

Il Consiglio di Stato torna sul contratto di avvalimento e sul contenuto della dichiarazione di cui all'art. 38 del codice dei contratti

di Fabiana Pomes

Data di pubblicazione: 22-6-2015

Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 maggio 2015, n. 2681

Presidente Severini; Estensore Filippi

La dichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 del D.lgs. 163/2006 dal legale rappresentante di un'impresa, che non abbia espressamente escluso i pregiudizi penali a carico degli altri componenti del consiglio di amministrazione, si considera riferita all'impresa nel suo complesso quando i dati identificativi degli amministratori risultino facilmente desumibili dal registro delle imprese; la prefata dichiarazione sostitutiva è, quindi, completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio.

Le considerazioni relative all'adempimento degli obblighi dichiarativi di cui al richiamato art. 38 si estendono, in caso di avvalimento, anche alla dichiarazione dell'impresa ausiliaria attestante la sussistenza dei requisiti generali previsti da tale disposizione.

Così come previsto per il contratto di avvalimento ai sensi dell'art. 49 del codice dei contratti, anche la dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria deve avere – a pena di nullità – un oggetto determinato e quindi non deve limitarsi ad esprimere, in maniera generica e tautologica, la messa a disposizione delle risorse indispensabili per l'esecuzione dell'appalto, ma deve esprimere il chiaro impegno negoziale a prestare gli specifici e ben individuati requisiti di ordine speciale di cui l'impresa ausiliaria difetta, con l'insieme delle dotazioni organizzative e finanziarie ad essi connessi. (Nel caso in esame si ritiene che siano adeguatamente specificati gli elementi tecnici volti a qualificare la "analogia" rispetto alla fornitura oggetto dell'appalto, relativa al requisito di specifica competenza e di affidabilità dell'impresa aggiudicataria.)

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale ..., proposto da:

R. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. ..., presso il cui studio in... ha eletto domicilio;

contro

Istituto Nazionale di F.N. e Istituto Nazionale di F.N. - Laboratori Nazionali del Gran Sasso, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati in ...;

nei confronti di

T. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. ..., presso il cui studio in ... ha eletto domicilio;

A.L.S.S. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo - L'Aquila: Sezione I, n. ..., resa tra le parti, concernente affidamento per la fornitura di gas, liquidi criogenici, materiale ausiliario e servizi a supporto degli apparati sperimentali dei laboratori nazionali del Gran Sasso dell'Istituto Nazionale di F.N.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Nazionale di F.N. e dell'Istituto Nazionale di F.N. – L.N. del Gran Sasso e di T. s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2015 il Cons. ... e uditi per le parti gli avvocati ..., ... e l'avvocato dello Stato ...;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – R. s.p.a. chiede la riforma della sentenza n. ... con cui il Tribunale amministrativo per l'Abruzzo ha respinto il ricorso presentato avverso l'atto di aggiudicazione a T. s.r.l. del lotto n. 2 dell'appalto indetto dall'Istituto Nazionale di F.N. per la fornitura di gas, liquidi criogenici, materiale ausiliario e servizi di supporto degli apparati sperimentali dei laboratori nazionali del Gran Sasso per cinque anni.

2. - Il ricorso di primo grado - proposto dall'odierna appellante, classificatasi seconda nella graduatoria – contestava la legittimità della deliberazione di aggiudicazione (n. ...) per la mancata esclusione di T. s.r.l..

Con ordinanza n. ... il Consiglio di Stato - in riforma dell'ordinanza con cui il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo aveva respinto la domanda di sospensione cautelare dell'atto di aggiudicazione - ha ritenuto le esigenze cautelari della ricorrente "*apprezzabili favorevolmente in punto di fumus boni iuris[...] e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio di merito (con eventuale ulteriore proroga del contratto in corso con l'attuale affidataria, in attesa della sentenza di merito)*".

3. – Con sentenza n. ..., il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo ha respinto il ricorso.

3.a - La sentenza ha ritenuto infondata, in primo luogo, la censura di violazione degli articoli 38 e 49 d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 dedotta in relazione alla mancata dichiarazione attestante la sussistenza dei requisiti generali previsti dall'articolo 38 con riguardo a due componenti del Consiglio di Amministrazione dell'impresa ausiliaria (A.L.S.S. s.p.a.) dei cui requisiti di capacità economico-finanziaria si è avvalsa l'impresa aggiudicataria.

Dato atto del contrasto giurisprudenziale sorto in ordine al contenuto che la dichiarazione di cui all'articolo 38 deve possedere in caso di avvalimento, la sentenza ha ritenuto "*preferibile e condivisibile anche alla luce della successiva evoluzione giurisprudenziale*" l'orientamento – affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 16 del 30 luglio 2014 - che considera sufficiente, ai fini dell'adempimento degli obblighi dichiarativi di cui al richiamato articolo, una dichiarazione di insussistenza delle condizioni ostative resa da uno dei legali rappresentanti dell'impresa ausiliaria che si riferisca a tutti i soggetti muniti, all'interno della compagine societaria, di poteri rappresentativi, senza necessità di nominarli personalmente (se agevolmente individuabili mediante consultazione nei pubblici registri).

3.b - La sentenza ha poi ritenuto infondato anche il terzo motivo di ricorso con cui era stata lamentata la violazione dell'articolo 49 d.lgs. n. 163 del 2006 per la genericità del contenuto della dichiarazione dell'impresa ausiliaria, meramente riproduttivo della formula legislativa, senza alcuna specifica indicazione delle "*risorse necessarie di cui è carente il concorrente*" (art. 49, comma 2, lett. d), effettivamente messe a disposizione dell'impresa ausiliata: sul punto la sentenza – in considerazione sia della natura economico-finanziaria dei requisiti oggetto di avvalimento (il possesso di un fatturato globale di impresa non inferiore a euro 240.000,00 e l'esecuzione, negli ultimi tre anni, di una fornitura analoga per un importo non inferiore a quello a base d'asta), sia delle caratteristiche dell'appalto (avente ad oggetto la fornitura di determinati prodotti) - ha escluso la sussistenza di ulteriori indicazioni che l'impresa ausiliaria avrebbe potuto fornire in ordine alle "*risorse necessarie*".

4. - Con l'atto di appello la ricorrente ripropone le censure dedotte avverso la mancata esclusione di T. s.r.l., sostenendo l'erroneità della sentenza sotto diversi profili: sarebbe prima di tutto errato differenziare – quanto ad oneri dichiarativi – la posizione dell'impresa ausiliaria rispetto a quella dell'impresa concorrente; sarebbe poi inconferente il richiamo al principio affermato dalla ricordata sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2014 perché non concernente il caso, che ricorre nella specie, di oneri dichiarativi a carico dell'impresa ausiliaria, diversamente valutato dalla più recente giurisprudenza; da ultimo, non corrisponderebbe al vero l'affermazione secondo cui l'avvalimento riguardava requisiti di carattere esclusivamente economico e la dichiarazione resa dall'ausiliaria esprime con chiarezza l'impegno negoziale a prestare i requisiti di ordine speciale di cui l'impresa ausiliata è priva.

5. – La controinteressata T. s.r.l., costituitasi in giudizio, chiede il rigetto dell'appello con richiamo al ricordato indirizzo interpretativo dell'Adunanza plenaria ed evidenziando come i requisiti forniti dall'impresa ausiliaria riguardavano i soli requisiti *immateriali*, relativi al fatturato e all'esperienza pregressa, in quanto l'impresa aggiudicataria non ha alcuna necessità di utilizzare mezzi e/o personale altrui per svolgere la fornitura oggetto di appalto.

6. – All’udienza del ... la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – L’appello non è fondato.

La controversia riguarda la legittimità dell’aggiudicazione a T. s.r.l. del lotto n. 2 dell’appalto di fornitura di gas indetto dall’Istituto Nazionale di F.N.

2. – Con il primo motivo di appello si sostiene che T. s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per violazione del combinato degli articoli 49 e 38 del *Codice dei contratti pubblici* si sostiene in particolare che, con riguardo al possesso dei requisiti di cui comma 1, lett. c), dell’articolo 38, l’ausiliaria A.L.S.S. s.p.a. – dei cui requisiti l’impresa aggiudicataria si è avvalsa per partecipare alla gara – avrebbe prodotto la sola attestazione resa dall’amministratore delegato e non anche quelle degli altri amministratori e dei responsabili tecnici.

2.a - Sul punto vanno condivise le considerazioni con cui la sentenza appellata ritiene che l’indirizzo interpretativo affermato dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con riguardo all’adempimento degli obblighi dichiarativi di cui al richiamato articolo 38 sia da estendere – in caso di avalimento - anche alla dichiarazione dell’impresa ausiliaria attestante la sussistenza dei requisiti generali previsti da questa disposizione.

Invero, con la sentenza n. 16 del 2014, l’Adunanza plenaria ha ritenuto che la dichiarazione resa, ai sensi del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, da uno dei componenti del Consiglio di amministrazione in ordine all’insussistenza delle condizioni ostative previste dall’articolo 38 del *Codice dei contratti pubblici*, “*non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell’impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l’accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici*”, con la conseguenza che una dichiarazione sostitutiva così resa “*non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l’uso dei poteri di soccorso istruttorio*”.

Una tale interpretazione – come sottolineato dalla medesima Adunanza plenaria (ed evidenziato nella sentenza appellata) - si pone d’altra parte in linea con quanto previsto dall’art. 39 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari*) per le gare indette successivamente alla sua entrata in vigore: la nuova disposizione – nel prevedere che persino la mancanza, oltre che l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale, delle dichiarazioni sostitutive (in disparte l’obbligo di pagare una sanzione pecuniaria) comporti l’esclusione dalla gara solo in caso di mancato rispetto del termine perentorio assegnato dalla stazione appaltante per provvedere all’integrazione o alla regolarizzazione – “*offre, quale indice ermeneutico, l’argomento della chiara volontà del legislatore di evitare [...] esclusioni dalla*

procedura per mere carenze documentali (ivi compresa la mancanza assoluta delle dichiarazioni)” (Ad. Plen. n. 16 del 2014 cit.).

Va ricordato inoltre che questa VI Sezione ha osservato come, in applicazione del principio affermato dalla Adunanza plenaria, la dichiarazione resa ai sensi del richiamato articolo 38 dal legale rappresentante di un'impresa – che non abbia espressamente escluso pregiudizi penali a carico degli altri componenti del consiglio di amministrazione - sia da ritenersi riferita all'impresa nel suo insieme quando *“presenta un contenuto complessivo riferito all'ente”* e quando *“i dati identificativi degli amministratori risultano facilmente desumibili dal registro delle imprese”* (12 settembre 2014, n. 4666). A questa soluzione – va aggiunto – non è stata di ostacolo la circostanza che, nel caso deciso, *“il bando di gara prevedesse che la mancanza dei documenti comprovanti le condizioni di partecipazione fosse causa di esclusione dalla gara”* e neppure il fatto che *“lo schema di dichiarazione sostitutiva, allegato al bando, prevedesse che le dichiarazioni ex art. 38 dovessero essere rese da tutti i soggetti indicati dall'articolo stesso”*.

2.d – Nella specie è circostanza incontestata che la dichiarazione presentata dall'impresa ausiliaria ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di cui al richiamato articolo 38 sia stata resa dall'amministratore delegato e direttore generale, soggetto munito di potere di rappresentanza. Altrettanto incontestata è la agevole identificazione – attraverso la visura camerale - degli altri soggetti muniti di poteri rappresentativi all'interno di A.L.S.S. s.p.a.. Incontestato, da ultimo, è il possesso dei requisiti di cui al richiamato articolo 38 da parte di tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e del direttore tecnico di A.L.S.S. s.p.a. (v. doc. 10 di T. S.r.l.).

Sicché, in applicazione dei principi richiamati, correttamente la sentenza impugnata ha ritenuto che l'impresa ausiliaria abbia assolto all'onere dichiarativo.

2.e – L'impresa appellante sostiene che il principio affermato dall'Adunanza plenaria non sarebbe conferente perché nella specie è stata contestata, non già la mancata analitica indicazione dei soggetti muniti di potere di rappresentanza della società, ma la mancata presentazione da parte dell'impresa ausiliata della dichiarazione di insussistenza di condanne da parte di due amministratori muniti di potere di rappresentanza dell'ausiliaria.

L'assunto muove da una recente pronuncia del Consiglio di Stato (III, 22 gennaio 2015, n. 226) che ha ritenuto legittima l'esclusione di una società di diritto francese (con una sede anche in Italia) disposta perché la dichiarazione ai sensi dell'articolo 38 era stata presentata dal solo legale rappresentante della società italiana.

Questa decisione - come esattamente osservato da T. s.r.l. nella memoria depositata in vista dell'udienza – riguardava una fattispecie non sovrapponibile al caso in esame.

Come risulta dalla documentazione prodotta, in quel caso il disciplinare di gara prevedeva espressamente che la dichiarazione venisse resa dal concorrente e da tutti i soggetti indicati dall'articolo 38, comma 1, del *Codice dei contratti pubblici* (doc. 13); inoltre, la scheda di attestazione dei requisiti predisposta dalla stazione appaltante prevedeva che il dichiarante

formulasse la dichiarazione per sé e per gli altri soggetti muniti di potere di rappresentanza (doc. 14).

Nella fattispecie, invece, la dichiarazione resa dalla società ausiliaria, per mezzo dell'amministratore delegato e direttore generale, è riferibile alla società nel suo complesso ed è stata formulata secondo il modello predisposto dalla stazione appaltante che non richiedeva l'indicazione di tutti i soggetti muniti di potere di rappresentanza e nemmeno forniva lo spazio per una tale indicazione (doc. 7).

Va poi aggiunto che nella specie – ed è ciò che più rileva – la produzione delle dichiarazioni di cui al richiamato articolo 38 da parte di tutti gli amministratori non era prevista a pena di esclusione dalla *lex specialis*. Il Capitolato di gara, all'articolo 4.5 – che disciplina appunto le Cause di esclusione – individuava come motivi di esclusione dalla gara o dall'aggiudicazione “*tutti quelli previsti dall'art. 46, comma 1 bis, del D. Lgs. 163/2006 e s.m.i.*” nonché l'inosservanza di quanto richiesto dal Disciplinare Tecnico (con riguardo al lotto n. 2) al punto 2.3: entrambe le disposizioni non fanno riferimento alcuno alla mancata produzione delle dichiarazioni in questione.

3. – E' infondato anche il secondo motivo con cui la società appellante lamenta la violazione dell'articolo 49 d.lgs. n. 163 del 2006 sotto il profilo della genericità della dichiarazione unilaterale presentata dall'impresa ausiliaria di T. s.r.l. (A.L.S.S. s.p.a.) che non avrebbe specificato le risorse – mezzi e personale – messe a disposizione dell'impresa ausiliata.

3.a - La sentenza appellata muove dalla considerazione che “*nella dichiarazione di avvalimento presentata dal soggetto ausiliario, questi si limita a obbligarsi a fornire i propri requisiti di ordine speciale (il possesso di un fatturato globale di impresa non inferiore a euro 240.000,00 e l'esecuzione, negli ultimi tre anni, di una fornitura analoga per un importo non inferiore a quello a base d'asta) e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto: si tratterebbe, secondo il ricorrente, di una formula meramente riproduttiva del testo normativo (art. 49, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 163 del 2006)*”.

La sentenza osserva inoltre come, in linea generale, vada condiviso l'orientamento secondo cui la mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente sia da ritenere oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere un qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti.

Invece, con riguardo al caso di specie, la sentenza ritiene che la dichiarazione di avvalimento “*non si limita ad attestare, in maniera generica e tautologica, la messa a disposizione delle risorse indispensabili per l'esecuzione dell'appalto, ma esprime il chiaro impegno negoziale a prestare gli specifici e ben individuati requisiti di ordine speciale di cui l'impresa ausiliata difetta, con l'insieme delle dotazioni organizzative e finanziarie ad essi connessi*”.

A tale conclusione la sentenza perviene anche in considerazione della natura economica dei requisiti oggetto di avvalimento.

3.b – Va senz'altro condivisa l'osservazione con cui la società appellante mette in rilievo che, nella specie, l'avvalimento non riguardava unicamente requisiti di carattere economico-finanziario.

Ai fini della partecipazione alla gara il bando richiedeva, tra l'altro, il possesso di un fatturato globale d'impresa non inferiore a euro 240.000,00 e l'esecuzione, negli ultimi tre anni, di una fornitura analoga a quella oggetto di gara per un importo non inferiore a quello a base d'asta (oltre al possesso della certificazione ISO 9001 attinente l'oggetto della fornitura). T. s.r.l., priva di entrambi i requisiti, è ricorsa all'avvalimento tramite un'impresa del medesimo gruppo societario a cui essa appartiene.

Sul punto va rilevato che, se è pacifica la natura economica del requisito concernente il fatturato realizzato negli ultimi tre esercizi – in effetti espressamente qualificato dal punto III.2.2. del bando come requisito di *Capacità economico-finanziaria* – non altrettanto vale con riguardo al secondo requisito.

Anche indipendentemente dalla qualificazione indicata dal bando - che al punto III.2.3. inserisce tale secondo requisito nell'ambito dei requisiti di *Capacità tecnica* - non v'è dubbio, avuto riguardo al merito e all'oggettiva ragione di quanto richiesto, che il requisito avente ad oggetto l'esecuzione, negli ultimi tre anni, di una fornitura analoga per un importo non inferiore a quello a base d'asta, sia finalizzato a garantire l'affidabilità dell'impresa aggiudicataria proprio con specifico riguardo alla sua capacità operativa, prima che sotto il profilo della sua solidità economica. Tant'è vero che, come osserva la società appellante, la formulazione della clausola del bando contenuta al punto III.2.3. ricalca il testo dell'art. 42, comma 1, lett. a), del *Codice dei contratti pubblici* che disciplina la capacità tecnica dei fornitori e prestatori di servizi.

Del resto, la giurisprudenza anche di questa VI Sezione (8 maggio 2014, n. 2365), ha avuto occasione di sottolineare la valenza tecnico-organizzativa del requisito volto a dimostrare che l'impresa concorrente è in possesso di quella specifica competenza risultante dall'aver svolto, nel settore oggetto dell'appalto e per l'indicato periodo temporale, determinati lavori.

3.c – E' però da rilevare che, nella specie, la dichiarazione di avvalimento resa dalla società ausiliaria non consiste in una attestazione di generica disponibilità a fornire all'impresa ausiliata i requisiti mancanti, ma ne indica il contenuto con sufficiente specificazione.

In particolare, seguendo il *fac simile* fornito dalla stazione appaltante e i relativi allegati, l'impresa ausiliaria ha prodotto una prima dichiarazione recante l'indicazione dei due requisiti oggetto di avvalimento; una seconda dichiarazione concernente il requisito economico-finanziario (il fatturato globale degli anni 2010-2012); una terza dichiarazione concernente "*l'importo relativo a forniture analoghe effettuate nell'ultimo triennio*".

Tale ultima dichiarazione non contiene solo l'indicazione del destinatario della fornitura effettuata nell'ultimo triennio (U.L.S.S. 7 Pieve di Soligo) con i relativi importi, ma specifica gli elementi tecnici sufficienti a qualificarne l'*analogia* rispetto alla fornitura oggetto dell'appalto. Tanto è vero che la società appellante non ha contestato l'adeguatezza e la congruità degli

elementi tecnici indicati a tale fine.

3.d – In relazione a quanto appena evidenziato, appare quindi corretto il rilievo con cui la sentenza appellata osserva come – in considerazione della natura dei requisiti oggetto di avvalimento – *“non risulta, in concreto, alcuna ulteriore indicazione che l’impresa ausiliaria avrebbe potuto fornire in ordine alle ‘risorse necessarie di cui è carente il ricorrente”*.

Vero è che – come ricorda la società appellante – il Capitolato di gara prescriveva che la documentazione comprovante l’avvalimento avrebbe dovuto specificare *“quali requisiti e quali risorse”* venivano messe a disposizione della società ausiliata (art. 2.3).

Tuttavia, proprio la considerazione della particolare natura dei requisiti oggetto di avvalimento conduce ad escludere che la *lex specialis* sia stata violata.

In effetti, la censura dedotta con il secondo motivo si fonda sull’assunto che T. s.r.l. sia priva, oltre che dei requisiti (immateriali) relativi al fatturato e all’esperienza pregressa, anche delle risorse (mezzi e personale) necessarie per svolgere la fornitura oggetto di affidamento.

Ma tale assunto – contestato dall’impresa aggiudicataria - è rimasto indimostrato.

4. – L’appello va dunque respinto.

Le spese del giudizio, in ragione della complessità dell’oggetto della lite e delle questioni dedotte in giudizio, possono essere compensate tra le parti anche per questo secondo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l’effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 21 aprile 2015 e 13 maggio 2015 con l’intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Maddalena Filippi, Consigliere, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

OGGETTO DELLA SENTENZA

La dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 D.Lgs. 163/2006 non deve necessariamente contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso ai registri dell'impresa. La dichiarazione così resa è **completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni** mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio.

Tale principio, desunto da parametri sostanzialistici e volto a garantire il *favor participationis*, vale anche nell'ipotesi in cui la dichiarazione sia prodotta dall'impresa ausiliaria in caso di avvalimento. Ne consegue che, con riguardo ai requisiti di cui al comma 1, lett. c), del succitato art. 38, la dichiarazione resa dal solo amministratore delegato - e non anche dagli altri amministratori dotati di rappresentanza- si considera riferita alla società nel suo complesso. **Non è, pertanto, legittima l'esclusione** dell'ausiliata dalla procedura di evidenza pubblica.

Si ribadisce poi che la dichiarazione di avvalimento presentata dall'impresa ausiliaria deve, ai sensi dell'art. 49 del codice dei contratti, avere un **oggetto determinato o determinabile** (così come il contratto di avvalimento stesso). Ciò significa che non deve limitarsi ad attestare, in maniera generica e tautologica, la messa a disposizione delle risorse indispensabili per l'esecuzione dell'appalto ma deve esprimere il chiaro impegno negoziale a prestare gli specifici e ben individuati requisiti di cui l'impresa difetta, incluse le dotazioni organizzative e finanziarie.

PERCORSO ARGOMENTATIVO

La pronuncia in esame origina da un appello volto a chiedere la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, che respingeva il ricorso presentato contro l'atto di aggiudicazione a T. s.r.l., relativo all'appalto di fornitura di gas, liquidi criogenici,

materiale ausiliario e servizi di supporto sperimentale dei laboratori nazionali del Gran Sasso.

In particolare, nel bando di gara indetto dall'Istituto Nazionale di F.N. si richiedeva il possesso di alcuni requisiti, tra cui un fatturato globale di impresa non inferiore a euro 240000,00 e l'esecuzione, negli ultimi tre anni, di una fornitura analoga a quella oggetto di gara; T. s.r.l., essendo priva di entrambi i requisiti, ricorreva all'avvalimento tramite un'impresa (A.L.S.S. s.p.a.) del medesimo gruppo societario di appartenenza e veniva così dichiarata aggiudicataria.

La società R., seconda classificata in graduatoria, contestava così la legittimità dell'aggiudicazione facendo leva su due argomentazioni:

- i. in relazione alla dichiarazione attestante la sussistenza dei requisiti generali previsti dall'art. 38, comma 1, lett. c), si sosteneva che la società aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché l'ausiliaria, dei cui requisiti essa si era avvalsa, aveva prodotto la sola attestazione resa dall'amministratore delegato e non anche quella degli altri amministratori e dei responsabili tecnici.
- ii. in relazione al contenuto, poi, si lamentava la violazione dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici, sostenendo la genericità della dichiarazione unilaterale presentata dall'impresa ausiliaria di T. s.r.l. che non aveva specificato le risorse messe a disposizione dell'ausiliata.

L'istanza giungeva dinanzi al Consiglio di Stato, che respingeva la domanda di parte per infondatezza delle considerazioni a sostegno.

In relazione al primo motivo di appello, è opportuno premettere quanto previsto dal succitato art. 38: esso statuisce, infatti, che in presenza di una società per azioni o a responsabilità limitata, la dichiarazione di assenza debba essere resa dagli "amministratori muniti di rappresentanza". L'inosservanza di tale obbligo, avente natura cogente, comporta –ai sensi dell'art. 46 dello stesso decreto- l'esclusione dalla procedura di evidenza.

Il problema che si pone è se, nella dichiarazione sostitutiva, sia necessaria l'indicazione di tutte le persone munite di rappresentanza legale o se sia sufficiente una attestazione con un contenuto complessivo riferito all'ente. Occorre verificare, cioè, la legittimità o meno dell'ammissione ad una gara di un'impresa il cui legale rappresentante abbia autocertificato il possesso dei requisiti prescritti dall'art. 38 in modo generico, cioè mediante un'unica dichiarazione, comprovante l'assenza delle cause di esclusione in capo a sé e a tutti gli altri soggetti muniti di potere rappresentativo, senza però una indicazione analitica e nominativa degli stessi.

A tale questione possono astrattamente fornirsi tre soluzioni:

- a. la dichiarazione che omette la menzione nominativa delle persone fisiche dotate di poteri rappresentativi e che si limita ad attestare l'assenza delle condizioni previste dall'art. 38 è **completa** e non necessita di integrazioni;
- b. la dichiarazione così resa **non è completa ma può essere integrata** e impone

all'amministrazione l'uso dei poteri di soccorso istruttorio, quindi non è legittima l'immediata esclusione dell'impresa;

- c. la prefata dichiarazione è **incompleta e priva di elementi essenziali** quindi, non potendo essere integrata, impone l'esclusione dell'impresa che l'ha prodotta.

Sul punto si fronteggiano due orientamenti giurisprudenziali, l'uno basato su un rigido formalismo, l'altro (prevalente) orientato ad una soluzione sostanzialistica.

La prima tesi, sostenuta altresì dalla ricorrente, si pone a favore dell'ipotesi di cui alla lettera c) e legittima l'esclusione dell'impresa dalla gara, ritenendo la genericità della dichiarazione resa non conforme al disposto di cui all'art. 38 del D.Lgs. 163/2006. Si argomenta che dalla lettura della norma è possibile evincere l'onere dei concorrenti di dichiarare l'insussistenza delle cause ostative, sul presupposto che la valida partecipazione sia legata tanto al dato effettivo del possesso dei requisiti di ordine generale, quanto alla corretta attestazione della sussistenza degli stessi. Quindi, la regolarità delle dichiarazioni - al pari della reale sussistenza dei requisiti- costituisce un elemento indefettibile, anche perché la mancata indicazione dei nominativi dei soggetti diversi dal dichiarante (rispetto ai quali si attesta l'insussistenza delle cause di esclusione) implica la mancata assunzione di responsabilità degli stessi. Si afferma che la completezza delle dichiarazioni è da ritenersi già di per sé un valore da perseguire, al fine di garantire il rispetto dei principi di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, nonché la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara (cfr. Cons. Stato, sez. III, 1 luglio 2013, n. 3544).

L'uso di canoni interpretativi formalistici porta a concludere che ogni mancanza nella dichiarazione determini la sanzione dell'esclusione e non ammetta il cd. soccorso istruttorio, nella prospettiva di tutelare la *par condicio* tra i concorrenti.

Un diverso e prevalente orientamento, sostenuto dal TAR dell'Abruzzo e confermato dal Consiglio di Stato (sulla base di quanto precisato dall'Adunanza Plenaria 16/2014), giunge a sostenere che, in assenza di una espressa comminatoria di esclusione nel bando, soltanto la mancanza oggettiva del requisito di moralità legittima l'esclusione dalla gara, e non anche la sua omessa dichiarazione. In tali circostanze non si ritiene nemmeno necessario il soccorso istruttorio, inteso come strumento di cui l'amministrazione dispone per garantire il *favor participationis* ed evitare misure espulsive inappropriate e formalistiche.

Allineandosi all'ipotesi di cui alla lettera a), la sentenza in esame considera quindi sufficiente, ai fini dell'adempimento degli oneri di cui all'art. 38, una dichiarazione di insussistenza resa da uno dei legali rappresentanti dell'impresa che si riferisca a tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi, quando questi siano agevolmente identificabili mediante la consultazione dei pubblici registri. Se il contenuto risulti complessivamente riferito all'ente si deve, cioè, presumere che il dichiarante- rappresentante abbia escluso la sussistenza di cause ostative con riferimento all'impresa nel suo insieme. Tale indirizzo interpretativo trova conforto in tre distinti argomenti: innanzitutto, esso risulta coerente con l'art. 47, D.P.R. n. 445/200 che, nel consentire l'autodichiarazione da parte di un unico soggetto per conto di ciascuna impresa partecipante, non richiede espressamente l'indicazione nominativa di tutti i soggetti per cui la dichiarazione è resa; in secondo luogo, risulta conforme alle disposizioni di cui alla L. n.

241/1990 previste in tema di semplificazione dei procedimenti e della documentazione amministrativa; infine, si pone in linea con quanto previsto dall'art. 39 del decreto legge 90/2014 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*), il quale prevede che anche la mancanza, oltre che l'incompletezza e ogni altra irregolarità delle dichiarazioni sostitutive, comporti l'esclusione dalla gara solo in caso di mancato rispetto del termine perentorio assegnato per provvedere all'integrazione o alla regolarizzazione.

Il decreto da ultimo citato non è applicabile nella circostanza in esame perché, essendo entrato in vigore il 25 giugno 2014, non può operare retroattivamente; esso si pone però come indice ermeneutico, tramite il quale desumere la "chiara volontà del legislatore di evitare esclusioni per mere carenze documentali, di imporre un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni (prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda) e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale entro il termine perentorio assegnato dalla stazione appaltante". (Ad. Plenaria, 30 luglio 2014, n. 16)

Utilizzando canoni sostanzialistici e richiamando i principi di ragionevolezza, di buona fede e di conservazione degli effetti giuridici, si giunge a sostenere che il contenuto delle dichiarazioni rese da uno soltanto dei soggetti dotati di poteri rappresentativi può essere, di volta in volta, riferito o alla persona giuridica nel suo complesso o a tutte le persone munite di rappresentanza legale.

Né può essere accolta la censura della ricorrente che ritiene il principio affermato dall'Adunanza Plenaria non conferente al caso di specie, contestando quindi (non la mancata analitica indicazione dei soggetti muniti di potere ma) la mancata presentazione da parte dell'impresa ausiliata di una dichiarazione di insussistenza di condanna da parte di due amministratori dell'ausiliaria muniti di poteri rappresentativi. Il fondamento di tale considerazione si rinviene nell'erroneo richiamo ad una recente sentenza del Consiglio di Stato (sez. III, 22 gennaio 2015, n. 226), che aveva ritenuto legittima l'esclusione di una società dalla procedura di evidenza pubblica perché la dichiarazione di cui all'art. 38 era stata presentata da un solo rappresentante legale. È opportuno sottolineare, però, che tale esclusione veniva approvata sulla base di quanto previsto dal disciplinare di gara, che richiedeva espressamente una attestazione da parte di tutti i soggetti indicati nell'art. 38 e predisponeva una scheda di dichiarazione dei requisiti appositamente strutturata in modo che fossero menzionati tutti i soggetti muniti di rappresentanza legale. La non attinenza della pronuncia richiamata emerge proprio in considerazione di tale differenza fattuale, dal momento che, nel caso in esame, la *lex specialis* non richiedeva la produzione delle dichiarazioni sulle cause ostative da parte di tutti gli amministratori e non predisponeva un modello dichiarativo volto ad indicare tutti i soggetti muniti di potere di rappresentanza.

La conclusione cui perviene l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, condivisa dalla sentenza in commento, si ritiene poi estensibile anche alla dichiarazione resa in caso di avalimento; sulla base del principio del *favor participationis*, volto a garantire altresì la concorrenza, si ritiene di non dover differenziare la posizione dell'impresa ausiliaria da quella dell'impresa concorrente (quanto a oneri dichiarativi). E' quindi evidente che la dichiarazione

fornita dall'impresa A.L.S.S. si considera completa, non necessita di integrazioni o regolarizzazioni e implica la legittimità dell'aggiudicazione a T. s.r.l.

Per quanto concerne il secondo motivo di appello, la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 49 del codice dei contratti per la genericità del contenuto della dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria.

Come noto, la predetta disposizione consente al concorrente di una specifica gara di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico od organizzativo, mediante l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto. Perché il contratto di avvalimento sia valido, è necessario che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata non solo il requisito soggettivo quale mero valore astratto ma anche le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e quindi -a seconda dei casi- mezzi, personale, prassi (per una trattazione completa Cons. Stato, VI, 13 giugno 2013, n. 7755 e Cons. Stato, III, 18 aprile 2011, n. 2344). Tale esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento trova il proprio ancoraggio sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che prescrive la determinatezza o determinabilità dell'oggetto a pena di nullità; viene, poi, confermata anche dalla giustificazione funzionale connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, cioè dalla necessità di non consentire aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare (Cons. Stato, V, 6 agosto 2012, n. 4510).

In questa prospettiva, la mera riproduzione- nel testo dei contratti di avvalimento- della formula legislativa della messa a disposizione delle risorse di cui il concorrente è carente risulta, oltre che tautologica e quindi indeterminata, inidonea a permettere un qualsiasivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti.

La conferma dei principi enunciati si rinviene nell'art. 88, comma 1, lett. a), D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 (*Regolamento di esecuzione ed attuazione del D.Lgs. 163/2006*), il quale statuisce che il contratto di avvalimento deve riportare "in modo compiuto, esplicito ed esauriente" le risorse ed i mezzi prestati in modo specifico.

Così come previsto per il contratto di avvalimento, anche la dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria deve avere- a pena di nullità- un oggetto determinato o determinabile e deve esprimere il chiaro impegno negoziale al prestito.

L'ausiliaria è tenuta a riprodurre il contenuto del contratto in una dichiarazione unilaterale, con la quale si impegna -nei confronti dell'ausiliata- a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto e -nei confronti della stazione appaltante- a rispondere in via solidale con la concorrente. L'esigenza di determinazione della dichiarazione risponde, a sua volta, ad un'esigenza di certezza dell'amministrazione, volta ad evitare l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario, successive all'aggiudicazione.

Nel caso in esame, il requisito oggetto di avvalimento non ha solo un carattere economico-finanziario, in quanto attiene anche alla valenza tecnica- organizzativa dell'impresa. Si richiede, invero, l'affidabilità dell'aggiudicataria con riguardo alla sua capacità operativa e, in

particolare, “la esecuzione di una fornitura analoga a quella oggetto di appalto, negli ultimi tre anni”.

Specificando gli elementi tecnici sufficienti a qualificare tale analogia, la dichiarazione dell'ausiliaria si rivela coerente con quanto disposto dall'art. 49 del codice dei contratti; correttamente si conclude che la stessa non avrebbe potuto fornire ulteriori indicazioni in ordine alle risorse di cui il ricorrente è carente.

In conclusione, la dichiarazione unilaterale dell'ausiliaria si considera sia completa che determinata.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La pronuncia in esame fornisce argomentazioni a sostegno della tesi secondo cui solo la mancanza oggettiva del requisito di moralità, e non anche la sua omessa dichiarazione, giustifica l'esclusione dalla gara, potendosi eventualmente fare ricorso al potere di soccorso istruttorio, al fine di garantire il *favor participationis* e di evitare misure espulsive inappropriate e formalistiche.

Tale tesi è, altresì, confermata dal Decreto Legge n. 90 del 2014 che, per le sole procedure bandite dopo la sua entrata in vigore (25 giugno 2014), inserisce un comma 2-*bis* all'art. 38 e un comma 1-*ter* all'art. 46 del D.Lgs. 163/2006, con l'obiettivo di attenuare il rigore formale che caratterizza la disciplina delle gare d'appalto, prevedendo l'ampliamento delle irregolarità sanabili mediante l'esercizio del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante.

Le nuove disposizioni introdotte nel codice dei contratti, intervenendo sulla disciplina dell'attestazione dei requisiti di ordine generale necessari per la partecipazione alle procedure di affidamento, cercano di superare le incertezze interpretative derivanti dal combinato disposto degli artt. 38 e 46 del codice dei contratti e sanciscono principi chiave:

- a. la procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio che diventa **doveroso** per ogni ipotesi di mancanza o irregolarità;
- b. la configurazione dell'esclusione dalla procedura come sanzione unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti **entro il termine assegnato (non superiore a 10 giorni)** dalla stazione appaltante, e non più da carenze originarie;
- c. l'estensione di suddette disposizioni (a, b) ad ogni ipotesi di **mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni**, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.

Per meglio chiarire, il nuovo comma 2- *bis* dell'art. 38 D.Lgs. 163/2006 prevede a carico del concorrente una sanzione pecuniaria in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra

irregolarità **essenziale** degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive e la successiva possibilità di integrazione o regolarizzazione entro un termine assegnato dalla stazione appaltante; tale termine, che non può essere superiore a dieci giorni, si considera perentorio e, quindi, l'inosservanza di questo adempimento impone l'esclusione dalla gara. Nei casi di irregolarità **non essenziali** o di dichiarazioni non indispensabili, invece, non è necessaria neppure la regolarizzazione e non si applica alcuna sanzione.

La distinzione non è priva di rilevanza, dal momento che nel primo caso è sempre ammessa la produzione o l'integrazione documentale, seppure a seguito del pagamento di una sanzione pecuniaria, mentre nel secondo caso nemmeno si procede a regolarizzazione. Il problema che si pone è relativo all'individuazione delle irregolarità "essenziali" e, in assenza di una specificazione normativa, si demanda tale definizione alla discrezione della stazione appaltante. Si tratta, però, di un ambito discrezionale di notevole ampiezza, disponendo l'Amministrazione della facoltà di consentire la regolarizzazione in luogo dell'esclusione, e questo comporta il rischio di abusi e di disparità di trattamento, in violazione dei canoni di legalità e di certezza del diritto. È facile immaginare che potrebbe derivarne un forte contenzioso, con gli operatori economici inadempienti – da un lato- che sosterranno la tesi della non essenzialità della irregolarità e le stazioni appaltanti – dall'altro- che potrebbero essere indotte a disporre la sanzione pecuniaria pur in assenza dei presupposti di legge, mediante un'interpretazione largheggiante del concetto di essenzialità.

Il secondo rischio che la nuova disposizione comporta è quello di pregiudicare le piccole e medie imprese nella partecipazione alle procedure di evidenza pubblica; invero, il meccanismo stabilito rende più elevato anche l'importo della cauzione provvisoria, volta a garantire il pagamento dell'eventuale sanzione, e si presta ad essere più favorevole per le imprese di grandi dimensioni, che dispongono di un maggiore capitale.

Tuttavia, non può sottovalutarsi il pregio della modifica intervenuta, potendo la previsione della sanzione pecuniaria svolgere un effetto deterrente nei confronti degli operatori economici, che presteranno una maggiore attenzione nella redazione delle dichiarazioni di cui al succitato art. 38.

Su tale impianto normativo, si aggiunge poi il comma 1-*ter* dell'art. 46 del codice che estende le disposizioni di cui al comma 2- *bis* dell'art. 38 a tutte le ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni anche dei soggetti terzi. Come precisa, però, l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici la "regolarizzazione" non può mai essere riferita agli elementi essenziali della domanda o dell'offerta e non è consentita nell'ipotesi di documentazione del tutto mancante.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

