

Consiglio di stato, sezione quarta, sentenza n. 6711 del 7 ottobre 2021

Requisiti – Distinzione tra avvalimento operativo e avvalimento di garanzia – Indicazione di risorse dettagliate - Nullità

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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5230 del 2021, proposto dalla 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,

contro

..... 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

Comune di, Associazione dei Comuni di,, in persona del
rispettivo legale rappresentante *pro tempore*, non costituiti in giudizio,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione
Seconda-*bis*, n. 5252 del 5 maggio 2021, resa tra le parti, concernente un
provvedimento di aggiudicazione di una gara pubblica.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Vista l'istanza di passaggio in decisione formulata dalla società S.r.l. in data 27 settembre 2021;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 30 settembre 2021, il Cons. Luca Lamberti e udito per la parte appellante l'avv.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe, il T.a.r. per il Lazio ha accolto, con l'onere delle spese, il ricorso svolto dalla società avverso l'aggiudicazione all'odierna appellante dell'appalto (indetto dal Comune di, quale capofila dell'Associazione dei Comuni di,) per la fornitura, l'installazione, il collaudo e la gestione di una macchina compostatrice a ciclo aerobico, retto dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il T.a.r., previo dichiarato assorbimento delle restanti censure (delle quali ha, comunque, incidentalmente rilevato l'infondatezza), ha ritenuto fondata la doglianza di violazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016.

Il T.a.r., in particolare, ha sostenuto che:

- il contratto di avvalimento stipulato dalla società S.r.l. con la società S.r.l. *“non dava indicazione precisa e puntuale delle singole risorse messe a disposizione, ma, con formula generica, assumeva in sostanza l'impegno di messa a disposizione delle risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto per tutta la durata dello stesso”*, ciò contrastando, in tesi, con la necessità di una formulazione specifica di tale tipo di contratto, che dovrebbe garantire la *“serietà ed affidabilità dell'offerta”* concretamente formulata;
- tale obbligo di specificità sarebbe tanto più cogente nel caso di un avvalimento, come nella specie, *“operativo”* e non di mera *“garanzia”*;

- siffatta lacuna, attenendo ad un elemento essenziale dell'offerta, non potrebbe in alcun modo essere sanata con il soccorso istruttorio.

Il T.a.r. ha, altresì, aggiunto che, non constando la stipulazione del contratto con l'aggiudicataria, la gara dovesse venire direttamente aggiudicata alla società

2. La società S.r.l. ha interposto appello, sostenendo che:

- quello con la non fosse un avvalimento operativo, bensì di mera garanzia, in quanto limitato alla dimostrazione del solo requisito dell'esecuzione di una fornitura analoga nel triennio precedente alla gara;

- comunque, non fosse necessario specificare niente di più di quanto indicato in contratto.

La società si è costituita in resistenza ed ha, tra l'altro, evidenziato che in prime cure la stessa appellante avrebbe dichiarato che l'ausiliaria sarebbe la costruttrice della macchina offerta in gara.

La società ha, inoltre, "tuzioristicamente" riproposto per esteso i motivi che il T.a.r. ha dichiarato di assorbire.

L'Amministrazione (che, del resto, non aveva preso parte neppure al giudizio di primo grado) non si è costituita, nonostante la ritualità della notifica.

In esito alla camera di consiglio dell'8 luglio 2020 l'istanza cautelare svolta dall'appellante è stata accolta con la seguente motivazione: "*Osservato che la controversia*

implica l'approfondimento di questioni giuridiche naturaliter proprio del merito;

Ritenuto, in tale ottica, opportuno accogliere l'istanza cautelare, all'esclusivo fine di mantenere la res adhuc integra nelle more della decisione dell'affare;

Precisato, in proposito, che l'accoglimento cautelare si intende esteso anche alla stipulazione del contratto (a quanto consta non ancora operata), che sarà effettuata soltanto all'esito della presente controversia'.

In vista dell'udienza di trattazione le parti hanno depositato memorie scritte, riepilogative delle difese già spese.

3. Il ricorso, introitato in decisione alla pubblica udienza del 30 settembre 2021, non è fondato.

Il Collegio premette che il punto 1.11.3 del Disciplinare di gara individua come requisito di capacità economico-finanziaria dei concorrenti *“l’aver eseguito senza contestazione almeno una fornitura per clienti privati o pubblici analoga a quella oggetto della procedura di gara negli ultimi tre anni?”*.

Al fine di dimostrare tale requisito, l’odierna appellante ha prodotto la dichiarazione della società ausiliaria circa la regolare fornitura alla Regione Campania, nel corso del 2018, di macchine analoghe a quella oggetto di gara.

Dalla stessa offerta dell’appellante (nonché dalle relative difese in giudizio), peraltro, si evince che la macchina offerta nella presente procedura è fabbricata dall’ausiliaria

Tale circostanza riveste una rilevanza dirimente nel presente contenzioso.

Secondo la giurisprudenza prevalente, invero, l’avvalimento di garanzia concerne requisiti inerenti alla complessiva capacità economica e finanziaria dell’offerente e, come tale, mira a assicurare la stazione appaltante circa l’idoneità soggettiva dell’offerente a far fronte alle obbligazioni derivanti dal contratto.

Viceversa, l’avvalimento operativo riguarda le risorse materiali in concreto necessarie per eseguire il contratto: inerisce, dunque, alla stessa possibilità oggettiva e, per così dire, “fisica” di eseguire la prestazione.

Ne consegue che mentre l’avvalimento di garanzia non richiede di essere riferito a beni capitali descritti e individuati con precisione, mirando esclusivamente ad asseverare (mediante il formale impegno dell’ausiliaria di messa a disposizione della propria solidità finanziaria e professionale) la generale capacità dell’offerente di onorare gli obblighi contrattuali, di contro quello operativo impone l’individuazione specifica dei mezzi, giacché concerne (*recte*, condiziona) la stessa esecuzione della prestazione.

Orbene, allorquando (come nella specie) un'impresa proponga in gara un bene fabbricato da un altro operatore e indichi quest'ultimo come ausiliario, sia pure al solo dichiarato fine di dimostrare il buon esito di precedenti commesse di contenuto analogo, si verte nell'ambito di una forma operativa di avvalimento: questo, infatti, non è strutturalmente limitato alla generica garanzia di solidità patrimoniale, ma è oggettivamente proteso ad assicurare la stessa esecuzione della prestazione posta a gara, proprio in quanto il bene offerto è prodotto dall'ausiliaria.

In tali casi è, pertanto, necessario che il contratto di avvalimento sia specifico e dettagliato ed indichi con precisione le concrete "risorse" - in termini di competenza e capacità produttive, gestionali e manutentive - che l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata, pena, in caso contrario, la nullità *ex lege* disposta dall'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016.

Per le esposte ragioni, argomentate con la sintesi richiesta dall'art. 120 c.p.a., il ricorso in appello va respinto, risultando dunque irrilevante lo scrutinio delle censure riproposte in questa sede dalla società (e, prima ancora, la delibazione della sufficienza, in proposito, della mera riproposizione, stante il contenuto motivazionale della sentenza impugnata).

La complessità delle questioni giuridiche sottese al presente giudizio suggerisce la compensazione delle spese del grado.

P.Q.M.

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

Spese del presente grado di appello compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO