

## **La specificità del contratto di avvalimento.**

*di Cristiano Giovanni Gasparutti*

*Data di pubblicazione: 26-3-2018*

Nei contratti stretti con la mano pubblica l'avvalimento necessita che l'impresa ausiliaria metta a disposizione del Concorrente *"non i requisiti di qualificazione, intesi come valore astratto, bensì le risorse ed i mezzi che li sostanziano e di cui l'ausiliata è carente per l'esecuzione del contratto"*.

### **GUIDA ALLA LETTURA**

La questione principale sottoposta al Collegio riguardava la necessaria specificità del contenuto del contratto di Avvalimento.

Secondo l'orientamento ermeneutico consolidato dal Consiglio di Stato, l'avvalimento, al di là della forma negoziale prescelta e d'ogni considerazione sulla natura del relativo contratto, non può trasformarsi in una sorta di *"scatola vuota"* sicché non è consentito ai concorrenti, privi di taluni requisiti di qualificazione, di ottenerli in prestito al fine di partecipare alle gare d'appalto senza che sussistano adeguate garanzie circa gli effettivi impiego e disponibilità, in fase di esecuzione contrattuale, delle risorse necessarie. Occorre allora, secondo la pronuncia in rassegna, che l'impresa ausiliaria metta a disposizione del concorrente non i requisiti di qualificazione, intesi come valore astratto, bensì le risorse ed i mezzi che li sostanziano e di cui l'ausiliata è carente per l'esecuzione del contratto. Tanto perché l'avvalimento, per costante giurisprudenza amministrativa, deve essere reale e non astratto. In altre parole non è sufficiente "prestare" il requisito o la certificazione posseduta ed al contempo assumere su punto impegni del tutto generici, a pena di svuotare di significato l'essenza dell'istituto. Esso infatti serve non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6859 del 2017, proposto da:

Consorzio Lavorabile Consorzio Stabile in proprio e quale Mandataria del Costituendo R.T.I. con la Mandante Santer Reply, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana e Anna Mazzoncini, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Vittoria Colonna n. 40;

contro

Diamante S.r.l. – Società Consortile e Engineering Ingegneria Informatica S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli Avvocati Stefano Vinti e Elia Barbieri, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Emilia, n. 88;

S.c.r. Piemonte S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avvocati Paolo Scaparone e Cinzia Picco, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Luca Di Raimondo in Roma, via della Consulta, n. 50;

nei confronti di

Santer Reply Spa, Regione Piemonte, Lombardia Informatica Spa non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I n. 968/2017, resa tra le parti, concernente l'annullamento:

- della deliberazione del Consiglio di Amministrazione del 25 gennaio 2017 e della relativa comunicazione a mezzo PEC, di cui alla nota prot. 1195 del 30 gennaio 2017, con la quale SCR Piemonte S.p.a. ha disposto in favore del R.T.I. CONSORZIO LAVORABILE CONSORZIO STABILE E SANTER REPLY S.P.A. l'aggiudicazione definitiva della gara europea per l'affidamento della realizzazione di un sistema regionale omogeneo di gestione delle agende e delle prenotazioni sanitarie a livello sovraaziendale (gara 63/2015);

- dei verbali di gara, con i quali è stata ammessa e utilmente valutata l'offerta del R.T.I. CONSORZIO LAVORABILE CONSORZIO STABILE E SANTER REPLY SPA, anziché disporre l'esclusione dalla gara, sia delle sedute pubbliche, sia delle sedute riservate (verbali del 14 aprile 2016; 26 aprile 2016; 9 maggio 2016; 7 giugno 2016; 27 luglio 2016; 6 ottobre 2016; 20 ottobre 2016; 24 ottobre 2016; 4 novembre 2016; 10 novembre 2016; 15 novembre

2016; 5 dicembre 2016; 7 dicembre 2016; 12 gennaio 2017); nonché delle graduatorie provvisoria e definitiva;

- per quanto occorrer possa, della dichiarazione di regolare esecuzione del servizio di Call center di cui alla nota di Lombardia Informatica S.p.a. prot. LI.2016.0000470 datata 14 gennaio 2016;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Diamante S.r.l. – Società Consortile, della Engineering Ingegneria Informatica S.p.A. e della S.c.r. Piemonte S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 febbraio 2018 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Elia Barbieri, Stefano Vinti e Paolo Scaparone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, Sez. I, n. 968 del 2017, depositata il 16 agosto 2017 e non notificata, era accolto il ricorso proposto dalla seconda classificata R.T.I. tra la mandataria Diamante S.r.l. – Società Consortile e le mandanti Engineering Ingegneria Informatica S.p.A. e Telecom Italia S.p.A. (di seguito, anche solo “R.T.I. Diamante” ) avverso l’aggiudicazione della gara (bando del 2015) per l’affidamento della realizzazione di un sistema regionale omogeneo di gestione delle agende e delle prenotazioni a livello sovraziendale” (CIG 6453134EA0) per un periodo di 5 anni, con facoltà di rinnovo per ulteriori tre anni, a favore del costituendo R.T.I. tra Consorzio Lavorabile Consorzio Stabile (di seguito, anche solo “Consorzio Lavorabile”), in qualità di impresa mandataria, e Santer Reply S.p.A., quale mandante (di seguito, anche solo “R.T.I. Consorzio Lavorabile”). Il primo giudice si pronunciava sul primo motivo di gravame e riteneva assorbite le altre censure. In particolare, Il Tribunale confermava quanto già rilevato in sede cautelare, ovvero che l’aggiudicataria aveva dimostrato il requisito con un contratto di avvalimento sottoscritto in data 26 gennaio 2017, con Transcom Worldwide, che aveva tuttavia indicato il pregresso servizio svolto a favore di Lombardia Informatica, “...svolto attraverso il ramo d’azienda, ceduto alla Transcom dalla stessa stazione appaltante nel mese di agosto 2008, quindi riceduto dalla Transcom a Lombardia Informatica nel mese di luglio 2015, a conclusione del contratto”, sicchè “il suddetto requisito tecnico non ... posseduto dall’ausiliario alla data del 26 gennaio 2017” data di sottoscrizione del contratto di avvalimento. Aveva, pertanto, concluso per la non idoneità dello stesso a “comportare il trasferimento delle competenze tecniche acquisite con le precedenti e pervenute in capo all’acquirente del complesso aziendale, nonché a comprovare il possesso attuale delle risorse per svolgere il servizio in

futuro”; affermava che “Transcom “al momento della dichiarazione, non era più in possesso non solo della struttura organizzativa per lo svolgimento del servizio, ma neppure delle risorse umane e delle relative competenze” e che Transcom “è certamente una società operante sul mercato, ma è una ‘scatola vuota’, cioè una struttura societaria che non ha risorse umane, competenze, né struttura organizzativa”.

Avverso siffatta pronunzia propone appello il Consorzio stabile attraverso un unico articolato motivo: ERRONEA INTERPRETAZIONE DELL’ART. 49 DEL D.LGS. 12 APRILE 2006, N. 163; ERRONEA INTERPRETAZIONE DEL PUNTO III.2.3), LETTERA A), DEL BANDO DI GARA; ERRONEA INTERPRETAZIONE DEI PARAGRAFI 8.2 E 13, PUNTO 7, DEL DISCIPLINARE DI GARA; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; CONTRADDITTORIETA’, ILLOGICITÀ ED IRRAGIONEVOLEZZA DELLA MOTIVAZIONE; INGIUSTIZIA MANIFESTA; TRAVISAMENTO.

Infatti il paragrafo 8.2 del disciplinare di gara, nell’individuare i requisiti di capacità tecnico organizzativa, contemplava, tra l’altro, l’avvenuta gestione, nei tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara, del servizio di Call center per almeno cinque Aziende Sanitarie pubbliche e/o private, con la presa in carico e la gestione, per ciascun anno, di un numero minimo di chiamate pari a 1.200.000, precisando che, in caso di partecipazione in R.T.I. di tipo verticale, tale requisito dovesse essere posseduto interamente dalla capogruppo mandataria. Il Raggruppamento – e, nello specifico, il Consorzio Lavorabile, in qualità di impresa mandataria – ha attestato il possesso del requisito de quo (consistente in attività di “gestione”) mediante sottoscrizione di apposito contratto di avvalimento con Transcom WorldWide S.p.a. (da ora TWW), la quale, in virtù del contratto di affitto di ramo d’azienda stipulato – a seguito di procedura ad evidenza pubblica – con LISPA il 12 luglio 2012, nel periodo intercorrente tra il mese di agosto 2008 e il mese di luglio 2015 ha gestito il front office del call center della Regione Lombardia, erogando servizi in ambito sanitario.

Sostiene, infatti, tale contratto di avvalimento è assolutamente idoneo a comprovare il possesso in capo al Consorzio “di mezzi, personale e di ogni altro elemento aziendale qualificante per garantire lo svolgimento della prestazione oggetto del contratto”.

Invero, se alla data di conclusione del richiamato contratto di avvalimento l’Impresa ausiliaria non disponeva più del ramo di azienda precedentemente affittato – per essere stato lo stesso dapprima riacquisito da LISPA e, poi, da questa conferito a Lombardia Contact S.r.l., a sua volta successivamente acquistata da GPI S.p.A. – tale circostanza non incide sul possesso del requisito di cui è questione, né sul bagaglio di esperienze vantato ai fini della partecipazione alla gara in esame.

Ai fini della gestione dei servizi di competenza del ramo di front office di cui ai contratti “A”, “B” e “C”, oggetto del contratto stipulato con LISPA, TWW avrebbe utilizzato prioritariamente risorse e personale propri: di tali risorse la stessa TWW tuttora disporrebbe, potendo, pertanto, garantirne la messa a disposizione in favore del R.T.I., ove quest’ultimo fosse restato aggiudicatario della commessa de qua.

Chiede, peraltro, la sospensione dell’esecutività della sentenza in ragione dell’imminente

stipula del contratto con la R.T.I. Diamante.

Si è costituita la R.T.I. Diamante vittoriosa in primo grado per resistere, chiedendo al Consiglio di Stato di pronunziarsi anche sugli altri motivi dichiarati assorbiti in prime cure e con atto meramente formale la S.c.r. PIEMONTE S.p.a. (Società di Committenza Regione Piemonte).

A seguito di altre memorie in replica la causa è stata trattenuta per la decisione all'udienza dell'1 febbraio 2018.

## DIRITTO

I – La presente controversia si incentra sull'esatta interpretazione dell'istituto dell'avvalimento, come disciplinato dall'art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006, secondo la disciplina vigente al momento della pubblicazione del bando di gara relativo – nella specie - al servizio di gestione delle agende e delle prenotazioni sanitarie a livello sovraziendale.

In particolare, la censura rivolta dalla seconda classificata, in primo grado, ed accolta dal giudice di prime cure, riguarda la carenza in capo all'originaria aggiudicataria – odierna appellante - del possesso del requisito di partecipazione, richiesto dal bando – punto III.2.3 e dal Disciplinare – art.8.2, in quanto la stessa sarebbe ricorsa all'avvalimento (al fine di comprovare di aver gestito nei tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara, il servizio di call center per almeno cinque aziende sanitarie pubbliche e private, con la presa in carico di almeno 1.200.000 chiamate complessive in ambito sanitario per ciascun anno) della TWW, come soggetto in possesso del requisito.

Tuttavia, la sentenza di prime cure ha messo in luce come la qualità richiesta apparteneva ad un ramo di azienda che già al momento della dichiarazione era stato trasferito da TWW ad altro soggetto. TWW, infatti, aveva partecipato alla procedura ristretta bandita da Lombardia Informatica (LI), in data 15 marzo 2012, per la gestione del servizio di prenotazione e informazioni sanitarie; in qualità di aggiudicataria aveva acquisito in affitto il ramo di azienda di front office del call center regionale di LI, dedicato al suddetto servizio; alla scadenza del contratto, fissata al 31 luglio 2014, il ramo azienda è retrocesso in LI ed era stato poi ceduto in data 26 giugno 2015 alla nuova aggiudicataria del servizio.

Di contro, l'appellante sostiene l'erroneità delle conclusioni così raggiunte, deducendo i profili di seguito esposti.

Ai fini della gestione dei servizi di competenza del ramo di front office di cui ai contratti

“A”, “B” e “C”, oggetto del contratto medesimo, TWW avrebbe utilizzato prioritariamente risorse e personale propri. Il disciplinare di gara relativo alla procedura bandita da LISPA per l'individuazione del soggetto cui affittare il ramo di azienda di front office del call center regionale, all'ultimo capoverso del paragrafo 3.1, prevede: “Per quanto riguarda il personale necessario a far fronte alla crescita dei volumi, oltre a quello presente all'interno dell'attuale Ramo di Front-Office, che verrà preso in carico alla firma del contratto, sarà responsabilità dell'aggiudicatario garantirne il numero adeguato ad assicurare i livelli di servizio che saranno

specificati nel Capitolato Tecnico allegato alla Lettera di invito”.

Analogamente, l’art. 7 del contratto di affitto, dopo avere stabilito al comma 1 che “Il personale in forza dell’attuale Affittuario ‘Transcom Worldwide S.p.A.’ ... rimane a tutti gli effetti dipendente di ‘Transcom Worldwide S.p.A.’ senza soluzione di continuità”, al successivo comma 7 dispone: “L’Affittuario è tenuto al mantenimento del livello di professionalità del personale addetto al servizio e a garantire un numero di risorse adeguato ai volumi di chiamate da gestire e al rispetto dei livelli di servizio specificati nel Capitolato Speciale”.

Ne deriva che, l’esperienza vantata dalla Società – e spesa dal Raggruppamento ai fini della partecipazione alla gara de qua, in virtù del contratto di avvalimento – sarebbe stata maturata anche mediante l’utilizzo di mezzi e risorse tuttora nella disponibilità della Società medesima, che, infatti, la stessa si è impegnata a mettere a disposizione del Raggruppamento e della Amministrazione aggiudicatrice ai fini della eventuale esecuzione dei servizi oggetto della procedura in questione, per tutta la durata del contratto.

Inoltre, da quanto si legge nel contratto di avvalimento concluso tra il Consorzio Lavorabile e TWW, quest’ultima “metterà a disposizione dell’Impresa Ausiliata per tutta la durata del Contratto”, quanto segue:

“i. il personale altamente qualificato, le tecniche operative e le conoscenze organizzative acquisite dalla propria precedente esperienza, secondo le modalità di seguito dettagliate.

ii. In particolare, TWW metterà a disposizione dell’Impresa Ausiliata un Project Leader che nei 7 anni di gestione del call center regionale di Regione Lombardia ha coordinato le attività operative, con riferimento a:

o supporto generale nell’organizzazione e gestione delle attività di sala;

o formazione e formazione continua del middle management (team leader) e degli operatori telefonici;

o supporto nell’organizzazione e nella gestione delle attività relative ai processi di formazione, definizione delle procedure, controllo qualità e knowledge management;

o supporto nella definizione e nell’assegnazione dei diversi skill in funzione dei livelli di servizio e di qualità richiesti.

Il Project Leader di TWW sarà disponibile ad effettuare meeting di confronto congiuntamente con il Responsabile del Contratto dell’Impresa Ausiliata sui temi sopra segnalati, per un confronto sulla definizione dei compiti e sulle attività operative, sulla redazione di un organigramma delle attività di mano d’opera.

Tali meeting si svolgeranno presso le sedi operative dell’Impresa Ausiliata ovvero in un altro luogo che risulterà all’uopo più congruo e si terranno con cadenza mensile per tutta la durata

del Contratto”.

II - Osserva il Collegio, tuttavia, che secondo l'orientamento ermeneutico consolidato della Sezione sull' art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 – come detto applicabile *ratione temporis* - l'avvalimento, al di là della forma negoziale prescelta e d'ogni considerazione sulla natura del relativo contratto, non può trasformarsi in una sorta di “scatola vuota” (Cons. Stato, Sez. III, n. 5573 del 12 novembre 2014): “Insomma, non è consentito ai concorrenti, privi di taluni requisiti di qualificazione, di ottenerli in prestito al fine di partecipare alle gare d'appalto senza che sussistano adeguate garanzie circa gli effettivi impiego e disponibilità, in fase di esecuzione contrattuale, delle risorse necessarie. Occorre allora che l'impresa ausiliaria metta a disposizione del concorrente non i requisiti di qualificazione, intesi come valore astratto, bensì le risorse ed i mezzi che li sostanziano e di cui l'ausiliata è carente per l'esecuzione del contratto. Tanto perché l'avvalimento, per com'è configurato dalla legge, deve essere reale e non astratto, cioè non è sufficiente “prestare” il requisito o la certificazione posseduta ed al contempo assumere su punto impegni del tutto generici, a pena di svuotare di significato l'essenza dell'istituto. Esso infatti serve non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti (cfr. così Cons. St., V, 3 dicembre 2009 n. 7592; id., 10 gennaio 2013 n. 90; id., VI, 13 giugno 2013 n. 7755)”.

In vero, al di là degli sforzi svolti dall'appellante per dimostrare la sussistenza del requisito in discussione, rimane sin troppo evidente – come affermato dal primo giudice – che con il contratto di avvalimento l'impresa ausiliaria assumeva l'impegno di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata il requisito, per la partecipazione e l'esecuzione del contratto e dunque, specificamente l'assetto organizzativo (personale dipendente e infrastrutture), con cui aveva maturato l'esperienza necessaria a gestire il servizio e non la mera certificazione di cui disponeva e che ciò non poteva in effetti fare, poiché non ne era più in possesso al momento della dichiarazione, poiché “riceduto” a LI (rimanendo in capo a questa, dunque, anche la specifica esperienza maturata, senza che la stessa possa essere frazionata o duplicata astrattamente).

Di fatto, le affermazioni di parte appellante non smentiscono il dato emerso dalla narrazione e qui richiamato.

