

Consiglio di Stato sez. IV, 05/08/2024, n.6965

Fatto
FATTO e DIRITTO

1. Con l'appeallo in epigrafe la societ  cooperativa sociale di tipo B  (omissis) ha impugnato la sentenza del T.a.r. Abruzzo Pescara, n. 379 del 2023 con cui sono stati respinti il ricorso e i motivi aggiunti dalla medesima proposti per annullamento della determinazione n. 140 del 6 luglio 2023 disposta dall'Agir Autorit  Gestione Integrata Rifiuti della Regione Abruzzo, recante aggiudicazione in favore del (omissis) S.r.l. (omissis) S.r.l. dell'appalto di servizi di raccolta domiciliare (porta a porta) dei rifiuti urbani e spazzamento delle vie comunali e gestione del centro di raccolta comunale nel Comune di Collecervino, nonch  per annullamento degli ulteriori atti della gara specificamente indicati nell'ambito del ricorso di primo grado.

2. L'anzidetta gara, indetta dall'Agir Abruzzo e aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente pi  vantaggiosa, aveva ad oggetto l'affidamento del servizio sopra menzionato per la durata di sei anni.

3. Nel giudizio di primo grado, proposto dalla societ  ricorrente e odierna appellante, classificatasi seconda in graduatoria, si sono costituiti l'Agir Abruzzo e il controinteressato (omissis) S.r.l. (omissis) S.r.l.. Il T.a.r. ha dapprima respinto l'istanza cautelare con l'ordinanza n. 104 del 2023 pubblicata il 12 settembre 2023 e, con la sentenza n. 379 del 2023, ha poi respinto il ricorso ritenendo infondate tutte le censure proposte.

4. Tale sentenza   stata impugnata dalla societ  cooperativa sociale di tipo B  (omissis), che ha formulato quattro distinte censure, proponendo altres  istanza di sospensione cautelare della sentenza impugnata. Con atto depositato il 13 febbraio 2024, l'appellante ha poi rinunciato all'istanza cautelare e, successivamente, non ha svolto ulteriori difese.

4.1. Con il primo motivo di gravame, l'appellante contesta la sentenza nella parte in cui il T.a.r. ha ritenuto inammissibile e comunque infondata la censura del ricorso introduttivo del giudizio concernente la prospettata nullit  del contratto di avvalimento stipulato con la societ  (omissis) S.r.l.. Ad avviso del giudice di primo grado, infatti, la censura sarebbe inammissibile per difetto di interesse in ragione dell'intervenuta sostituzione dell'impresa ausiliaria a seguito della richiesta dell'Agir, ai sensi dell'art. 89, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, di provvedere alla sostituzione dell'ausiliaria con un nuovo operatore economico che rispetti le condizioni di partecipazione alla procedura di gara in oggetto. A seguito di tale richiesta, il (omissis) ha, infatti, stipulato un nuovo contratto di avvalimento con la societ  (omissis) S.r.l. in sostituzione del precedente contratto, sicch  per effetto di tale sostituzione, il T.a.r. ha ritenuto che fosse venuto meno l'interesse della ricorrente odierna appellante a contestare la nullit  del primo

contratto. In ogni caso, secondo il Tribunale, anche a prescindere dal menzionato profilo di inammissibilità, tale censura era da ritenersi comunque infondata nel merito, poiché il contratto di avvalimento non poteva essere considerato nullo, avendo un oggetto determinato o almeno determinabile.

Secondo l'appellante, per contro, non si tratterebbe di una nullità sanabile e, sul punto, richiama la giurisprudenza secondo cui la nullità del contratto di avvalimento per violazione dell'articolo 89, comma 1, che ne descrive il contenuto essenziale opera ab origine e comporta che il concorrente sia privo del requisito di capacità oggetto di avvalimento sin dal momento della presentazione della domanda.

4.2. Con il secondo motivo, l'appellante insiste nel sostenere la nullità del contratto di avvalimento per la sua genericità, atteso che, in particolare, nel punto 3 del contratto stesso, rubricato "Risorse messe a disposizione", le parti avevano pattuito che l'ausiliaria (*omissis*) srl pone a disposizione di (*omissis*) srl per esecuzione del contratto: le attrezzature ed il know how necessari per la realizzazione e gestione del centro di trasferta prescritto dal Capitolato di Gara; le attrezzature ed il know how per una completa informatizzazione del Centro di Raccolta; eventuale integrazione della flotta autocarri che dovessero rendersi necessarie.

4.3. Con il terzo motivo, l'appellante sostiene che il costo per il personale del call center indicato dal (*omissis*) risultato aggiudicatario dovesse essere qualificato come un costo indiretto. A tale proposito, l'appellante ritiene, infatti, che il predetto personale, operando stabilmente nella sola commessa di Collecervino, generava un costo diretto che, in quanto tale, doveva essere computato nei costi della manodopera indicati nell'offerta economica. Inoltre, il costo dell'operatore, impegnato per trentasei ore settimanali e inquadrato al IV livello Fise Assoambiente, ammontava a circa € 48.253,97 annui e non era stato riportato nei costi della manodopera.

4.4. Con il quarto motivo di appello, infine, la decisione del T.a.r. viene censurata nella parte in cui è stata ritenuta insussistente la causa di esclusione derivante dall'interdittiva antimafia emessa dalla Prefettura di Napoli in data 9 gennaio 2023, in considerazione della sua sospensione ex lege intervenuta il 24 febbraio 2023 in seguito al decreto del Tribunale di Napoli "Misure di Prevenzione n. 30 del 2023 di approvazione della misura del controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34-bis, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 159 del 2011, sicché alla data della pubblicazione del bando, secondo il giudice di primo grado, non sussistevano più, in capo all'operatore economico de quo, le preclusioni connesse alla richiamata interdittiva antimafia. Per contro, ad avviso dell'appellante, dal momento che dopo la misura del controllo giudiziario era intervenuta la risoluzione di sei contratti, la stazione appaltante avrebbe avuto l'obbligo di verificare se le predette risoluzioni contrattuali derivassero dalla interdittiva, ovvero dipendessero da una negativa ricognizione sui requisiti di onorabilità dell'impresa o sulla regolarità del

servizioâ??.

5. Si Ã" costituito in giudizio lâ??"aggiudicatario (*omissis*) S.r.l. â?? (*omissis*) S.r.l., eccependo lâ??"inammissibilitÃ del primo e del secondo motivo di appello per violazione dellâ??"art. 101 c.p.a., non essendo state formulate, a suo avviso, â??specifiche censure contro i capi della sentenza gravataâ?• e contestando comunque nel merito la fondatezza delle anzidette doglianze.

Con riferimento al terzo motivo, il (*omissis*) controinteressato eccepisce lâ??"inammissibilitÃ della censura, in quanto formulata per la prima volta in appello, non avendo la societÃ cooperativa sociale di tipo â??Bâ?• (*omissis*) prospettato nel corso del primo grado di giudizio alcuna argomentazione relativa ai costi concernenti lâ??"attivazione del numero verde dedicato al Comune di Collecervino.

A proposito del quarto motivo di appello, infine, la (*omissis*) S.r.l. osserva che, al momento della presentazione dellâ??"offerta per la partecipazione alla gara, avvenuta il 5 aprile 2023, essa risultava â??in possesso di tutti i requisiti previsti dalla leggeâ?• ed era iscritta nella White List tenuta presso la Prefettura di Napoli.

6. Si Ã" costituita in giudizio anche lâ??"Agir Abruzzo, replicando alle censure proposte e chiedendo il rigetto dellâ??"appello. In particolare, lâ??"Agir ha evidenziato che il difetto di interesse dellâ??"odierna appellante a contestare la nullitÃ del primo contratto di avvalimento deriva altresÃ dalla circostanza che lâ??"appellante medesima non ha mai formulato alcuna censura in relazione al secondo contratto di avvalimento stipulato con la nuova ausiliaria (*omissis*) S.r.l..

A proposito del secondo motivo di appello, lâ??"Agir Abruzzo ha rilevato la â??sovrabbondanzaâ?• dei requisiti prestati dalla (*omissis*) S.r.l., fermo restando che le risorse e le attrezzature messe a disposizione erano, a suo avviso, chiaramente â??specificate, determinate e/o determinabiliâ?• e riferite a specifiche parti del servizio, non potendosi dunque ritenere che si trattasse di impegni generici. PiÃ¹ precisamente, in relazione ai punti 1 e 2 della clausola contrattuale in questione, lâ??"Agir mette in evidenza che erano stati indicati i professionisti che sarebbero stati messi a disposizione dellâ??"ausiliata. Con riferimento al punto 3, osserva che le attrezzature relative allâ??"allestimento del centro di trasferimento (o centro di raccolta) erano desumibili per relationem dal progetto posto a base di gara. A proposito del punto 4, poi, rileva che lâ??"informatizzazione del centro di raccolta consisteva â??nella mera messa a disposizione di un softwareâ??, sicchÃ la dichiarazione non poteva essere considerata generica, mentre, in relazione al punto 5, precisa che si trattava di ipotesi riferita a â??una casistica eccezionale e ad eventuali esigenze di servizio non programmabili o preventivabili ab origineâ??, poichÃ lâ??"approvvigionamento della flotta di autocarri sarebbe stato effettuato direttamente dal (*omissis*) controinteressato â??sulla base dei mezzi messi a disposizione ed indicati dallo stesso nellâ??"offerta tecnicaâ??.

Sotto un diverso profilo, avuto riguardo al terzo motivo di appello, eccepisce l'inaammissibilit  di tale motivo per violazione dell'art. 104, comma 1, c.p.a., ritenendolo, comunque, anche infondato nel merito.

Infine, con riferimento al quarto motivo di gravame, Agir conferma che non sussistevano pi , in capo all'operatore economico risultato aggiudicatario, le preclusioni connesse alla richiamata interdittiva antimafia.

7. Tanto premesso, il Collegio   trattenuta la causa in decisione all'udienza pubblica del 4 luglio 2024   reputa che l'appello sia infondato, per le ragioni che seguono.

7.1. Il primo e il secondo motivo di gravame possono essere trattati congiuntamente in quanto afferenti alla questione della prospettata nullit  del contratto di avvalimento stipulato con la (omissis) S.r.l..

7.2. In via preliminare, va respinta l'eccezione, sollevata dal (omissis) controinteressato, di inammissibilit  dei predetti motivi di appello, dal momento che l'appellante ha formulato censure sufficientemente specifiche alle parti della sentenza impugnata relative tanto all'inaammissibilit  del motivo di ricorso proposto in primo grado (con il primo motivo di appello) quanto alla sua infondatezza (con il secondo motivo). Ferma restando, dunque, l'ammissibilit  dei motivi di gravame appena menzionati, il Collegio reputa che tali censure non siano fondate nel merito.

7.3. In primo luogo, infatti, risulta corretta la decisione del T.a.r. di ritenere irrilevante la questione della prospettata nullit  del contratto di avvalimento stipulato con la societ  (omissis) S.r.l., in considerazione dell'intervenuta sostituzione dell'anzidetta societ  con la nuova ausiliaria Raccolgo S.r.l., come richiesto dalla stazione appaltante, con la conseguenza che i profili di censura concernenti il contratto di avvalimento stipulato con la (omissis) S.r.l. risultano superati e, dunque, difetta l'interesse della societ  cooperativa sociale di tipo  B  (omissis) a contestare la nullit  di tale contratto. N  pu  ritenersi che la nullit  del contratto di avvalimento impedisca la sostituzione dell'ausiliaria, dal momento che il comma 3 dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede in via generale la possibilit  che la stazione appaltante imponga la sostituzione dell'ausiliario privo dei requisiti senza alcuna ulteriore limitazione, come si desume dal tenore letterale della disposizione, ai sensi della quale:  la stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacit  l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione . Tale norma, peraltro, viene interpretata dalla giurisprudenza amministrativa in senso particolarmente elastico, come recentemente chiarito da Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2022, n. 368, secondo cui l'art. 89, comma 3, del d.lgs. n.

50 del 2016 non prevede alcun limite alla sostituzione dell'ausiliaria: tanto risponde alla ratio dell'istituto dell'avvalimento, finalizzato ad assicurare la massima partecipazione alle gare a tutela della concorrenza tra le imprese.

Occorre, peraltro, sottolineare che l'odierna appellante non ha contestato la legittimità della sostituzione dell'ausiliaria né ha censurato il nuovo contratto di avvalimento stipulato con la nuova ausiliaria (*omissis*) S.r.l., neppure per profili di illegittimità in via derivata, con la conseguenza che, essendo tale sostituzione espressamente consentita dalla disposizione richiamata, senza la previsione di ulteriori limiti, e non essendo stata contestata dall'appellante neppure in via astratta, come testé rilevato, si deve necessariamente concludere che la predetta sostituzione sia legittima e che il nuovo contratto di avvalimento sia valido e non può¹ contestabile, con conseguente difetto di interesse a censurare il primo contratto di avvalimento, ormai superato.

Dalla legittimità della sostituzione dell'ausiliaria e dalla stipulazione del nuovo contratto di avvalimento deriva, pertanto, che la questione della nullità del precedente contratto di avvalimento stipulato con un'ausiliaria rispetto alla quale è intervenuta la sostituzione ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, perde ogni rilevanza, poiché il contratto di avvalimento oggetto di contestazione risulta, per appunto, legittimamente sostituito da un altro e diverso contratto, sicché da reputarsi corretta la valutazione del T.a.r. in ordine al difetto di interesse della ricorrente e odierna appellante a contestare la validità di un contratto definitivamente uscito dal perimetro della gara, a maggior ragione ove si consideri che, come rilevato, la predetta sostituzione e la stipulazione del nuovo contratto non sono mai state contestate dalla ricorrente medesima.

In altri termini, sarebbe contraddittorio su un piano logico prima ancora che giuridico consentire la sostituzione soggettiva dell'ausiliaria, ma, al tempo stesso, sostenere che il contratto di avvalimento stipulato con l'ausiliaria ormai sostituita incida comunque sul nuovo e diverso contratto.

7.4. In secondo luogo, la questione della nullità del contratto di avvalimento risulta anche infondata nel merito, poiché l'appellante ha ommesso di riportare integralmente le clausole del disciplinare e del contratto che assumono rilevanza nel caso di specie.

Occorre anzitutto precisare, sul punto, che l'avvalimento si è reso necessario poiché il bando prevedeva esclusivamente i seguenti requisiti specifici: al punto 7.1, i requisiti di iscrizione in registri, albi ed elenchi; al punto 7.2, quale requisito di capacità economica e finanziaria, un determinato fatturato minimo annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto riferito a ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari; al punto 7.3, quali requisiti di capacità tecnico-professionale, l'esecuzione negli ultimi tre anni di specifici servizi analoghi e il possesso di una valutazione di conformità del proprio sistema di gestione della qualità.

In considerazione dei predetti requisiti, il (*omissis*) risultato poi aggiudicatario ha fatto ricorso all'avalimento poich , come precisa il contratto, l'impresa (*omissis*) S.r.l., intende partecipare alla gara in oggetto, ma, pur essendo tecnicamente organizzata ed economicamente stabile non possiede la quota dei requisiti sopra riportati e che, pertanto, intende utilizzare l'istituto dell'avalimento di cui all'art. 89 del D.Lgs 50/2016 e s.m.i., per dimostrare del requisito di cui risulta carente; 4. l'impresa (*omissis*) S.r.l.   disponibile ad avvalere l'impresa (*omissis*) S.r.l. per i requisiti ad essa mancanti essendone in possesso.

Conseguentemente, l'impresa ausiliaria ha, dunque, puntualizzato di essere in possesso dei requisiti previsti dal bando sia a proposito del fatturato specifico, nel triennio 2020-2021-2022, sia a proposito dell'esecuzione di un servizio con le caratteristiche e le modalit  prescritte dal punto 7.3, lett. a), del disciplinare, avendo la (*omissis*) S.r.l. svolto il servizio nell'ultimo triennio per conto della Citt  di Marignano, con una popolazione residente superiore ai 29mila abitanti.

Con riferimento ai requisiti che precedono, il contratto precisava che veniva in rilievo un'ipotesi di avalimento di garanzia, come si desume dalla previsione che segue: l'avalimento del requisito relativo alla capacit  economica e finanziaria   da intendersi quale avalimento di garanzia ed in quanto tale come valore aggiunto in termini di solidit  finanziaria e di acclarata esperienza di settore tale da garantire determinata affidabilit  e un concreto supplemento di responsabilit  impegnandosi l'impresa ausiliaria a prestare la propria solidit  patrimoniale e finanziaria, le proprie capacit  tecniche e amministrative nonch  le cognizioni tecniche, gestionali e organizzative (know how) mettendole a disposizione, con il presente atto, della Ecogin S.r.l., garantendo di fatto la solidit  finanziaria dell'appalto come espressamente previsto e ribadito dalla costante giurisprudenza di settore.

In aggiunta a quanto precede, l'art. 3 del predetto contratto prevedeva, ulteriormente, che: L'avalimento del requisito relativo alla capacit  economica e finanziaria   da intendersi quale avalimento tecnico operativo ed in quanto tale come concreta messa a disposizione dei seguenti mezzi e risorse specifiche che l'ausiliaria Win Ecology S.r.l. pone a disposizione di Ecogin S.r.l. per l'esecuzione del contratto:

  un ingegnere con esperienza nel settore dei servizi ambientali, ai fini dell'organizzazione delle risorse e dell'attivit  di programmazione;

  un responsabile operativo di cantiere per la materiale conduzione delle risorse umane e materiali necessarie all'esecuzione dei servizi;

  le attrezzature ed il know how necessari per la realizzazione e gestione del centro di trasferta prescritto dal Capitolato di Gara;

  le attrezzature ed il know how per una completa informatizzazione del Centro di Raccolta;

â€¢ eventuale integrazione della flotta autocarri che dovessero rendersi necessarieâ€¢.

Sul punto, il giudice di primo grado ha ritenuto che le risorse messe a disposizione fossero â€¢ riferite a specifiche parti del servizio e, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, non si appalesano generiche ma debbono considerarsi determinate e determinabiliâ€¢. A tale proposito, il T.a.r. ha richiamato, altresÃ¬, lâ€™indirizzo giurisprudenziale secondo cui lâ€™oggetto del contratto di avvalimento tecnico-operativo deve essere determinabile, senza, tuttavia, â€¢ spingersi, ad esempio, sino alla rigida quantificazione dei mezzi dâ€™opera, allâ€™esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale (Cons. Stato, Sez. V, n. 6212/2021; Cons. Stato, sez. IV, 11 maggio 2020 n. 2953; Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682)â€¢.

La clausola sopra menzionata, invero, non puÃ² essere considerata, nel suo complesso, nulla per indeterminatezza e indeterminabilitÃ dellâ€™oggetto, poichÃ© nella sua prima parte â€¢ ossia proprio la parte che lâ€™appellante ha omesso di citare nellâ€™ambito dellâ€™appello â€¢ sono state indicate specificamente le risorse messe a disposizione, con la conseguenza che la seconda parte della clausola stessa â€¢ ove anche non la si reputasse determinabile, come ritenuto dal T.a.r. â€¢ risulterebbe, a tutto concedere, superflua o addirittura â€¢sovrabbondanteâ€¢, come efficacemente osservato dallâ€™Agir Abruzzo a pagina 5 della memoria del 13 febbraio 2024, ma in ogni caso non sarebbe suscettibile di determinare, di per sÃ©, la nullitÃ dellâ€™intero contratto di avvalimento.

Del resto, occorre tenere altresÃ¬ conto della circostanza che, ai fini della validitÃ del contratto di avvalimento Ã sufficiente che sia consentita lâ€™individuazione delle funzioni che lâ€™impresa ausiliaria andrÃ a svolgere, come confermato, ancora in tempi molto recenti, da Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2024, n. 119, secondo cui: â€¢Lâ€™indagine in ordine agli elementi essenziali dellâ€™avvalimento c.d. operativo deve essere svolta sulla base delle generali regole sullâ€™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 pertanto non deve necessariamente spingersi sino alla rigida quantificazione dei mezzi dâ€™opera, allâ€™esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale; tuttavia, lâ€™assetto negoziale deve consentire quantomeno lâ€™individuazione delle esatte funzioni che lâ€™impresa ausiliaria andrÃ a svolgere, direttamente o in ausilio allâ€™impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizioneâ€¢.

Da ultimo, assume rilievo lâ€™ampio spazio previsto dal disciplinare per lâ€™operativitÃ del soccorso istruttorio proprio con specifico riferimento allâ€™istituto dellâ€™avvalimento, come si desume dallâ€™art. 9 del disciplinare medesimo, ove Ã previsto quanto segue: â€¢Ad eccezione dei casi in cui sussistano dichiarazioni mendaci, qualora per lâ€™ausiliaria sussistano motivi obbligatori di esclusione o laddove essa non soddisfi i pertinenti criteri di selezione, la stazione

appaltante impone, ai sensi dell'art. 89, comma 3 del Codice, al concorrente di sostituire l'ausiliaria. In qualunque fase della gara sia necessaria la sostituzione dell'ausiliaria, la commissione comunica l'esigenza al RUP, il quale richiede per iscritto, secondo le modalità di cui al punto 2.3, al concorrente la sostituzione dell'ausiliaria, assegnando un termine congruo per l'adempimento, decorrente dal ricevimento della richiesta. Il concorrente, entro tale termine, deve produrre i documenti dell'ausiliaria subentrante (nuove dichiarazioni di avvalimento da parte del concorrente, il DGUE della nuova ausiliaria nonché il nuovo contratto di avvalimento). In caso di inutile decorso del termine, ovvero in caso di mancata richiesta di proroga del medesimo, la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla procedura. È sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata produzione della dichiarazione di avvalimento o del contratto di avvalimento, a condizione che i citati elementi siano preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta. La mancata indicazione dei requisiti e delle risorse messi a disposizione dall'impresa ausiliaria non è sanabile in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento.

7.5. Conseguentemente, dunque, dalle considerazioni che precedono si può trarre la conclusione che la sostituzione dell'ausiliaria sia avvenuta nel pieno rispetto dell'art. 89 del d.lgs. 50 del 2016 e della *lex specialis*, con conseguente legittima sostituzione del contratto di avvalimento, sostituzione, peraltro che non si ribadisce neppure contestata dall'appellante, sicché deve reputarsi che le questioni inerenti la validità del contratto di avvalimento ormai legittimamente sostituito non possano più avere rilievo ai fini della partecipazione del (*omissis*) alla gara, fermo restando che la clausola contestata, considerata nel suo complesso, non poteva comunque essere considerata nulla per le ragioni che sono state illustrate.

7.6. Con riferimento al terzo motivo di gravame, invece, l'eccezione di inammissibilità sollevata dal R.T.I. controinteressato risulta fondata, poiché la censura relativa al costo per il personale del call center non è stata prospettata nell'ambito del giudizio di primo grado, bensì soltanto nel presente grado di appello, con conseguente violazione dell'art. 104, comma 1, c.p.a.. Infatti, con il secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, era stata prospettata la difformità dell'offerta economica rispetto alle prescrizioni di gara, senza alcuna menzione del predetto personale addetto al numero verde dedicato al Comune di Collecervino.

7.7. Il quarto motivo di gravame, infine, è parimenti infondato poiché il possesso del requisito di partecipazione alla gara ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 e l'assenza di cause ostative discendono direttamente dall'avvenuta iscrizione nella White List presso la Prefettura di Napoli, intervenuta a seguito al decreto del Tribunale di Napoli delle Misure di Prevenzione n. 30 del 2023 di approvazione della misura del controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34-bis, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 159 del 2011, come risulta dimostrato dalla nota della Prefettura medesima, del 24 febbraio 2023, depositata in primo grado in data 6 settembre 2023.

8. Dalle considerazioni che precedono discende, dunque, il rigetto dell'appeallo.

9. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando sull'appeallo, come in epigrafe proposto, lo respinge. Condanna la societ  cooperativa sociale di tipo B  (omissis) alla rifusione, in favore della societ  (omissis) S.r.l. e dell'Agir Abruzzo, delle spese del presente grado di giudizio, che liquida in complessivi euro 6.000,00 oltre 15% per spese generali, IVA e CPA come per legge, da ripartirsi in misura eguale tra loro (quindi euro 3.000,00 in favore della (omissis) S.r.l. e euro 3.000,00 in favore dell'Agir Abruzzo).

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorit  amministrativa.

Cos  deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

(omissis), Presidente

(omissis), Consigliere

(omissis), Consigliere

(omissis), Consigliere

(omissis), Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 05 AGO. 2024.

Campi meta

Massima : *Ai fini della validit  del contratto di avvalimento   sufficiente che sia consentita l'individuazione delle funzioni che l'impresa ausiliaria andr  a svolgere.*

Supporto Alla Lettura :

AVVALIMENTO

Con avvalimento (**disciplinato dall'art. 104 d.lgs. 36/2023**) si intende il contratto, da redigere in forma scritta a pena nullit  , normalmente oneroso, tramite cui un determinato operatore economico, sprovvisto dei requisiti tecnici, economici o finanziari, pu  prendere comunque parte alla procedura di gara tramite il *prestito* degli stessi da parte di altro operatore (impresa ausiliaria) che invece siffatti requisiti possiede. L'istituto dell'avvalimento realizza il principio di massima partecipazione alla gara, impedendo l'esclusione di un operatore privo dei requisiti prescritti nella *lex specialis*. Sul piano strutturale, l'avvalimento si concreta nella *messa a disposizione*, a favore dell'impresa *ausiliata*, da parte dell'impresa ausiliaria, dei requisiti di carattere economico finanziario e tecnico organizzativo, necessari per la valida partecipazione ad una procedura di affidamento di un contratto di appalto o di concessione, o per l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione. Messa a disposizione che, almeno di regola, ha luogo in cambio di un corrispettivo in denaro o di altra utilit  di natura patrimoniale.