

Pubblicato il 30/01/2019

N. 00755/2019REG.PROV.COLL.
N. 06693/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 6693 del 2018, proposto da

Fratelli Mazzocchia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Xavier Santiapichi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 44;

contro

Ama S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Fonderico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Fari in Roma, via Vittorio Veneto, n. 108;

Farid Industrie S.p.A. e Omb Roma S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, entrambe rappresentate e difese dall'avvocato Salvatore Dettori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza SS.

Apostoli, n. 66;

nei confronti

Raggruppamento Officine Meccaniche Ar.Ma. S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, n. 8326/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ama S.p.A., di Farid Industrie S.p.A. e di Omb Roma S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2018 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Tradardi, su delega dell'avv. Santiapichi, Fonderico e Dettori;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con atto di appello notificato nei tempi e nelle forme di rito Fratelli Mazzocchia S.p.A., come in atti rappresentata e difesa:

a) premetteva di aver partecipato, unitamente alla propria ausiliaria, alla procedura evidenziale aperta indetta da AMA S.p.A., con bando di gara pubblicato del 15 novembre 2017, preordinata all'affidamento della fornitura di n. 60 autocompattatori a tre assi “*Side Loader*” per la raccolta rifiuti, comprensiva del servizio di manutenzione per un periodo di sessanta mesi, divisa in tre lotti;

b) esponeva che avverso la propria ammissione – disposta all’esito della apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa – erano insorte, con ricorso *ex art. 120, comma 2 bis c.p.a.* dinanzi al TAR per il Lazio, le concorrenti Farid Industrie S.p.A. e OMB Roma S.r.l., quali

componenti del costituendo raggruppamento di imprese, lamentando, con plurimo ed articolato motivo di doglianza, la mancanza dei necessari requisiti di capacità tecnico professionale e l'indoneità, per indeterminatezza, del valorizzato avvalimento operativo;

c) lamentava che, con sentenza n. 8326/2018, l'adito Tribunale, nel rituale contraddittorio delle parti, aveva inopinatamente accolto l'avverso gravame, sancendo la propria estromissione dalla procedura.

2.- Avverso la ridetta determinazione insorgeva, lamentandone l'erroneità e l'ingiustizia ed invocandone l'integrale riforma.

Si costituivano in giudizio AMA S.p.A., che aderiva alle critiche prospettazioni di parte appellante, nonché le controinteressate Farid Industrie S.p.A. e OMB Roma S.r.l., che argomentavano l'infondatezza dell'appello, auspicandone la reiezione.

Alla camera di consiglio del 18 ottobre 2018, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite e previo rituale avviso, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- Con il primo motivo di gravame, l'appellante – prospettando *error in iudicando* per travisamento dei fatti e violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 1 lett. b) e comma 4 d. lgs. 50/2016, nonché violazione dell'art. 6.2 del disciplinare di gara ed illogicità e contraddittorietà manifesta – si duole che il primo giudice, nell'accogliere, per quanto di ritenuta ragione, il ricorso delle controinteressate in relazione alla pretesa indeterminatezza del contratto di avvalimento stipulato con l'impresa ausiliaria Ar.Ma. s.r.l., avrebbe erroneamente qualificato il requisito prestato in termini di requisito di *capacità tecnico-professionale*, laddove si sarebbe trattato di mero requisito di *capacità economico – finanziaria*: donde l'erroneo corollario della natura *operativa* dell'avvalimento in contestazione, il quale – per contro – avrebbe dovuto essere, in tesi, qualificato come mero avvalimento *di*

garanzia.

1.1.- Il motivo non è fondato.

Importa premettere, in termini generali, che l'istituto dell'avvalimento, di derivazione comunitaria, è finalizzato, secondo quanto più volte chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, consentendo che una impresa possa comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari, tecnici e organizzativi per la partecipazione a una gara, facendo riferimento alla capacità di altro soggetto che assume contrattualmente con la stessa una responsabilità solidale, impegnandosi nei confronti della stazione appaltante.

Conforme a siffatta *ratio* è l'esigenza, riconosciuta dalla consolidata giurisprudenza al fine di evitare che il rapporto di avvalimento si trasformi in una sorta di "scatola vuota", che l'ausilio contrattualmente programmato e prefigurato sia effettivo e concreto, essendo inidonei impegni del tutto generici, che svuoterebbero di significato l'essenza dell'istituto (così, tra le tante, Cons. Stato, V, 20 novembre 2018, n. 6651; Id., V, 19 luglio 2018, n. 4396; Id., III, 5 marzo 2018, n. 1338).

In particolare, in merito all'avvalimento riguardante requisiti di capacità tecnica e professionale, è costantemente ripetuta l'affermazione secondo cui l'indicazione dei mezzi aziendali messi a disposizione per l'esecuzione dell'appalto è necessaria a pena di esclusione del concorrente dalla gara: ciò argomentando dal carattere generale del principio espresso dall'art. 88 del regolamento di esecuzione del previgente codice dei contratti pubblici, riferimento normativo ora da individuarsi nell'ultimo inciso dell'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 (secondo cui "[...] *il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*"), aggiunto dal d.lgs. n. 56 del 2017.

