo di appello va rigettato, con conseguente rigetto anche della prospettazione della stazione appaltante

contenuta nell'atto di costituzione qualificato come appello incidentale che peraltro non allarga il *thema decidendum*, aderendo ad una delle prospettazioni della CSM, secondo la quale, anche a volere qualificare l'avvalimento de quo come tecnico operativo, il contratto non sarebbe nullo.

10.1. Le indicate caratteristiche di genericità per un verso e di non pertinenza per altro verso delle risorse messe a disposizione denotano inoltre la non serietà dell'impegno negoziale, peraltro confermata anche dal titolo *expressis verbis* "non oneroso" del contratto di avvalimento.

11. Né al riguardo appare convincente la prospettazione di parte appellante, contenuta nel secondo motivo di appello – condivisa dalla stazione appaltante - che va parimenti disattesa, secondo la quale, nonostante la mancata previsione del corrispettivo, il contratto sia da intendersi a titolo oneroso, avuto riguardo all'interesse patrimoniale espressamente indicato nella partnership esistente fra le due società ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, ovvero alla possibilità di determinazione in futuro del corrispettivo anche in applicazione analogica del disposto dell'art. 1657 c.c..

Ed invero al riguardo per un verso va evidenziato che il riferimento alla partnership sia del tutto generico, non essendo esattamente indicati i tratti caratterizzanti la collaborazione fra le due società, risolvendosi l'espressione adottata in un mero stereotipo, come correttamente ritenuto nella sentenza gravata, per cui non appare esattamente individuabile l'interesse patrimoniale in grado di caratterizzare in ogni caso il contratto come oneroso; per altro verso occorre rimarcare come il contratto stesso evidenzi la *voluntas* delle parti circa il carattere *expressis verbis* non oneroso, per cui non sarebbe ammissibile alcuna contrastante e successiva determinazione del corrispettivo.

Né risulta dagli atti di causa alcun elemento specifico per ritenere applicabile alla fattispecie de qua quanto ritenuto dal Consiglio di Stato, con sentenza n. 3885/2019 del 10 giugno 2016, invocata dalla stazione appaltante, laddove ha ammesso "la gratuità del contratto, intesa come assenza di un corrispettivo di natura economica, ove tra gli operatori coinvolti (ausiliario ed ausiliato) vi sia

un unico centro decisionale e dunque un interesse economico unitario che giustifica sul piano causale l'assenza di un corrispettivo per l'avvalimento”.

12. L'appello va pertanto rigettato.

13. Le questioni esaminate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati presi in considerazione tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: fra le tante, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ. sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ. sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663).

14. Le spese di lite seguono la soccombenza nei rapporti fra Csm Global Security Service S.r.l. e Cosmopol Security Service S.r.l., mentre sussistono eccezionali e gravi motivi per compensarli fra le altre parti, avuto riguardo alla circostanza che la stazione appaltante, del pari soccombente in prime cure, si è limitata ad aderire ad una parte delle prospettazioni fatte valere nella presente sede da Csm Global Security Service S.r.l..

P.Q.M.

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

Condanna Csm Global Security Service S.r.l. alla refusione delle spese di lite nei confronti di Cosmopol Security Service S.r.l., liquidate in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), oltre oneri accessori, se dovuti, come per legge.

Compensa le spese di lite nei rapporti tra Csm Global Security Service S.r.l. e l'Istituto Nazionale di Statistica e fra quest'ultimo e Cosmopol Security Service S.r.l..

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Diana Caminiti

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO