

Determinatezza e completezza del contratto di avvalimento

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 4-8-2017

1. Quando oggetto dell'avvalimento è la certificazione di qualità di cui la concorrente è priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione.

Guida alla lettura

Accanto al carattere della determinatezza, **il contratto di avvalimento deve risultare completo di tutti gli elementi necessari a legittimare il possesso per *relationem* dei requisiti di partecipazione ad una gara pubblica**. Nello specifico caso in cui oggetto di tale contratto sia la certificazione di qualità, pertanto, è necessario che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, ovvero la totalità dei fattori che hanno permesso alla stessa di ottenere la predetta certificazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 852), atteso che il profilo qualitativo di un'impresa è inscindibile dal complesso dell'impresa che rimane in capo all'ausiliaria.

Con la pronuncia oggetto di nota il Consiglio di Stato torna ad occuparsi della peculiare figura del contratto di avvalimento, ovvero di quello **strumento che consente ad un operatore economico di partecipare ad una gara pubblica utilizzando requisiti prestati da altro operatore, sempre che tra i due soggetti vi sia una relazione giuridica qualificata**.

In buona sostanza, derogando alla regola generale del personale possesso dei requisiti di qualificazione, nel pieno rispetto del principio del *favor participationis*, l'istituto produce un sostanziale allargamento del bacino dei partecipanti ad una gara pubblica attraverso il cosiddetto **possesso per *relationem* dei requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo**.

Inizialmente configurabile nei soli casi in cui a necessitare dei requisiti di partecipazione fosse l'impresa dominante, l'istituto dell'avvalimento ha visto successivamente estendersi il proprio ambito applicativo a qualsiasi tipo di rapporto tra le imprese interessate.

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

In relazione all'ambito applicativo dello strumento in esame va rilevato che i requisiti di

capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale ricomprendono al loro interno anche i titoli di studio e i requisiti professionali, a patto che i soggetti possessori di tali requisiti eseguano in prima persona i lavori e/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.

Quanto all'onere probatorio che il legislatore impone a garanzia dell'adempimento del contratto di avvalimento, il Codice appalti 2016 prevede un **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. V, 4 maggio 2017, n. 2036; Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 662). Con maggiore dovizia espositiva, *“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).

In relazione alla **prova della disponibilità dei mezzi messi a disposizione da parte dell'impresa concorrente** due risultano le ricostruzioni interpretative possibili.

Per una prima posizione **in caso di holding il rapporto che si istaura tra la capogruppo e la partecipata è elemento sufficiente a giustificare l'avvalimento**: non occorre alcuna prova ulteriore, la relazione giuridica esistente tra i predetti soggetti essendo sufficiente a soddisfare l'esigenza probatoria.

A parere di un differente 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.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9105 del 2016, proposto da:
Heraclius Appalti s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Camillo Lerio Miani, Francesco Miani, con domicilio eletto presso lo studio Luigi Napolitano in Roma, via Sicilia, 50;

contro

Comune di Raviscanina, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Nej Donadio s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Ricciardi Federico, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 03563/2016, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Nej Donadio s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2017 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti l'avvocato Luca Tozzi, su delega degli avvocati Camillo Lerio Miani e Francesco Miani, e l'avvocato Federico Maurizio Ricciardi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Viene in decisione l'appello proposto dalla società Heraclius Appalti s.r.l. per ottenere la riforma della sentenza, di estremi indicati in epigrafe, con la quale il T.a.r. per la Campania ha accolto il ricorso incidentale proposto dalla società controinteressata Nej Donadio s.r.l. e, per l'effetto, ha dichiarato inammissibile il ricorso principale proposto dall'odierna appellante.

2- Nel giudizio di primo grado, Heraclius Appalti s.r.l. ha impugnato il provvedimento con il quale il Comune di Ravincanina disponeva la revoca (*rectius*: annullamento d'ufficio) dell'aggiudicazione in favore della ricorrente ed aggiudicava l'appalto alla società Nej Donadio s.r.l.

L'atto impugnato si fondava sui seguenti rilievi: I) la società Heraclius ha trasmesso un documento di garanzia fideiussoria che "non ha natura e la tipologia dell'atto richiesto a garanzia dell'art. 113 D.Lgs. n. 163/2006; in quanto non risponde ai requisiti riportati nel D.M. n. 123/04 schema tipo 1.2. Non sono ammessi surrogati e meri atti di disposizione" e, quindi, non è stata regolarmente versata la cauzione definitiva ai sensi dell'art. 113, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006; II) la ricorrente ha trasmesso in ritardo detta cauzione definitiva e gli ulteriori documenti occorrenti per la stipula del contratto dettagliatamente indicati nel provvedimento, oltre il termine perentorio di 30 giorni - decorrenti dalla conoscenza dell'avvenuta aggiudicazione in proprio favore (datata 6 ottobre 2015) - fissato dal punto 6 del disciplinare.

Con il ricorso incidentale di primo grado, la società controinteressata faceva valere la mancata esclusione della Heraclius Appalti s.r.l. per la carenza del requisito di gara concernente il possesso della certificazione di qualità ISO 9001:2008 riferita al settore EA28 richiesta dalla *lex specialis* (requisito non posseduto dalla Heraclius Appalti e per il quale la stessa si è avvalsa dell'impresa ausiliaria Gregorio Costruzioni e Turismo s.r.l.).

3. L'appellante ha chiesto la riforma della sentenza di primo grado deducendo, in sintesi, le seguenti censure:

a) inammissibilità del ricorso incidentale (in quanto il relativo motivo escludente avrebbe dovuto essere proposto attraverso il ricorso principale contro l'aggiudicazione definitiva);

b) infondatezza del ricorso incidentale per la natura determinata e specifica del contratto di avvalimento, erroneamente ritenuto inidoneo dal giudice di primo grado;

c) ha, infine, riproposto i motivi del ricorso principale dichiarato inammissibile.

4. Si è costituita per resistere all'appello la società Nej Donadio s.r.l., la quale, in via pregiudiziale, ha eccepito la tardività dell'appello per la violazione del termine di trenta giorni di cui all'art. 120, comma 6-bis, c.p.a.

5. Alla pubblica udienza del 13 luglio 2017, la causa è stata trattenuta per la decisione.

6. L'appello non merita accoglimento.

7. In via pregiudiziale deve essere respinta l'eccezione di irricevibilità dell'appello sollevata dalla società Nej Donadio.

È sufficiente sul punto osservare che nel presente non trova applicazione la disciplina del c.d. rito superspeciale di cui ai commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 c.p.a., atteso che il ricorso in oggetto non ha ad oggetto gli atti di ammissione o di esclusione adottati all'esito della valutazione dei requisiti di partecipazione. Il giudizio riguarda, al contrario, l'impugnazione del provvedimento di revoca (o, meglio, come si è detto, di annullamento d'ufficio) dell'aggiudicazione definitiva.

L'eccezionalità del rito superspeciale di cui ai citati commi 2-bis e 6-bis non ne consente applicazioni analogiche: non è, pertanto, sufficiente, al fine di attrarre il giudizio nell'ambito di quel rito eccezionale, la mera circostanza che i motivi di impugnazione (in questo caso del provvedimento con cui è stata ritirata l'aggiudicazione) sollevino questioni che attengono alla sussistenza dei requisiti soggettivi di partecipazione e si riferiscano, quindi, alla fase dell'ammissione alla gara. Ciò che radica il rito superspeciale è, al contrario, esclusivamente il tipo atto che viene impugnato (ammissione o esclusione), che attiene alla fase preliminare della procedura di gara, in cui si valutano i requisiti dei concorrenti e vi è l'esigenza (che giustifica, sul piano della *ratio*, il rito superspeciale) di cristallizzare in tempi celeri le relative posizioni.

8. Sempre in via pregiudiziale, va esaminata e respinta l'eccezione (questa volta sollevata dall'appellante principale attraverso uno specifico motivo di appello) di inammissibilità del ricorso incidentale proposto in primo grado da Nej Donadio s.r.l.

L'originaria aggiudicazione definitiva disposta a favore di Heraclius Appalti s.r.l. è stata annullata dalla stazione appaltante con il provvedimento oggetto del presente giudizio: Tale provvedimento ha contestualmente disposto una nuova aggiudicazione a favore di Nej Donadio s.r.l.

Nulla osta, pertanto, a che il nuovo aggiudicatario, a fronte del ricorso principale proposto dall'originario aggiudicatario, faccia valere un motivo escludente (ulteriore rispetto a quelli indicati nel provvedimento di autotutela), benché non lo abbia precedentemente fatto valere impugnando con ricorso principale la prima (e poi ritirata) aggiudicazione.

In seguito all'esercizio del potere di autotutela e della nuova aggiudicazione disposta dalla stazione appaltante, invero, le posizioni (sostanziali e processuali delle parti) sono state radicalmente innovate (diventando opposte rispetto a come lo erano in origine), il che consente al concorrente ora aggiudicatario di proporre, attraverso il ricorso incidentale, censure escludenti rivolte contro l'ammissione alla gara del ricorrente principale, che, per effetto dell'autotutela, ha perso la posizione di aggiudicatario che inizialmente possedeva.

Diversamente opinando, del resto, gli effetti delle sopravvenienze provvedimentali (annullamento della precedente aggiudicazione e nuova aggiudicazione) verrebbero ingiustificatamente neutralizzati ancora prima di vagliare la fondatezza (e l'ammissibilità) della domanda di annullamento proposta dal concorrente leso. Conclusione quest'ultima che, presupponendo una forma di efficacia (o di rilevanza), sia pure ai soli fini processuali, dei "vecchi" provvedimenti, finirebbe per attenuare l'efficacia esecutiva che, invece, deve essere riconosciuta ai "nuovi", adottati dall'Amministrazione in sede di autotutela.

9. Nel merito l'appello è infondato.

Nel caso di specie, ciò che rileva non è tanto (o solo) l'indeterminatezza del contratto di avvalimento (che, comunque, non menziona specificamente il prestito della certificazione di qualità), ma, soprattutto, la sua incompletezza (rispetto alla complessiva organizzazione aziendale dell'ausiliaria), con conseguente inidoneità dello stesso a trasferire il requisito non posseduto della certificazione di qualità.

Come la giurisprudenza amministrativa ha già evidenziato, invero, quando oggetto dell'avvalimento è la certificazione di qualità di cui la concorrente è priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 852; Cons. Stato., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2225, con considerazioni riferite al prestito dell'attestazione S.O.A., che valgono a maggior ragione per il prestito della certificazione di qualità). La qualità risulta, infatti, inscindibile dal complesso dell'impresa che rimane in capo all'ausiliaria.

Nel caso di specie, la lettura della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa alla stazione appaltante dall'ausiliaria Gregorio Costruzioni e Turismo s.r.l., evidenzia che l'avvalimento non ha avuto ad oggetto l'intera organizzazione aziendale, ma solo *alcune* specifiche risorse: alcune attrezzature, alcuni macchinari, alcuni addetti (sebbene tra questi vi sia il direttore tecnico e lo staff tecnico), alcune attestazioni SOA tra le varie possedute dall'ausiliaria.

10. Le considerazioni che precedono conducono, pertanto, al rigetto dell'appello principale.

11. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in complessivi € 4.000,00, oltre agli accessori di legge.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio a favore della società Nej Donadio s.r.l., che liquida in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00), oltre agli accessori di legge.

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