

Requisiti di legittimità di un contratto di avvalimento

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 1-6-2017

In una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, perché l'offerente possa legittimamente addurre l'affidamento sulle capacità di terzi soggetti, quale che sia la natura dei loro legami, deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà in modo reale ed effettivo dei mezzi di tali soggetti che non ha in proprio e che sono oggettivamente necessari per realizzare l'appalto; sicché egli non può far valere le capacità di altri soggetti solo per soddisfare su un piano meramente formale le condizioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. I, 7 aprile 2016, n. 324): perciò il possesso da parte dell'ausiliario dell'attestazione SOA non accompagnato da un contratto che indichi specificamente le risorse, ovvero sia persone e mezzi messi a disposizione dell'ausiliato, si risolve nel prestito di un valore puramente cartolare ed astratto, che non assolve alla funzione tipica dell'avvalimento, finalizzata ad assicurare alla stazione appaltante che in ogni caso i mezzi mancanti all'aggiudicataria vengano assicurati dalle risorse e dall'apparato organizzativo del soggetto che si impegna al prestito.

Guida alla lettura

La fattispecie oggetto della pronuncia permette al Supremo Consesso amministrativo di soffermare la propria attenzione sulla **legittimità di un contratto di avvalimento, oltre che, sia pure indirettamente, sui connotati strutturali del soccorso istruttorio**, istituto avente una sempre maggiore forza espansiva nel nostro ordinamento.

Nel rigettare l'appello presentatogli, e conseguentemente nel ribadire quanto già affermato in primo grado dal Tribunale Amministrativo regionale, i Giudici di Palazzo Spada rilevano come nel caso in esame gli impegni assunti dall'ausiliaria siano risultati generici e meramente riproduttivi di norme di legge e quindi inadeguati a specificare gli obblighi assunti e a far ritenere che il proprio apparato produttivo fosse effettivamente messo a disposizione per l'esecuzione dell'appalto.

In uno all'esposto principio, poi, la Corte ha rilevato come una tale carenza non risulta sanabile tramite il soccorso istruttorio, poiché un'integrazione o sostituzione del contratto comporterebbe inevitabilmente l'illegittima violazione della *par condicio* tra le imprese.

In altri termini, a parere del Collegio giudicante, *"in una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, perché l'offerente possa legittimamente addurre l'affidamento sulle capacità"*

di terzi soggetti, quale che sia la natura dei loro legami, deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà in modo reale ed effettivo dei mezzi di tali soggetti che non ha in proprio e che sono oggettivamente necessari per realizzare l'appalto; sicché egli non può far valere le capacità di altri soggetti solo per soddisfare su un piano meramente formale le condizioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. I, 7 aprile 2016, n. 324). Ne discende che il possesso da parte dell'ausiliario dell'attestazione SOA non accompagnato da un contratto che indichi specificamente le risorse, ovverosia persone e mezzi messi a disposizione dell'ausiliato, si risolve nel prestito di un valore puramente cartolare ed astratto, che non assolve alla funzione tipica dell'avvalimento, finalizzata ad assicurare alla stazione appaltante che in ogni caso i mezzi mancanti all'aggiudicataria vengano assicurati dalle risorse e dall'apparato organizzativo del soggetto che si impegna al prestito".

La figura dell'avvalimento trova la sua **origine nel diritto comunitario, in specie nell'elaborazione della Corte di Giustizia.**

Con la pronuncia della **Corte di Giustizia 14 aprile 1994 in causa C-389/92**, infatti, la giurisprudenza ha affermato che *"è consentito interpretare i criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, tenendo conto delle società che appartengono a tale gruppo, purchè la persona giuridica provi di avere effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti pubblici"*.

In realtà tale figura risultava inizialmente configurabile nei soli casi in cui l'impresa bisognosa dei requisiti di quella ausiliaria fosse quella dominante.

Sarà solo la **Corte di Giustizia 2 dicembre 1999 in causa C-176/98** a decretare che l'istituto dell'avvalimento trova applicazione in qualsiasi tipo di rapporto tra le imprese interessate.

Con la Direttiva 18/2004 l'istituto ha trovato poi consacrazione normativa nell'art. 47 par. 2.

Nel nostro ordinamento l'istituto oggetto di disamina è disciplinato dall'**art. 89 Codice appalti 2016** (ex artt. 49 e 50 del Codice dei contratti pubblici).

Con l'avvalimento il legislatore offre la **possibilità di partecipare alla gara utilizzando requisiti prestati da altro soggetto, sempre che tra i due soggetti vi sia una relazione giuridica qualificata.**

Trattasi, pertanto di un istituto che realizza un possesso *per relationem* dei requisiti: si parla, infatti, di qualificazione indiretta.

In altri termini l'avvalimento costituisce un'eccezione al principio generale che impone che i concorrenti di una gara possiedano personalmente i requisiti di qualificazione, in armonia con il principio del *favor participationis*.

In sostanza, dunque, l'istituto in esame contribuisce ad ampliare la concorrenza, estendendo

la partecipazione alle gare pubbliche ad operatori che per modeste dimensioni o per recente costituzione non possiedono tutti i requisiti richiesti dal bando.

Occorre tuttavia precisare che **possono essere “presi in prestito” solo quei requisiti di carattere economico-finanziario, tecnico-organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA**, al contrario non potendo l'impresa concorrente avvalersi dei requisiti soggettivi dell'ausiliaria.

Lo stesso Codice dei contratti pubblici, infatti, precisa che i requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 devono essere posseduti obbligatoriamente tanto dall'ausiliaria, quanto dall'ausiliata.

In merito all'utilizzo dell'istituto in esame per l'attestazione di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale il nuovo Codice appalti ha introdotto una novità statuendo che è ammesso il ricorso all'avvalimento anche per i requisiti relativi ai titoli di studio e professionali, purché i soggetti che li posseggono eseguano direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. È inoltre riconosciuta per l'ente appaltante la possibilità di richiedere la responsabilità solidale dell'impresa principale e di quella ausiliaria in relazione all'esecuzione del contratto oggetto di affidamento, e limitatamente ai requisiti attestanti la capacità economica e finanziaria.

Il Codice, inoltre, pone l'**onere del concorrente di allegare il contratto in forza del quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione le proprie risorse**.

Nel dettaglio l'impresa ausiliata è chiamata a provare la relazione giuridica sussistente con l'impresa ausiliaria mediante un contratto avente un oggetto determinato, e perciò individuante in modo chiaro ed esaustivo la volontà dell'impresa ausiliaria di impegnarsi, la natura dell'impegno assunto per tutta la durata dell'appalto e la concreta ed effettiva disponibilità di porre a disposizione della concorrente i requisiti considerati (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 662).

Controversa, poi, risulta essere la prova della disponibilità dei mezzi in capo all'impresa concorrente (*rectius* avvalsa).

Al riguardo due impostazioni elaborate: per una prima tesi **in caso di *holding* il rapporto che si instaura tra la capogruppo e la partecipata è elemento sufficiente a giustificare l'avvalimento**; secondo una diversa ricostruzione, invece, **la relazione che deve sussistere tra l'avvalente e l'avvalsa deve essere strutturale, di natura sostanziale, ossia espressione di un'unica organizzazione**.

Questa è l'impostazione seguita dalla tesi più recente secondo la quale nell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è un soggetto terzo rispetto al contratto di appalto, dovendosi essa impegnare anche verso l'amministrazione aggiudicatrice, a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente.

In chiusura va rilevato come l'utilizzo dello strumento dell'avvalimento compete

esclusivamente al concorrente, non essendo prevista alcuna valutazione discrezionale in capo alla stazione appaltante.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8513 del 2016, proposto da:
Edilux di Losito Francesco s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso
Antonia De Angelis in Roma, via Portuense 104;

contro

Athamor Consorzio Stabile s.c.a r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Giacomo Valla, con domicilio eletto presso il dott. Alfredo
Placidi in Roma, via Cosseria 2;

nei confronti di

Comune di Triggiano non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I n. 1090/2016, resa tra le parti, concernente
l'aggiudicazione definitiva 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 e per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove
medio tempore stipulato, e del diritto del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione con espressa
domanda di subentro;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Athamor Consorzio Stabile s.c. a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2017 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Pappalepore e Valla;

Visto il bando del 28 settembre 2015 con cui il Comune di Triggiano aveva indetto una 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, 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 e la definitiva aggiudicazione alla EDILUX s.r.l., prima graduata con un'offerta economica di €. 737.047,49, immediatamente seguita dal Consorzio Athanor s.c.r.l., secondo in graduatoria con un punteggio totale 66,4498 ed un'offerta economica di €. 563.561,15;

Visto il ricorso proposto dinanzi al tribunale amministrativo della Puglia, serie di Bari, dal Consorzio Athanor avverso l'aggiudicazione articolato su di un unico motivo concernente la mancata esclusione dell'offerta della Edilux, in quanto priva della qualificazione nella categoria prevalente OS 21 ("opere strutturali speciali") e corredata solo da un contratto di avalimento di esemplare genericità;

Vista la costituzione in giudizio della controinteressata e del Comune di Triggiano, i quali sostenevano l'improcedibilità e l'infondatezza del ricorso e ne chiedevano il rigetto;

Vista la sentenza n. 1090 del 30 agosto 2016 con cui il Tribunale amministrativo respingeva dapprima l'eccezione di improcedibilità del ricorso sollevata dalla controinteressata, per non avere Athanor proposto motivi aggiunti nei confronti dell'attivazione del soccorso istruttorio al fine di produrre un diverso contratto di avalimento, poiché tale subprocedimento non si era concluso né con la produzione di un nuovo contratto o tramite un rinnovato provvedimento di aggiudicazione e quindi affermava la fondatezza del ricorso, atteso che il contratto di avalimento oggetto della controversia stabiliva che "1) *In relazione all'appalto indetto dal Comune di Triggiano per l'affidamento dei lavori in oggetto, l'impresa avvalente EDILUX di Losito Franco 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 CO.GEO s.r.l., 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*"; per il Tribunale amministrativo gli impegni assunti dall'ausiliaria erano generici e meramente riproduttivi di norme di legge e quindi inidonei 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; e comunque una tale carenza non poteva essere sanata tramite il soccorso istruttorio, poiché

un'integrazione o sostituzione del contratto avrebbe inevitabilmente comportato l'illegittima violazione della *par condicio* tra le imprese, mentre la domanda risarcitoria andava rigettata in vista della concreta possibilità per la ricorrente di ottenere l'aggiudicazione a seguito delle verifiche sui requisiti di capacità tecnica;

Visto l'appello in Consiglio di Stato proposto il 31 ottobre 2016 dalla Edilux s.r.l. che sosteneva che l'avvalimento riguardava la categoria OS21, classifica IV, per la quale l'ausiliaria era in possesso di regolare certificazione SOA: tale certificazione riguardava l'intero complesso aziendale e ne certificava tutti, i processi, i servizi ed i sistemi di qualità aziendali sicché tale dimostrazione era idonea a coprire le necessità di ausilio, con la conseguente idoneità del contratto di avvalimento, senza elencazioni dettagliate ed analitiche di tutte le risorse prestate in quanto la certificazione ne costituiva una normale sintesi ed il soccorso istruttorio doveva ritenersi ammissibile, ciò alla stregua di una mancata allegazione per mera dimenticanza della documentazione di un requisito e senza tralasciare la mancata impugnazione del soccorso istruttorio;

Vista la costituzione in giudizio del Consorzio Athanor, che eccepiva l'improcedibilità dell'appello per la mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto in proprio favore e sosteneva nel merito l'inconsistenza delle tesi della Edilux, mentre non si costituiva il Comune di Triggiano;

Considerato che l'infondatezza dell'appello, di cui appresso, permette di prescindere dall'eccezione di improcedibilità sollevata dall'appellato;

Considerato che, come richiamato dal Consorzio Athanor, in una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, perché l'offerente possa legittimamente addurre l'affidamento sulle capacità di terzi soggetti, quale che sia la natura dei loro legami, deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà in modo reale ed effettivo dei mezzi di tali soggetti che non ha in proprio e che sono oggettivamente necessari per realizzare l'appalto; sicché egli non può far valere le capacità di altri soggetti solo per soddisfare su un piano meramente formale le condizioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. I, 7 aprile 2016, n. 324): perciò il possesso da parte dell'ausiliario dell'attestazione SOA non accompagnato da un contratto che indichi specificamente le risorse, ovvero sia persone e mezzi messi a disposizione dell'ausiliato, si risolve nel prestito di un valore puramente cartolare ed astratto, che non assolve alla funzione tipica dell'avvalimento, finalizzata ad assicurare alla stazione appaltante che in ogni caso i mezzi mancanti all'aggiudicataria vengano assicurati dalle risorse e dall'apparato organizzativo del soggetto che si impegna al prestito (Cons. Stato, V, 27 gennaio 2016 n. 264);

Ritenuto perciò che l'appello va respinto e che le spese restano a carico dell'appellante;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio a favore dell'aggiudicataria liquidandole in complessivi €. 4.000,00 (quattromila/00) oltre accessori, mentre non vi è luogo a pronuncia nei confronti del Comune di Triggiano in quanto non costituito.

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