

I requisiti ed i limiti di operatività dell'avvalimento

di Daniela Dell'Oro

Data di pubblicazione: 28-11-2016

L'istituto dell'avvalimento può operare solo se la messa a disposizione del requisito mancante non si risolve nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto.

È, invece, necessario che dal contratto di avvalimento risulti un impegno chiaro e concreto dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di garanzia.

Se l'impegno dell'impresa ausiliaria risulta, al contrario, condizionato e meramente eventuale, (e, quindi, equivoco e non attuale) l'avvalimento non è idoneo a determinare il prestito del requisito mancante dell'impresa concorrente, con conseguente doverosa esclusione della concorrente dalla procedura di gara. (1)

(1) *In senso conforme: Consiglio di Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860.*

Guida alla lettura

La sentenza che si segnala tratta della legittimità del contratto di avvalimento stipulato da una società con un'impresa ausiliaria al fine di sopperire alla mancanza di un requisito di qualificazione (l'attestazione SOA in una determinata categoria), necessario per partecipare alla gara per l'affidamento di alcuni lavori di manutenzione straordinaria del cimitero comunale.

Il Collegio, esaminato il contratto, ne ha affermato l'illegittimità, per difformità dallo schema legale del rapporto giuridico di avvalimento così come descritto dagli artt. 49 del d.lgs. n. 163/2006 ed 88 del D.P.R. n. 207/2010, *ratione temporis* applicabili, disposizioni che tratteggiano i requisiti essenziali del contratto, tipizzati poi dalla norma secondaria, per evitare condotte elusive o il trasferimento solo formale e "cartolare" dei requisiti carenti.

La V Sezione del Consiglio di Stato si sofferma sull'aspetto negoziale, in particolare laddove il testo del contratto di avvalimento prevede che "*l'impresa avvalente è autorizzata ad utilizzare il*

requisito SOA dell'impresa ausiliaria per partecipare alla gara indicata in premessa" e che il perfezionamento del contratto di avvalimento è condizionato potestativamente alla previa verifica degli atti di gara "prima di consentire l'avvalimento" da parte dell'impresa ausiliaria, che "potrà negarlo, a suo insindacabile giudizio".

Ad avviso del Collegio, la natura stessa dell'impegno e la relativa volontà negoziale diretta a prestare il requisito risulta, già sul piano testuale, equivoca ed incerta, perché subordinata all'avveramento di una condizione sospensiva meramente potestativa e dipendente, quindi, dalla semplice volontà della parte.

Inoltre, il medesimo contratto stabilisce che l'avvalente *"ove mai dovesse richiedere all'impresa ausiliaria, anche per effetto di richieste della Stazione appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto dovrà preventivamente erogarne il costo, a valore di mercato, a favore dell'impresa ausiliaria".*

Il Collegio interpreta tale clausola quale conferma della sussistenza di un flebile impegno all'avvalimento, eventuale e condizionato, e pertanto assolutamente inidoneo a garantire alla Stazione appaltante l'effettiva disponibilità di mezzi e risorse del concorrente, relativa alla messa a disposizione dell'attestazione SOA quale oggetto del contratto di avvalimento.

Da un contratto di avvalimento così strutturato conseguono sia il trasferimento del rischio dell'inadempimento a carico del Comune, che il Consiglio di Stato reputa inaccettabile, sia l'esclusione del vincolo attuale di solidarietà tra le due imprese - vincolo esplicitamente richiesto dall'art. 49 d.lgs. n. 163/2006 - per l'assenza della relativa dichiarazione.

La V Sezione richiama il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, che ha sottolineato come, in materia di gare pubbliche, il limite di operatività dell'istituto dell'avvalimento sia dato dal fatto che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, ma è invece necessario che dal contratto di avvalimento risulti un impegno chiaro e concreto dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di garanzia.

L'impegno assunto dall'impresa ausiliaria, nel caso di specie, è condizionato e meramente eventuale e risulta, conseguentemente, equivoco e non attuale, causando l'inidoneità dell'avvalimento a determinare il prestito del requisito mancante dell'impresa concorrente.

E tali caratteristiche contrattuali hanno reso doverosa l'esclusione dell'impresa appellante dalla procedura di gara, come correttamente rilevato dal giudice di prime cure.

La V Sezione precisa, infine, che la legittimità dell'esclusione non trova fondamento nella valutazione della nullità del contratto per la presenza di una condizione meramente potestativa, ma si incentra esclusivamente sulla valutazione di idoneità dell'avvalimento a prestare il requisito mancante.

