

## **Principio dell'avvalimento in tema di appalti di servizi, è consentito ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione a una gara d'appalto di servizi, di far riferimento alle capacità di altri**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Tale prova è atipica, non limitata a particolari mezzi, e può essere data mediante mezzi che attestino l'esistenza di rapporti giuridici idonei a provare l'effettiva disponibilità di tali capacità in capo ai partecipanti alla gara.

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 5287 del 19 settembre 2003 merita di essere segnalato per il seguente importante principio, in tema di avvilimento, in essa contenuto:

< Nella specie, l'avvio dei procedimenti di fusione , l'impegno a concluderli prima dell'inizio del rapporto di appalto, l'esistenza di un gruppo societario facente capo ad una holding, dominata da un unico soggetto, i rapporti di controllo totalitario esistenti fra le imprese del gruppo avviate peraltro a fusione per incorporazione sono tutte circostanze apprezzabili ai sensi della nota giurisprudenza comunitaria>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

ANNO 2003

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

## DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da \*\*\*\*\* & \*\*\*\*\* SPA ( già \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* spa ) in proprio e quale mandataria dell'ATI \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* VIGILANZA \*\*\*\*\* SRL  
- VIGILANZA \*\*\*\*\* SRL Torino e VIGILANZA \*\*\*\*\* TORINO SRL  
in persona del legale rappresentante pro tempore rappresentate e difese dagli avvocati Maurizio Zoppolato e Carlo Dattilo ed elettivamente domiciliato in Roma presso lo studio Zoppolato via del Mascherino n. 72 ;

contro

La SOCIETÀ \*\*\*\*\* SPA in persona del legale rappresentante pro tempore rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Longhin e Mario Contaldi ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma via P.L. da Palestrina n. 63 ;

e nei confronti

dell'ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE - INPS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv.to Pietro Collina e dall'avv.to Nicola Valente ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura dell'INPS, in Roma, Via della Frezza n.17;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte Sezione II - n. 533 del 2003;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellato ;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla camera di consiglio del 24 giugno 2003  
relatore il Consigliere Giancarlo Montedoro.

Uditi altresì l'avv. Zoppolato, l'avv. Longhin e l'avv. Collina;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Con bando di gara affisso all'albo pretorio del Comune di Torino dal 14 novembre 2002 al 28 novembre 2002, l'INPS ha indetto nelle forme della licitazione privata una gara d'appalto per l'affidamento del servizio di vigilanza delle sedi provinciali dell'Ente site in Torino alla via XX settembre 30/34 ed in via Arcivescovado 2 ; il tutto per un valore a base d'asta di lit. 260.000 euro annui, e per una durata complessiva del servizio di tre anni a partire dal 1 gennaio 2003.

Quanto al criterio di aggiudicazione impiegato per la procedura de qua, l'amministrazione ha previsto l'applicazione del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 23 comma 1 lett. b) del d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157 in base agli elementi prezzo, capacità tecnica e capacità economica.

Più

precisamente,  
nell'avvalersi

di  
siffatto  
criterio,  
la

stazione

appaltante si era vincolata ad affidare il servizio attribuendo 50 punti ( su 100 totali ) previsti per la valutazione dell'offerta economica, al concorrente che avesse offerto il canone mensile più basso, mentre avuto riguardo ai 30 punti da assegnarsi in ragione della capacità tecnica dei partecipanti alla procedura, il disciplinare di gara stabiliva che la stessa sarebbe stata valutata dalla Commissione aggiudicatrice avvalendosi dei seguenti tre elementi :

principali servizi resi nel triennio 1999-2001 purchè di valore pari o superiore all'importo complessivo del presente appalto : 20 punti ; frequenze radio 4 punti ; coordinamento e controllo prestazioni ( ufficiali e sottoufficiali ) 6 punti .

I restanti 20 punti

infine ( quelli

inerenti la capacità economico

finanziaria delle

partecipanti alla procedura ) erano destinati ad essere attribuiti a seguito di una valutazione da condursi sulla base di una dettagliata e documentata relazione presentata dalle ditte concorrenti, nella quale sarà descritto il fatturato globale dell'impresa, relativo agli ultimi tre esercizi finanziari ricavabili dai bilanci.

Alla gara sin qui sinteticamente descritta, sono state invitate ed hanno successivamente presentato offerta solo tre concorrenti : la \*\*\*\*\* VIGILANZA SPA , la \*\*\*\*\* SPA, l'ATI appellante, \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* SPA. In particolare le tre società che partecipano all'associazione temporanea di imprese \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* hanno tutte il medesimo legale rappresentante e fanno parte dello stesso gruppo imprenditoriale ( c.d. holding ) guidato dalla \*\*\*\*\* GROUP HOLDING SAPA di LORENZO MANCA & C.

Tale  
ultima  
società  
( il cui legale  
rappresentante  
e  
unico  
socio

accomandante è sempre il dott. Lorenzo Manca ) all'atto dell'indizione della gara controllava ai sensi dell'art. 2359 cod. civ.

sia la \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* SPA sia la VIGILANZA \*\*\*\*\* SRL

e ciò per il tramite di due distinte società di cui la holding deteneva il c.d. pacchetto di maggioranza, ovvero la \*\*\*\*\* SPA di Como ( proprietaria del 100% delle azioni di \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* ) e la \*\*\*\*\* SRL di Milano ( unico socio della VIGILANZA \*\*\*\*\* di Torino ).

In siffatto contesto l'ATI appellante rafforzava ancora più i legami esistenti fra le imprese, la \*\*\*\*\* SPA deliberando ( con atto iscritto al registro delle imprese in data 2 ottobre 2002 ) la fusione per incorporazione della \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* SPA , mentre la \*\*\*\*\* SRL avviava analogo processo di fusione incorporando la VIGILANZA \*\*\*\*\* SRL.

L'offerta dell'ATI appellante è stata predisposta evidenziando, secondo l'appellante relativamente al solo elemento di valutazione inerente il fatturato, i dati espressi in ordine alla posizione della mandataria \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* e della VIGILANZA \*\*\*\*\* SRL erano comprensivi delle cifre d'affari maturate nel triennio precedente dalle società rispettive incorporanti \*\*\*\*\* ed \*\*\*\*\* SRL , il tutto non senza precisare , con dichiarazione rilasciata dal dott. Manca, anche ai sensi e per gli effetti del d.p.r. n. 445/2000 , che le operazioni di fusione per incorporazione giungeranno a compimento entro il 31 dicembre 2002.



Quanto agli altri elementi dell'offerta tecnica ( numero di servizi di vigilanza prestati, numero delle frequenze radio, numero degli ufficiali e dei sottoufficiali alle dipendenze delle imprese concorrenti) l 'ATI appellante sostiene di non aver fatto alcun riferimento alle capacità, esperienze e dotazioni né della \*\*\*\*\*, né della \*\*\*\*\* né della holding \*\*\*\*\* GROUP.

Nel prosieguo delle operazioni di gara, l'offerta del raggruppamento appellante è stata confrontata con quelle della \*\*\*\*\* VIGILANZA e della \*\*\*\*\*.

Il confronto fra \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* era il seguente :

\*\*\*\*\* : offerta economica : 48,95/50 ; servizi prestati nel triennio 20/20 ; frequenze radio 4/4 ; ufficiali e sottufficiali 6/6 ; fatturato globale 20/20 ;

\*\*\*\*\* : offerta economica 50/50 ; servizi prestati nel triennio 5,62/20 ; frequenze radio 1,56/4 ; ufficiali e sottufficiali 0,30/6; fatturato globale 18,11/20.

I rispettivi totali erano quindi \*\*\*\*\* 98,95/100 ; \*\*\*\*\* : 75,79/100.

In sostanza la differenza di punteggio non era tanto imputabile a fatturato globale, quanto alla capacità tecnica, \*\*\*\*\* al termine della seduta di gara veniva dichiarata aggiudicataria della procedura in questione.

Il provvedimento veniva impugnato innanzi al Tar Piemonte dalla \*\*\*\*\* , sostenendo che prima del compimento della fusione per incorporazione le capacità delle società incorporanti non avrebbero potuto essere cumulate con quelle della \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* e della VIGILANZA \*\*\*\*\*.

Il giudice di prime cure ha accolto il ricorso con sentenza breve e rito

abbreviato, in  
camera  
di  
consiglio,  
sostenendo  
che  
la  
giurisprudenza

comunitaria che consente di provare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di

partecipazione ad una gara per l'aggiudicazione di un contratto di appalto di servizi, mediante il riferimento alla capacità di altri soggetti non è applicabile se non quando si dimostri di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto.

La fusione inoltre sarebbe effettivamente realizzata solo quando è eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte dall'art. 2504 del cod. civ. od in data successiva stabilita dalle parti.

In sostanza difetterebbe la prova della effettiva disponibilità delle capacità tecniche.

L'appello è articolato su un motivo preliminare ed uno di merito .

In via preliminare si deduce l'inammissibilità per carenza di interesse dell'avverso ricorso di primo grado.

Il Tar ha ommesso di considerare che il c.d. cumulo di capacità ha inciso solo sull'attribuzione dei punteggi relativi alle voci inerenti il fatturato globale.

Sulle altre voci, quali numero e consistenza dei servizi prestati nel triennio, numero degli ufficiali e sottoufficiali in organico e frequenze radio a disposizione non si è fatto in alcun modo riferimento alle capacità di società del gruppo non partecipanti all'ATI.

Ognuno degli elementi predetti infatti risulta abbinato ad uno dei componenti il raggruppamento.

Ne  
deriva  
la  
resistenza  
dell'esito  
della  
gara all'accoglimento  
del

ricorso incentrato sull'impossibilità del cumulo , da riferirsi solo ai fatturati.

Nel merito viene richiamata la giurisprudenza della Corte di Giustizia della CE sul caso c.d. Holst Italia , ritenendo rilevante ai fini della prova , la situazione dell'appartenenza ad un gruppo di imprese, e non necessario arrivare ad una fusione per incorporazione perfetta, che va venir meno la terzietà della persona fusa.

Rapporti di totale controllo societario, già sussistenti fra incorporate ed incorporanti sarebbero sufficienti a concretare la situazione di disponibilità effettiva delle capacità di un soggetto terzo.

Le modalità di formulazione dell'offerta darebbero conto della possibilità del cumulo stante il ruolo cruciale del legale rappresentante dott. Lorenzo Manca vero e proprio soggetto su cui si appunta la titolarità delle imprese facenti parte del gruppo.

L'unicità del gruppo e l'avvio della fusione fonderebbero la possibilità di avvalersi dei mezzi finanziari del medesimo per comprovare il possesso dei requisiti valutabili per la formulazione dell'offerta idonea ad aggiudicarsi la gara.

L'INPS si è costituita deducendo , ad adiuvandum l'appello dell'ATI \*\*\*\*\*, il difetto di interesse a ricorrere della società \*\*\*\*\*, e , nel merito, la rilevanza del rapporto di collegamento societario ai fini della prova dei requisiti di capacità.



Resiste all'appello la società \*\*\*\*\*.

DIRITTO

L'appello è fondato e deve essere accolto.

In primo  
luogo è fondato il motivo  
relativo all'eccezione di carenza di

interesse a ricorrere dell'impresa \*\*\*\*\*.

Occorre partire dal tenore letterale dell'offerta \*\*\*\*\* , quale risultante dal doc. n. 6 prodotto dalla

società \*\*\*\*\* in primo grado.

Al punto 7 che riguarda il fatturato globale viene effettuata la precisazione seguente :

“Si precisa altresì che per quanto riguarda \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* e VIGILANZA \*\*\*\*\* SRL i dati espressi tengono conto del fatto che queste ultime sono società a socio unico, interamente partecipate rispettivamente da \*\*\*\*\* SPA ( 100% di \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* SPA) e \*\*\*\*\* VIGILANZA SRL ( 100% di VIGILANZA \*\*\*\*\* SRL ) tra le quali sono rispettivamente in corso operazioni di fusione per incorporazione che giungeranno

a compimento entro il 31 dicembre 2002.”

Fin

qui potrebbe esservi incertezza sull’ambito dei requisiti cumulati ( se limitato al fatturato o esteso ad altri elementi ) ma la dichiarazione di precisazione continua : “ Pertanto, ai fini di una corretta valutazione

della loro capacità economico finanziaria e conseguentemente di quella dell'ATI stessa, sono stati presi in considerazione i singoli fatturati globali tra loro cumulati”.

Il tenore letterale dell'offerta quindi si riferisce solo al cumulo di fatturati delle aziende del gruppo e non al cumulo di altri elementi.

Quanto al verbale prodotto all'udienza in camera di consiglio in primo grado, esso riguarda una sintetica declaratoria di irricevibilità di un'offerta dell'\*\*\*\*\* in una diversa gara che potrebbe essere stata mal formulata per molteplici ragioni ed evenienze che nulla dimostrano circa il

cumulo operato nella gara oggetto della presente controversia.

Va da sé poi che nessun pregio può riconoscersi all'eccezione proposta dalla \*\*\*\*\* circa l'inammissibilità del motivo con il quale si deduce la carenza di interesse a ricorrere, alla stregua dell'art. 345 c.p.c. che pone il divieto di jus novum in appello, trattandosi di questione non attinente i

presupposti dell'azione ma il merito e quindi non rilevabile d'ufficio.

Il divieto di nova di cui all'art. 345 c.p.c. non riguarda le eccezioni rilevabili d'ufficio, e la carenza d'interesse esistente con riguardo al ricorso di primo grado è fra queste ; per C. Stato, sez. V, 21-04-1990, n. 373 l'accertamento negativo circa l'esistenza dell'interesse, ai fini della dichiarazione di improcedibilità del ricorso di primo grado per sopravvenuta carenza di interesse, deve essere compiuta d'ufficio dal giudice in ogni grado del giudizio; pertanto, detto accertamento deve essere compiuto anche nel corso del procedimento, da qualunque parte esso sia promosso.

Da ciò deriva l'accoglimento del primo motivo del ricorso d'appello.

Ma v'è di più : anche il secondo motivo, di merito, appare fondato.

La giurisprudenza comunitaria è chiara : per Corte giustizia Comunità europee, 02-12-1999, n. 176/98 la direttiva del consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/Cee, in tema di appalti di servizi, va interpretata nel senso che consente a un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione a una gara d'appalto di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che il partecipante ha con essi, a condizione che il soggetto interessato sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti.

Tale prova è atipica, non limitata a particolari mezzi, e può essere data mediante mezzi che attestino l'esistenza di rapporti giuridici idonei a provare l'effettiva disponibilità di tali capacità in capo ai partecipanti alla gara.

Nella specie, l'avvio dei procedimenti di fusione , l'impegno a concluderli prima dell'inizio del rapporto di appalto, l'esistenza di un gruppo societario facente capo ad una holding, dominata da un unico soggetto, i rapporti di controllo totalitario esistenti fra le imprese del gruppo avviate peraltro a fusione per incorporazione sono tutte circostanze apprezzabili ai sensi della nota giurisprudenza comunitaria.

La condotta della stazione appaltante non merita quindi censura.

Ne deriva l'accoglimento dell'appello.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe, e, per l'effetto, annulla la sentenza impugnata e respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il  
24 giugno 2003 dal Consiglio di Stato in

Sede  
giurisdizionale  
-  
Sez.VI  
-, riunito  
in  
Camera  
di  
Consiglio,

<https://www.diritto.it/principio-dell-avvalimento-in-tema-di-appalti-di-servizi-e-consentito-ad-un-prestatore-per-comprovare-il-possesso-dei-requisiti-economici-finanziari-e-tecnici-di-partecipazione-a-una-gara-d-appalto/>