III – Ritiene il Collegio che tale conclusione non risulta smentita, ma anzi è corroborata dal principio elaborato dall'Adunanza Plenaria n. 3 del 2017 in tema di cessione del ramo d'azienda, che ha risolto il conflitto tra gli orientamenti in materia, esprimendo condivisione per la tesi sostanzialistica e valorizzando il dato testuale dell'art. 76, co. 11, d.P.R. n. 207/2010, in base al quale “se il cessionario non acquista automaticamente la qualificazione, simmetricamente deve escludersi che il cedente possa automaticamente perderla” affermando che “l'effetto traslativo non opera secondo la configurazione tipica; nella fattispecie in esame, infatti, l'efficacia traslativa tipica riguarda l'azienda, non le qualificazioni, poiché non necessariamente le parti hanno inteso disporre contestualmente al trasferimento aziendale il trasferimento dei requisiti di qualificazione ed in ogni caso, appunto, l'effetto traslativo dei requisiti è condizionato ad ulteriori elementi estranei alla volontà delle parti”.

Nella specie, infatti, la cessione del ramo d'azienda non ha riguardato parti prive di autonomia funzionale nel contesto dell'impresa e comunque non significative, non potendo, dunque, evitare la perdita in capo al cedente (e il correlato acquisto in capo al cessionario) dei requisiti (cfr. sul punto i documenti 8-13 allegati al ricorso introduttivo del giudizio e 12-13 allegati alla memoria di costituzione in primo grado).

Pertanto, la valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento, porta a concludere nella fattispecie in esame per la perdita del requisito oggetto del contratto d'avvalimento.

Dalle conclusioni sin qui raggiunte discende la reiezione dell'appello.

IV – Tuttavia, per completezza (e come richiesto anche dalla difesa della parte vittoriosa in prime cure), andando ad esaminare le altre censure svolte in primo grado dall'originaria ricorrente, con riguardo alla violazione e falsa applicazione della lex di gara, l'eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti, il travisamento e la carenza di istruttoria, illogicità, vale osservare quanto segue.

Sostiene l'originaria ricorrente che l'offerta del costituendo raggruppamento aggiudicatario, sarebbe stata sottoscritta, per quanto di competenza del Consorzio Lavorabile Consorzio Stabile, designato quale mandatario del futuro raggruppamento, da un soggetto privo dei necessari poteri di rappresentatività e di firma, in ragione del tenore dell'intervento economico oggetto del presente appalto: tutta la documentazione sarebbe era, infatti, sottoscritta dal Presidente del Consorzio, dott. Antonio Marchese, il quale, in base a quanto deliberato dall'Assemblea dei consorziati, nella seduta del 12 novembre 2015, ed a quanto risultante dalla Visura Ordinaria della Camera di Commercio di Roma allegata agli atti di gara, era depositario di poteri rappresentativi e negoziali del Consorzio a firma singola solo per atti di valore non superiore a € 1.000.000 se contratti attivi e ad € 100.000 per l'assunzione di obbligazioni per conto della Società, mentre per gli atti eccedenti detti valori sarebbe stata necessaria, invece, la firma congiunta del Presidente e dell'Amministratore delegato.

Il motivo non ha pregio.

Deve osservarsi, infatti, che l'offerta comunque recava la sottoscrizione di uno dei due amministratori e che, pertanto, la fattispecie non andrebbe inquadrata in un'ipotesi non di omessa sottoscrizione in senso proprio, bensì “di non corretta spendita del potere rappresentativo”, con la conseguenza che – come chiarito dalla giurisprudenza - “Tale tipologia di vizi, tuttavia, in forza dei principi generali, opera sul piano della efficacia e non su quello della validità” (Tar Lazio, Sez. I, 16 giugno 2016, n. 6923, non riformata, che ha affermato la sanabilità dei vizi della domanda, in linea generale, con un approccio di tipo sostanzialistico nell'interpretazione combinata dell'art. 38, comma 2 bis e 46, comma 1 ter, d.lgs. n. 163/2006, che risulterebbe confermata dal nuovo Codice dei contratti pubblici, in riferimento all' irregolarità delle offerte non conformi a quanto prescritto nei documenti di gara ex art. 59, comma 3).

V – Tuttavia, in ragione dell'assorbente motivo di cui ai punti I-III della presente decisione,



l'appello deve essere respinto.

In considerazione della complessità della fattispecie esaminata, e delle osservazioni si qui svolte anche con riferimento al secondo motivo di gravame, sussistono giusti motivi per compensare le spese del secondo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I n. 968/2017,

Spese compensate.

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