

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 22/06/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37110-obbligo-dettagli-contratto-avvalimento-scongiurare-facili-e-strumentali-aggiramenti-requisiti>

Autore: Lazzini Sonia

**obbligo dettagli contratto avvalimento scongiurare facili e
strumentali aggiramenti requisiti**

non vi è pertanto ragione di dubitare dell'ammissibilità dell'avvalimento anche quanto alla certificazione SOA (decisione numero 2547 del 19 maggio 2015 pronunciata dal Consiglio di Stato),

SONIA LAZZINI

deve pur tuttavia rilevarsi che, come più volte ribadito dalla giurisprudenza, la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti).

In altri termini, è insufficiente allo scopo la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti (Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; 17 ottobre 2012, n. 5340; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386): è stata ritenuta così legittima l'esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che abbia fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto che non contiene alcuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati, atteso che l'esigenza di una puntuale analitica individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (e l'indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali pubbliche, nella necessità di non consentire facili e strumentali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare (Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 873; 17 marzo 2014, n. 1322; 27 marzo 2013, n. 1772).

5.3. Nel caso di specie, come correttamente rilevato dai primi giudici, gli impegni assunti dalla ditta controinteressata 2 Appalti s.r.l. (impresa ausiliaria) nei confronti della ricorrente Costruzioni s.n.c. (impresa avvalente) in ordine alla certificazione SOA sono del tutto generici ed indeterminati, limitandosi ad affermare solennemente (punto 2) di “...consentire l'utilizzo della citata iscrizione” e a dichiarare di “...mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente la concorrente”, senza minimamente precisare analiticamente le risorse, tecniche, materiali, strumentali ed umane messe effettivamente a disposizione.

Né può condividersi la tesi che i ricordati principi giurisprudenziale, in applicazione dei quali il contratto di avvalimento in questione non può considerarsi valido, non potrebbero essere traslati sic et simpliciter nel caso in esame in cui il requisito di cui si chiede l'avvalimento è in realtà una certificazione (attestazione SOA), così che l'avvalimento sarebbe di per sé stesso necessariamente formale ed immateriale: è sufficiente al riguardo rilevare che l'attestazione de qua è finalizzata dimostrare l'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici, così che nel caso di avvalimento ciò che può essere prestato non è l'attestazione formale (documento), quanto piuttosto il contenuto attestato e quindi le risorse strumentali, tecniche ed umane che hanno concorso a determinare quell'attestazione, necessarie per l'espletamento dei lavori

N. 02547/2015REG.PROV.COLL.

N. 02454/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

FATTO E DIRITTO

1. All'esito della rituale procedura aperta indetta dal Comune di Picciano è stato aggiudicato definitivamente alla ricorrente Costruzioni s.n.c., giusta determinazione del Responsabile dell'Area tecnico – manutentiva n. 45 del 17 ottobre 2014, l'appalto integrato per la progettazione definitiva/esecutiva e realizzazione intervento di sostituzione edilizia per realizzazione della Scuola elementare e palestra nell'ambito del "Piano Scuole Abruzzo – Il futuro in sicurezza".

2. Il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, sez. I, con la sentenza n. 105 del 3 marzo 2015, accogliendo il ricorso proposto dalla società Angelo controinteressata s.r.l., ha annullato la predetta aggiudicazione definitiva, dichiarando l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

In particolare, respinte tutte le altre censure sollevate, è stata ritenuta fondata solo quella concernente il possesso della qualificazione SOA per la categoria OG-1 III bis, in relazione alla quale l'aggiudicataria aveva fatto ricorso all'avvalimento della ditta controinteressata 2 Appalti s.r.l., rilevando che il relativo contratto conteneva un impegno del tutto generico e come tale nullo.

E' stata conseguentemente accolta anche la domanda di risarcimento del danno in forma specifica, con subentro della ricorrente nella posizione dell'aggiudicataria.

3. ricorrente Costruzioni s.n.c., ha chiesto la riforma di tale sentenza alla stregua di un unico articolato motivo di gravame, rubricato "Erroneità ed infondatezza della sentenza, per palese difetto di motivazione su un punto decisivo della controversia, nella parte in cui ha ritenuto di accogliere il secondo motivo di ricorso promosso in primo grado, sull'erroneo presupposto che il contratto di avvalimento presentata dalla ricorrente Costruzioni s.n.c., fosse nullo per genericità ed indeterminatezza", con cui è stata contestata la presunta genericità degli impegni contenuti nel contratto di avvalimento, evidenziando per contro la puntualità e la specificità degli impegni, tanto più che nel caso di specie oggetto dell'avvalimento era un elemento immateriale (attestazione SOA) e che il richiamo a quest'ultima era da considerarsi sufficiente a specificare l'oggetto del contratto e a fondarne pertanto la validità.

Si è costituito in giudizio il Comune di Piacciano, aderendo sostanzialmente alle tesi dell'appellante e chiedendone l'accoglimento.

La società Angelo controinteressata s.r.l., oltre a costituirsi in giudizio, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello principale, ha altresì spiegato appello incidentale condizionato, con cui, per l'ipotesi di accoglimento del gravame principale, sono state riproposte le censure sollevate in primo grado, ma respinte.

4. All'udienza in camera di consiglio 19 maggio 2015, fissata per la decisione della domanda cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, la Sezione ha ritualmente informato le parti

dell'intenzione di decidere la causa direttamente nel merito; pertanto, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. L'appello principale è infondato.

5.1. Occorre rilevare che 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 (Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; 13 marzo 2014, n. 1251).

Esso può essere utilizzato anche per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di qualità, atteso che la disciplina del codice non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale istituto (che ha pertanto una portata generale), fermo restando l'onere del concorrente di dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887; 7 aprile 2014, n. 1636; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125), e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto (Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 294).

5.2. Se pertanto non vi è pertanto ragione di dubitare dell'ammissibilità dell'avvalimento anche quanto alla certificazione SOA, deve pur tuttavia rilevarsi che, come più volte ribadito dalla giurisprudenza, la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti).

In altri termini, è insufficiente allo scopo la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti (Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; 17 ottobre 2012, n. 5340; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386): è stata ritenuta così legittima l'esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che abbia fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto che non contiene alcuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati, atteso che l'esigenza di una puntuale analitica individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (e l'indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali pubbliche, nella necessità di non consentire

facili e strumentali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare (Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 873; 17 marzo 2014, n. 1322; 27 marzo 2013, n. 1772).

5.3. Nel caso di specie, come correttamente rilevato dai primi giudici, gli impegni assunti dalla ditta controinteressata 2 Appalti s.r.l. (impresa ausiliaria) nei confronti della ricorrente Costruzioni s.n.c. (impresa avvalente) in ordine alla certificazione SOA sono del tutto generici ed indeterminati, limitandosi ad affermare solennemente (punto 2) di “...consentire l’utilizzo della citata iscrizione” e a dichiarare di “...mettere a disposizione, per tutta la durata dell’appalto le risorse necessarie di cui è carente la concorrente”, senza minimamente precisare analiticamente le risorse, tecniche, materiali, strumentali ed umane messe effettivamente a disposizione.

Né può condividersi la tesi che i ricordati principi giurisprudenziale, in applicazione dei quali il contratto di avvalimento in questione non può considerarsi valido, non potrebbero essere traslati *sic et simpliciter* nel caso in esame in cui il requisito di cui si chiede l’avvalimento è in realtà una certificazione (attestazione SOA), così che l’avvalimento sarebbe di per sé stesso necessariamente formale ed immateriale: è sufficiente al riguardo rilevare che l’attestazione *de qua* è finalizzata dimostrare l’esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell’affidamento dei lavori pubblici, così che nel caso di avvalimento ciò che può essere prestato non è l’attestazione formale (documento), quanto piuttosto il contenuto attestato e quindi le risorse strumentali, tecniche ed umane che hanno concorso a determinare quell’attestazione, necessarie per l’espletamento dei lavori.

6. L’appello principale deve essere pertanto respinto e a ciò consegue la declaratoria di improcedibilità dell’appello incidentale condizionato.

7. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo nei confronti della società Angelo controinteressata s.r.l., mentre possono essere compensate nei confronti del Comune di Picciano.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull’appello principale proposto dalla società ricorrente Costruzioni s.n.c. e su quello incidentale spiegato dalla società Angelo controinteressata s.r.l., entrambi proposti avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l’Abruzzo, sezione staccata di Pescara, sez. II, n. 105 del 3 marzo 2015, lo respinge.

Dichiara improcedibile l’appello incidentale.

Condanna l’appellante principale al pagamento in favore della società Angelo controinteressata s.r.l. delle spese del presente grado di giudizio che liquida complessivamente in €. 5.000,00. oltre IVA, CPA ed altri oneri di legge, se dovuti.

Dichiara compensate le spese di giudizio tra la società appellate principale ed il Comune di Picciano.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2015 con l’intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/05/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)