

Non è ammissibile il soccorso istruttorio in caso di avvalimento del requisito mancante fornito in modo puramente cartolare e astratto che determina l'esclusione dalla procedura di gara

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 1-9-2016

1. Nel caso in cui il soccorso istruttorio si è arrestato ad una fase endoprocedimentale, non risultando ancora intervenuto alcun provvedimento conclusivo del sub-procedimento nelle more attivato dalla S.A., di eventuale conferma dell'aggiudicazione definitiva, non sussiste l'onere d'impugnare gli atti di una serie procedimentale non ancora conclusa in mancanza di un provvedimento conclusivo effettivamente lesivo.
2. L'istituto dell'avvalimento persegue la finalità di ampliare la platea dei potenziali concorrenti, consentendo loro di utilizzare i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo di un altro soggetto, nonché dell'attestazione della certificazione S.O.A., di soggetti terzi.
3. La messa a disposizione del requisito mancante in favore dell'impresa ausiliata, tuttavia, non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare non solo il requisito astrattamente considerato, bensì le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti).
4. Il contributo dell'ausiliario espresso in modo generico ed astratto si risolve nel prestare una sorta di garanzia per eventuali insufficienze nello svolgimento delle prestazioni, senza fornire alcun contributo oggettivo, affinché l'opera dell'ausiliato sia migliorata in virtù del concreto apporto dei requisiti di capacità tecnica considerati rilevanti dal bando di gara.
5. Non è sufficiente la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle *“risorse necessarie di cui è carente il concorrente”*, o espressioni equivalenti. Né tantomeno il richiamo alla sola *“attestazione SOA”*, perché verrebbe frustrata l'esigenza sostanziale della dimostrazione della *“effettiva utilizzabilità”* delle risorse e dei *“mezzi”* messi a disposizione dall'ausiliaria a favore dell'ausiliata, cui risponderebbe la specifica previsione di cui all'art. 88 D.P.R. n. 207 del 2010.
6. La genericità del contratto di avvalimento non può beneficiare del ricorso al soccorso istruttorio ex art. 46 D.lgs. 163/2006, ostandovi la nullità del contratto conseguente all'indeterminatezza ed indeterminabilità del suo oggetto ex artt. 1418 e 1346 del codice civile ed il rispetto della par condicio delle imprese concorrenti alla gara.

Guida alla lettura

di Eugenio De Carlo

La sentenza sopra riportata riguarda il contenzioso conseguente all'aggiudicazione di una gara d'appalto per la quale l'aggiudicataria aveva presentato un contratto di avvalimento che il TAR adito ha risolto conformandosi all'insegnamento della più recente giurisprudenza amministrativa secondo cui non è sufficiente la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti, atteso che sussiste l'inderogabile esigenza di consentire alla stazione appaltante di verificare che la sinergia aziendale realizzata con l'avvalimento sia effettiva ed idonea a consentire la regolare esecuzione del contratto d'appalto, e non già limitata ad un mero impegno cartolare, che in alcuni casi potrebbe essere preordinato ad eludere le norme generali o di *lex specialis* sui requisiti di partecipazione a procedure di affidamento di appalti pubblici (Cons. di Stato, sez. V, 11 luglio 2014, n. 3574).

Nel caso di specie, con il contratto di avvalimento era stato previsto che "1) *In relazione all'appalto indetto dal Comune di Triggiano per l'affidamento dei lavori in oggetto, l'impresa avvalente YYY s.r.l. è autorizzata ad utilizzare il requisito relativo alla Categoria OS21 dell'impresa ausiliaria per la partecipazione alla gara e l'esecuzione delle prestazioni;* 2) *L'impresa ausiliaria AAA, si impegna a mettere a disposizione dell'impresa avvalente, i seguenti requisiti: mezzi e risorse di cui quest'ultima è carente nonché la capacità tecnica, attrezzature e propria organizzazione aziendale per consentire l'esecuzione da parte dell'impresa avvalente di tutte le prestazioni oggetto di gara*".

Pertanto, ad avviso del Collegio, gli impegni assunti dall'ausiliaria risultavano affatto generici e meramente riproduttivi di norme di legge e, quindi, inadeguati a specificare gli obblighi assunti e a far ritenere che l'apparato produttivo dell'ausiliaria fosse effettivamente messo a disposizione per l'esecuzione dell'appalto.

Inoltre, è stata esclusa l'applicabilità del c.d. soccorso istruttorio in presenza di un contratto di avvalimento assolutamente generico, ostandovi sia la nullità del contratto conseguente all'indeterminatezza ed indeterminabilità del suo oggetto ex artt. 1418 e 1346 del codice civile, sicché l'impresa che abbia prodotto un contratto non contenente alcuna analitica e specifica sia il rispetto della *par condicio* tra le imprese.

Ne consegue, in siffatti casi, la doverosa esclusione del concorrente, in ragione dell'impossibilità di integrare *ex post* i requisiti di partecipazione richiesti e non posseduti in conseguenza della nullità del contratto di avvalimento (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 29 gennaio 2016, n. 346).

Peraltro - secondo l'opinione del Collegio - nessun aggravio sproporzionato poteva ritenersi

sussistere a carico delle imprese, a fronte della richiesta di precisare in maniera sufficientemente dettagliata l'oggetto del contratto di avvalimento, anche quando si tratti di SOA, occorrendo in tal caso specificare congruamente l'oggetto del prestito, attraverso l'indicazione del personale (anche con relative qualifiche e specializzazioni), del know how, dei mezzi che mancano all'impresa, ecc.; in modo da consentire alla S.A. di ritenere soddisfatti i requisiti di qualificazione richiesti e di verificarne l'utilizzo effettivo in sede di esecuzione.

Alla stregua dei suddetti motivi, il TAR pugliese ha accolto il ricorso ed annullato gli atti gravati, non avendo la controinteressata dimostrato il possesso dei precisati requisiti di capacità tecnica richiesti dalla lex di gara.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 167 del 2016, proposto da:

XXX Consorzio s.c.a.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Giacomo Valla, con domicilio eletto in Bari, Via Q. Sella, 36;

contro

Comune di Triggiano, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Cozzi, con domicilio eletto in Bari, corso Cavour, 31;

nei confronti di

YYY s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Mariani, con domicilio eletto in Bari, Via Amendola, 21;

per l'annullamento

- della determinazione del Responsabile del Settore Affari Generali Finanziari n. 39 del 19 gennaio 2016 di aggiudicazione definitiva alla YYY s.r.l. della gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di riqualificazione dell'edificio scolastico della Scuola Primaria "San Domenico Savio" 1° Circolo Didattico;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Triggiano e di YYY s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio;

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2016 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Consorzio XXX s.c.r.l. ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Triggiano con bando del 28 settembre 2015 per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di riqualificazione dell'edificio scolastico della Scuola primaria "San Domenico Savio" - 1° Circolo Didattico, da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d'asta di €. 835.225,91 di cui €. 798.858,49 per lavori, €. 15.431,27 per la sicurezza ed €. 36.367,42 per le spese tecniche.

Espletate le formalità di gara, all'esito delle valutazioni delle offerte tecniche ed economiche presentate dalle sei imprese partecipanti, con determinazione del Responsabile del Settore Affari Generali e Finanziari n. 39 del 19 gennaio 2016 la gara è stata definitivamente aggiudicata alla YYY s.r.l., prima graduata con un'offerta economica di €. 737.047,49, immediatamente seguita dal XXX Consorzio s.c.r.l., secondo in graduatoria con un punteggio totale 66,4498 ed un'offerta economica di €. 563.561,15.

2. Con il ricorso in epigrafe la ricorrente è insorta avverso il prefato provvedimento di aggiudicazione, articolando un unico motivo di ricorso, così rubricato:

- Violazione dell'art. 49 del D. Lgs. 163/2006, nonché dell'art. 88 D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 (regolamento di esecuzione ed attuazione del codice degli appalti pubblici); eccesso di potere per sviamento; erroneità e travisamento dei presupposti: la YYY avrebbe meritato di essere esclusa dalla gara, essendo priva della qualificazione nella Categoria prevalente OS 21

(“opere strutturali speciali”) e avendo prodotto in gara un contratto di avvalimento di esemplare genericità, privo della necessaria specificazione delle risorse materiali ed umane messe a disposizione dall'ausiliaria.

3. Si sono costituite per resistere al ricorso il Comune di Triggiano e la controinteressata, insistendo per la reiezione del gravame, assunto come infondato in fatto e in diritto.

4. Con ordinanza cautelare n. 110 del 25 febbraio 2016 è stata accolta l'istanza di sospensiva, rilevando il Collegio che *“nel caso di specie, gli impegni assunti dall'ausiliaria appaiono generici e meramente riproduttivi di norme di legge; pertanto non idonei a specificare gli obblighi assunti e a far ritenere che l'apparato produttivo dell'ausiliaria sia effettivamente messo a disposizione per l'esecuzione dell'appalto”*.

5. Le parti hanno svolto difese in vista dell'udienza pubblica del 6 luglio 2016, all'esito della quale la causa è passata in decisione.

6. Preliminarmente occorre esaminare l'eccezione di improcedibilità del ricorso sollevata dalla controinteressata YYY, per non avere ZZZ gravato con motivi aggiunti gli atti che la S.A. ha adottato a seguito dell'ordinanza di accoglimento dell'istanza cautelare, onde consentirle di superare la carenza documentale stigmatizzata nella prefata pronuncia, attraverso l'attivazione del soccorso istruttorio e la produzione di un diverso contratto di avvalimento, riportante data antecedente (2 novembre 2015) a quella del contratto prodotto in sede di partecipazione alla gara (del 5 novembre 2015).

L'eccezione deve essere respinta.

Il soccorso istruttorio, infatti, si è arrestato ad una fase endoprocedimentale, non risultando ancora intervenuto alcun provvedimento conclusivo del subprocedimento nelle more attivato dalla S.A., di eventuale conferma dell'aggiudicazione definitiva, sicché non poteva dirsi sussistente l'onere di impugnare gli atti di una serie procedimentale non ancora conclusa, attesa l'assenza di un provvedimento conclusivo effettivamente lesivo.

7. Nel merito il ricorso è fondato e deve essere accolto.

7.1 Come anticipato, con l'unico motivo di ricorso si è sostenuta la genericità del contratto di avvalimento, intervenuto tra la YYY s.r.l. in relazione alla categoria prevalente OS21 (“opere strutturali speciali”) di cui la prima risultava sfornita, evidenziandosi, in particolare, la non conformità delle dichiarazioni rese e obbligazioni assunte dall'ausiliaria rispetto ai requisiti richiesti:

- dall'art. 49 cod. contratti pubblici a mente del quale il concorrente che intende ricorrere a tale istituto deve, tra l'altro, allegare - oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria - *“(...) f) in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto (...)*”;

- dall'art. 88 D.P.R. 207/2010, per cui *“per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice, deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento”*.

7.2 Sulla questione oggetto della vicenda contenziosa in esame, va premesso in termini generali che l'istituto dell'avvalimento persegue la finalità di ampliare la platea dei potenziali concorrenti, consentendo loro di utilizzare i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo di un altro soggetto, nonché dell'attestazione della certificazione S.O.A., di soggetti terzi.

Secondo consolidati principi giurisprudenziali espressi *in subiecta materia*, da cui il Collegio non intende decampare, la messa a disposizione del requisito mancante in favore dell'impresa ausiliata, tuttavia, non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare non solo il requisito astrattamente considerato, bensì le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti) (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2016, n. 264). Ragionando diversamente, il contributo dell'ausiliario si risolverebbe nel prestare una sorta di garanzia per eventuali insufficienze nello svolgimento delle prestazioni, senza fornire alcun contributo oggettivo, affinché l'opera dell'ausiliato sia migliorata in virtù del concreto apporto dei requisiti di capacità tecnica considerati rilevanti dal bando di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2016, n. 2384).

7.3 Dunque, così come già sommariamente argomentato con l'ordinanza di accoglimento dell'istanza cautelare, non è sufficiente la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle “risorse necessarie di cui è carente il concorrente”, o espressioni equivalenti; né tantomeno il richiamo alla sola “attestazione SOA”, perché verrebbe frustrata l'esigenza sostanziale della dimostrazione della “effettiva utilizzabilità” delle risorse e dei “mezzi” messi a disposizione dall'ausiliaria a favore dell'ausiliata, cui risponderebbe la specifica previsione di cui all'art. 88 D.P.R. n. 207 del 2010 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2016, n. 2384; 22 gennaio 2015, n. 275, 23 ottobre 2014, n. 5244; 24 luglio 2014, n. 3949; sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; 17 ottobre 2012, n. 5340; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386).

