

Consiglio di Stato, Sezione Quarta, Sentenza n. 10489 del 30 dicembre 2024

Appalti di servizi – Contratto di avvalimento – Specificazione requisiti e risorse messe a disposizione – A pena di nullità

Publicato il 30/12/2024

N. 10489/2024REG.PROV.COLL.

N. 00021/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 21 del 2024, proposto dalla società (...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la società (...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

del Comune di (...) e della Provincia di (...), non costituitisi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione

Prima) n. 01712/2023, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di (...)s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2024 la consigliera Silvia Martino;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso di primo grado, la ditta (...) s.r.l. esponeva di avere partecipato alla gara bandita dalla Provincia di (...) quale Stazione Unica Appaltante (bando n. 77 del 2.12.2022) per il Comune di (...) per l'affidamento del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani nel territorio del medesimo Comune, da svolgersi mediante procedura aperta telematica e da aggiudicare tramite il criterio del miglior rapporto qualità-prezzo, con 80 punti per l'offerta tecnica e 20 punti per l'offerta economica;

Alla gara avevano partecipato anche la (...) s.r.l. e la (...) s.r.l.;

La partecipazione alla gara era subordinata al possesso dei seguenti requisiti:

(a) avere un fatturato globale di almeno euro 178.000 (IVA esclusa) annui, per ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari disponibili all'epoca dell'indizione della gara (2019-2020-2021): art. 6.2, lett. c), del disciplinare;

(b) avere un fatturato specifico nel settore di attività oggetto dell'appalto di almeno euro 119.000 (IVA esclusa), per ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari disponibili all'epoca dell'indizione della gara (2019-2020- 2021): art. 6.2, lett. d), del disciplinare;

(c) avere eseguito regolarmente e con buon esito, *“uno o più servizi analoghi alla*

tipologia oggetto di affidamento [...] per conto di uno o più committenti di tipo pubblico avente un bacino d'utenza o una popolazione residente complessivamente non inferiore a 5.000 abitanti”:
art. 6.3, lett. e) del disciplinare;

Il disciplinare prevedeva altresì all'art. 7 che in caso di ricorso all'avvalimento per la dimostrazione di tali requisiti, nel relativo contratto dovessero essere “*specificati i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi messi a disposizione e le correlate risorse strumentali e umane*” e che “*non è sanabile – e quindi è causa di esclusione dalla gara – la mancata indicazione dei requisiti e delle risorse messi a disposizione dall'ausiliaria in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento*”;

All'esito della gara risultava prima in graduatoria la (...) s.r.l. seguita dalla (...) s.r.l.

1.2. Con determina n. 63 del 26.4.2023, la gara veniva aggiudicata alla società (...).

1.3. Il ricorso di primo grado della società (...) avverso siffatto provvedimento veniva affidato a tre mezzi di gravame (da pag. 6 a pag. 10).

2. Con la sentenza oggetto dell'odierna impugnativa il T.a.r.:

- ha accolto il ricorso e annullato il provvedimento di aggiudicazione;
- ha dichiarato l'inefficacia del contratto di appalto, ove stipulato, e disposto il subentro della ricorrente;
- ha condannato il Comune e la controinteressata alla rifusione delle spese di lite.

2.1. Nello specifico, il T.a.r. ha ritenuto fondato il primo mezzo di gravame, con il quale è stato dedotto:

- che l'aggiudicataria (...) ha fatto ricorso all'avvalimento della (...) s.r.l. per la dimostrazione sia dei requisiti di capacità economico-finanziaria che di capacità tecnico-organizzativa producendo un contratto di avvalimento;
- che tale contratto ha ad oggetto anche il prestito del requisito di capacità tecnica e professionale, consistente nell'aver eseguito almeno un servizio analogo per un committente pubblico con popolazione servita pari o superiore a 5.000 abitanti;
- che tuttavia, nel contratto di avvalimento (...) si è impegnata solo a “mette[re] effettivamente e concretamente a disposizione di questa tutte le risorse ed i mezzi

propri che saranno necessari” senza determinazione o determinabilità delle risorse, la cui indicazione risulta formulata in termini del tutto generici, con ciò inficiandone la validità.

3. L'appello della società (...), rimasta soccombente, è affidato ai seguenti motivi.

I. *Erroneità ed ingiustizia della sentenza appellata per aver ritenuto indeterminato e generico l'oggetto del contratto di avvalimento prodotto in gara dall'odierna società appellante – Omessa valutazione di decisivi profili “sostanziali” risultanti dal contratto di avvalimento e travisamento dello stesso – Erronea interpretazione e falsa applicazione della normativa in materia, con particolare riferimento all'art. 89 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.*

La sentenza impugnata avrebbe omesso di valutare il contenuto complessivo del contratto di avvalimento prodotto in gara (Allegato 3) da cui potrebbe evincersi, in modo abbastanza chiaro ed inequivoco, che la concorrente (...) – “*sebbene tecnicamente ed economicamente organizzata*” poiché iscritta all'Albo Gestori Ambientali in Categoria per popolazione servita superiore a 5 mila e fino a 20 mila abitanti (Allegato 4) – ha inteso avvalersi della società ausiliaria per l'integrale esecuzione congiunta del servizio di raccolta dei rifiuti indetto dal Comune.

L'ausiliaria sostiene di avere impegnato l'intera sua azienda per l'esecuzione del servizio di raccolta rifiuti oggetto della commessa (cfr., in particolare: l'art. 1 del contratto che identifica l'oggetto del prestito e della messa a disposizione in “*tutte le risorse ed i mezzi propri*” dell'ausiliaria; nonché il successivo art. 2, laddove l'ausiliaria si impegna “*a mettere e a tenere a disposizione dell'Avvalente tali requisiti in modo pieno ed incondizionato senza limitazioni di sorta ai fini della partecipazione alla procedura di gara di cui alle premesse ed inoltre, in caso di aggiudicazione si obbliga sin d'ora a tenere a disposizione detto requisito e le risorse prestate per tutta la durata dell'affidamento anche eccedente il tempo previsto negli atti di gara di durata dell'appalto*”).

L'appellante richiama la giurisprudenza di questo Consiglio secondo cui l'atipicità del modello contrattuale “*non impedisce - nella varietà dei possibili schemi utilizzabili nei rapporti tra impresa avvalente ed impresa avvalsa - che, nel singolo contratto, sia previsto, quando*

si tratti di c.d. avvalimento tecnico-operativo, l'impiego non di un singolo elemento della produzione, bensì dell'azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato (o di un ramo di essa). Di questa l'ausiliaria non perde la detenzione, pur mettendola a disposizione, in tutto o in parte, per l'utilizzazione dell'ausiliata, secondo le previsioni del contratto di avvalimento, approvate dalla stazione appaltante” (cfr. Cons. St., Sez. V, 16 marzo 2018, n. 1698; nonché Sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074).

La fattispecie in esame potrebbe essere assimilata all'ipotesi dell'avvalimento di una attestazione SOA, in cui l'avvalimento implica l'acquisizione della concreta ed effettiva disponibilità dell'intero complesso produttivo del soggetto avvalso, per la singola gara e per il tempo necessario all'esecuzione del contratto (tuttora regolarmente in corso).

In siffatto contesto, contrariamente a quanto affermato nella sentenza appellata, l'obbligo di specificare le risorse concretamente messe a disposizione dovrebbe ritenersi integralmente rispettato, dal momento che l'impegno dell'ausiliaria “ad eseguire direttamente il servizio” comporterebbe, di per sé, la messa a disposizione dell'intero complesso aziendale.

II. Erroneità ed ingiustizia della sentenza appellata per non aver tenuto conto della sanabilità della presunta indeterminatezza dell'oggetto tramite l'attivazione del soccorso istruttorio, come richiesto dall'odierna appellante.

In siffatto contesto, prima di addivenire all'ingiusta declaratoria di invalidità del contratto di avvalimento sarebbe stato doveroso da parte della stazione appaltante attivare l'istituto del soccorso istruttorio, chiedendo la (pleonastica) specificazione delle risorse oggetto del prestito e della messa a disposizione (i.e. l'intera azienda).

La specificazione delle risorse sarebbe conforme all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, ricorrendo una ipotesi di mera incompletezza.

L'appellante richiamata l'insegnamento dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato secondo cui il fatto che il contratto di avvalimento debba riportare in modo esplicito, determinato e specifico le risorse e i mezzi prestati “*non legittima né*

un'interpretazione volta a sancire la nullità del contratto a fronte di un oggetto che sia stato esplicitato in modo (non determinato, ma solo) determinabile, né un'interpretazione volta a riguardare l'invalidità del contratto connessa alle modalità di esplicitazione dell'oggetto sulla base del c.d. 'requisito della forma contenuto' (Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23).

4. Si è costituita, per resistere, la società controinteressata.

5. Le parti hanno depositato memorie in vista della pubblica udienza del 24 novembre 2024 alla quale l'appello è stato trattenuto per la decisione.

6. L'appello è infondato e deve essere respinto.

Al riguardo, si osserva quanto segue.

7. Per una migliore comprensione dei fatti di causa, giova richiamare, in sintesi, le principali clausole del contratto di avvalimento.

In particolare, il contratto specifica: “1) *In relazione alla gara indetta dal Comune di (...) per l'Appalto avente ad oggetto “Servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani del Comune di (...) – CIG (Codice Identificativo di Gara): (...); l'impresa ausiliaria, come sopra indicato, si obbliga a fornire all'Impresa ausiliata tutti i requisiti di carattere tecnico, ma anche economico, finanziario ed organizzativo previsti dal Bando di Gara indicato in premessa con riferimento particolare al requisito di cui all'art. 6.2, comma “c” e comma “d” e di cui all'art.6.3, comma “e”, mettendo effettivamente e concretamente a disposizione di questa tutte le risorse ed i mezzi propri che saranno necessari. In particolare, sarà fornito e messo a disposizione parte del seguente requisito, mezzi e risorse:*

Requisiti:

- *Fatturato globale minimo annuo riferito a ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari disponibili (2019-2020-2021) non inferiore di quanto previsto al punto c*
- *Fatturato specifico minimo annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto (servizi di smaltimento rifiuti solidi urbani) riferito a ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari non inferiore di quanto previsto al punto d*
- *Esecuzione negli ultimi tre anni dei seguenti servizi analoghi: Il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio (2019-2020-2021) uno o più servizi analoghi alla tipologia oggetto di*

affidamento, regolarmente e con buon esito, per conto di uno o più committente di tipo pubblico aventi complessivamente un bacino di utenza o una popolazione residente non inferiore 5.000 abitanti:

o Comune di (...) (abitanti 5.761); Servizi di porta a porta di rifiuti urbani, gestione centro di raccolta e servizi complementari, per gli anni di riferimento 2019 2020 e 2021.

- L'Ausiliaria si obbliga quindi con il presente atto a mettere e a tenere a disposizione dell'Avvalente tali requisiti in modo pieno ed incondizionato senza limitazioni di sorta ai fini della partecipazione alla procedura di gara di cui alle premesse ed inoltre, in caso di aggiudicazione si obbliga sin d'ora a tenere a disposizione detto requisito e le risorse prestate per tutta la durata dell'affidamento anche eccedente il tempo previsto negli atti di gara di durata dell'appalto. L'impegno diviene inefficace in caso di mancata aggiudicazione della gara all'impresa ausiliata;

3) L'ausiliaria si impegna ad eseguire direttamente il servizio con il personale su indicato; [...]"

7.1. Non è più in discussione – non essendo stato al riguardo dedotto alcun motivo di censura – che quello in esame, relativamente al requisito di “*aver eseguito nell'ultimo triennio (2019-2020-2021) uno o più servizi analoghi alla tipologia oggetto di affidamento, regolarmente e con buon esito, per conto di uno o più committenti di tipo pubblico avente un bacino d'utenza o una popolazione residente complessivamente non inferiore a 5.000 abitanti?*” (art. 6.3 del Disciplinare), costituisca avvalimento tecnico-operativo, attenendo alla capacità tecnica e professionale del concorrente.

Al riguardo, si riportano le argomentazioni del T.a.r. il quale ha messo in rilievo (par. 9.5. e ss. della sentenza impugnata) che “*deve escludersi che l'aver eseguito servizi pregressi per un dato importo, anche laddove prescritto fra i requisiti di natura tecnico-professionale, valga a configurare sic et simpliciter una «esperienza professionale pertinente» ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lg. n. 50 del 2016, con conseguente prestazione diretta dell'attività da parte dell'ausiliaria; invero, solo in presenza di un'esperienza professionale stricto sensu intesa, cioè collegata o pertinente al possesso di titoli di studio o «professionali», la previsione dell'art. 89, comma 1, d.lg. n. 50 del 2016 può trovare applicazione, non già in presenza di un qualsivoglia requisito basato su una pregressa esperienza operativa od economico-imprenditoriale*

del concorrente” (Consiglio di Stato sez. III, 12/12/2022, n.10878).

