

Gare pubbliche e avvalimento di garanzia

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 4-12-2017

1. Nell'ipotesi di avvalimento di garanzia, per evitare il rischio, particolarmente rilevante in tale sottogenere di avvalimento, che il prestito dei requisiti rimanga soltanto su un piano astratto e cartolare e l'impresa ausiliaria si trasformi in una semplice cartiera produttiva di schemi contrattuali privi di sostanza, occorre che dalla dichiarazione dell'ausiliaria emerga con certezza ed in modo circostanziato l'impegno contrattuale a prestare e mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale della prima, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità.

1) Conformi: Tar Veneto, Venezia, Sez. I[^], 8 febbraio 2017, n. 141; Cons. Stato, Sez. V[^], 15 marzo 2016, n. 1032.

Guida alla lettura.

Com'è noto, l'istituto dell'avvalimento, di derivazione comunitaria, è finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, consentendo alle imprese non munite dei requisiti partecipativi, di giovare delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese: il principio generale che permea l'istituto è quello secondo cui, ai fini della partecipazione alle procedure concorsuali, il concorrente, per dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche, nonché il possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto e richiesti dal relativo bando, è abilitato a fare riferimento alla capacità e ai mezzi di uno o più soggetti diversi, ai quali può ricorrere tramite la stipulazione, appunto, di un contratto di avvalimento.

L'avvalimento può essere pacificamente utilizzato per tutti i requisiti cd. speciali di partecipazione, che fanno riferimento alle caratteristiche dell'operatore economico sotto il profilo dell'attività e dell'organizzazione (requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa). Viceversa è precluso per i requisiti generali (o soggettivi), i quali sono intrinsecamente legati alla situazione personale del soggetto, alla sua affidabilità morale e professionale, e non sono suscettibili di alcuna forma di sostituzione (l'art. 49 del previgente Codice prevedeva già che sia l'impresa ausiliaria che quella ausiliata ne fossero provviste direttamente).

Per l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, quando nelle gare pubbliche l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore ("avvalimento di garanzia"), non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali, o ad indici materiali atti ad esprimere una certa consistenza patrimoniale e,

dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga l'impegno contrattuale dell'ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperenziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità.

In altre parole, ai sensi dell'articolo 49 comma 2 lett. c) ed f) del Codice Appalti, infatti, la dichiarazione dell'impresa ausiliaria ed il contratto di avvalimento (anche se riferiti al solo requisito economico-finanziario) devono attestare concretamente il possesso, da parte dell'impresa ausiliaria, delle risorse anche economiche e/o immateriali dichiarate.

Sul punto la giurisprudenza (Cons. Stato, 2539/2015, 662/2015, 6256/2014) ha inoltre precisato che, dal contratto di avvalimento di garanzia, devono evincersi chiaramente tutte le risorse e l'apparato organizzativo di cui l'impresa ausiliaria dispone, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di garanzia.

Soltanto in questo modo, sulla base delle risorse materiali o immateriali puntualmente dichiarate dall'impresa ausiliaria, la stazione appaltante può valutarne la solidità economica, anche per il caso di inadempimento contrattuale.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con pronuncia n. 23 del 4 novembre 2016 ha, poi, chiarito che l'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 e l'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010, in relazione all'art. 47, paragr. 2 della direttiva n. 2004/18/CE, vanno interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento nei casi in cui una parte dell'oggetto del contratto stesso, pur non essendo puntualmente determinata, sia, tuttavia, agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c.

L'art. 89 del nuovo Codice prevede che l'operatore economico, singolo o in raggruppamento, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, necessari per partecipare ad una procedura di gara. La norma non ha introdotto disposizioni puntuali volte a vincolare la configurazione dell'oggetto del contratto, limitandosi a stabilire che esso debba esplicitare l'obbligo nei confronti del concorrente "a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto".

L'operatore economico allega altresì alla domanda di partecipazione, in originale o copia autentica, anche il contratto in forza 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. Quanto ad altre novità, è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie (art. 89 comma 6): la previsione è in linea con il diritto comunitario, non essendosi riprodotte le previsioni sul divieto di avvalimento plurimo e frazionato; tuttavia l'ausiliario non può avvalersi, a sua volta, di altro soggetto (resta quindi vietato l'avvalimento a cascata, come imposto dalla legge delega). La Corte di Giustizia UE, 10/10/2013, causa C-94/12 era già intervenuta sul comma 6 dell'art. 49 del previgente Codice, e aveva sancito l'ammissibilità dell'avvalimento cd. "plurimo o frazionato", con il quale l'aspirante all'aggiudicazione di un contratto

d'appalto può avvalersi dei requisiti speciali cumulando quelli appartenenti a più soggetti (plurimo) e anche eventualmente in aggiunta ai propri requisiti (frazionato).

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 539 del 2017, proposto da:

Cima S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Piergiuseppe Venturella e Antonella Fellini, con domicilio eletto presso lo studio Piergiuseppe Venturella in Roma, via San Sebastianello, 9;

contro

Miorelli Service S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

nei confronti di

Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA: SEZIONE II n. 00022/2017, resa tra le parti, concernente l'impugnazione del provvedimento della Cassa Depositi e Prestiti del 27.7.2016 di approvazione delle operazioni di gara e aggiudicazione a CIMA della procedura per l'affidamento del servizio di pulizia e igiene ambientale, sedi di Roma e Caserta.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Miorelli Service S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2017 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Piergiuseppe Venturella e Massimiliano Brugnoletti;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sez. II, con la sentenza 2 gennaio 2017, n. 22, ha accolto il ricorso proposto dall'attuale parte appellata Miorelli Service Spa e, per l'effetto, ha annullato il provvedimento di aggiudicazione relativo alla procedura aperta indetta dalla Cassa Depositi e Prestiti per l'affidamento del servizio di pulizia ed igiene ambientale presso le sedi di Roma e Caserta, dichiarando l'inefficacia del contratto ove stipulato e respingendo l'azione di risarcimento dei danni.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

– il motivo di impugnativa proposto in via principale, con cui la ricorrente ha sostenuto che, in presenza di un contratto di avvalimento nel quale non sono indicate le risorse che l'impresa ausiliaria metterà a disposizione dell'impresa ausiliata, la controinteressata Cima avrebbe dovrebbe essere esclusa dalla gara, è fondato e va accolto;

– l'art. 13 del disciplinare di gara, rubricato "requisiti di idoneità professionale, capacità economico-finanziaria e tecnico-qualitativa", prevede, al punto 13.1 che i concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso di taluni requisiti, tra cui l'iscrizione al registro delle imprese o albo provinciale delle imprese artigiane ai sensi della legge 25 gennaio 1994, n. 82 e del d.m. 7 luglio 1997, n. 274 con appartenenza almeno alla fascia di classificazione g), di cui all'art. 3 del citato decreto;

– nel caso di specie, la controinteressata Cima Srl (impresa avvalente) ha prodotto un contratto di avvalimento stipulato con la Veneta Servizi Spa (impresa ausiliaria) in data 7 dicembre 2015, con cui, ai fini della partecipazione alla gara in discorso, ha inteso acquisire requisiti dei quali è carente, idonei a soddisfare quanto stabilito nel bando di gara, con particolare riferimento al possesso dei requisiti professionali;

– anche l'avvalimento di garanzia non può risolversi in formule generiche e svincolate da qualsiasi collegamento con le risorse materiali o immateriali rese disponibili, atteso che la funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale impone la dimostrazione della disponibilità di risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliata;

– il contratto di avvalimento stipulato tra la Cima Srl e la Veneti Servizi Spa, in precedenza richiamato, ha un contenuto generico, limitandosi a riportare all'art. 3 il dettato sostanziale di cui all'art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006, per cui l'oggetto dello stesso, per quanto attiene alle risorse messe concretamente e specificamente a disposizione dall'impresa ausiliaria

all'impresa ausiliata, non è agevolmente determinabile;

- di qui, l'insufficienza del contratto di avalimento prodotto in sede di gara dalla controinteressata e la conseguente illegittimità dell'azione amministrativa che ha aggiudicato l'appalto alla Cima Srl senza procedere all'esclusione della stessa;
- la fondatezza del motivo di impugnativa proposto in via principale esime il Collegio dall'esame dei motivi, relativi alla verifica dell'anomalia dell'offerta presentata da Cima Srl, proposti in via dichiaratamente subordinata.

La parte appellante Cima Srl contestava la sentenza del TAR, deducendone l'erroneità per i seguenti motivi:

- illegittima ed erroneità della sentenza per difetto ed erroneità della motivazione, difetto di istruttoria;
- illegittimità ed erroneità della sentenza per illogicità della motivazione, contraddittorietà intrinseca, difetto di presupposti, travisamento.

Con l'appello in esame chiedeva, quindi, la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva il controinteressato, chiedendo la reiezione dell'appello e riproponendo, ex art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi di ricorso già formulati in primo grado e non esaminati dal TAR.

All'udienza pubblica del 26 ottobre 2017 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La questione oggetto del giudizio verte sul perimetro concettuale del cd. "avalimento di garanzia", relativo al possesso di un requisito di natura economica finanziaria (il fatturato), e sulle sue conseguenze applicative.

Il TAR ha ritenuto che i contenuti del contratto di avalimento prodotto dall'appellante altro non fossero che una mera riproduzione del dettato di cui all'art. 49 del Codice e, dunque, si riducessero ad un "prestito formale e astratto di requisiti".

2. In effetti, quando nelle gare pubbliche l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore ("avalimento di garanzia"), non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali, o ad indici materiali atti ad esprimere una certa consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga l'impegno contrattuale dell'ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032; id., Sez. III, 4 novembre 2015, n. 5038).

La recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4 novembre 2016, n. 23 ha formulato il principio di diritto secondo cui l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 e l'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010, in relazione all'art. 47, paragr. 2 della direttiva n. 2004/18/CE, vanno interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento nei casi in cui una parte dell'oggetto del contratto stesso, pur non essendo puntualmente determinata, sia, tuttavia, agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c.

In dette ipotesi, neppure sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica del "requisito della forma/contenuto" (relativa alle fattispecie in cui la forma non rappresenta soltanto il mezzo di manifestazione della volontà contrattuale, ma reca anche l'incorporazione di un contenuto minimo di informazioni, che, attraverso il contratto, devono essere fornite): ciò, perché non viene in rilievo l'esigenza, tipica dell'enucleazione di tale figura, di assicurare una particolare tutela al contraente debole tramite l'individuazione di una specifica forma di cd. nullità di protezione.

La Plenaria ha aggiunto, ancora, che nessuna variazione al principio di diritto sopra enunciato può desumersi dalle sopravvenute disposizioni di cui al d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50 (di attuazione delle direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE).

Pertanto, ai fini della determinazione del contenuto necessario per il contratto di avvalimento nelle gare di appalto, ha distinto tra requisiti generali (requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo, ad es. il fatturato globale o la certificazione di qualità) e risorse: solamente per queste ultime è giustificata l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico, in quanto solo le risorse possono rientrare nella nozione di beni in senso tecnico-giuridico, cioè di "cose che possono formare oggetto di diritti" ex art. 821 c.c., con il corollario che soltanto in questa ipotesi l'oggetto del contratto di avvalimento deve essere determinato, in tutti gli altri casi essendo sufficiente la sua semplice determinabilità.

3. Ciononostante, proprio ad evitare il rischio, particolarmente rilevante in tale sottogenere di avvalimento, che il prestito dei requisiti rimanga soltanto su un piano astratto e cartolare e l'impresa ausiliaria si trasformi in una semplice cartiera produttiva di schemi contrattuali privi di sostanza, occorre che dalla dichiarazione dell'ausiliaria emerga con certezza ed in modo circostanziato l'impegno contrattuale a prestare e mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale della prima, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 22 dicembre 2016, n. 5423).

L'impresa ausiliaria, per effetto del contratto di avvalimento, deve diventare, quindi, di fatto, un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario, poiché solo in caso di avvalimento c.d. tecnico o operativo (che quindi abbia ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria) sussiste l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di determinate risorse.

Tuttavia, tale impegno a diventare un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario non può risultare nel contratto in modo generico e quale semplice

formula di stile, ma deve essere in qualche modo determinato o, quantomeno, determinabile, poiché l'impegno contrattualmente assunto dall'ausiliaria deve ritenersi completo, concreto, serio e determinato, nella misura in cui attesta la messa a disposizione del fatturato e delle risorse eventualmente necessarie e contenga un vincolante impegno finanziario nei confronti della stazione appaltante, non risultando invece necessari "la quantificazione ed il trasferimento delle risorse finanziarie oggetto del predetto impegno finanziario, anche considerato che quest'ultimo appare del tutto imprevedibile nel contenuto al momento della sottoscrizione del contratto di avvalimento".

4. Nel caso di specie, l'assunzione della generica obbligazione di "mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto" così riproducendo semplicemente la locuzione contenuta nell'art. 49 d.lgs. n. 163-2006, costituisce una locuzione o proposizione contrattuale del tutto generica, assimilabile ad una semplice formula di stile, dalla quale non si evince in alcun modo, un impegno contrattualmente assunto dall'ausiliaria di mettere a disposizione il fatturato e le risorse eventualmente necessarie con il contestuale vincolante impegno finanziario nei confronti della stazione appaltante.

5. 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, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

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

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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