

L'istituto dell'avvalimento non opera automaticamente per la semplice sussistenza di un vincolo associativo derivante dall'ATI.

di Enrichetta Tamburrino

Data di pubblicazione: 13-12-2012

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 6 dicembre 2012 n. 6257.
Presidente Branca; Estensore Bianchi

1. Mediante il raggruppamento, le singole imprese assumono il mero impegno (reciproco) di costituirsi in associazione nel caso di aggiudicazione della gara per l'esecuzione dell'appalto, senza l'insorgenza di ulteriori e specifici obblighi (nella specie riferibili alla messa a disposizione di mezzi tecnici e/o finanziari) esorbitanti l'assunzione delle responsabilità di cui sopra.

2. Ne deriva che l'impresa che intenda avvalersi dei requisiti di un'altra deve necessariamente darne atto in sede di presentazione dell'offerta, e ciò in quanto l'Amministrazione deve poter verificare ab initio la sussistenza in capo ad ogni partecipante dei requisiti richiesti dal bando.

3. La costituzione di un raggruppamento in funzione dell'aggiudicazione di un appalto, infatti, non presuppone per le partecipanti obblighi ulteriori rispetto all'impegno di costituirsi in associazione e eseguire le opere secondo le percentuali rispettivamente assunte.

4. Ne consegue che l'estensione e l'ampliamento, solo eventuale, degli obblighi intercorrenti tra le imprese del costituendo R.T.I., deve avvenire con apposito atto formale che consenta all'impresa ausiliata di esigere la messa a disposizione del requisito di cui è carente, facoltà che in base al mero vincolo associativo invece non avrebbe.

REPUBBLICA ITALIANA
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 9161 del 2006, proposto da:
Comune di Treviso, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Pirocchi, Gabriele Pirocchi,
Antonello Coniglione, Giampaolo De Piazzi, con domicilio eletto presso Francesco Pirocchi in
Roma, via Salaria, 280;
contro
F.Lli Paccagnan S.p.A., Societa' Sportiva Dilettantistica A R.L. Natatorium Treviso,
rappresentati e difesi dagli avv. Francesco Di Giovanni, Giorgio Bressan, con domicilio eletto
presso Francesco Di Giovanni in Roma, via Sardegna 38; Drusian Termotecnica di Drusian
Ernesto S.r.l., Associazione Sportiva Dilettantistica Natatorium Treviso;
nei confronti di
Costruzioni Monfenera S.a.s. Q.Le Capogruppo Ati, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea
Manzi, Paolo Pettinelli, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Federico
Confalonieri, 5;
per la riforma
della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 02305/2006, resa tra le parti,
concernente appalto per impianto natatorio

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2012 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le
parti gli avvocati Pirocchi e Di Giovanni;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando in data 16.05.2005, il Comune di Treviso indiceva una gara per la concessione dei lavori di realizzazione e gestione "del primo stralcio dell'impianto natatorio di Fiera e Selvana".

Alla selezione partecipavano due raggruppamenti di imprese, uno con capogruppo l'Impresa Edile Monfenera s.a.s. (A.T.I. Monfenera), l'altro capitanato dalla F.Lli Paccagnan s.p.a. (A.T.I. Paccagnan), che venivano ambedue ammesse alla procedura.

Con nota di deduzioni del dicembre 2005, la F.Lli Paccagnan s.p.a. contestava la mancata esclusione dell'A.T.I. Monfenera, in quanto la capogruppo (avente un capitale sociale di soli 309,87 euro) risultava carente del requisito prescritto dall'art. 10 lett. e) del bando, che richiedeva il possesso di "un capitale sociale non inferiore ad Euro 175.914,63, pari ad un ventesimo dell'investimento di euro 3.518.292,50 (IVA esclusa) previsto per l'intervento".

Con deliberazione della Commissione di gara del 7.02.2006, Il Comune di Treviso aggiudicava l'appalto in via provvisoria all'A.T.I. Monfenera.

Diversamente valutando l'applicabilità dell'art. 10 del bando, con successiva nota del 29.03.2006, il Comune comunicava l'avvio del procedimento di non approvazione del verbale di aggiudicazione provvisoria.

Con nota del 4.05.2006, acquisite le osservazioni dell'aggiudicataria, il Comune di Treviso

disponeva l'archiviazione del procedimento di non approvazione dell'esito della gara ed aggiudicava in via definitiva, con successiva determinazione n. 678/2006, l'appalto all'A.T.I. Monfenera.

Con ricorso al T.A.R. per il Veneto l'A.T.I. Paccagnan è insorta avverso i provvedimenti di ammissione alla gara e di aggiudicazione definitiva, chiedendone l'annullamento.

Nel giudizio di prime cure si sono costituite l'Amministrazione comunale e la controinteressata.

Con sentenza n. 2305 depositata il 4 agosto 2006, il T.A.R. ha accolto il ricorso principale, sui presupposti :

- i) "che la lex specialis ha legittimamente imposto un requisito ulteriore (ma non impossibile) a quello stabilito dalla legge per consentire la partecipazione alla gara anche alle società di persone (capitale sociale di importo non inferiore al 1/20 dell'investimento, ex art. 98, co. 1, lett.- B, DPR 554/99)";

- ii) "che l'istituto dell'avvalimento non è applicabile alla fattispecie, sia perché non previsto in sede di presentazione dell'offerta, sia perché non adeguatamente formalizzato (sottoscrizione per adesione della impresa ausiliaria alle controdeduzioni inviate all'Amministrazione) sia perché offerto da impresa dell'A.T.I.".

Avverso la predetta sentenza, il Comune di Treviso ha interposto l'odierno appello chiedendone l'integrale riforma.

Si sono costituite in giudizio le appellate F.lli Paccagnan s.p.a. e la Società sportiva dilettantistica a r.l. Natatorium Treviso (facente parte dell'A.T.I.), chiedendo la reiezione dell'appello e la conferma della sentenza di prime cure.

Si è altresì costituita la società Monfenera s.a.s., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. aggiudicataria, che ha chiesto l'accoglimento dell'appello.

Alla pubblica udienza dell'8 maggio 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato.

2. Con il primo motivo di gravame, il Comune deduce che erroneamente il primo giudice avrebbe ritenuto comunque applicabile l'art. 10 lett. e) del bando che impone il possesso di un determinato capitale sociale in capo alle imprese partecipanti, senza distinguere tra società di capitali (che necessariamente tale requisito devono possedere) e società di persone (che invece non sono tenute a dotarsene).

A sostegno della tesi, il Comune osserva che ai sensi dell'art. 10 della Legge n. 109/1994, ratione temporis applicabile alla fattispecie, il diritto di partecipare alle procedure di affidamento di lavori pubblici spetta, tra le altre, anche alle imprese individuali ed alle società commerciali (ovvero alle società di persone).

A suo dire, quindi, la richiesta di un capitale minimo per la partecipazione all'appalto non era applicabile a quei soggetti (società di persone), che in base all'ordinamento non sono tenute a dotarsi di un tal requisito. Diversamente da quanto accade per le società di capitali, invero, nelle società di persone i soci rispondono delle obbligazioni direttamente con il loro patrimonio. Conclusivamente l'obbligo delle società di persone di dotarsi di un capitale sociale avrebbe determinato una discriminazione tra i partecipanti, in violazione del principio di par condicio tra

i concorrenti.

La censura non merita accoglimento.

Come correttamente affermato dal T.A.R. la clausola contenuta nel bando di gara, riproduttiva dell'art. 98 del D.P.R. n. 554/1999, non prescrive un obbligo di impossibile attuazione per le società di persone.

Se è vero, infatti, che queste società non sono legalmente tenute a dotarsi di un capitale sociale, ciò non di meno nulla esclude che le stesse abbiano piena facoltà di dotarsene e ciò anche per dimostrare all'esterno la loro solidità economica e finanziaria.

In particolare, poi, la clausola in contestazione impone la dotazione di un capitale sociale non inferiore ad euro 175.914,63 e, pertanto, la stessa non risulta particolarmente gravosa in assoluto, né percentualmente sproporzionata in relazione all'entità dell'investimento (1/20).

Del resto, già nel corso del procedimento di gara, Monfenera ha provveduto (pur tardivamente) ad incrementare il capitale sociale sino al raggiungimento della soglia richiesta.

Inoltre, la richiesta di un capitale minimo per l'ammissione alla gara non è neppure irragionevole, atteso che nell'ambito degli affidamenti di lavori pubblici il possesso di un determinato capitale sociale (e la sua dimostrazione da parte dell'impresa partecipante) funge da garanzia per la Pubblica Amministrazione in ordine alla solidità ed affidabilità dell'impresa.

Da ultimo, va rilevato che l'impresa edile "Costruzioni Monfenera di Massarotto Geom. Franco & c S.A.S.", quale società in accomandita semplice, è composta da soci accomandatari e da soci accomandanti, i quali ultimi ai sensi dell'art. 2313 cod. civ. rispondono delle obbligazioni sociali limitatamente alla quota conferita, con conseguente, ed obbligatoria, creazione di un capitale sociale a questi riferibile.

Ne consegue l'infondatezza della censura dedotta.

3. Con il secondo motivo di appello, il Comune deduce l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha negato l'applicabilità dell'avvalimento in quanto: "(...) non previsto in sede di presentazione dell'offerta, (...) non adeguatamente formalizzato (sottoscrizione per adesione della impresa ausiliaria alle controdeduzioni inviate all'Amministrazione) [e] perché offerto da impresa dell'A.T.I."

Il motivo non è meritevole di accoglimento.

3.1 Quanto al primo profilo, il Comune sostiene che l'istituto opererebbe ex se, a prescindere da un'apposita dichiarazione o manifestazione di volontà, dovendosi privilegiare l'aspetto sostanziale del rapporto, ovvero l'effettiva disponibilità del requisito da parte della società ausiliata. Assume, pertanto, che la mera partecipazione di Sima Impianti s.r.l. al raggruppamento rendeva immediatamente apprezzabile la possibilità dell'avvalimento in capo a Monfenera. Inoltre, la sussistenza di un vincolo associativo tra le due, derivante dalla partecipazione al medesimo raggruppamento, rendeva influente ogni formalizzazione, dovendosi desumere la disponibilità del requisito in ragione della mera sussistenza del vincolo associativo.

L'assunto non è condivisibile.

Ed invero, pur non essendo nella specie applicabili ratione temporis gli obblighi formali richiesti dal sopravvenuto art. 49 del D.lgs n. 163/2006, ciò non di meno resta escluso che l'istituto possa operare automaticamente, per la semplice sussistenza di un vincolo associativo scaturente dall'A.T.I.

Infatti, mediante il raggruppamento, le singole imprese assumono il mero impegno (reciproco) di costituirsi in associazione nel caso di aggiudicazione della gara per l'esecuzione dell'appalto, senza l'insorgenza di ulteriori e specifici obblighi (nella specie riferibili alla messa

a disposizione di mezzi tecnici e/o finanziari) esorbitanti l'assunzione delle responsabilità di cui sopra.

Ne deriva che l'impresa che intenda avvalersi dei requisiti di un'altra, deve necessariamente darne atto in sede di presentazione dell'offerta, e ciò in quanto l'Amministrazione deve poter verificare ab initio la sussistenza in capo ad ogni partecipante dei requisiti richiesti dal bando.

Né può ritenersi che l'Amministrazione sia obbligatoriamente chiamata ad effettuare indagini ulteriori rispetto alla verifica dei contenuti esplicitati nelle domande presentate, al fine specifico di accertare se i requisiti di cui la singola impresa risulti carente siano rinvenibili in altro soggetto del raggruppamento.

Oltre a non essere previsti dalla normativa di settore, infatti, tali indagini risulterebbero comunque inconducibili in quanto, come già precisato, mediante il raggruppamento le singole imprese assumono il mero impegno di costituirsi in associazione nel caso di aggiudicazione della gara ai fini della esecuzione dell'appalto, e non di certo l'obbligo di mettere a disposizione di altri soggetti i propri mezzi tecnici e/o finanziari.

Di qui la necessità che l'impresa manifesti espressamente la volontà di avvalersi dei requisiti di un'altra già in sede di presentazione dell'offerta.

3.2 Quanto al secondo profilo, il Comune sostiene che non sarebbe stata necessaria alcuna formalizzazione dell'avvalimento, dovendosi attribuire prevalenza al dato sostanziale dell'effettiva disponibilità del requisito in capo a Monfenera, in forza del vincolo associativo esistente con Sima Impianti.

L'assunto non può essere condiviso per le ragioni sopra già esposte

La costituzione di un raggruppamento in funzione dell'aggiudicazione di un appalto, infatti, non presuppone per le partecipanti obblighi ulteriori rispetto all'impegno di costituirsi in associazione e eseguire le opere secondo le percentuali rispettivamente assunte.

Ne consegue che l'estensione e l'ampliamento, solo eventuale, degli obblighi intercorrenti tra le imprese del costituendo R.T.I., deve avvenire con apposito atto formale che consenta all'impresa ausiliata di esigere la messa a disposizione del requisito di cui è carente, facoltà che in base al mero vincolo associativo invece non avrebbe.

Nella specie, tale necessaria formalizzazione è assente, atteso che l'ausiliaria (Sima Impianti srl) si è limitata a sottoscrivere per adesione le controdeduzioni formulate dall'ausiliata (Monfenera) nel corso del procedimento e nulla più.

E tale atto, all'evidenza, non è sufficiente a garantire alla capogruppo ed all'Amministrazione l'effettiva disponibilità del requisito, non determinando l'insorgenza di alcun ulteriore e specifico vincolo tra le società.

Correttamente, quindi, il primo giudice ha rilevato l'omessa adeguata formalizzazione dell'avvalimento, come autonoma causa ostativa all'operatività dell'istituto.

Del resto, l'art. 47 della Direttiva 2004/18/CE, riferibile al regime previgente all'entrata in vigore del Codice dei contratti, dispone che "un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti".

Impegno, come già precisato, nella specie insussistente.

3.3 Le considerazioni che precedono, esimono poi il Collegio dall'esame del terzo profilo di censura (con cui viene dedotta l'erroneità della gravata sentenza anche nella parte in cui ha dichiarato l'inapplicabilità dell'avvalimento "perché offerto da impresa dell'A.T.I."), atteso

che le corrette argomentazioni del giudice di prime cure con riferimento ai profili sub 3.1 e sub 3.2 sono già di per sé sufficienti a legittimare la declaratoria di annullamento degli atti impugnati .

4. Per le ragioni esposte l'appello è infondato e come tale da respingere.

Sussistono giusti motivi, per disporre l'intergale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate .

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

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato affronta e risolve in senso negativo, la questione dell'automatica operatività dell'istituto dell'avvalimento tra le imprese partecipanti all'ATI, in considerazione del solo impegno a costituire il vincolo associativo ed in assenza di una manifestazione espressa di volontà e della sua formalizzazione in autonomo atto .

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

I giudici di appello, giungono a negare l'automatica operatività dell'istituto dell'avvalimento tra le partecipanti all'ATI, considerando che dalla domanda di partecipazione alla gara nella forma associativa dell'ATI, in caso di aggiudicazione, deriva solo il vincolo di costituire effettivamente il raggruppamento e di ripartire il lavoro tra le associate secondo le percentuali indicate. Secondo il Collegio da tale impegno delle associate non deriverebbero altri obblighi, tantomeno quello di mettere a disposizione di altri soggetti i propri requisiti, sicché è necessario che l'impresa interessata manifesti formalmente la propria volontà di avvalersi dei mezzi tecnici e/o finanziari di altro soggetto, sin dal momento della partecipazione alla gara. Diversamente si addosserebbe all'amministrazione un obbligo di svolgere indagini sulla verifica di elementi non esplicitati nella domanda di partecipazione alla gara, che non trova alcun conforto normativo.

Il Consesso, inoltre, evidenzia la diversa portata del vincolo derivante dal contratto di avvalimento, rimarcando che solo da questo deriverebbe a carico dell'onerato l'obbligo di mettere a disposizione i requisiti mancanti, ed a carico del beneficiario il diritto ad esigere la messa a disposizione dei requisiti stessi.

Proprio questa struttura dell'istituto rende necessario un atto formale che, oltre a costituire manifestazione della volontà di avvalersi dei requisiti di altro soggetto, indichi i requisiti oggetto di avvalimento e faccia sorgere il vincolo obbligatorio anzidetto.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza in esame viene segnalata nella parte in cui, seppure implicitamente, ha distinto l'aspetto pubblicistico della domanda di partecipazione alla gara in forma di ATI e dei vincoli da questa derivanti, dai profili privatistici del contratto di avvalimento e delle obbligazioni da questo originate. Obblighi che rilevano solo nei rapporti interni tra i contraenti e non anche nei rapporti con la stazione appaltante.