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 3296 del 2016, proposto da:
New Tek di Falco Raffaele, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Sara Di Cunzolo C.F. DCNSRA80S56A717L, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Aureliana, 63;

contro

Impresa Sepe Geom. Aniello, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Comune di Afragola, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Rosa Balsamo C.F. BLSRSO70T48A024C, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 00452/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria del cimitero comunale – MCP.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Afragola;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti l'avvocato Sara Di Cunzolo;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sez. il Friuli-Venezia Giulia, con la sentenza 27 gennaio 2016, n. 452, ha accolto il ricorso proposto dall'attuale parte appellata Impresa Sepe Geom. Aniello, annullando la determinazione n.1075 del 2015 relativa alla gara per alcuni lavori di manutenzione straordinaria del cimitero comunale e degli altri atti della procedura, dichiarando l'inefficacia del contratto stipulato.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che è fondato e assorbente il terzo motivo aggiunto, per invalidità del contratto di avvalimento stipulato dall'impresa affidataria dell'appalto, potestativamente condizionato dall'impresa ausiliaria che si è riservata la facoltà di negare la disponibilità del requisito di qualificazione a suo insindacabile giudizio.

La parte appellante contestava la sentenza del TAR, deducendone l'erroneità e chiedendo la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva il Comune chiedendo anch'esso l'accoglimento dell'appello.

All'udienza pubblica del 217 novembre 2016 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che l'appello sia infondato.

La società appellante NEW TECH, per sopperire alla mancanza dell'attestazione SOA in categoria OG10 (classifica I) è dovuta ricorrere all'avvalimento da parte della ditta DE.MI.LE, ausiliaria.

Il relativo contratto di avvalimento stipulato con la DE.MI.LE. s.r.l. è ictu oculi da ritenersi illegittimo, in quanto difforme dallo schema legale del rapporto giuridico di avvalimento così come descritto instaurato dalle previsioni di cui all'art. 49 del d.lgs. n. 163-2006 e all'art. 88 d.P.R. n. 207-2010, razione temporis applicabili.

Tali norme, come è noto, tratteggiano i requisiti essenziali del contratto, tipizzati dalla norma secondaria, al fine di evitare condotte elusive o il trasferimento solo formale e "cartolare" dei requisiti carenti.

Il contratto di avvalimento in questione prevede effettivamente che "l'impresa avvalente è autorizzata ad utilizzare il requisito SOA dell'impresa ausiliaria per partecipare alla gara

indicata in premessa".

Tuttavia, il perfezionamento del contratto di avvalimento è condizionato potestativamente alla previa verifica da parte dell'ausiliaria degli atti di gara "prima di consentire l'avvalimento", essendo stato pattuito che quest'ultima "potrà negarlo, a suo insindacabile giudizio".

La natura stessa dell'impegno e la relativa volontà negoziale diretta a prestare il requisito è, perciò, equivoca ed incerta in quanto subordinata all'avveramento di una condizione sospensiva dipendente dalla mera volontà della parte.

Inoltre, al punto 3 del medesimo contratto si conviene che l'avvalente "ove mai dovesse richiedere all'impresa ausiliaria, anche per effetto di richieste della Stazione appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto dovrà preventivamente erogarne il costo, a valore di mercato, a favore dell'impresa ausiliaria": tale clausola conferma la sussistenza di un impegno all'avvalimento eventuale e condizionato, come tale assolutamente idoneo a garantire alla Stazione appaltante l'effettiva disponibilità di mezzi e risorse del concorrente attuale appellante, relativa alla messa a disposizione dell'attestazione SOA quale oggetto del contratto di avvalimento, con le ulteriori conseguenze di un inaccettabile trasferimento del rischio dell'inadempimento a carico del Comune e l'esclusione, per assenza della relativa dichiarazione, del vincolo attuale di solidarietà tra le due imprese, così come esplicitamente richiesto dal predetto art. 49 d.lgs. n. 163-2006.

In tal senso, la giurisprudenza amministrativa ha da tempo chiarito che in materia di gare pubbliche il limite di operatività dell'istituto dell'avvalimento è dato dal fatto che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, ma è invece necessario che dal contratto di avvalimento risulti un impegno chiaro e concreto dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di garanzia cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860).

L'impegno in esame, in quanto condizionato e meramente eventuale è pertanto equivoco e non attuale, rendendo l'avvalimento in idoneo a determinare il prestito del requisito mancante dell'impresa concorrente con conseguente sua doverosa esclusione dalla procedura di gara, come correttamente rilevato dal TAR nella sentenza impugnata.

Tale rilievo prescinde dalla valutazione della nullità del contratto per la presenza di una condizione meramente potestativa, come lamenta la parte appellante, poiché si incentra, come detto, sulla valutazione di idoneità dell'avvalimento a prestare il requisito mancante, così come in sostanza dedotto inequivocabilmente dal ricorrente in primo grado.

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, attesa la mancata costituzione dell'appellato e la posizione adesiva del Comune costituito in appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

Definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere