

Contratto di avvalimento e specificità contenutistica

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 4-3-2020

1. La regola della puntuale indicazione, nel contratto di avvalimento, delle risorse in concreto prestate e della necessaria specificità della dichiarazione resa in tal senso trova piena e incondizionata applicazione nel caso di avvalimento c.d. tecnico od operativo e non nel caso di avvalimento c.d. di garanzia, poiché quest'ultimo non implica necessariamente il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione della impresa, bensì assolve alla funzione di ampliare lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto con le risorse economiche dell'ausiliaria, il cui indice è costituito dal fatturato.

Guida alla lettura

La necessità di ampliare la platea dei soggetti idonei a partecipare ad una gara pubblica ha costituito il presupposto logico dell'istituto dell'avvalimento disciplinato dall'art. 89 D.lgs. 50/2016.

Subendo l'influenza del diritto sovranazionale, il legislatore offre così 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.

Richiamando i requisiti di partecipazione disciplinati dal legislatore (che inseriti nel bando di gara definiscono gli obiettivi che il soggetto pubblico si prefigge di perseguire) 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.

Ne deriva l'esclusione di tutti i requisiti di carattere generale, i quali devono obbligatoriamente essere posseduto tanto dall'ausiliaria, quanto dall'ausiliata.

Ponendo un rapido sguardo alla natura giuridica può rilevarsi come le criticità opposte alle diverse correnti interpretative sviluppatesi al riguardo ha spinto la posizione maggioritaria a considerare il contratto di avvalimento come un **contratto atipico, connotato da elementi propri del contratto di mandato e dell'appalto di servizi, oltre che caratterizzato da aspetti di garanzia da parte dell'ausiliario in favore della stazione appaltante per le**

prestazioni dovute dall'ausiliato, per mezzo del quale l'impresa ausiliaria pone a disposizione dell'impresa partecipante alla gara la propria azienda (complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'attività d'impresa). Trattasi di un contratto con obbligazioni a carico di una sola parte, nel quale la presunzione di onerosità può essere superata da una prova contraria.

Ponendo maggiore attenzione al piano strutturale, va detto che è lo stesso Codice ad individuare l'**onere del concorrente di allegare il contratto in forza del quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione le proprie risorse**: 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**).

Tutto quanto premesso in termini generali, giova precisare che con l'espressione "contratto di avvalimento" "si intende la stipulazione di un contratto di avvalimento avente ad oggetto la mera "messa a disposizione" dei soli requisiti finanziari da parte dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'ausiliata partecipante alla gara.

La pacifica ammissibilità di tale peculiare tipologia di avvalimento, come si evince dall'art. 89 comma 1 D.lgs. 50/2016, pone però dubbi interpretativi in merito all'oggetto di prova da parte della stazione appaltante, rispetto ai quali si registrano due percorsi argomentativi.

Secondo una prima posizione **in presenza di un contratto di avvalimento di garanzia per il requisito del fatturato l'impresa ausiliaria deve con chiarezza dimostrare, in uno al requisito finanziario, la complessità delle proprie strutture organizzative oltre che dei mezzi materiali di cui dispone**(cfr. **Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 662; sez. III, 17 giugno 2014, n. 3058**).

A parere di una seconda posizione, invece, **in presenza di un contratto di avvalimento del solo requisito del fatturato l'impresa ausiliaria è tenuta a dimostrare esclusivamente la solidità dei propri requisiti finanziari**, a nulla rilevando il riferimento alle proprie risorse e al proprio apparato organizzativo.

A sostegno si richiama la stessa *ratio* del contratto di avvalimento, figura nella quale l'ausiliaria mette a disposizione semplicemente la propria solidità economico-finanziaria al servizio dell'aggiudicataria ausiliata, non anche gli ulteriori requisiti di natura tecnica e professionale.

In tale direzione si schiera la pronuncia oggetto d'esame, a tenore della quale *"la regola della puntuale indicazione, nel contratto di avvalimento, delle risorse in concreto prestate e della necessaria specificità della dichiarazione resa in tal senso trova piena e incondizionata applicazione nel caso di avvalimento c.d. tecnico od operativo e non nel caso di avvalimento c.d. di garanzia, poiché quest'ultimo non implica necessariamente il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione della impresa, bensì assolve alla funzione di ampliare lo spettro*

della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto con le risorse economiche dell'ausiliaria, il cui indice è costituito dal fatturato”.

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 4644 del 2019, proposto da Alstom Ferroviaria S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Mengassini e Sergio Massimiliano Sambri, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sergio Massimiliano Sambri in Roma, alla via Pinciana, n. 25;

contro

Trenitalia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Lo Pinto in Roma, alla via Vittoria Colonna, n. 32;

nei confronti

Gruppo Psc S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Maria Esposito e Valeria Ciervo, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gianluca Maria Esposito in Roma, al Lungotevere Arnaldo Da Brescia, n. 11;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. III, n. 5880/2019, resa tra le parti

FATTO

1.- Con bando spedito per la pubblicazione in data 18 dicembre 2017, Trenitalia s.p.a. indiceva

una procedura aperta, interamente gestita con sistemi telematici, per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di "*applicazione di un nuovo sistema antincendio sui rotabili di Trenitalia appartenenti alle flotte Minuetto, Intercity e Pendolini*", articolata in tre lotti.

L'aggiudicazione disposta, relativamente al lotto n. 1, a favore del Gruppo PSC s.p.a. veniva contestata, con rituale ricorso dinanzi al TAR per il Lazio, integrato da motivi aggiunti, dalla seconda graduata Alstom Ferroviaria s.p.a., che lamentava:

a) violazione degli artt. 30 e 95 d.lgs. 50/2016 e, in particolare, difetto di motivazione nell'attribuzione dei punteggi relativi alle offerte tecniche presentate;

b) violazione e falsa applicazione dell'art. 89 d.lgs. n. 50/2016, in relazione alla ventilata invalidità del contratto di avalimento presentato da PSC a comprova del requisito del fatturato specifico;

c) incongruità dell'offerta di PSC, che ne avrebbe imposto l'estromissione dalla gara.

2.- Con la sentenza epigrafata, resa nel rituale contraddittorio delle parti, il primo giudice, disattesa ogni eccezione in rito, accoglieva il ricorso, sull'assorbente rilievo della ritenuta invalidità dei contratti di avalimento allegati dall'aggiudicataria, al fine di comprovare il possesso del requisito di ammissione di cui al punto III.1.3. *lett. a.1)* del bando.

3.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Alstom Ferroviaria s.p.a. impugnava la decisione, nella parte in cui, pur accogliendo le proprie ragioni di doglianza e annullando, di conserva, la contestata aggiudicazione, nulla aveva disposto in ordine al contratto e all'invocato subentro nella esecuzione dello stesso. Reiterava, in prospettiva devolutiva, le censure rimaste assorbite in prime cure.

4.- Si costituivano in giudizio, per resistere al gravame, Trenitalia s.p.a. e il Gruppo PSC s.p.a., che articolavano, altresì, distinti ed autonomi appelli incidentali, con i quali contestavano la complessiva erroneità della sentenza impugnata, di cui auspicavano l'integrale riforma, con conseguente reiezione del ricorso di primo grado.

5.- Alla pubblica udienza del 14 novembre 2019, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- Sono fondati gli appelli incidentali. È improcedibile, per sostanziale carenza di interesse, l'appello principale.

2.- Con la sentenza oggetto di appello, il primo giudice ha ritenuto non idonei i due contratti di avalimento presentati dall'aggiudicataria PSC con Ultrafog Ltd ed Ultrafog A.B, al fine di

integrare il possesso del requisito di cui al punto III.1.3), lett. a.1) del bando di gara, afferente alla “*capacità professionale e tecnica*” ancorata alla dimostrata realizzazione, nel periodo

2014-2016, di un fatturato specifico complessivo almeno pari o superiore a € 20.000.000,00, generato dalla progettazione, produzione ed installazione di sistemi antincendio destinati al trasporto passeggeri su veicoli civili e militari di tipo ferroviario, autoferrottramviario e navale.

A tal fine, ha segnatamente ritenuto:

a) che l'avvalimento *de quo* avesse ad oggetto un requisito di carattere tecnico professionale, essendo, con ciò, da ricondurre al *genus* del c.d. *avvalimento operativo*;

b) che il relativo supporto negoziale avesse, in concreto, oggetto indeterminato, desumendone la non conformità alla prescrizione di cui all'art. 89, comma 1, ultimo periodo del d. lgs. n. 50/2016, prescrittiva – a pena di nullità – della specificazione dei “*requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*”.

3.- La sentenza non resiste alle critiche formulate dalle appellanti incidentali.

Importa, invero, premettere che consolidato orientamento giurisprudenziale, dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, ha evidenziato che la regola della puntuale indicazione, nel contratto di avvalimento, delle risorse in concreto prestate e della necessaria specificità della dichiarazione resa in tal senso trova piena e incondizionata applicazione nel caso di avvalimento *c.d. tecnico od operativo* e non nel caso di avvalimento *c.d. di garanzia*, poiché quest'ultimo non implica necessariamente il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione della impresa, bensì assolve alla funzione di ampliare lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto con le risorse economiche dell'ausiliaria, il cui indice è costituito dal fatturato (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2016, n. 6551; Id., sez. V, 15 gennaio 2018, n. 187; Id., sez. V, 20 novembre 2018, n. 6551; Id., sez. V, 26 novembre 2018, n. 6690); conclusione valida *anche nel caso di richiesta di fatturato c.d. specifico*, poiché anche quest'ultimo *attiene alla capacità economica e finanziaria*, in mancanza di puntuale dimostrazione di caratteristiche prettamente tecniche ed operative del requisito e di conseguente necessità di indicare uno specifico sostrato di mezzi aziendali da mettere a disposizione per l'esecuzione dell'appalto (cfr., Cons. Stato, sez. V, n. 6551/2016 cit.).

La distinzione (che orienta ad una interpretazione rigorosa e *secundum tenorem rationis* dell'art. 89, comma 1, del d. lgs. n. 50/2016, nella parte in cui fulmina di nullità l'omessa *specificazione* dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria) muove dalla premessa che l'istituto dell'avvalimento costituisce, come è noto, uno strumento di matrice proconcorrenziale, inteso a favorire l'accesso alle procedure evidenziali di concorrenti sprovvisti dei necessari requisiti di partecipazione.

Come tale, si accompagna ad un complessivo *favor*, che si alimenta della riconosciuta finalità di favorire l'apertura delle commesse pubbliche alla concorrenza “*nella misura più ampia possibile, [...] a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle*

amministrazioni aggiudicatrici” (CGUE sentenza 23 dicembre 2009, *CoNISMa*, in causa C-305/08) e che preclude interpretazioni orientate alla prefigurazione di vincoli e limitazioni non richieste dalle direttive europee.

4.- Ciò premesso, deve osservarsi:

a) che il c.d. fatturato specifico va qualificato come requisito di carattere economico-finanziario e non risorsa tecnica, atteso che l'art. 83, comma 4, lett. a), del d.leg. n. 50/2016, stabilisce che, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere *“che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto”* e, correlativamente, l'allegato XVII (*“Mezzi di prova dei criteri di selezione”*) prescrive, nella parte I, dedicata alla capacità economica e finanziaria, che questa possa essere provata mediante una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 2018, n. 4396);

b) che, del resto, la soluzione è conforme all'art. 58 § 3 della dir. 2014/24/UE, alla cui stregua, *“per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto”* e che *“a tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto”*;

c) che, come tale, il fatturato minimo va tenuto distinto dalle *“esperienze necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità”*, che costituiscono, in base all' art. 58 § 4 della richiamata direttiva, un requisito che può essere richiesto per dimostrare una adeguata capacità tecnica professionale e che deve essere comprovato *“da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza”*;

d) che, comunque, sia nel caso in cui l'avvalimento riguardi requisiti economico finanziari che nell'ipotesi in cui abbia ad oggetto quelli tecnico professionali, l'operatore economico – ai fini della partecipazione – deve solo dimostrare che *“disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine”* (art. 63 § 1).

5.- Nel caso di specie, l'avvalimento aveva ad oggetto il fatturato specifico minimo di cui al § III.1.3. del bando di gara: di conseguenza, era da ricondurre – contrariamente all'avviso manifestato dal primo giudice – al *genus* del c.d. avvalimento di garanzia per il quale non era neppure necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisse a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emergesse l'impegno contrattuale a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15

marzo.2016, n. 1032; Id., Sez. V, 14 febbraio 2018, n. 953).

Più in dettaglio, l'aggiudicataria – che aveva dichiarato di essere tecnicamente ed economicamente attrezzata per l'esecuzione dell'appalto e di essere bisognosa dell'apporto delle società ausiliarie al solo fine di integrare il requisito del fatturato minimo – non aveva alcuna necessità di specificare le modalità con le quali l'impresa ausiliaria avrebbe dovuto “*coordinarsi con i responsabili della società appaltatrice in corso di esecuzione*”, né di indicare “*le ore di lavoro*” che le risorse dell'ausiliaria sarebbero state tenute a prestare.

Del resto, se non può escludersi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2019, n. 755) che la *lex specialis* pretenda, quale requisito tecnico di partecipazione, la dimostrazione dello svolgimento, in misura quantitativamente rilevante, di prestazioni analoghe a quelle oggetto di gara, nel caso di specie – in cui, come vale ripetere, l'aggiudicataria aveva allegato il possesso di tutti i requisiti di partecipazione – il fatturato globale veniva richiesto *in quanto tale*, vale a dire solo ai fini della dimostrazione della situazione di solidità finanziaria.

6.- Le considerazioni che precedono (la cui attitudine assorbente legittima la pretermissione della disamina delle questioni preliminari sollevate in punto di rito) giustificano l'accoglimento degli appelli incidentali e la conseguente, integrale riforma della sentenza impugnata.

Di conseguenza, diventano improcedibili le censure affidate all'appello principale, con le quali l'appellante – vittoriosa in prime cure – lamentava l'omessa statuizione in ordine alla sorte del contratto aggiudicato ed alla azionata pretesa al subentro.

7.- Non osta ai riassunti esiti la circostanza che l'appellante principale, con distinto motivo di gravame, abbia riproposto, in via devolutiva, le censure, rimaste assorbite in primo grado, intese a contestare: a) la asserita errata valutazione, sotto più profili, ad opera della Commissione, della Descrizione tecnica e funzionale dell'impianto dell'aggiudicataria, in base ai parametri indicati come Dr, De, TS ed NP, di cui all'allegato E1; b) l'asserita non conformità dell'offerta tecnica Capitolato tecnico operativo; c) la ventilata incongruità dell'offerta formulata dal Gruppo PSC.

Deve, invero, osservarsi:

a) che, sotto il primo profilo, la censura è inammissibile per carenza di interesse: essendo concretamente in contestazione la sola attribuzione del punteggio assegnato dalla Commissione in base ai criteri Dr, De, TS ed NP di cui alla *lex specialis* (dai quali, tuttavia, devono essere scomputati i 3 punti del criterio NP, assegnato sia ad Alstom che a PSC sulla base di un meccanismo automatico e non contestato), i 9 punti astrattamente attribuibili non sarebbero comunque utili (anche integralmente sottraendo all'aggiudicataria i 5,50 punti riconosciuti) a superare la prova di resistenza, stante il divario di 11,08 punti tra le due offerte in competizione;

c) che, sotto il secondo profilo, gli aspetti asseritamente deficitari dell'offerta presentata da PSC coincidono con quelli stigmatizzati dalla Commissione con un riconoscimento di un punteggio inferiore, senza che – tuttavia – si trattasse di discrasie od incongruenze idonee a

giustificare l'esclusione dell'offerta;

c) che, relativamente alla congruità dell'offerta, l'appello non reitera la doglianza sviluppata in prime cure, che deve, per l'effetto, ritenersi sostanzialmente rinunziata.

8.- Le obiettive peculiarità della vicenda giustificano l'integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie gli appelli incidentali e dichiara improcedibile l'appello principale.

Spese compensate.