

CONSIGLIO DI STATO – SEZIONE III - Sentenza 4/4/2018 n. 2102

Pres. FF. Veltri, est. Fedullo

Decisum: sull'avvalimento del requisito del fatturato specifico nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica.

1. Contratti della P.A. – Contratto di avvalimento – Oggetto – Fatturato specifico – Impegni dell'impresa ausiliaria – Devono essere determinabili dal contenuto del contratto.

2. Contratti della P.A. – Contratto di avvalimento – Oggetto – Fatturato specifico – Non è richiesta l'indicazione dei mezzi e delle risorse aziendali – Ragioni.

3. Contratti della P.A. – Contratto di avvalimento – Oggetto – Fatturato specifico – Contenuto del contratto – Indicazione del fatturato e della responsabilità solidale tra le parti – E' sufficiente – Ragioni.

1. Nel caso di un contratto di avvalimento avente ad oggetto il requisito del fatturato specifico, gli impegni assunti dall'impresa ausiliaria, al fine di corroborare sul piano sostanziale il prestito del requisito (ed evitare che lo stesso si riduca ad una dichiarazione di impegno meramente formale ed inidonea a garantire la stazione appaltante in ordine alla solidità economico-finanziaria del concorrente ausiliato), devono essere (se non determinati, quantomeno) determinabili, ovvero ricostruibili attraverso una lettura complessiva del contratto di avvalimento. (1)

2. L'avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria, ed in particolare del fatturato globale o specifico, non richiede l'indicazione dei mezzi e delle risorse aziendali messe a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto, atteso che l'impegno assunto da quest'ultima riguarda la complessiva solidità patrimoniale e finanziaria, la quale è riferibile all'azienda nel suo complesso. (2)

3. Il contratto di avvalimento da cui emerga una puntuale indicazione del fatturato messo a disposizione e che indichi espressamente una responsabilità solidale tra l'ausiliaria e l'ausiliata nei confronti della stazione appaltante, non può configurarsi come il prestito di un valore puramente cartolare ed astratto ma è sufficiente a soddisfare i requisiti del bando, poiché quando l'avvalimento ha ad oggetto il requisito di capacità economica finanziaria, la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche l'impresa ausiliata, mettendo a disposizione di quest'ultima il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore, dei quali il fatturato costituisce indice significativo. (3)

(1) cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 4/11/2016 n. 23.

(2) cfr. Cons. Stato, V, 30/10/2017, n. 4973; Cons. Stato, III, 11/7/2017, n. 3422; Idem, 17/11/2015, n. 5703; Idem, 4/11/2015 nn. 5038 e 5041, Idem, 2/3/2015 n. 1020; Idem, 6/2/2014 n. 584; Cons. Stato, Sez. IV, 29/2/2016 n. 812; Cons. Stato, Sez. V, 22/12/2016 n. 5423.

(3) cfr. Cons. Stato, Sez. III, 30/6/2016 n. 2952; Cons. Stato, Sez. V, 15/3/2016 n. 1032.



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8864 del 2017, proposto da:
SO.GE.SI. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa
dall'avvocato Andrea Zanetti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma,
corso Vittorio Emanuele II n. 18;

contro

Regione Lazio, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa
dall'avvocato Stefania Ricci, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via
Marcantonio Colonna n. 27;

nei confronti

Servizi Sanitari Integrati s.r.l. e Lavanderia D'Alessio s.r.l., in persona dei rispettivi
legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli avvocati Antonio Sasso e
Guido Anastasio Pugliese, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Guido
Anastasio Pugliese in Roma, via Gian Giacomo Porro n. 26;
Lavanderia Val di Vara s.r.l., Azienda Sanitaria Locale di Rieti, Azienda Sanitaria
Locale di Viterbo, Fondazione PTV Policlinico Tor Vergata, Azienda Sanitaria

Locale Roma 6, Azienda Sanitaria Locale Frosinone, Azienda Sanitaria Locale Latina, Regione Lazio - Centrale Acquisti, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma - Sezione III quater n. 11307/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio, della Servizi Sanitari Integrati s.r.l. e della Lavanderia D'Alessio s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2018 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli Avvocati Andrea Zanetti, Stefania Ricci e Giuseppe Cinti su delega di Guido Anastasio Pugliese;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

E' impugnata, con l'appello in esame, la sentenza con la quale il T.A.R. Lazio ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso proposto dalla società SO.GE.SI. s.p.a. nei confronti della Regione Lazio, *ex art. 120, comma 2 bis c.p.a.*, per l'annullamento della determinazione della Centrale Acquisti della Regione Lazio n. G07904 del 6 giugno 2017, relativa alla "individuazione dei soggetti ammessi ad esito della valutazione dei requisiti generali e speciali concernente la gara comunitaria centralizzata a procedura aperta finalizzata all'acquisizione del servizio di lavanolo occorrente alla Aziende Sanitarie della Regione Lazio", articolata in 8 lotti, nella parte in cui è stata disposta l'ammissione al prosieguo della gara, relativamente ai

lotti nn. 2, 4 e 7, del raggruppamento tra le società Servizi Integrati s.r.l. e Lavanderie D'Alessio s.r.l.

Incentrandosi le censure della parte ricorrente sul fatto che il raggruppamento controinteressato doveva essere escluso in quanto il contratto di avvalimento sottoscritto dalla società Servizi Integrati s.r.l., diversamente da quanto disposto dall'art. 89 del d.lvo n.50/2017 nonché dalla *lex specialis* della gara, non indicava né le risorse né i mezzi messi a disposizione da parte dell'ausiliaria, il giudice di primo grado ha attribuito rilievo prioritario al ricorso incidentale proposto dalle società componenti del suddetto R.T.I. avverso l'art. 9 del disciplinare di gara, recante la disciplina del contenuto del contratto di avvalimento.

Il T.A.R. ha in particolare evidenziato che l'art. 9 del disciplinare di gara, laddove prevede che “il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente, secondo quanto previsto dall'art.88 del DPR n.207/2010 le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico. La mancata sottoscrizione alla data di scadenza per la presentazione delle offerte, di un contratto avente i contenuti sopra descritti comporta l'esclusione della gara”, confligge con l'interpretazione giurisprudenziale, secondo la quale, nell'ipotesi in cui l'impresa ausiliaria metta a disposizione i richiesti requisiti finanziari (cd. avvalimento di garanzia), non essendovi il “coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione della impresa ausiliaria, non è necessario che nel contratto di avvalimento e nella dichiarazione resa alla stazione appaltante siano minuziosamente indicate le strutture organizzative messe a disposizione”.

Il giudice di primo grado quindi, accolto il ricorso incidentale, ha dichiarato l'inammissibilità di quello principale, essendo venuta meno la clausola sulla cui violazione lo stesso si sarebbe retto.

Mediante i motivi di appello, l'appellante SO.GE.SI. s.p.a. deduce che il contratto di avvalimento stipulato tra la Servizi Integrati Sanitari s.r.l. e la Lavanderia Val Di Vara

s.r.l. deve essere qualificato nullo perché indeterminato ed indeterminabile, con riferimento alla mancata indicazione (che veniva lamentata con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado) delle risorse messe dalla seconda a disposizione della prima, rappresentate, nell'ipotesi di cd. avvalimento di garanzia, dalla solidità patrimoniale dell'ausiliaria e dalla sua capacità esperienziale, come affermato dalla giurisprudenza (cfr. Cons. St., V, 22 novembre 2017, n. 5429).

Deduce inoltre, al fine di inficiare la struttura logica della sentenza appellata, che l'art. 9 del disciplinare di gara riproduce il disposto dell'art. 88 d.P.R. n. 207/2010, da esso espressamente richiamato (non impugnato dalla ricorrente incidentale e sostanzialmente disapplicato dal T.A.R., senza indicare la norma primaria con la quale esso confliggerebbe), oltre che dell'art. 89 del d.lvo. n. 50/2016.

La Regione Lazio si oppone all'accoglimento dell'appello, assumendo che dal contratto di avvalimento prodotto dal R.T.I. controinteressato e dai documenti ad esso allegati si evincono gli elementi contenutistici atti a rendere determinabile l'impegno assunto dall'impresa ausiliaria.

Le imprese costituenti il R.T.I. controinteressato, costituite in giudizio per opporsi all'accoglimento dell'appello, ne deducono in primo luogo, e sotto più profili, l'inammissibilità (perché la parte appellante non avrebbe censurato tutti gli autonomi motivi sui quali si regge la sentenza appellata, perché le censure formulate incorrerebbero nel divieto di *ius novorum* in appello e perché il R.T.I. controinteressato possiede, ai sensi dell'art. 5.5, ultimo cpv, del disciplinare di gara, i requisiti di fatturato per concorrere all'aggiudicazione di due dei tre lotti per i quali ha presentato domanda di partecipazione), nonché, nel merito, l'infondatezza.

L'appello quindi, all'esito dell'udienza di discussione, è stato trattenuto dal collegio per la decisione di merito.

DIRITTO

E' controversa la validità - sotto il profilo del possesso dei necessari requisiti di determinatezza/determinabilità - del contratto di avvalimento stipulato tra la società Servizi Integrati Sanitari s.r.l., componente del R.T.I. controinteressato, e la società Val Di Vara s.r.l., ai fini della partecipazione alla gara rivolta all'acquisizione del servizio di lavanolo occorrente alla Aziende Sanitarie della Regione Lazio, indetta dalla centrale regionale di acquisti.

Lamenta in particolare la società appellante che il contratto suindicato, con il quale l'impresa ausiliaria ha messo a disposizione di quella ausiliata il requisito di fatturato specifico richiesto dalla *lex specialis*, non indica le risorse prestate, assumendo il "prestito", quindi, rilevanza meramente cartolare ed astratta.

Essa contesta quindi il percorso logico-giuridico seguito dal T.A.R. nel pervenire alla conclusione che, trattandosi di avvalimento di garanzia, privo quindi di alcuna valenza organizzativa, la messa a disposizione non potrebbe riguardare i mezzi strumentali allo svolgimento del servizio oggetto di gara, evidenziando in senso contrario che nel concetto di risorse, la cui indicazione nel contratto di avvalimento è necessaria al fine di garantirgli l'indispensabile determinatezza, dovrebbe rientrare la complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperenziale dell'impresa ausiliaria, di cui non sarebbe tuttavia rinvenibile traccia nel contratto di avvalimento suindicato.

L'appello non è meritevole di accoglimento.

Deve premettersi che l'impresa ausiliaria Val Di Vara s.r.l. ha prestato all'impresa ausiliata Servizi Integrati Sanitari s.r.l. il requisito relativo al fatturato specifico, concernente i servizi analoghi a quelli oggetto di gara, in via integrativa di quello da essa posseduto: in particolare, mentre il fatturato necessario al fine di consentire all'impresa ausiliata di concorrere all'aggiudicazione dei tre lotti (2, 4 e 7) per i quali ha presentato domanda di partecipazione era pari ad € 7.648.509,54, essa ha

dichiarato il possesso di un fatturato specifico pari ad € 6.000.000, al quale sommare quello messo a disposizione della ausiliaria, pari ad € 2.500.000.

Deve altresì precisarsi che, secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante, gli impegni assunti dall'impresa ausiliaria, al fine di corroborare sul piano sostanziale il prestito del requisito (ed evitare che lo stesso si riduca ad una dichiarazione di impegno meramente formale ed inidonea a garantire la stazione appaltante in ordine alla solidità economico-finanziaria del concorrente ausiliato), devono essere (se non determinati, quantomeno) determinabili, ovvero ricostruibili attraverso una lettura complessiva del contratto di avvalimento (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 23 del 4 novembre 2016).

Ebbene, deve ritenersi che il contratto *de quo* contenga clausole atte univocamente a fondare il “trasferimento”, in capo all'impresa ausiliata (e quindi, di riflesso, a vantaggio della stazione appaltante, a soddisfacimento delle sue esigenze di garanzia in ordine alla affidabilità economico-finanziaria dell'esecutore del servizio), degli elementi che costituiscono il sostrato sostanziale ed, insieme, la *ratio* del requisito in discorso: basti all'uopo richiamare la responsabilità solidale assunta dall'impresa ausiliaria e da quella ausiliata “in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto” (cfr. punto 5 del contratto di avvalimento), a garanzia della quale sovviene, appunto, la solidità finanziaria “cumulata” delle medesime imprese, così come attestata, *pro quota*, dal fatturato specifico di cui esse hanno il rispettivo possesso.

Non rileva, da questo punto di vista, che la responsabilità solidale delle imprese sottoscrittrici del contratto di avvalimento costituisca l'effetto tipico dell'istituto, ai sensi dell'art. 89, comma 5, d.lvo n. 50/2016 (“il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”), con il conseguente carattere apparentemente ridondante della clausola suindicata.

La responsabilità solidale delle due imprese viene infatti in rilievo, per i presenti fini, quale strumento di realizzazione della “comunione” delle risorse finanziarie di cui è in possesso l’impresa ausiliaria e della quale il requisito del fatturato è espressione, appartenendo quindi al piano della fattispecie, prima ancora che a quello degli effetti, dell’avvalimento, *ergo* alla sfera dei presupposti costitutivi dell’istituto.

Quanto invece alla componente “curriculare” del requisito in discorso, ovvero alla sua capacità espressiva dell’esperienza che l’impresa ha maturato nel settore, deve osservarsi che essa non si presta ad essere tradotta in impegni specifici alla prestazione di determinate risorse, come il “patrimonio esperienziale” menzionato dalla parte appellante: patrimonio che, in quanto intrinseco all’impresa, non può esserne *tout court* estrapolato per essere messo a disposizione dell’impresa ausiliata.

Da questo punto di vista, la garanzia che riceve l’Amministrazione dall’avvalimento si correla all’affiancamento, all’impresa concorrente e priva (in parte) dell’esperienza necessaria a garantire la piena affidabilità in ordine alla corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali, di altra impresa, in possesso del fatturato specifico (quindi dell’esperienza) di cui quella concorrente è manchevole, la quale, mediante la stipulazione del contratto di avvalimento, si obbliga ad assicurare all’impresa ausiliata l’assistenza e la cooperazione necessarie a garantire il buon esito dell’appalto: obblighi che, anche se non esplicitati in una clausola *ad hoc*, si ricavano agevolmente dai doveri di buona fede e cooperazione che innervano qualunque rapporto contrattuale, tanto più in presenza della responsabilità solidale in ordine all’esecuzione delle prestazioni contrattuali che le due imprese hanno espressamente assunto con la stipulazione del contratto di avvalimento.

Deve solo aggiungersi che la conclusione esposta e fatta propria dal T.A.R. non implica la dedotta “disapplicazione” dell’art. 88 d.P.R. n. 207/2010 né, a rigore, l’annullamento dell’art. 9 del disciplinare di gara (sebbene disposto dal T.A.R. in accoglimento del ricorso incidentale proposto dalle imprese controinteressate), in

quanto costituisce il frutto, non demolitorio ma meramente interpretativo, della corretta esegesi delle norme suindicate e della esigenza di adattarne il significato dispositivo allo specifico requisito (economico-finanziario) oggetto di avvalimento. Per finire, dallo stesso panorama giurisprudenziale possono ricavarsi significative indicazioni a sostegno della esposta conclusione interpretativa.

In primo luogo, non assume carattere decisivo il precedente citato dalla parte appellante (Cons. St., V, 22 novembre 2017, n. 5429), concernente una fattispecie in cui, come si desume dalla motivazione della sentenza, faceva difetto “il contestuale vincolante impegno finanziario nei confronti della stazione appaltante” (impegno nella specie individuabile nella menzionata responsabilità solidale assunta dalle imprese stipulanti il contratto di avvalimento).

In ogni caso, sussiste un consolidato filone giurisprudenziale a mente del quale per l'avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria, ed in particolare del fatturato globale o specifico, non è richiesta l'indicazione dei mezzi e delle risorse aziendali messe a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto, perché l'impegno assunto da quest'ultima riguarda la complessiva solidità patrimoniale e finanziaria, la quale è riferibile all'azienda nel suo complesso (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 30 ottobre 2017, n. 4973; Cons. Stato, III, 11 luglio 2017, n. 3422, 17 novembre 2015, n. 5703, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041, 2 marzo 2015, n. 1020, 6 febbraio 2014, n. 584; IV, 29 febbraio 2016, n. 812; V, 22 dicembre 2016, n. 5423). Con diretto riferimento ad una fattispecie analoga a quella oggetto del presente giudizio, inoltre, questa stessa Sezione (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422) ha affermato che “nelle gare pubbliche, in caso di avvalimento avente ad oggetto il requisito di capacità economica finanziaria, rappresentato dal fatturato sia globale che specifico, la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le

proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliata; in sostanza, ciò che la impresa ausiliaria mette a disposizione della impresa ausiliata è il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore, dei quali il fatturato costituisce indice significativo; ne consegue che non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da essa dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a mettere a disposizione la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità (cfr. Cons. Stato, III, n. 2952/2016; n. 5038/2015; n. 5041/2015; vedi anche, in senso analogo, V, n. 1032/2016). Tali elementi minimi risultano soddisfatti dal contratto di avvalimento in esame, che indica puntualmente il fatturato messo a disposizione e prevede la responsabilità solidale con l'ausiliata nei confronti della stazione appaltante, e non può quindi configurarsi alla stregua di un prestito di un valore puramente cartolare ed astratto, tale da soddisfare su di un piano meramente formale il requisito di partecipazione (ciò che, effettivamente, renderebbe l'avvalimento illegittimo - cfr. CGUE, 7 aprile 2016, in C-324/14)".

Il rigetto dell'appello, derivante dalle considerazioni svolte, consente di prescindere dalla disamina delle eccezioni di inammissibilità dello stesso, formulate dalle parti resistenti.

Sussistono infine, in ragione della non perfetta univocità degli orientamenti giurisprudenziali formati *in subiecta materia*, giuste ragioni per disporre la compensazione delle spese relative al giudizio di appello.

P.Q.M.

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

Spese del giudizio di appello compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giulio Veltri, Presidente FF

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore



L'ESTENSORE

Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE

Giulio Veltri

DE IUSTITIA
RIVISTA GIURIDICA

IL SEGRETARIO