7.3.1 La predetta esigenza è funzionale a consentire all'amministrazione di verificare che la sinergia aziendale realizzata con l'avvalimento sia effettiva ed idonea a consentire la regolare esecuzione del contratto d'appalto, e non già limitata ad un mero impegno cartolare, che in alcuni casi potrebbe essere preordinato ad eludere le norme generali o di *lex specialis* sui requisiti di partecipazione a procedure di affidamento di appalti pubblici (Cons. di Stato, sez. V, 11 luglio 2014, n. 3574).

7.3.2 Va infatti rimarcato che i requisiti di capacità tecnico-professionale sono finalizzati a dimostrare che l'operatore economico che partecipa alla gara è in possesso di quella specifica

competenza richiesta dall'appalto, sicché ove per acquisire quest'ultima si ricorra all'istituto dell'avvalimento è necessario specificare i mezzi e le risorse correlate a tale competenza, diversamente vanificandosi l'obbligo solidale previsto dal citato comma 4 dell'art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006: "il regime di responsabilità può, infatti, operare soltanto se viene specificamente indicata la prestazione cui tale responsabilità si riferisce. Non è possibile postulare un inadempimento contrattuale e la conseguente responsabilità di un soggetto il cui obbligo è stato genericamente dedotto in contratto. In altri termini, la genericità dell'impegno assunto impedisce, come affermato dalla giurisprudenza ricordata, alla stazione appaltante di far valere in via immediata la responsabilità dell'ausiliaria, la quale, per andare esente da responsabilità, potrebbe limitarsi ad indicare proprio la mancanza di una specifica violazione contrattuale" (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2365).

7.4 Nel caso di specie, con il contratto di avvalimento si è previsto che "1) In relazione all'appalto indetto dal Comune di Triggiano per l'affidamento dei lavori in oggetto, l'impresa avvalente YYY s.r.l. è autorizzata ad utilizzare il requisito relativo alla Categoria OS21 dell'impresa ausiliaria per la partecipazione alla gara e l'esecuzione delle prestazioni; 2) L'impresa ausiliaria AAA, si impegna a mettere a disposizione dell'impresa avvalente, i seguenti requisiti: mezzi e risorse di cui quest'ultima è carente nonché la capacità tecnica, attrezzature e propria organizzazione aziendale per consentire l'esecuzione da parte dell'impresa avvalente di tutte le prestazioni oggetto di gara".

7.4.1 Alla luce di quanto innanzi evidenziato, non può non rimarcarsi come gli impegni assunti dall'ausiliaria risultino affatto generici e meramente riproduttivi di norme di legge; pertanto non idonei a specificare gli obblighi assunti e a far ritenere che l'apparato produttivo dell'ausiliaria sia effettivamente messo a disposizione per l'esecuzione dell'appalto.

7.4.2 Né peraltro la genericità del contratto di avvalimento potrebbe ricevere una qualche forma di sanatoria attraverso il ricorso al soccorso istruttorio ex art. 46 D.lgs. 163/2006, ostandovi la nullità del contratto conseguente all'indeterminatezza ed indeterminabilità del suo oggetto ex artt. 1418 e 1346 del codice civile, sicché l'impresa che abbia prodotto un contratto non contenente alcuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati va inevitabilmente esclusa in ragione dell'impossibilità di integrare ex post i requisiti di partecipazione richiesti e non posseduti in conseguenza della nullità del contratto di avvalimento, senza che l'esclusione possa essere evitata facendo applicazione dei principi in materia di soccorso istruttorio, che comporterebbero inevitabilmente la violazione della par condicio tra le imprese (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 29 gennaio 2016, n. 346).

7.4.3 Inoltre, nemmeno può ritenersi ammissibile la sostituzione del contratto prodotto in sede di gara (nullo per indeterminatezza dell'oggetto) con altro avente data antecedente e dal contenuto più puntuale. Sulla questione basti rilevare che, a tacer d'altro, per effetto delle successive manifestazioni negoziali di volontà l'originario contratto non può non ritenersi implicitamente risolto dalle parti ex art. 1372 c.c., in quanto sostituito con quello poi effettivamente allegato alla domanda e che, tuttavia, per quanto esposto, risulta inadatto ad integrare i requisiti di partecipazione in favore dell'ausiliata.

Ciò posto, in alcun modo potrebbe consentirsi alle parti del contratto di avvalimento di

decidere, ma solo ex post, a termini di gara scaduti, di porre nel nulla l'accordo - prodotto in uno alla domanda di partecipazione – con cui risultano definitivamente consacrate le reciproche obbligazioni negoziali (così peraltro confermando ancora una volta la sua irrimediabile lacunosità) per sostituirlo con altro di data anteriore che, per quanto detto, non poteva più esplicare effetti, se non a seguito di una nuova manifestazione di volontà contraria, tuttavia esprimibile solo successivamente alla scadenza dei termini di partecipazione e dunque senza alcun rilievo ai fini della gara.

8. Quanto alla questione pregiudiziale che la controinteressata ha chiesto di sollevare davanti alla Corte di Giustizia, così come prospettata in atti, per contrasto tra la normativa interna con gli artt. 44, comma 2, 47, comma 2 e 48, comma 3 della Direttiva 2004/18/CE del 13 marzo 2004, occorre precisare che alcun rilievo può rivestire la questione ai fini della presente decisione, esulando la procedura in esame dall'applicazione della specifica normativa comunitaria invocata come parametro, rientrando l'appalto de quo tra quelli sotto soglia comunitaria, ex art. 7 Direttiva 2004/18, la cui disciplina in concreto applicabile è rimessa alla libertà della legislazione dei singoli Stati.

Ad ogni buon conto va rilevato che l'art. 49 del D.lgs. 163/2006 (applicabile - in forza del successivo art. 121, comma 1, del D.lgs. cit. - ai contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria) così come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa, non risulta contrario ai principi comunitari di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, che, secondo consolidata giurisprudenza, si applicano comunque a tutte le gare aventi ad oggetto pubblici lavori, servizi e forniture. Anzi proprio la norma richiamata risulta volta a garantire parità di trattamento tra i competitori, evitando il ricorso a sistemi che consentano di eludere i sistemi di qualificazione delle imprese che partecipano alle gare pubbliche. Tali essendo le finalità perseguite, peraltro, nessun aggravio sproporzionato può ritenersi sussistere a carico delle imprese, a fronte della richiesta di precisare in maniera sufficientemente dettagliata l'oggetto del contratto di avvalimento, anche quando si tratti di SOA, occorrendo in tal caso specificare congruamente l'oggetto del prestito, attraverso l'indicazione del personale (anche con relative qualifiche e specializzazioni), del know how, dei mezzi che mancano all'impresa, ecc.; in modo da consentire alla S.A. di ritenere soddisfatti i requisiti di qualificazione richiesti e di verificarne l'utilizzo effettivo in sede di esecuzione.

9. In conclusione il ricorso è accolto, con conseguente annullamento degli atti gravati, non avendo la controinteressata, in ragione delle motivazioni innanzi esposte, dimostrato il possesso dei precisati requisiti di capacità tecnica richiesti dalla lex di gara.

Va peraltro respinta l'istanza risarcitoria, atteso che, in ragione dell'accoglimento della domanda impugnatoria, la ricorrente ha conseguito la concreta possibilità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto de quo, previo svolgimento delle verifiche eventualmente ritenute necessarie dalla S.A., non risultando nelle more stipulato il contratto con l'aggiudicataria.

10. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono poste a carico dell'amministrazione resistente, potendo essere compensate nei riguardi della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sede di Bari, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie la domanda principale e per l'effetto, annulla gli atti impugnati;
- respinge la domanda risarcitoria.

Condanna l'amministrazione alla refusione delle spese di lite in favore della ricorrente che si liquidano in €. 2.000,00, oltre accessori come per legge. Compensa le spese nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Francesco Cocomile, Primo Referendario

Maria Grazia D'Alterio, Referendario, Estensore