Orbene, le caratteristiche dei requisiti oggetto di avvalimento non danno luogo, ad avviso del Collegio, ad un avvalimento c.d. “esperienziale” propriamente inteso, nei termini lumeggiati dalla succitata giurisprudenza, ma sembrano piuttosto genericamente mantenersi nell’ambito del generico avvalimento operativo, per il quale valgono le regole sopra declamate. [...]). In altre parole la necessaria esecuzione diretta dell’ausiliaria è da ritenere limitata ai casi in cui quest’ultima metta a disposizione titoli professionali o di studio (indicati dall’allegato XVII parte II lett. f)) che non possono essere trasferiti al concorrente in quanto strettamente personali, ovvero qualora siano richieste fra i requisiti esperienze professionali maturate proprio in virtù della spendita dei predetti titoli di studio o professionali, esperienze anch’esse da ritenersi espressive di capacità personali non trasmissibili” (Consiglio di Stato sez. V, 26/04/2021, n.3374.”.

8. Ciò posto, giova richiamare la consolidata esegesi giurisprudenziale relativa al contenuto del contratto di avvalimento e, segnatamente, in ordine alla previsione recata dall’art. 89, comma 1, ultimo periodo del codice dei contratti previgente, 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”.*

La giurisprudenza ha messo in luce che - sebbene il contratto di avvalimento non debba necessariamente spingersi alla rigida quantificazione dei mezzi d’opera, all’esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale - tuttavia l’assetto negoziale deve consentire quantomeno l’individuazione delle esatte funzioni che l’impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all’impresa ausiliata, e i parametri ai quali rapportare le risorse messe a disposizione (Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682); deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell’impresa ausiliata, dall’altro i criteri per la

quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 giugno 2021, n. 4935 Cons. Stato Sez. V, Sent., 10 gennaio 2022, n. 169).

8.1. Nel caso in esame, è agevole rilevare che nel contratto di avvalimento, sopra riportato:

- non si parla affatto di “esecuzione congiunta” bensì di “esecuzione diretta” da parte dell’ausiliaria, senza tuttavia in alcun modo specificare quali e/o quante funzioni le saranno demandate;
- non viene in alcun modo indicato quali siano le risorse (o anche solo la tipologia di esse) adibite all’appalto di cui trattasi; in tal senso, deve convenirsi con la società appellata che il sintagma “*tutte le risorse ed i mezzi propri che saranno necessari*”, è proprio la formula che la giurisprudenza ritiene insufficiente a dimostrare la specificazione delle risorse messe a disposizione dall’ausiliaria;
- non vi è alcuna previsione dalla quale possa evincersi che l’impresa ausiliaria abbia inteso mettere a disposizione dell’ausiliata l’“intero complesso aziendale”;
- non vi è alcun parametro idoneo ad individuare e/o quantificare le risorse adibite alla commessa le quali risultano non solo indeterminate ma anche indeterminabili.

Va soggiunto che a tale lacuna non può in alcun modo sopperire la previsione dell’esecuzione “diretta” perché anch’essa è rimasta del tutto generica e indeterminata.

Il primo giudice ha poi correttamente richiamato la giurisprudenza secondo cui la diretta esecuzione da parte dell’impresa ausiliaria è “*limitata a casi particolari, pena l’obliterazione della natura e del significato proprio del contratto di avvalimento, che consiste non già nell’associare altri nell’esecuzione del contratto in affidamento, bensì nell’acquisire in prestito le risorse altrui per svolgere in proprio la prestazione a favore della stazione appaltante*” (Cons. Stato, Sez. III, sentenza n. 10878 del 12 dicembre 2022).

9. Anche il secondo motivo di appello va pianamente respinto.

Non è infatti possibile ricorrere al soccorso istruttorio a fronte di un assetto negoziale nullo per indeterminatezza dell’oggetto o, comunque, a fronte di lacune

sostanziali relative ad elementi essenziali (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 2024, n. 8711).

10. Per quanto sopra argomentato, l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la società (...) s.r.l. alla rifusione delle spese del grado in favore della società (...) s.r.l., liquidandole complessivamente in euro 4.000,00 (quattromila/00) oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Carbone, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

Luca Monteferrante, Consigliere

Rosario Carrano, Consigliere

L'ESTENSORE

Silvia Martino

IL PRESIDENTE

Luigi Carbone

IL SEGRETARIO