Per tal via, i mezzi, il personale, il *know-how*, la prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti in relazione all'oggetto dell'appalto e ai requisiti per esso richiesti dalla stazione appaltante sono indispensabili per rendere determinato l'impegno dell'ausiliario tanto nei confronti di quest'ultima che del concorrente aggiudicatario (tra le tante, Cons. Stato, III, 3 maggio 2017, n. 2022; V, 4 novembre 2016, n. 4630; nello stesso senso si è definitivamente orientata la giurisprudenza con riguardo all'avvalimento dell'attestazione SOA, che pure viene rilasciata previa verifica della complessiva capacità tecnico - organizzativa ed economico - finanziaria dell'impresa, Cons. Stato, V, 16 maggio 2017, n. 2316; 12 maggio 2017, n. 2226; 23 febbraio 2017, n. 852; 6 giugno 2016, n. 2384; 27 gennaio 2016 n. 264).

L'indicazione contrattuale degli elementi in questione è, nella riassunta prospettiva, necessaria per definire l'oggetto dell'avvalimento ai sensi dell'art. 1346 c.c., donde la nullità (strutturale) del contratto medesimo in base alla comminatoria dell'art. 1418, comma 2, c.c., laddove risulti impossibile individuare un'obbligazione assunta dall'ausiliario su un oggetto puntuale e che sia coercibile per l'aggiudicatario, oltre che per la stazione appaltante, in virtù della responsabilità solidale prevista dall'art. 49, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 (da ultimo, Cons. Stato, n. 6651/2018 cit.).

Le conclusioni che precedono sono assunte dalla giurisprudenza prevalente, nella quale è ricorrente l'affermazione che, nel caso di avvalimento c.d. "*tecnico od operativo*", avente a oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria, sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione *in modo specifico* di *risorse determinate*: onde è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (Cons Stato, V, 22 dicembre 2016, n. 5423; 28 febbraio 2018, n. 1216).

In parte diversa è la figura dell'avvalimento c.d. "*di garanzia*", nel quale, per

comune intendimento, l'impresa ausiliaria si limita a mettere a disposizione il suo valore aggiunto *in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore*, e nel quale non è conseguentemente necessario, in linea di massima, che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o a indici materiali atti a esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga 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 (Cons. Stato, V, 30 ottobre 2017, n. 4973; III, 11 luglio 2017, n. 3422; V, 15 marzo 2016, n. 1032).

Dalle esposte premesse, può trarsi la conseguenza (cfr., ancora da ultimo, Cons. Stato, V, n. 6651/2018 cit.) che, anche al di là della tipologia di requisito prestato (capacità economico-finanziaria o capacità tecnico-professionale), se il grado di specificazione di mezzi e personale richiesto affinché il contratto non sia nullo ai sensi dell'art. 89, comma 1, ultimo inciso, del d.lgs. n. 50 del 2016 (per indeterminatezza dell'oggetto), dipende dal contenuto specifico del singolo contratto di avalimento (e, quindi, dalle natura e dalla tipologia delle prestazioni oggetto delle obbligazioni concretamente assunte dall'impresa ausiliaria) va sicuramente esclusa la validità del contratto di avalimento che applichi formule contrattuali del tutto generiche, ovvero meramente riproduttive del dato normativo o contenenti parafrasi della clausola della *lex specialis* descrittiva del requisito oggetto dell'avvalimento stesso.

Una siffatta modalità di specificazione delle "risorse" prestate non soddisfa l'obbligo imposto dal Codice dei contratti pubblici, in quanto la stazione appaltante non è messa in grado né di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'ausiliaria nei confronti della concorrente, né di verificare e controllare, in sede di gara e di esecuzione, che la messa a

disposizione del requisito non sia meramente cartolare bensì corrisponda a una prestazione effettiva di attività e di mezzi da una impresa all'altra.

Vale, per tal via, ribadire che sia nel caso di avvalimento c.d. “*di garanzia*”, che in quello di avvalimento c.d. “*tecnico od operativo*”, l'indagine circa l'efficacia del contratto allegato al fine di attestare il possesso dei relativi titoli partecipativi deve essere svolta *in concreto*, seguendo i criteri ermeneutici del testo contrattuale dettati dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 23 del 2016, la quale ha sottolineato che l'indagine in ordine agli elementi essenziali della figura deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale, e, segnatamente, secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 c.c.).

1.2.- Sulle esposte premesse, nella fattispecie in esame occorre verificare, avuto riguardo alle formalizzate ragioni di doglianza: *a)* la natura e la consistenza dei requisiti di partecipazione alla gara, quali segnatamente scolpiti al punto 7.2 del disciplinare; *b)* la conseguente natura dell'avvalimento, nei termini formulati nella domanda di partecipazione da parte dell'appellante; *c)* la idoneità formale e sostanziale del relativo contratto.

1.2.1.- Sul primo punto, l'appellante assume che i requisiti richiesti dalla *lex specialis* fossero di natura (meramente) *economico-finanziaria*: con il che il relativo avvalimento avrebbe dovuto essere considerato *di garanzia* (e non *operativo*), discendendone, in definitiva, la sufficienza della scrittura contrattuale allegata, a dispetto della genericità della indicazione.

L'assunto non può essere condiviso.

Invero, il disciplinare, al punto 7.1.2., pretendeva, ai fini dell'utile accesso alla selezione, “*l'esecuzione per ciascun lotto nei tre anni antecedenti la pubblicazione del bando di forniture analoghe a quelle oggetto dell'appalto, comprensive del servizio di manutenzione, per un importo totale non inferiore al valore della base d'asta di ciascun*

lotto”, dichiaratamente prefigurati in termini di “*requisiti di capacità tecnica e professionale*”, giusta il riferimento all’art. 83, comma 1 lett. c) del d. lgs. n. 50/2016.

Il possesso del requisito in questione avrebbe dovuto essere comprovato mercé l’indicazione di “*tutte le informazioni relative ai servizi eseguiti, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici privati*”, nonché con la produzione “*di certificati di regolare esecuzione e/o documentazione equipollente*” (cfr. pag. 37 del disciplinare).

Di là dalla pur puntuale evocazione della lett. c) dell’art. 83 del *Codice* (per l’appunto evocativa dei criteri di selezione incentrati sulle “*capacità tecniche e professionali*”), conta, sul piano sostanziale, la prescrizione dei relativi “*mezzi di prova*” che – in conformità alla regola di cui al combinato disposto degli artt. 83, comma 7 e 86, comma 4 – risultava incentrata sulle modalità prefigurate nella Parte II dell’Allegato XVII al *Codice* (e, cioè, non sulla mera indicazione del fatturato globale o settoriale dell’ultimo triennio, ma sulla elencazione delle prestazioni effettuate, dei relativi importi, date e destinatari: cfr. lettera a) n. ii).

Si trattava, dunque, con ogni evidenza di requisiti di capacità tecnica e professionale, in tale senso deponendo sia la chiara lettera del disciplinare (peraltro, *in parte qua* non impugnato), sia la *ratio* stessa del requisito (posto che, come condivisibilmente ritenuto dai primi giudici, se non si fosse trattato di un requisito di capacità tecnica, non avrebbe avuto senso richiedere indicazioni specifiche sulla tipologia e sulle caratteristiche dei servizi espletati, né verificare la corretta esecuzione degli stessi in sede di comprova, mediante allegazione delle relative autocertificazioni).

Del resto, se il requisito in questione non fosse stato inerente le capacità tecniche e professionali, se ne sarebbe dovuta dedurre l’implausibile assenza, nella *lex specialis* di procedura, di ogni prescrizione sul punto.

In definitiva, non è revocabile in dubbio che la richiesta di un fatturato

specifico fosse motivata dalla necessità di individuare un parametro per valutare l'entità dei precedenti servizi svolti (pur essendo, certamente, un indicatore di solidità economica: cfr. All. XVII, Parte I, lett. c): ciò che era funzionale alla dimostrazione dell'esistenza di una idonea organizzazione produttiva, idonea alla realizzazione del prefigurato programma contrattuale.

1.2.2.- Ne consegue che il relativo avvalimento andava considerato come *tecnico-operativo* e non di mera garanzia: come tale, esso postulava un grado di determinatezza e di precisione nella concreta identificazione delle effettive risorse reali e personali messe a disposizione dall'ausiliaria, che non è dato riscontrare nella vicenda in esame.

Infatti, il contratto versato in atti prevedeva la generica messa a disposizione di *“locali di officina, personale, mezzi, attrezzature e organizzazione necessari all'esecuzione, nei limiti concordati e consentiti, dei servizi di manutenzione”*, senza alcuna specifica e dettagliata indicazione.

2.- L'infondatezza del primo motivo dei gravame vale ad assorbire ogni altro motivo di doglianza, posto che il riscontro della inidoneità dell'avvalimento rappresenta autonoma e autosufficiente ragione di estromissione dell'appellante dalla procedura evidenziale: di tal che alcuna prospettica utilità discenderebbe, all'appellante, dalla eventuale fondatezza delle ulteriori censure formulate.

Ne discende la complessiva reiezione dell'appello e la regolazione delle spese di lite, nei sensi di cui al dispositivo che segue, giusta l'ordinario canone della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla refusione delle spese di lite, nella misura di €

3.000.00, oltre accessori di legge, a favore di Farid Industrie S.p.A. e di €
3.000,00, oltre accessori, a favore di Omb Roma S.r.l., compensandole nei
confronti di AMA S.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2018
con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO